

MINUTA LEY CORTA DE ISAPRES

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

1. Tres sentencias de la Corte Suprema, dictadas entre 2022 y 2023 demostraron que la crisis de las isapres **es estructural, porque su modelo de negocios es inviable. Esto es,**
 - a) porque sus fallos declararon que las isapres cobraban en exceso y, por tanto, debían **rebajar de las cotizaciones** a lo establecido en la tabla única de factores fijada por la Superintendencia de Salud a partir del 1° de abril de 2020, **al igual que rebajar las primas GES** hasta el monto que legalmente era factible fijar y cobrar y que determinó en un máximo de UF 7,22 anuales por beneficiario.
 - b) porque las isapres han declarado que **“no tendrán cómo cubrir los planes de salud contratados”**.
 - c) porque las isapres, salvo que sus propietarios efectúen un aumento de capital, **no tendrán cómo devolver las sumas que cobraron en exceso** a sus “clientes cotizantes” ni cómo pagar **la elevada deuda que tienen con clínicas y otros prestadores de salud privada.**

Esto último, porque lo que no puede ocurrir es que las deudas que las isapres están condenadas a devolver por sus cobros excesivos se terminen financiando con alzas de cotizaciones o de primas GES de cargo de los propios cotizantes. Sería un

engaño que los cotizantes terminaran financiando lo que las isapres les adeudan con su propio dinero. Eso es inaceptable.

2. Entendemos, pues, que esta llamada “ley corta de Isapres” pretende facilitar el cumplimiento de las sentencias de la Corte Suprema en orden a la aplicación de la tabla única de factores de riesgo a todos los planes de salud y en cuanto a la devolución de las cotizaciones cobradas en exceso a sus cotizantes. Dicha ley corta contiene además ciertas normas que tienden a evitar el colapso abrupto de la salud privada en creciente deterioro y que como consecuencia de su eventual colapso **no se afecte “de rebote” la salud pública que está en proceso de fortalecimiento.**

3. Son muchos los indicadores que anuncian el fin de las Isapres tal como las conocemos hoy día. Baste para ello destacar -como botón de muestra- lo que ocurre con la **migración de beneficiarios desde las isapres al Fonasa.** Ya nos hemos referido a ello en informes anteriores: el resultado que hoy vemos es que, con un ritmo mensual creciente, en dos años han abandonado las isapres cerca de 600 mil beneficiarios -o sea, casi un 20%- y un número muy importante de ellos ha migrado y sigue migrando a FONASA.

4. De acuerdo con las mismas estadísticas de la Superintendencia de Salud, quienes abandonan las isapres son beneficiarios más jóvenes y, por tanto, menos requirentes de prestaciones de salud,

lo que significa que en las isapres se van quedando personas mayores que demandan un número creciente de prestaciones. Tal desequilibrio -entre beneficiarios jóvenes que se van al FONASA y mayores de edad que se quedan en las isapres- sin duda, afectará el financiamiento de los planes de salud que “venden” las isapres con un alza permanente de las cotizaciones debido “al envejecimiento” del universo de asegurados.

5. Por lo tanto, **parece aconsejable apoyar esta “ley corta” en el entendido que tiene como principal objetivo dar curso al cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema y asegurar que no haya una caída estrepitosa de las Isapres que termine afectando la salud pública. Y, resulta también aconsejable, que esto último se lleve adelante a través del fortalecimiento del Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y de la Superintendencia de Salud** como entidad reguladora. Entre las cuestiones interesantes de incorporar en este sentido es apoyar el mejoramiento de la cobertura en la **modalidad de libre elección (MLE)**, desarrollando, además, seguros complementarios modalidades de atención como el llamado bono PAD de Fonasa (PAGO ASOCIADO A DIAGNÓSTICO) en que se conoce previamente el precio total de la cuenta (hoy día, de más de 70 prestaciones) que comprenden un paquete de procedimientos médicos y quirúrgicos, incluida una cirugía, días cama, medicamentos, insumos, exámenes y todo lo necesario para la atención.

6. Sin duda, no puede perderse la atención a que la ley corta cumpla sus objetivos en los trámites que restan (Cámara de Diputadas y Diputados y Comisión Mixta) y que no sea motivo de distorsiones como lo pretenden las isapres, en el sentido de desoír el fallo de la Corte Suprema en cuanto ordena la devolución de los cobros de cotizaciones en exceso, propugnando el pago de lo que las isapres deben a los cotizantes, mediante la “mutualización” del riesgo entre los afiliados para -de esa forma- reducir la deuda a 450 millones de dólares, desde los 1.180 millones que había calculado la Superintendencia a mediados del año pasado. Es indiscutible que **las deudas deben pagarse del modo que se contrajeron** y así lo dispuso la Corte Suprema. En efecto, las cotizaciones fueron fijadas y pagadas **individualmente** por cada beneficiario. No se puede compensar, entonces, lo cobrado en exceso a un cotizante con lo cobrado de menos a otro cotizante, a través de mecanismos solidarios o mutualizados. Es evidente que los fallos -respecto de cada una de las isapres- no pretenden buscar el equilibrio financiero de las isapres, sino que éstas cobren lo que tienen que cobrar y devuelvan a cada uno lo que les cobraron demás. Hacerlo de otro modo, abrirá otra puerta a la judicialización del sistema.

7. Son muchos los motivos para no querer a las isapres. De hecho, los factores esenciales del sistema de salud son dos: Las personas (los pacientes) y los prestadores de salud (hospitales, clínicas y otros prestadores públicos y privados) donde aquellas son atendidas. **Las ISAPRES no son “trascendentes” ni “indispensables” dentro del sistema de salud.** Son, entidades

auxiliares que recaudan las cotizaciones y operan como “financiadores” de las prestaciones en el subsistema privado de salud. Y por tanto pueden ser reemplazadas. Sin embargo, en las actuales circunstancias, como lo hemos señalado, su fin requiere un proceso que no afecte abruptamente la salud de muchas personas. Y, esperamos que, al final, los nuevos gestores de salud privada actúen como un seguro social que respete la igualdad ante la ley, esto es, que prescinda de discriminaciones por preexistencias, por sexo y por edad. Es lo establecido por la Corte Suprema como fundamento profundo de sus últimos fallos.

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

**INFORME SOBRE EL REQUERIMIENTO DE
INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDICACIÓN QUE
INTRODUCÍA “LA MUTUALIZACIÓN DE LA DEUDA” DE
LAS ISAPRES PARA CON SUS COTIZANTES.**

**(Preparado para la senadora Yana Provoste Campillay por el
abogado Luis Eduardo Thayer Morel)**

Se me ha solicitado por la senadora informar sobre el requerimiento de inconstitucionalidad relacionado con “la mutualización de la deuda” de las isapres que la Corte Suprema ordenó pagar a sus cotizantes por los cobros excesivos de cotizaciones. Asimismo, sobre el desarrollo del requerimiento y el acuerdo del Tribunal Constitucional que lo acogió por 6 votos contra 4.

Sobre el concepto de mutualización de la deuda

1. Ya nos hemos referido a este concepto en la minuta anterior sobre la ley corta de isapres que precede a éste. Sólo digamos que resulta un absurdo sostener que las isapres pueden "mutualizar" su deuda con cada afiliado al que le cobraron en exceso, mediante una compensación de dineros entre aquellos a los que cobraron demás y aquellos a quienes cobraron de menos.

2. Con el fin de dar cumplimiento a los fallos de la Corte Suprema, las isapres deben devolver las cotizaciones y primas cobradas en exceso a cada afiliado/a. Y, digamos que es un grave error conceptual sostener que procede la “compensación” -a la que daría lugar la “mutualización”- cuando sólo procedería en el caso que existan deudas recíprocas entre una isapre determinada y un o una cotizante específico/a. Y la compensación se realiza hasta la concurrencia de la deuda de menor valor, o hasta por el monto en que ambas deudas coinciden. La única forma de extinguir una deuda -digámoslo en simple- es pagándola. Y no “mutualizándola”.

3. Ahora bien, lo que sí se puede “mutualizar” **son las prestaciones que se otorgan a partir del pago de las cotizaciones**, como lo son todos los seguros que por esencia son solidarios o, lo que es lo mismo, mutualizados. Un seguro de autos, por ejemplo, reúne los dineros de las primas que cotizan todos los asegurados en una compañía y ésta paga por los daños que sufre el auto cuando choca alguno de aquéllos. Digamos que el seguro es solidario o mutualizado, porque cubre los gastos del asegurado que chocó con el fondo constituido por las primas de todos los que no chocaron. Igual ocurre con los seguros de vida y de salud.

Fundamentos para no requerir la inconstitucionalidad por infracción al artículo 76 de la CPR, en cuanto se estaría afectando una sentencia de la Corte Suprema

4. En el análisis previo a la presentación del requerimiento se debatió si era conveniente formularlo sobre la mutualización de las deudas y/o en función de iniciativa parlamentaria de la derecha. Discutir el fondo y la forma en un solo requerimiento fue desechado para no contaminar el requerimiento sobre algo que era muy evidente como la afectación flagrante de la institucionalidad país. En efecto, mediante la aprobación por la Sala del Senado de la indicación parlamentaria sobre la mutualización de las deudas de las isapres, se había atentado directa y flagrantemente contra la facultad del Presidente de la República en cuanto a su iniciativa exclusiva para legislar en materia de Seguridad Social.
5. Es más, se afectaba también la Constitución por no haberse respetado el quorum calificado que requiere la votación de esta materia.
6. Muchas veces se ha discutido si algunos proyectos son o no de iniciativa exclusiva del Presidente. Pero no en este el caso, porque las normas constitucionales son expresas, precisas y concluyentes.
7. Por eso, se razonó, que este planteamiento era ANTERIOR a discutir la mutualización. O sea, no es posible discutirla a través de una moción parlamentaria que cuestiona la institucionalidad del país al poner en duda las atribuciones de los poderes del Estado. Por eso, la opción de presentar el requerimiento tuvo

como antecedente poner las cosas por su orden: **No puede haber discusión sobre materias de seguridad social, sin que sea mediante un proyecto de iniciativa del Ejecutivo.**

Objeto del requerimiento y la discusión que motivó

8. Así las cosas, el requerimiento tuvo por objeto obtener que el Tribunal constitucional (TC) declarare la inconstitucionalidad de la admisibilidad, de la votación y de la aprobación en la Sala del Senado por 23 a 20 votos de la indicación N° 8 que agregó los incisos segundo y tercero a la letra a) del artículo 3° del PDL en tramitación bajo el boletín 15. 896-11.
9. El fundamento fue haber vulnerado el artículo 65, inciso cuarto, N° 6° de la CPR por tratarse de una indicación cuya materia es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Y, por otra parte, haberla aprobado con infracción al artículo 66 inciso segundo y 19 N° 18 de la Carta Fundamental. Y, en ambos casos, con infracción a los arts. 6 y 7 de la misma.
10. Entonces, lo que pretendía dilucidar el requerimiento era si la indicación cuestionada **es o no una materia de seguridad social**. Y no como lo expresó el Senado de la República en su presentación como Corporación, donde sostenía que del requerimiento se infiere “un silogismo” que sustentaría la impugnación de la indicación N° 8 y que demostraría su yerro.
11. Sin embargo, dicho silogismo conducía a una conclusión falsa, porque primera premisa también lo era. Señala, el

Senado, que la premisa inicial de la que partía el requerimiento de 17 senadores era que: *“Las reglas sobre la iniciativa exclusiva presidencial del art. 65, inc. 4° N° 6 **no se aplicarían únicamente a materias de seguridad social o que incidan en ellas, sino a otras que se encuentran íntimamente vinculadas a ellas**”*.

12. La verdad es que esas reglas se aplican porque la materia de la indicación es evidentemente de seguridad social y porque, en todo caso, incide en ella.

13. Es obvio, también, que, con la construcción de tal silogismo, se evitaba, a lo largo de toda la presentación del Senado, cualquier intento de definir la “seguridad social”, porque se haría evidente la inconstitucionalidad en que se incurrió al aprobar la admisibilidad de la referida indicación. Curiosamente, el Presidente del Senado, el 29 de enero de 2024, al fundar, desde su escritorio de senador, la admisibilidad que se aprobaría, señaló que no estaba definido *“dentro de ninguna institución chilena lo que es la seguridad social”* y agregó que lo más cercano a su definición era lo dicho por don Héctor Humeres en la década de 1960: *“es la rama de la política socio-económica de un país, por la cual la comunidad protege a sus miembros, asegurándoles condiciones de vida, salud y trabajo socialmente suficientes, a fin de lograr mejor productividad, más progreso y mayor bienestar comunes”*. Y agregó, el senador Coloma, que la otra referencia era una definición de la OIT, bastante antigua, frente a la nutrida y

amplia información con que actualmente la OIT se ocupa de la “seguridad Social”, tal como la destaca el informe del Presidente de la República, junto a la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

14. Eludir la concepción o alguna definición de la seguridad social, seguramente, complicaba la tesis que desarrolló la presentación del Senado, la cual pretende sostener que la garantía del derecho a la protección de la salud, contemplada en el numeral 9° del art. 19 de la CPR, es un derecho “distinto” o separado del derecho a la seguridad social contemplado en el numeral 18°.

15. El hecho de contemplar el derecho a la protección de la salud en un numeral separado al de la seguridad social no lo excluye –ni mucho menos- de que forme parte de uno –entre muchos- de los derechos comprendidos en esta última. En efecto, el numeral 9 del artículo 19 constituye una especificación sobre la protección del derecho a la salud, tal como el N° 2° del artículo 19 garantiza *“la igualdad ante la ley”* y el N° 3° garantiza *“la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”* con el objeto de especificar y desarrollar el derecho a defensa, el derecho al debido proceso y otras garantías derechos y principios del derecho penal que responden a la igualdad ante la ley y a la protección del ejercicio aquéllos.

16. Así las cosas, es evidente que la extensión del derecho a la seguridad social en el numeral 9° **tiene por objeto consolidar el derecho a la protección de la salud de manera más específica y concreta**. En ningún caso, puede entenderse que dicha extensión lo haya excluido “del gran derecho madre” -como lo es la seguridad social- y, de ese modo, excluirlo como materia de ley que requiere de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

17. Una situación “homóloga” podría ocurrir, si en la CPR se incorporase una norma específica respecto al derecho a las pensiones o a la previsión social. Así, en dicho caso hipotético, si frente a una indicación parlamentaria, las AFP fueren obligadas a devolver cotizaciones obligatorias cobradas en exceso ¿se trataría de una norma de seguridad social? O ¿sólo sería una norma sobre el nuevo derecho a pensiones o la previsión social?... Dicho de otro modo, ¿las primeras serían de seguridad social al referirse a pensiones? y ¿las segundas sólo serían para financiar prestaciones del derecho a la protección de la salud?... como si la salud no estuviere comprendida dentro del concepto de la seguridad social o no incidiera en ella.

18. Y reforzando lo anterior, podemos apreciar que la norma constitucional en nuestra Carta Fundamental es muy amplia:

Art. 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

19. Puede observarse que la disposición es, prácticamente genérica. No especifica derechos comprendidos en la seguridad social; no habla de pensiones, no habla de salud, no habla de maternidad, no habla de accidentes del trabajo ni de enfermedades profesionales, etc... Sólo habla de “*garantizar el acceso de todos los habitantes **al goce de prestaciones básicas uniformes***”.

20. Esto es, asume que el concepto de la seguridad social es abierto y amplio, **porque está en constante evolución**. Mucho más allá del concebido, por ejemplo, en el N° 21 del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3 de 1976. (DL 1552- 1976) que planteaba una definición amplia pero limitada a lo que su texto expresaba:

“El derecho a la seguridad social.

Corresponde al Estado formular la política nacional de seguridad social, controlar el funcionamiento del sistema y asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.

La ley establecerá un sistema de seguridad social que satisfaga de modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente, por los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras”.

21. La Seguridad Social podemos decir, hoy día, tomando las ideas del profesor Hugo Cifuentes Lillo, que es un derecho humano fundamental y, en su expresión más auténtica, comprende el conjunto de leyes, políticas, y medidas de protección social **cuya finalidad es la justicia social en una diversidad creciente de materias** relacionadas con la previsión social o régimen de pensiones, la salud, las enfermedades, la maternidad, los riesgos del trabajo y la seguridad laboral, la cesantía y, en general, toda clase de prestaciones sociales y familiares, entre las que se pueden citar, la protección, apoyo y ayudas a las personas en caso de dependencia, coberturas en el acceso a salas cunas para todas las familias y niños que lo requieran u otorga prestaciones a personas con capacidades diferentes, dándoles atención y tratamiento acorde a sus realidades.

La iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de “seguridad social o que incidan en ella”.

22. La discusión, como dijimos había quedado trabada en interpretación del artículo 65 en cuanto a si la materia de la indicación sobre mutualización aprobada era o no materia de seguridad social, cuestión que ya queda en evidencia con lo expresado en los numerales contenidos bajo el epígrafe precedente. Pero, resulta pertinente ahondar un tanto más sobre este asunto.

23. En efecto, hay dos reglas sobre seguridad social en el artículo 65.

La primera, está en el **numeral 4 del inciso cuarto del artículo 65** de la CPR que entrega a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República: 4°. Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, **jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados**, con excepción de las remuneraciones de los cargos indicados en el inciso primero del artículo 38 bis, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los **trabajadores del sector privado**, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones **y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos**; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes;”

Y, la segunda, está en el mismo **artículo 65, inciso cuarto, numeral 6°** de la CPR, la cual entrega a la iniciativa exclusiva del Presidente. **6°. Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.”**

De este modo, como lo señaló el profesor Gonzalo García Pino ante el TC¹, ***“la regla general es que los beneficios de seguridad están en el numeral 4 del artículo 65 y todos los otros elementos que la rodean están en la regla residual del numeral 6° del artículo 65 de la Constitución: todo cambio normativo que incida en seguridad social.”***

24. Y siguiendo al profesor García, éste señala algo que es un aporte al tema de la iniciativa exclusiva del Presidente en materia de seguridad social y la extensión en que debe ser considerada:

“El porqué de esta interpretación reside en tres palabras claves del numeral 6 del artículo 65.

a.- Se refiere a ‘normas’, no a gasto público ni prestaciones ni beneficios de seguridad social.

b.- En segundo lugar, trata de ‘normas sobre’ no un tipo específico de reglas como la que identifica verbos rectores en materia tributaria: ‘imponer, suprimir, reducir o condonar’ (art. 65 N 1).

c.- Si el alcance ya era amplio, se extiende con la noción de “incidan en ella”.

Los eventos incidentales son aquellos que sobreviene en algún asunto y (que) tiene alguna relación con él. Asimismo,

¹ Minuta de alegato del Profesor Gonzalo García Pino

incidente es aquello “dicho de una cosa o de un hecho: accesorio, de menor importancia”².

25. Concluimos que si bien la norma del artículo 65, en todos los numerales del inciso cuarto, es excepcional, por cuanto la regla general es que la iniciativa de ley pertenece a ambos poderes colegisladores, en el caso del número 6° referido a la seguridad social, sin dejar de ser excepcional la disposición, el concepto de la seguridad social es muy amplio y evoluciona a nuevos derechos tal como se desprende del artículo 19 N° 18 que extiende la seguridad social **“al goce de prestaciones básicas uniformes”**. (ver numerales 19 y 21, precedentes de este informe). También, de manera coincidente lo expresa el mismo N° 6° al señalar que son las normas de seguridad social y las que ***“incidan en ella”***.

Conclusión

El Tribunal Constitucional adoptó el acuerdo de acoger el requerimiento presentado por 17 senadores por 6 votos a 4 y se espera para el 1° de abril de 2024 el texto del fallo y la forma de hacerlo cumplir.



² Minuta de alegato del Profesor Gonzalo García Pino