

Análisis e Implicancias del Fallo del Tribunal Constitucional sobre ISAPRES

El Tribunal Constitucional (TC) ha dictado un fallo que puede tener importantes consecuencias para el futuro tanto por lo que dice como por sus proyecciones. El caso se refiere a la constitucionalidad del alza de precios que una ISAPRE aplicó a uno de sus clientes que había cumplido 60 años de edad. El aumento del precio que fue impugnado había sido realizado en conformidad a las normas legales y reglamentarias vigentes y, en especial, según lo establece el artículo 38 ter de la ley de ISAPRES. El TC declaró que el alza de precios era inconstitucional pues vulneraba el derecho a la salud.

Ley Larga de ISAPRES y la Banda de Precios

Es importante recordar que el artículo de la Ley de ISAPRES (larga) a la cual se refiere la sentencia del TC regula las alzas de precios con una banda de $\pm 30\%$ de desviación en los valores base de los planes de salud, sobre un promedio informado por cada ISAPRE y la regulación del número, estructura y relaciones de valores de las tablas de factores de riesgo (que dependen del sexo y edad) con las que se comercializan los planes.

La regulación del número, estructura y relaciones de valores de las tablas de factores de riesgo con las cuales se comercializan los planes, ha permitido una mayor transparencia

y ha evitado la discriminación. Asimismo, se han definido de manera más precisa las causales de término de contrato, una mejor regulación respecto de las formas de entrega de beneficios (libre elección, planes preferentes o planes cerrados), una mejor definición del sistema de preexistencia, exclusiones y la homologación de prestaciones, y el establecimiento de los derechos de los beneficiarios ante un cierre de registro.

Alza de Costos en Salud: Un Problema Permanente

Se requiere el diseño de un sistema que garantice la calidad de los servicios médicos y le de a la gente diversas opciones de elección. Se debe privilegiar la diversidad de opciones, la libertad del individuo y la competitividad de los sistemas.

La sentencia del TC también se enfrenta a un fenómeno económico que ningún sistema de salud en el mundo ha podido solucionar: aumento en los costos de salud. Se deben destacar que los factores que explicarían parcial o totalmente el aumento de precios en los planes de ISAPRES son el aumento del gasto en prestaciones y en licencias médicas. Por un lado, la incorporación de nuevas tecnologías médicas, tanto en equipos como en medicamentos, como el mayor desarrollo económico, el nuevo perfil demográfico y epidemiológico explican el aumento en el costo de las prestaciones.

El gasto en prestaciones de salud como proporción de los ingresos aumentó de un 65,9% a un 68,3% entre 2006 y 2007. Vale decir, la siniestralidad se incrementó de 81% de

En esta Edición:

- **Análisis e Implicancias del Fallo del Tribunal Constitucional sobre ISAPRES**
- **Leyes de Donaciones: Descentralizando la Acción Social**

los ingresos operacionales a 84,5% del mismo. Esto se explica en parte importante por aumento en el uso de prestaciones más que en alzas de precios de estas mismas.

Por otro lado, el mayor gasto en licencias médicas está explicado desde el punto de vista del trabajador, porque el subsidio es generoso y tiene bajo riesgo de castigo, lo que se ha convertido en un incentivo para una mayor demanda.

Además, desde el punto de vista de los médicos, el interés de cuidar al paciente y un incentivo de mantenerlo como cliente, unido a la casi nula posibilidad de castigo, fomentan el otorgamiento.

Si se mantienen los incentivos actuales, el gasto seguirá aumentando y llegará en 5 años más a \$800.000 millones. De acuerdo a información de la Superintendencia de Salud, los gastos administrativos se mantuvieron entre 2006 y 2007, sin embargo el costo de las licencias aumentó y como proporción de los ingresos operacionales pasó de un 15,1% a 16,2% en el mismo periodo. El aumento en el costo del subsidio por licencias se debe principalmente al mayor número de licencias tramitadas debido al mayor uso del AUGE y al incremento en los días de subsidio por cotizante.

Fallo del Tribunal Constitución: Una Mala Forma de Intentar Solucionar el Problema

En casi 50 páginas, los cinco ministros del TC que se suman al voto de mayoría se refieren a diversos temas de sumo interés para la discusión actual que se analizarán brevemente.

1. Derechos Sociales

Por primera vez el TC aborda extensamente el tema de los derechos sociales. Son éstos, explica citando a Peces-Barba, “derechos de prestación que suponen una acción positiva, normalmente de los poderes públicos (...) para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no pueden ser resueltas por la propia y excesiva fuerza del afectado”¹.

Considerar los derechos sociales como derechos y no como meras expectativas que dependen de la capacidad económica del Estado ha sido una discusión de larga data en la academia. No es aquí el momento para resolver ese asunto. Sí en cambio merece mayores reparos el paso siguiente que da el TC al considerar que estos derechos son exigibles por la acción de la justicia.

Es este un asunto mucho más complejo por las consecuencias que genera en una democracia pues concede a los tribunales un rol preponderante en la decisión de políticas públicas. En efecto, ¿significa esta

declaración que los jueces empezarán a jugar un rol activo en la definición de políticas públicas de salud, educación, vivienda, etc? ¿Nos enfrentaremos en el futuro a jueces activistas que, en defensa de derechos sociales, definirán el destino de fondos públicos que hoy determina el Congreso? Todo indica que hay otras instituciones más adecuadas que las cortes para discutir estos asuntos. Los tribunales no son elegidos por la gente y no son responsables ante ésta. Menos aún el TC que ni siquiera tiene mecanismos de remoción de sus ministros. Así las cosas, en estas materias las cortes debieran ser mucho más deferentes

Conviene recordar que la norma constitucional protege la libertad de elección entre ISAPRES y entre éstas y el FONASA pero no puede garantizar que todo aquel que quiera perseverar en un sistema siga en él, sin consideración a otros factores relevantes al momento de contratar un plan de salud. Hacerlo implica desconocer el funcionamiento de un sistema privado que requiere de los recursos de sus afiliados para mantenerse.

hacia los otros poderes que definen las políticas públicas.

2. Autonomía de la Voluntad

Una segunda declaración que resulta preocupante es la que sostiene que la autonomía de la voluntad de los individuos es menor cuando están en juego derechos sociales. Desafortunadamente el TC no profundiza en este aspecto que, así planteado, puede tener enormes implicancias. ¿Por qué no podría una persona asumir mayor riesgo y elegir un plan de salud que contenga menos cobertura? ¿Afecta eso su derecho a la salud? ¿Por qué la autonomía de la voluntad puede restringir otros derechos, como la propiedad, la libre expresión, etc. y no puede hacer lo mismo con los llamados derechos sociales? ¿Se extiende esta limitación que propone el TC a otras áreas como el trabajo y la educación? Todas estas preguntas sin respuestas, de seguir la lógica del TC, afectarían gravemente la libertad individual.

3. Efectos Jurídicos y Económicos en el Sistema de Salud

La sentencia pretende convencer que los efectos del fallo son “necesariamente acotados a las partes respectivas” (c.19). Con todo, se sabe que eso no es siempre así pues los fallos envían señales que las personas reciben actuando luego racionalmente. Por eso señalar que los efectos de este fallo no son extensibles es sólo una declaración con escaso poder real.

En este contexto el fallo tiene una serie de efectos que deben ser analizados y debieron haber sido considerados por el TC.

i. Incertidumbre en alzas futuras. El primero es un efecto en el mercado mismo de la salud. La sentencia reconoce que la ISAPRE se atuvo a las normas legales y administrativas para aumentar el precio del plan pero, no obstante ello, el alza sería inconstitucional pues en éstas también “tienen que ser respetados y promovidos los atributos que integran el derecho a la protección” (c.55) de la salud. En otras palabras, no basta con cumplir la ley aprobada por el Congreso –nos dice el TC– sino que es necesario considerar otros principios y disposiciones constitucionales al momento de modificar un precio.

Esta aproximación al tema tiene una serie de consecuencias. Una de ellas es la incertidumbre que genera afirmar que ya no basta con cumplir el mandato del legislador. La fórmula que éste ideó para regular el alza de costo en un plan de salud podría ser inconstitucional si se dan ciertas circunstancias o, en palabras del TC, si no son respetados o promovidos los atributos que integran el derecho a la protección de la salud. La ambigüedad de esta declaración es manifiesta. No hay referencia alguna a un criterio, estándar o cualquier otro mecanismo que sirva para objetivar la decisión. En el futuro toda alza de precio queda sujeta a un análisis de constitucionalidad que, hasta hoy, se funda en generalidades.

ii. Libertad de Elección. El TC consideró que el aumento del precio del plan de salud ponía en riesgo la capacidad de elección del cotizante pues el nuevo precio le impediría seguir optando por el sistema privado de salud. En este aspecto el TC confunde el derecho a la salud con el derecho a la libertad de elección del sistema que reconoce la Constitución. Además insinúa que éste último es un

Los problemas que tiene el sistema privado de salud son subsanables, algunos a través de la propia autorregulación de la industria, otros probablemente requieren de un mejoramiento de la normativa. Lo importante es evitar que los dictámenes de un Tribunal definan el marco regulatorio de un sector económico.

derecho absoluto a elegir ISAPRE sin consideración de ningún otro factor (c.59 y 63).

Conviene recordar que la norma constitucional protege la libertad de elección entre ISAPRES y entre éstas y el FONASA² pero no puede garantizar que todo aquel que quiera perseverar en un sistema siga en él, sin consideración a otros factores relevantes al momento de contratar un plan de salud. Hacerlo implica desconocer el funcionamiento de un sistema privado que requiere de los recursos de sus afiliados para mantenerse.

Sobre la base de un análisis estadístico³ de los datos de la Encuesta Casen (2006) se concluye que las variables más importantes en la determinación de la elección entre seguro público o privado son: ingreso y edad. El primero es el efecto tradicional de selección adversa y lo segundo se debe únicamente a la falta de ajuste de riesgo que tiene la prima de FONASA. Esto indica que el problema de selección de riesgo no es producto de las ISAPRES, sino por los incentivos que provee el sistema de seguro público.

iii. Judicialización. Un último efecto es el probable aumento de la judicialización ante alzas de precios en los planes de salud y el consecuente espiral de alzas de costos que esta tendencia generaría en el sector salud. En el futuro, las personas evaluarán seriamente si las alzas en sus planes se asemejan a la que hoy el TC ha declarado inconstitucional. Cuando eso ocurra, se judicializará el asunto llenando de casos similares al TC el que deberá analizar para cada situación si se cumplen los ambiguos presupuestos determinados en este fallo.

¿Cuál es el Modo Correcto de Solucionar el Problema?

En particular la Ley de ISAPRES avanza en la solución de diversos problemas de operación del sistema, sin embargo, genera otros que en el futuro deberán ser resueltos.

i. Cautivos y Mochilas. Esta ley si bien quiso resolver el tema de los afiliados (cotizantes y beneficiarios) cautivos⁴, no alcanzó su objetivo ya que en vez de diseñar una regulación que permitiera dar movilidad a los cotizantes, planteó una solución por la vía de regular precios, afectando a todos los beneficiarios del sistema. Es importante recordar que a nivel de

ISAPRES, los cautivos representan un 25%. Para ellos, se podrían evaluar diferentes alternativas, sin embargo, una que merece especial atención es un sistema de 'mochilas' en donde se le entrega directamente a la persona por parte de la ISAPRE de origen, un monto equivalente a los gastos futuros que incurriría producto de su enfermedad crónica⁵. La ISAPRE de origen o FONASA

'compensa' a la nueva ISAPRE por el traspaso del paciente. De esta manera aumenta la libertad de los cotizantes y disminuyen los incentivos de la institución a desprenderse de este tipo de afiliados más costosos. El cálculo del costo esperado asociado a cada enfermedad podría implementarse estableciendo a priori una lista de diagnósticos que sirva de base y sea estándar para todo el sistema.

ii. Inequidad Financiera, Libertad de Elección y el Fondo de Compensación de Riesgos. La reforma a la salud tenía como objetivo evitar que el peso del mayor riesgo lo asumieran totalmente las personas que lo sufren. Para ello se requería implementar un Fondo de Compensación de Riesgos a nivel nacional, con una asignación directa del subsidio fiscal a cada afiliado, independiente del tipo

Se requiere avanzar hacia un sistema que integre el sistema público y privado, de tal manera que las personas independiente de su nivel de ingresos y riesgo puedan libremente escoger la mejor solución a sus problemas de salud.

de seguro al cual estuviera adscrito. De esa manera se hubiera evitado la segmentación del sistema salud por ingreso y riesgo. Sin embargo, la falta de apoyo en un sector de la Concertación a la fórmula del subsidio a la demanda llevó a la creación de un fondo de compensación de riesgos sólo para las ISAPRES abiertas, que establece una prima única para financiar las 56 enfermedades del GES, independiente del sexo y edad del afiliado.

Las ISAPRES reciben del fondo primas ajustadas por riesgo (edad y sexo), de tal manera que si una ISAPRE tiene una cartera de afiliados con un riesgo mayor al promedio de la industria (i.e. mujeres en edad fértil y adultos mayores) es receptora neta del fondo. Sin embargo, con este sistema no se resuelve el problema de fondo: el sistema público tiene un carácter colectivo y el privado tiene uno individual, seleccionando sus afiliados por ingreso y/o por riesgo. En efecto, en FONASA el precio del seguro (diferencia entre prima y beneficios) es menor mientras mayor sea el riesgo de salud y mayor mientras mayor sea el ingreso del afiliado. En cambio, en ISAPRES, el precio del seguro no cambia frente al riesgo o ingreso del afiliado. Luego, los incentivos están para que la población de mayor riesgo y menores ingresos estén en el FONASA y viceversa y para continuar la selección de riesgos, lo que se agrava con el envejecimiento de la población.

Además, con una compensación de riesgos sólo a nivel de ISAPRES, los subsidios terminan siendo regresivos, dado que van a la población de mayor riesgo (y mayor ingreso) y menos sensible al precio⁶, ya que el resto emigra al Fonasa. Esto comprime aún más la industria ya que un porcentaje de entre un 3,6%

a 5,5% puede emigrar a FONASA por este motivo.

Por lo tanto, se requiere avanzar hacia un sistema que integre el sistema público y privado, de tal manera que las personas independiente de su nivel de ingresos y riesgo puedan libremente escoger la mejor solución a sus problemas de salud. El objetivo debería ser garantizar a la población protección en el largo plazo y donde se le permita al individuo la completa movilidad dentro del sistema nacional de salud. Para lograr lo anterior, se requiere diseñar un fondo que efectivamente compense a todos los seguros, público y privados, por las diferenciales de riesgo de sus afiliados. Para ello debería contar con un sistema de financiamiento en donde el aporte público llegue directamente al afiliado. En este sentido, cabe destacar la experiencia de Holanda. En 1991 en el contexto de una reforma de salud, se establecieron subsidios a las primas ajustadas por riesgo. Actualmente estos subsidios se determinan en base a variables demográficas, situación de salud, nivel socioeconómico, entre otras⁷.

¿Por qué en salud, las personas como en educación, no pueden optar a planes subvencionados? ¿Por qué pueden existir y competir escuelas subvencionadas y no establecimientos de salud subvencionados? ¿Por qué, como en vivienda, los enfermos crónicos no pueden optar a subsidios especiales que les permitan obtener sus tratamientos en el sistema estatal o en el privado, según lo prefieran?

Conclusiones

Se debería avanzar hacia un sistema de salud verdaderamente mixto, donde las personas puedan optar por el mejor, libremente. ¿Por qué en salud, las personas como en educación, no pueden optar a planes subvencionados? ¿Por qué pueden existir y competir escuelas subvencionadas y no establecimientos de salud subvencionados? ¿Por qué, como en vivienda, los enfermos crónicos no pueden optar a subsidios especiales que les permitan obtener sus tratamientos en el sistema estatal o en el privado, según lo prefieran? Se requiere el diseño de un sistema que garantice la calidad de los servicios médicos y

le de a la gente diversas opciones de elección. Se debe privilegiar la diversidad de opciones, la libertad del individuo y la competitividad de los sistemas.

Los problemas que tiene el sistema privado de salud son subsanables, algunos a través de la propia autorregulación de la industria, otros probablemente requieren de un mejoramiento de la normativa. Lo importante es evitar que los dictámenes de un Tribunal definan el marco regulatorio de un sector económico. Este mecanismo en el largo plazo, por ejemplo, a través de la judicialización de la salud, elevará los costos del sistema y generaría un espiral de mayores aumentos de precios y un agravamiento en la situación que enfrentan las personas cautivas.

¹ Gregorio Peces Barba, Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General. Universidad Carlos III, Madrid. 1999. Considerando 28.

² El inciso final del artículo 19 N° 9 dispone "Cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

³ Sapelli and Torche (2001) 'The Mandatory Health Insurance System in Chile: Explaining the Choice between Public and Private Insurance' International Journal of Health Care Finance and Economics, 1, 97-110.

⁴ Presentan preexistencias y que por esta condición se encuentran cautivos en una ISAPRE.

⁵ Cochrane (1995) 'Time-Consistent Health Insurance' Journal of Political Economy.

⁶ La tercera edad paga entre 3-5 veces el valor base de un plan para mantenerse en su ISAPRE en el período que más la necesitan.

⁷ Leida et al. (2003) 'Risk adjusted premium subsidies and risk sharing: key elements of the competitive sickness fund market in the Netherlands' Health Policy