

EL CONTRATO DE SALUD PREVISIONAL A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY N° 20.015*: CUESTIONES DE DERECHO PRIVADO

Rosa Rojas Cabello

Profesora de Derecho Civil,
Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
Abogada de la Fiscalía Superintendencia de Salud

Dado que el contrato de salud previsional –aquél que se celebra entre una ISAPRE y un afiliado (trabajador dependiente, independiente, voluntario o pensionado)– se inserta en el ámbito de la seguridad social, por lo que el legislador ha de velar por la estabilidad de las relaciones que de él emanan, resulta interesante examinar las principales modificaciones que en ese contexto ha incorporado la ley N° 20.015 que modifica la ley de ISAPRES, ley N° 18.933 de 1990.

1. SITUACIÓN ACTUAL

Resulta conveniente, en primer lugar, tener presente para el análisis que efectuaremos en las líneas que siguen, que a la luz de la normativa vigente, el contrato de salud es una convención que, en su origen, reconoce el principio de autonomía de la voluntad, entregando a las partes la libertad contractual para

determinar si concurren a su celebración.

Dicha autonomía se ve fuertemente limitada en lo relativo al contenido del contrato que examinaremos. En efecto, la actual ley N° 18.933 reconoce la libertad de las partes contratantes para determinar el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios de salud (artículo 33); sin perjuicio de lo cual, establece determinados contenidos mínimos relacionados principalmente con las prestaciones y beneficios pactados, el precio del plan, los montos máximos de cobertura y las restricciones y exclusiones de la misma.

Asimismo, en cuanto a la terminación de un contrato, que se califica legalmente de indefinido¹, la ley en su artículo 40, faculta a las ISAPRES para aplicar dicha sanción frente al incumplimiento de las obligaciones contrac-

* Publicada en el *Diario Oficial*, 17 de mayo de 2005 y que entra en vigencia a partir del 1 de julio del mismo año.

¹ Esto respecto de la ISAPRE, pues el afiliado tiene el derecho a poner término al mismo en la medida que hubiese cumplido un año de vigencia de beneficios, a menos que hubiere renunciado a tal derecho, lo que en el sistema se conoce como “renuncia al desahucio”.

tuales en que incurra el cotizante, lo que implica, en la práctica, que las ISAPRES pueden, ejerciendo abusivamente este derecho, disponer el término del contrato de salud frente al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales, por menor o irrelevante que éste fuere.

2. MODIFICACIONES LEGALES INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 20.015

2.1 En cuanto a la suscripción del contrato de salud

En primer término, cabe señalar que, si bien la ley N° 20.015 no introdujo modificaciones en la libertad contractual de las partes para proceder a la celebración del mismo, se incorporan dos situaciones en virtud de las cuales las ISAPRES estarán obligadas a contratar con una persona si ésta manifiesta su voluntad en ese sentido.

Tales situaciones son las siguientes:

2.1.1 Beneficiario que pasa a ser cotizante

Al respecto, cabe tener presente que, en la actualidad, cuando un beneficiario de un contrato de salud pierde dicha calidad y se convierte en cotizante, para continuar perteneciendo al sistema privado, debe afiliarse a una ISAPRE debiendo suscribir un contrato de salud en la medida que sea aceptado por aquella, lo que no ocurre siempre; toda vez que la ISAPRE al evaluar el riesgo médico que entraña este futuro afiliado y su grupo familiar, bien puede decidir no contratar con él o hacerlo en condi-

ciones bastante más desfavorables para el cotizante.

La intención del legislador en esta materia ha sido, precisamente, proteger a esas personas que, revistiendo la calidad de carga de un afiliado, a saber, cónyuge, hijos u otras personas, pierden dicha calidad, porque comienzan: a desarrollar una actividad remunerada, percibir ingresos o porque cumplen determinada edad. En estos casos, la nueva normativa² obliga a la ISAPRE, de la cual era beneficiario aquél que pierde su calidad de tal, a suscribir un contrato de salud con él. Más aún, y lo que resulta de la mayor importancia, la institución de salud no puede imponerle nuevas restricciones de cobertura ni exigirle una nueva declaración de salud.

2.1.2 Beneficiarios del cotizante que fallece

La aplicación de la normativa actualmente vigente implica que cuando un afiliado fallece, termina el contrato de salud lo cual resulta jurídicamente procedente si se considera que es un contrato *intuito persona*. Sin embargo, ello

² Inciso final artículo 41: “Con todo, en el evento de que un beneficiario adquiera la calidad jurídica de cotizante, podrá optar por permanecer en la Institución celebrando un contrato de acuerdo a lo establecido en esta ley. La institución estará obligada a suscribir el respectivo contrato de salud previsual y a ofrecerle los planes de salud en actual comercialización, en especial aquéllos cuyo precio se ajuste al monto de su cotización legal, sin que puedan imponérsele otras restricciones que las que ya se encuentren vigentes ni exigírsele una nueva declaración de salud”.

implica que en ese evento, los beneficiarios del cotizante que fallece, para permanecer incorporados al sistema de salud privado, deben suscribir un nuevo contrato de salud con la misma Institución u otra, quedando expuestos a no ser aceptados por aquélla o a suscribir un contrato en condiciones bastante más desfavorables de aquél en que eran beneficiarios³.

Pues bien, de igual forma que en el caso anterior, para proteger a estos beneficiarios, el legislador introdujo un nuevo artículo 41 bis⁴ en virtud del

cual, se obliga a las ISAPRES a mantener, durante un año, los beneficios vigentes a la fecha en que se produzca la muerte del cotizante, a todos los beneficiarios declarados por aquél, incluyendo al hijo póstumo.

Para tener derecho a este beneficio, se debe cumplir con un único requisito: es necesario que a la fecha de fallecimiento del afiliado, a lo menos, hubiese tenido un año de vigencia ininterrumpida de beneficios en la ISAPRE, sin que tenga derecho a exigir el pago del precio del plan por el otorgamiento de tales beneficios sino sólo a recibir las cotizaciones de salud obligatorias derivadas de las pensiones o remuneracio-

³ Cabe tener presente que algunas ISAPRES ofrecen un provecho a los beneficiarios de sus cotizantes para el caso en que éstos fallezcan y que consiste, precisamente, en mantener los beneficios a sus beneficiarios por un tiempo determinado, pero es un beneficio adicional por lo que no está incorporado en todos los contratos y las condiciones son determinadas por la propia institución de salud.

⁴ Artículo 41 bis. "En el evento que el cotizante fallezca una vez transcurrido un año de vigencia ininterrumpida de los beneficios contractuales, la Institución de Salud Previsional estará obligada a mantener, por un período no inferior a un año contado desde el fallecimiento, todos los beneficios del contrato de salud vigente a la fecha en que se verificó tal circunstancia, a todos los beneficiarios declarados por aquél, entendiéndose incorporados en éstos al hijo que está por nacer y que habría sido su beneficiario legal de vivir el causante a la época de su nacimiento".

El beneficio establecido en este artículo se sujetará a las siguientes reglas:

1. Cuando corresponda, las Institución de Salud Previsional tendrán derecho a percibir las cotizaciones para salud provenientes de las pensiones o remuneraciones devengadas por los beneficiarios señalados en el inciso primero, durante el período en que rija el beneficio dispuesto en este artículo.

2. Terminada la vigencia del beneficio, la institución estará obligada a ofrecer al beneficiario el mismo plan de salud, debiendo éste pagar el valor que resulte de multiplicar el precio base del plan por el factor que corresponda a su sexo y edad.

Si el beneficiario no desea mantener el mismo plan, la Institución de Salud Previsional deberá ofrecerle otro plan de salud en actual comercialización cuyo precio se ajuste al monto que por él se enteraba en la institución, de acuerdo con la tabla de factores vigente en el plan de salud del cotizante fallecido, o uno menor, si así lo solicita expresamente el beneficiario.

3. En los contratos de salud que se suscriban en virtud de esta disposición no podrán pactarse otras restricciones o exclusiones que las que se encontraban vigentes en el contrato que mantenía el cotizante fallecido con la institución, ni exigirse una nueva declaración de salud.

Las personas indicadas en el inciso primero de este artículo podrán renunciar al beneficio allí establecido, sin perjuicio de ejercer, en tal evento, la facultad que otorga el segundo párrafo del numeral 2 del inciso precedente".

nes que perciban dichos beneficiarios, en el evento que ello ocurra.

Pero, ¿qué sucede una vez terminado el beneficio? Aquí es donde el legislador nuevamente obliga a la ISAPRE a celebrar un contrato de salud. En efecto, transcurrido el plazo de un año de duración del beneficio, la ISAPRE deberá ofrecer al beneficiario el mismo plan de salud que tenía el cotizante fallecido u otro plan de salud en comercialización que aquél elija. En cualquiera de las dos hipótesis, no resulta procedente la imposición de nuevas exclusiones ni restricciones, así como tampoco la exigencia de una nueva declaración de salud.

2.2 En cuanto al contenido de la convención⁵

290

Cabe recordar lo que advirtiéramos al inicio de este trabajo en cuanto a que la ley actualmente vigente ya establecía determinados contenidos mínimos a los que deben ceñirse los contratos de salud.

Pues bien, la reforma legal introduce mayores limitaciones a la libertad de configuración de las partes con-

tratantes, restringiendo, por una parte, tanto la unidad de financiamiento del precio del plan de salud y su determinación como el ejercicio de uno de los principales derechos de la ISAPRE; cual es, aumentar el referido precio y, por otra, eliminando la posibilidad de renunciar a ciertos derechos.

2.21 Unidad de financiamiento del precio del plan de salud

En la actualidad, las ISAPRES pueden establecer como unidad de financiamiento del precio de cada uno de sus planes de salud, a su elección, una cualquiera de las siguientes alternativas, a saber: moneda de curso legal en el país, porcentaje equivalente a la cotización legal de salud o unidades de fomento.

Lo cierto es que la nueva normativa elimina la posibilidad de pactar como unidad de financiamiento de un plan de salud individual⁶, el porcentaje equivalente a la cotización legal. En consecuencia, a partir del 1 de julio de 2005, el precio de los planes de salud individuales sólo podrá expresarse en la moneda de curso legal en el país o en unidades de fomento.

2.2.2 Determinación y adecuación del precio del plan de salud

Hoy en día, la institución de salud es, en términos generales, libre para de-

⁵ Cabe tener presente que ya la ley N° 19.966 conocida como ley AUGE, publicada en el *Diario Oficial* de 3 de septiembre de 2004, vigente desde el 1 de julio de 2005, ya había incorporado nuevos beneficios obligatorios que deben ser financiados por las ISAPRES (el llamado Plan AUGE o Régimen General de Garantías en Salud que alude básicamente en lo que nos interesa, a un conjunto de prestaciones asociadas a determinados problemas de salud definidos por el Ministerio de Salud mediante un decreto supremo).

⁶ Por oposición a los planes de salud colectivos que son aquellos que se celebran entre una ISAPRE y un grupo de dos o más trabajadores, por medio de los cuales estos últimos obtienen beneficios distintos de los que podrían obtener con su sola cotización legal.

terminar la estructura en los precios de los planes de salud que comercializa, el que ha de expresarse en la forma señalada precedentemente.

A partir de la vigencia de las nuevas normas, el precio final que deberá pagar un afiliado, se determinará sobre la base de dos elementos, a saber: un precio base que será fijado libremente por la institución de salud en su origen, pero que ha de ser igual para todos los cotizantes adscritos a un mismo plan, y una tabla de factores, en que la ISAPRE sólo podrá determinar los factores asignados a cada tramo etéreo, pues será la Superintendencia de Salud⁷ quien defina la estructura de la misma.

Además, cada ISAPRE podrá elaborar solamente dos tablas de factores cada cinco años para la totalidad de sus planes de salud, y no podrá modificar la tabla que haya incorporado a un determinado plan de salud⁸.

Por último, la adecuación del precio final durante la vigencia del contrato de salud, que hasta la fecha no estaba sujeta a límite alguno, deberá ceñirse a una banda de precios⁹ que determinará las alzas máximas y mínimas que po-

drá aplicar una ISAPRE a los precios bases de todos sus planes de salud.

2.2.3 Imposibilidad de renunciar a determinados derechos

En primer lugar, en la actualidad un afiliado tiene derecho a desahuciar el contrato de salud una vez transcurrido un año de vigencia de los beneficios contractuales, a menos que hubiere renunciado a tal facultad, en cuyo caso la ISAPRE se obliga a no adecuar su contrato mientras dure tal renuncia.

Pues bien, la nueva normativa eliminó tal posibilidad con la finalidad de evitar que se produzcan discriminaciones en la adecuación de los precios por esa vía y que sólo algunos afiliados a un plan de salud determinado sufran alzas en sus precios y otros —aquellos a quienes se les ofreció renunciar al desahucio— no.

De igual forma y con el mismo fin, se prohíbe expresamente a las ISAPRES efectuar descuentos en el precio de un plan de salud a un afiliado determinado. De permitirse, ello implicaría que, como la tabla de factores ha de ser igual para todos los cotizantes adscritos a un mismo plan, algunos tendrían un precio base distinto, situación que el legislador ha querido evitar, pues implica abrir espacios a la discriminación toda vez que las ISAPRE podrían no estar dispuestas a ofrecer una rebaja del precio a cualquier cotizante (por ejemplo, a un afiliado cuyo riesgo en salud fuese muy alto).

Asimismo, se obliga a las ISAPRES a aplicar siempre los cambios en los tramos de edad que experimenten los

⁷ Organismo creado por la ley de Autoridad Sanitaria (ley N° 19.937 publicada en el *Diario Oficial* de 24 de febrero de 2004) y que es la continuadora legal de la Superintendencia de ISAPRES.

⁸ Con una excepción: puede modificar dicha tabla si ello implica disminuir permanentemente los factores asignados, sea total o parcialmente.

⁹ Dicha banda de precios no será fijada por la autoridad, sino que será determinada en función de un promedio ponderado de alzas definido libremente por cada una de las ISAPRES.

beneficiarios, sea que éstos importen un aumento o una disminución del factor étareo correspondiente.

2.3 Terminación del contrato de salud

La reforma legal que entrará en vigencia próximamente, regula el ejercicio del derecho de la ISAPRE a poner término al contrato de salud, estableciendo taxativamente determinadas causales de procedencia.

En efecto, el nuevo artículo 40 faculta a la ISAPRE para cursar el término del contrato en cuatro casos, estos:

- a) Omisión de enfermedades preexistentes.
- b) No pago de cotizaciones por parte de cotizantes voluntarios e independientes.
- c) Mal uso de beneficios.
- d) Omisión de beneficiarios legales con el fin de perjudicar a la ISAPRE.

De estas cuatro causales, resulta conveniente detenerse en las dos primeras por ser las de mayor ocurrencia en la práctica.

2.3.1 Omisión en la declaración de enfermedades preexistentes

Al respecto, cabe señalar que dada la redacción del actual artículo 40, no existe impedimento alguno para que una ISAPRE ponga término al contrato de salud de un afiliado fundado en la no declaración de enfermedades diagnosticadas antes de la suscripción del mismo y no declaradas en esa oportu-

nidad en la medida que su declaración constituya una obligación contractual del afiliado, lo que ocurre en todos los contratos de salud. Sin embargo, de lo anterior, los tribunales superiores de justicia han resuelto que ello no es procedente, pues la única sanción impuesta por el legislador para esa hipótesis de no declaración, es la negativa de cobertura y no el término de la convención.

Pues bien, la ley N° 20.015 señala expresamente que el término del contrato es sin perjuicio del derecho de la ISAPRE a excluir de cobertura las prestaciones originadas en este tipo de antecedentes de salud preexistentes no declarados.

Pero para que una ISAPRE pueda ejercer este derecho, deben cumplirse determinados requisitos, siendo el más relevante de aquellos, a nuestro juicio, el hecho de que la simple omisión en la declaración de una enfermedad preexistente no faculta a cursar el término de la convención, a menos que la ISAPRE acredite que dicha omisión le causa perjuicio y que de haber conocido tal antecedente, no habría contratado; cuestión que claramente altera las normas generales en materia de terminación de un contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del deudor.

Nos referiremos, más adelante, a la justa causa de error que puede invocar el afiliado como eximente de responsabilidad en cuanto a la omisión en que incurrió.

2.3.2 No pago de cotizaciones

Esta causal se aplica únicamente a los afiliados voluntarios¹⁰ y a los independientes, que son los únicos cotizantes obligados personalmente al pago del precio del plan de salud, toda vez que, tratándose de cotizantes que revisten la calidad de trabajadores dependientes y pensionados, son tanto el empleador como la entidad encargada del pago de la pensión respectivamente, los obligados a efectuar el descuento y enterar la suma pactada como precio del plan.

De la misma forma que en el caso anterior, en esta hipótesis el legislador también exige el cumplimiento de determinadas condiciones para su procedencia. Ellas se relacionan fundamentalmente con la obligación de la ISAPRE de comunicar al afiliado el no pago de su cotización en un plazo de tres meses contado desde el incumplimiento de la obligación. Es un derecho condicional, ya que si no se cumple con la obligación de informar, la ISAPRE no puede cursar el término del contrato.

Más aún, el derecho a cursar el término en cuestión, sólo puede ejercerse transcurrido que sea un mes desde la fecha en que se comunicó al afiliado, la deuda de cotizaciones que mantenía.

Además, si no comunica la deuda, está impedida de cobrar intereses, reajustes y multas, lo que claramente limita la responsabilidad civil del deudor en cuanto la ISAPRE no podrá

cobrar la indemnización moratoria derivada del incumplimiento de su obligación de pago del precio.

3. OTRAS MODIFICACIONES QUE INCIDEN EN NORMAS PROPIAMENTE CIVILES

3.1 *Justa causa de error como eximente de responsabilidad*

Tal como adelantáramos en el punto precedente, si bien la ISAPRE está facultada para excluir de cobertura las prestaciones derivadas de enfermedades preexistentes no declaradas y poner término a la convención por esa causa, para lo cual obviamente debe probar el incumplimiento contractual del afiliado, éste puede exonerarse de responsabilidad si acredita que la omisión se debió a una justa causa de error. Si así lo prueba, la ISAPRE estará obligada, por una parte, a otorgar cobertura a las prestaciones originadas en los antecedentes de salud preexistentes no declarados y, por otra, estará impedida de poner término al contrato de salud.

Lo anterior significa que el afiliado que ha incumplido esa obligación contractual, lo que naturalmente acarrearía las sanciones previstas expresamente por el legislador, podrá excusarse válidamente de su incumplimiento, eximiéndose de responsabilidad civil si prueba que por un error excusable omitió informar todos los antecedentes de salud suyos o de alguno de sus beneficiarios.

¹⁰ Aquellos que sólo efectúan cotizaciones previsionales para salud en una ISAPRE y que no cotizan para pensiones.

3.2 Presunción de mala fe

Muy ligado al tema anterior, se incorpora una nueva presunción de mala fe. En el artículo 33 bis N° 6 se introduce un nuevo párrafo cuarto que prescribe:

“Se presumirá la mala fe si la Institución probare que la patología o condición de salud preexistente requirió atención médica durante los antedichos cinco años y el afiliado a sabiendas la ocultó a fin de favorecerse de esta disposición legal. En estos casos, la Institución de Salud Previsional podrá poner término al contrato, en los términos señalados en el artículo 40”.

Lo anterior implica que si la ISAPRE acredita que durante los cinco años posteriores a la suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, se requirieron prestaciones médicas para esas condiciones de salud preexistentes no declaradas y tales prestaciones fueron ocultadas con el fin de favorecerse de la norma que obliga a la ISAPRE a otorgar cobertura impidiéndole cursar el término del contrato una vez que han transcurrido los referidos cinco años, está facultada para poner término a la convención.

3.3 Prelación de crédito

La ley de ISAPRES establece un orden de prelación de pago para el evento que se liquide la garantía que toda ISAPRE debe constituir ante institu-

ciones bancarias que desempeñan el papel de custodios. En efecto, el artículo 48 del referido cuerpo legal establece un orden de prelación propio para efectuar el pago de las obligaciones que la referida garantía cauciona; proceso que tiene lugar con posterioridad al cierre del registro de la ISAPRE.

En ese contexto, la nueva normativa establece un procedimiento para hacer valer las acreencias y pagar las deudas, el que opera sobre una lógica similar a la contemplada en la ley de Quiebras.

Ahora bien, en el caso de que la garantía de una ISAPRE no alcance para pagar todas las deudas que ella cauciona, ¿qué pasa con esos créditos? La reforma legal establece que, en esa hipótesis, la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud¹¹ emitirá una resolución que contendrá la identificación del acreedor (afiliado o prestador) y el monto adeudado, que tendrá mérito ejecutivo y será remitida al síndico de la quiebra para ser considerada en el pago con cargo a la masa de bienes del fallido. Ello evita que sea el acreedor quien concurra personalmente al juicio de quiebra para hacer valer su crédito, sin perjuicio del derecho que le asiste de hacerlo.

¹¹ La Superintendencia de Salud está estructurada orgánica y funcionalmente sobre la base de dos intendencias: la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, encargada de la supervigilancia y control de las ISAPRES y del FONASA y la Intendencia de Prestadores, encargada de la fiscalización de los prestadores de salud, sean públicos o privados.

La ley N° 20.015 da un paso más en la protección de los créditos de los beneficiarios (no aquellos de los prestadores) y les asigna una preferencia: le otorga un privilegio de primera clase a las deudas insolutas de los beneficiarios. En efecto, el inciso final del artículo 48 dispone:

“En aquella parte que no haya podido ser solucionada con la garantía, los créditos contenidos en el numeral 2 del inciso primero de este artículo gozarán

del privilegio concedido a los créditos del número 6 del artículo 2.472 del Código Civil, los que, en todo caso, se pagarán con preferencia a aquéllos, rigiendo en todo lo demás lo dispuesto en el artículo 2.473 del mismo Código”.

Lo anterior implica que los saldos insolutos de los créditos de los beneficiarios, gozarán del mismo privilegio que tienen las cotizaciones de seguridad social.