

FALTA DE MOTIVACIÓN EN LAS MODIFICACIONES UNILATERALES DEL PRECIO BASE DE LOS PLANES DE SALUD DE LAS INSTITUCIONES DE SALUD PREVISIONAL

*Alejandro Gómez Sotomayor**

RESUMEN

En este trabajo se pone de manifiesto el incremento significativo que han tenido los ingresos a las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema respecto de recursos de protección y sus apelaciones en contra de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES). Se analiza de una manera crítica la Ley N° 21.350, publicada en junio de 2021, que estableció un procedimiento para regular los aumentos de precio base de los planes de salud, que modificó el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud y, también, se analiza la sentencia de la Corte Suprema que obligó a las ISAPRES en conjunto con la Superintendencia de Salud disponer de un procedimiento para determinar el alza del precio base de los planes de salud de los cotizantes que cumplan con los estándares legales exigidos de una manera fundada o motivada, con antecedentes que deben ser verificados por el ente regulador. Es requisito que las decisiones de los organismos públicos y de los organismos privados que ejerzan funciones públicas, como en este caso, vengán debidamente motivadas, de manera que no sean arbitrarias o caprichosas, alterando la conmutatividad de los contratos de salud, lo que debe ser excepcional.

Palabras claves: ISAPRES, Superintendencia de Salud, planes de salud, Índice de Variación Porcentual, motivación.

* Magíster en Derecho mención Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. Universidad San Sebastián. Correo electrónico: alejandro.gomez@uss.cl

I. INTRODUCCIÓN: BREVE RESEÑA DE LA HISTORIA RECIENTE DE LAS ALZAS DE LOS PRECIOS BASE DE LOS PLANES DE SALUD DE LAS ISAPRES, AUMENTO DE RECLAMOS JUDICIALES Y SU RELACIÓN CON LA MOTIVACIÓN

Hace varios años se viene sobrecargando el aparato judicial con el aumento de ingresos relacionados con recursos de protección en contra de las Instituciones de Salud Previsual (ISAPRES), ya sea por la modificación unilateral de los contratos de salud de sus afiliados por concepto del precio base de los planes de salud o bien por el aumento del valor de patologías relacionadas al AUGÉ/GES.

En el 2021 ingresaron 146.651 recursos de protección relacionados a ISAPRES a las Cortes de Apelaciones, en comparación a los 208.574 del 2020, lo que representa una disminución de casi 30%. Respecto de las apelaciones ante la Corte Suprema ascendieron a 81.271, de estas, 74.808 corresponden a acciones en contra de ISAPRES (Corte Suprema, 2022). Además, en el 2020 las apelaciones ante la Corte Suprema aumentaron radicalmente, en más de 270%, con más de 154.000 causas (Corte Suprema, 2021).

En el 2019 el ingreso registrado en las 17 Cortes de Apelaciones del país fue de más de 519.000 causas, lo que significa un aumento de 88,2% respecto del año anterior. Esto, debido principalmente al aumento de recursos de protección asociados a reclamos contra ISAPRES, los que mostraron un incremento porcentual de 158% respecto del 2018, recursos que representan 72,5% del total de ingresos de las Cortes de Apelaciones y que estuvieron determinados por el GES. En el 2019 las apelaciones a los recursos de protección relacionados a ISAPRES llegaron a más de 29.000 ingresos (Corte Suprema, 2020).

En el 2018 la Corte Suprema registró más de 33.400 ingresos, de estos, 18.900 corresponden a apelaciones de recursos de protección en contra de las ISAPRES (Corte Suprema, 2019).

Si bien es cierto que durante el bienio 2020-2021 los ingresos de recursos de protección relacionados a ISAPRES disminuyeron considerablemente respecto de años anteriores, esto se debió principalmente a la decisión de las ISAPRES de congelar los valores de sus planes durante el 2020 y la Ley N° 21.350, publicada en junio de 2021, que no solo congelaron los valores de los planes sino que, además, estableció un sistema de reajustabilidad de tales planes, cuyos montos máximos serán fijados anualmente por la Superintendencia de Salud.

La mayoría de estas causas tienen en común las infracciones a dos garantías constitucionales bien específicas, como son el derecho a la protección de la salud regulado en el artículo 19 numeral 9 y el derecho a la propiedad regulado en el artículo 19 N° 24, ambos de la Constitución Política de la República. Además, se ha argumentado que estos incrementos en los valores de los planes de salud de los co-

tizantes carecen de una debida motivación, es decir, de fundamentos de hecho y de derecho que sostengan la decisión, que excluyan la posibilidad de arbitrariedades de los entes aseguradores de salud. Así lo señaló, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Rancagua en el 2022 causa rol 749-2022, al señalar en el considerado sexto que:

Que de la atenta lectura de dicha comunicación de adecuación es posible concluir que esta no explica de forma debida las motivaciones que la llevaron a adecuar el precio base en dicho porcentaje y no en otro distinto, lo que resulta de la mayor trascendencia por cuanto *la procedencia del alza en el precio base no puede determinarse de manera genérica para todos los cotizantes de la Isapre recurrida*, a través de una comunicación masiva, porque resulta evidente que no todos aquellos se encuentran en la misma situación, lo que imponía la necesidad de fundamentar el monto del porcentaje aplicado en cada caso. En consecuencia, las motivaciones expresadas no resultan suficientes para explicar el motivo o razón del cual pudiera colegirse fundadamente la necesidad del aumento, y que el porcentaje indicado en la carta adecuatoria sea el que le corresponda al recurrente en razón del aumento de los costos de salud y las circunstancias personales del afiliado (destacado propio) (Corte de Apelaciones de Rancagua, 2022).

Después de retomarse una normalidad relativa luego de las medidas más estrictas de confinamiento, cuarentena y otras relativas a la pandemia por COVID-19, a mayo de 2022 las causas en contra de ISAPRES ingresadas a las Cortes de Apelaciones del país ascendían a 292.584. Esto llevó a la Corte Suprema, en una sentencia inédita, a fallar en contra de las 12 ISAPRES existentes hoy y por medio de un oficio ordenar que se copiara cada una de esas sentencias en todas las causas ingresadas a las Cortes del país por alza de planes de salud y ordenando que la Superintendencia de Salud juntamente con las ISAPRES elaboraran un nuevo proceso de adecuación que dé garantías a los cotizantes.

II. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA, CON SUS OFICIOS RESPECTIVOS, EN RELACIÓN CON CADA UNA DE LAS ISAPRES. REPROCHES QUE HACE LA CORTE A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD Y A LAS ASEGURADORAS DE SALUD (CORTE SUPREMA, 2022)

La Tercera Sala de la Excelentísima Corte Suprema el pasado 22 de agosto acogió 12 recursos de protección en contra de cada una de las Instituciones de Salud Previsual (ISAPRES) dejando sin efectos las comunicaciones de dichos organismos dirigidas a la Superintendencia de Salud, en la que se informaba un aumento de 7,6% en todos sus planes de salud dejando, por tanto, sin efecto las alzas porcentuales de los precios base de todos los planes de salud administrados por las ISAPRES. De la misma

manera, el máximo tribunal ordenó que la Superintendencia de Salud disponga de las medidas administrativas para que los montos en exceso pagados a consecuencia de las alzas sean devueltos a los cotizantes o se revoque la modificación a los planes acordada o se reintegre a los afiliados, según proceda. Por último, la Corte ordenó que la Superintendencia de Salud disponga de un plazo prudencial para que las aseguradoras de salud cumplan de manera fundada y con antecedentes que deben ser verificados por el ente regulador las propuestas de alza proporcional a todos sus planes de salud para el 2022, ajustado a los parámetros legales.

En el examen que hace la Corte Suprema hace un análisis de tres dimensiones. La primera dimensión guarda relación con el procedimiento por el cual la Superintendencia de Salud determina el Índice de Variación Porcentual. La segunda dimensión guarda relación con las comunicaciones de las ISAPRES a la Superintendencia de Salud de aumentar o no el precio de los planes de salud y sus porcentajes en caso de que corresponda. Y, por último, una tercera dimensión tiene que ver con las comunicaciones de las ISAPRES a sus cotizantes respecto de la decisión de aumentar sus planes de salud y porcentaje de este.

La Corte llega a la conclusión que la antijuridicidad constatada debido a la arbitrariedad con la que actuaron las ISAPRES tiene su origen en la segunda dimensión antes señalada, es decir, en las comunicaciones de las ISAPRES a la Superintendencia de Salud en relación con el aumento del precio base que realizarían a sus cotizantes en sus planes de salud.

1. Legalidad del procedimiento por el que la Superintendencia de Salud determinó el Índice de Variación Porcentual

i. *Procedimiento anterior*

Antes de la dictación de la Ley N° 21.350, de 14 de junio de 2021, que modificó los artículos 197 y 198 del DFL N° 1 de 2005 e introdujo un nuevo artículo 198 bis y disposiciones aplicables a los años 2020, 2021 y 2022, las reglas aplicables que permitían, bajo ciertas condiciones, alzas anuales en los planes de salud eran las siguientes:

- a) Se permitía a las ISAPRES de manera anual, respecto del mes de suscripción de cada plan, revisar los contratos de salud, pudiendo solo modificar el precio base del plan, con ciertas limitaciones, **siempre y cuando no significaran una discriminación entre afiliados de un mismo plan.**
- b) Isapre debía informar, antes del 31 de marzo de cada año, a la Superintendencia de Salud el precio base en UF, de cada uno de sus planes de salud y si aumentara el precio base de todos y cada uno de los contratos.

ii. *Procedimiento actual*

- a) Se permite a las ISAPRES de manera anual, respecto del mes de suscripción de cada plan, revisar los contratos de salud, pudiendo solo modificar el precio base del plan, con ciertas limitaciones, **siempre y cuando no significaran una discriminación entre afiliados de un mismo plan.**
- b) El Superintendente de Salud fija anualmente, durante los 10 primeros días del mes de marzo, un indicador que será el máximo para las ISAPRES que apliquen una variación porcentual al precio base de sus planes de salud. Dicho índice porcentual así fijado se entenderá justificado para todos los efectos legales.
- c) En los 15 días posteriores las ISAPRES deben informar a la Superintendencia de Salud su decisión de aumentar o no el precio base del plan y, en caso de que decidan aumentarlo, el porcentaje de ajuste informado **será aquel que aplicarán a todos sus planes de salud**, el que no podrá ser superior al indicador calculado por el ente regulador.

2. **Comparativa entre el antiguo procedimiento y el actual**

- Se mantuvo la posibilidad de revisión de los contratos de salud y la modificación unilateral solamente respecto del precio base de los planes de salud de manera anual. Se regula un procedimiento anclado en la Superintendencia de Salud que debe anualmente fijar un tope máximo de aumento a los precios base de los planes de salud de todo el sistema privado.
- Se mantiene la prohibición de hacer distinciones entre afiliados de un mismo plan. Esto se reafirma en el fallo de la Corte Suprema (considerando octavo numeral 2 letra c)), al señalar que “cumplida la anterior determinación (deber de las ISAPRES de informar a la Superintendencia de Salud su decisión fundada de adecuar en general sus planes) se deberá ejercer también fundadamente esta opción y ‘en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan’ (art. 197), la que corresponde poner en conocimiento de los afiliados”, lo que se repite en el numeral 11 del mismo considerando.
- Sin perjuicio de lo anterior, en el artículo 198 N° 2 letra e) inciso primero actual se señala que “**el porcentaje de ajuste informado será aquel que aplicarán a todos sus planes de salud**”.
- El índice porcentual fijado anualmente por la Superintendencia de Salud se entenderá justificado para todos los efectos legales. Respecto de este punto puedo señalar dos cuestiones: Primero, la ley establece un tope máximo que en ningún caso debe ser entendido como una prerrogativa para las ISAPRES de modificar en ese porcentaje los precios base de sus planes de salud sin justificación. Por medio de la motivación es que la ISAPRE debe justificar el porcentaje en que se

aumentan sus planes en cada uno de ellos, según las características de estos y siguiendo los demás criterios legales establecidos. En segundo lugar, la posible presunción de motivación de la que ha dotado el legislador al índice porcentual fijado anualmente por la Superintendencia de Salud no se comunica a la decisión de las aseguradoras de aumentar los precios base de sus planes de salud. Por último, es oportuno hacer notar que una norma como esta va en contra del principio de motivación de los actos públicos, ya que dota de apariencia de legalidad a un acto que puede no estar justificado realmente.

3. Otras apreciaciones

Antecedentes para considerar en el cálculo del índice porcentual fijado anualmente por la Superintendencia de Salud.

La Superintendencia de Salud para realizar el cálculo del índice en comento debe tener a la vista los siguientes antecedentes:

- 1) Índices de variación de los costos de las prestaciones de salud.
- 2) Índices de variación de la frecuencia de uso experimentada por las prestaciones de salud.
- 3) Índices de variación del costo en subsidios por incapacidad laboral del sistema privado de salud.
- 4) El costo de las nuevas prestaciones.
- 5) Variación de frecuencia de uso de las prestaciones, que se realicen en la modalidad de libre elección de FONASA y;
- 6) Cualquier otro elemento que sirva para incentivar la contención de costos del gasto en salud.

La Corte Suprema, para verificar la legalidad de este proceso, solicitó la siguiente información al ente regulador:

- 1) Indicador Referencial de Costos de la Salud (IRCSA) del año 2019, calculado el 2020; del año 2020, calculado el año 2021 y del 2021 calculado el 2022.
- 2) La variación referencial del costo operacional del sistema de Isapre.
- 3) El costo por cobertura de prestaciones de salud y el costo por pago de subsidio de incapacidad laboral por Isapre, de acuerdo con la información que conste en sus registros públicos.
- 4) Indicar los ingresos percibidos por las ISAPRES por concepto de planes de salud, y los gastos en que han incurrido por tal concepto desde los años 2019 a 2021.
- 5) Señalar el comportamiento de los afiliados en relación con el uso del sistema para el mismo periodo referido.

- 6) Hacer referencia a toda información pertinente y acompañar un cálculo general y desagregado por Isapre.

Es admisible consignar que la Corte le cuestiona al ente regulador no haber entregado toda la información requerida al señalar que

la Superintendencia del ramo nada dijo acerca de los restantes factores que, de acuerdo a la ley, ha debido considerar en el cálculo del índice de que se trata, pues, por ejemplo, guarda silencio acerca del “costo de las nuevas prestaciones” y de la “variación de frecuencia de uso de las prestaciones” verificadas en la modalidad de libre elección de FONASA, sin perjuicio de que tampoco se ha informado si en este ejercicio se consideró “cualquier otro elemento que sirva para incentivar la contención de costos del gasto en salud” y, de ser así, a cuál se recurrió.

Por otra parte, el juzgador también cuestiona que la Superintendencia haya consignado otros factores que la ley no contempla para el cálculo del índice señalado, como son la siniestralidad, la rentabilidad del ingreso y la rentabilidad del capital y reservas.

Otro cuestionamiento respecto de la información allegada por la Superintendencia al máximo tribunal es que no pudo entregar información desagregada por ISAPRE, ya que no cuenta con dicha información, lo que parece una falta de rigurosidad al momento de ejercer sus facultades fiscalizadoras.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho y ante la ausencia de antecedentes que permitan concretar una revisión judicial destinada a precisar el cumplimiento de las exigencias legales en la determinación del índice Referencial de Costos de Salud, la Corte no pudo sino aceptar la legalidad del procedimiento debido a lo señalado en el artículo 198 numeral 2 letra d) inciso final del DFL N° 1 de 2005 en cuanto a que *el índice de variación porcentual así fijado se entenderá justificado para todos los efectos legales*. Tal norma nos parece inconstitucional, ya que infringe a la igualdad ante la ley, dejando sin posibilidad de recriminación el proceso por el cual la Superintendencia de Salud arriba al Índice de Variación Porcentual, que, a todas luces, según lo indica la sentencia de la Corte Suprema, no se realizó respetando los estándares que el legislador había establecido para su determinación, obviando información relevante y no constatando la veracidad de los datos proporcionados por las propias ISAPRES.

III. PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS PÚBLICOS

La motivación ha dejado de ser un simple elemento formal del acto administrativo para convertirse en un verdadero principio general del derecho público (Soto,

2012, p. 431)¹, el que consiste en la obligación que tiene el Estado, y como veremos más adelante de algunos organismos privados que ejercen funciones públicas, de externalizar la norma atributiva que faculta a la autoridad para actuar, siguiendo la máxima del derecho público que solo puede hacerse aquello que esté expresamente permitido por la ley (principio de legalidad), los presupuestos de hecho que habilitan su uso y la relación entre ambos, dando respaldo a la decisión adoptada, justificando el uso del poder o atribución y reafirmando la vigencia del Estado de Derecho (Gómez, 2022, p. 22)².

La motivación como principio halla su sustento en la teoría del profesor español Tomás Ramón Fernández en cuanto a que lo no motivado es por solo ese hecho arbitrario (Fernández, 1991, pp. 106-107). También, en lo señalado por don Andrés Bello en el diario *El Araucano* en 1834 en el artículo “la necesidad de fundar las sentencias”, señalando que (la motivación) es una *práctica tan conforme al principio de responsabilidad general que es el alma del gobierno republicano, o mejor decir, de todo gobierno* (*El Araucano*, 1834).

También se vincula a otros principios constitucionales y legales, como el principio democrático, servicialidad, legalidad, responsabilidad, control, objetividad, razonabilidad, seguridad jurídica, transparencia, publicidad y lenguaje claro, interdicción a la arbitrariedad, entre otros. Pero, no solo es un principio, sino que se torna un derecho para las personas y por tanto una obligación para el Estado.

En nuestros tiempos no basta con indicar la norma atributiva para actuar, el uso del poder requiere un esfuerzo mayor para ser justificado. Recordemos lo que dice nuestra actual Constitución, en cuanto a que la soberanía reside esencialmente en la nación y es ejercida por el pueblo por diversos mecanismos (Constitución Política de la República de Chile). La autoridad tiene la obligación por tanto de justificar de una manera previa y suficiente sus actos, ya que el poder que mantiene solo es delegado por la nación.

El poder público se encuentra en una situación de privilegio ante los particulares, por lo que para que no existan abusos es importante la observancia de la obligación de motivar los actos por parte del Estado, más cuando es posible usar la fuerza (legítima) para instar al cumplimiento y acatamiento de los actos de autoridad. La

¹ El profesor Soto Kloss sostiene que la motivación es un principio general del derecho administrativo, el que halla su fundamento en la garantía constitucional de un procedimiento racional y justo (artículo 19 numeral 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República), o mejor conocido en doctrina como debido proceso.

² Fernández señala que la motivación es lo que marca la diferencia entre una decisión discrecional o arbitraria, ya que, si no hay motivación, el único sustento de esta será la sola voluntad de su autor, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Fernández conceptualiza a la motivación desde su principal función, esto es, diferenciar los actos puramente discrecionales de aquellos arbitrarios.

motivación permite expresar o explicitar el razonamiento que ha tenido la autoridad para decidir una cosa en un sentido determinado, sirviendo como justificación para lo decidido. La motivación es una obligación para el Estado y un derecho para las personas, que les sirve como una protección de sus derechos individuales, ya que les permite conocer de una manera efectiva y real los antecedentes, razones de hecho y de derecho que justifiquen la dictación de un acto en un determinado sentido, despejando toda duda de un actuar arbitrario. La motivación actúa como una garantía para el particular frente a la decisión del Estado, es decir, un derecho para el administrado (Gómez, 2022, p. 107).

Así la verdadera función de la motivación es la reducción de la arbitrariedad, dando respaldo a la decisión adoptada, justificando el uso del poder, reafirmando su conformidad al ordenamiento jurídico y vigencia del Estado de Derecho (Maccormick, 1999, p. 18)³.

La motivación para cumplir con estas finalidades es necesario que sea escrita, por tanto, debe externalizarse. En cuanto a su extensión, es importante que la motivación sea lo suficientemente indicativa, debiendo contener las razones de hecho y de derecho en las que se apoya la decisión que contiene el acto. También, debe ser suficiente, permitiendo al “administrado medio” conocer y entender las circunstancias de hecho y de derecho que justifican su dictación. Además, debe ser anterior a la dictación del acto debiendo constar en el documento decisorio. Y, por último, debe ser coherente con los demás antecedentes que obren y que sirvan de sustento a la decisión (Gómez, 2022, p. 107).

IV. MOTIVACIÓN EXPANSIVA A ORGANISMOS PRIVADOS QUE CUMPLEN FUNCIONES PÚBLICAS

La Corte Suprema en su fallo señala en el considerando trigésimo que

las isapres, al prestar un servicio de seguridad social estrictamente regulado y que impone –como en el presente caso– la motivación de las decisiones que afecten a sus afiliados, se sujetan a similares exigencias que los órganos de la administración para justificar la razonabilidad de sus actos, pues solo a través de una adecuada motivación “se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad.

³ “Una parte vital de la garantía de la libertad en la concepción dominante del Estado de Derecho consiste en que debe darse a todas las personas la oportunidad de exponer la refutación en términos claros y con la asistencia jurídica adecuada”.

Además, agrega que

el fin último de la exigencia de motivación de todo acto administrativo no es otro que requerir la explicitación de sus fundamentos racionales, de manera tal que sean comprensibles para el administrado, proveyéndole la información necesaria para que, en caso de disconformidad o agravio, ejerza los mecanismos recursivos que le franquea la ley, tanto ante la Administración como la jurisdicción. Entonces, tal requisito no será satisfecho sino cuando los argumentos del órgano administrativo que adopta la resolución consistan en razones objetivas y comprobables que doten de razonabilidad a la decisión terminal, suprimiendo todo dejo de arbitrariedad.

Por último, termina por señalar que (la motivación)

es un requisito sustancial en la dictación de un acto administrativo, la expresión del motivo o fundamento, pues la omisión está vinculada a una exigencia que ha sido puesta como condición de mínima de racionalidad, ya que permite y promueve el conocimiento del contenido y fundamentos de las decisiones que adopten los órganos de la Administración del Estado, destacando, en ese sentido, que la fundamentación del acto administrativo es un elemento de su esencia, cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura.

Cuando estudiamos la causa en el acto jurídico civil lo primero a tener claro es su diferencia con el objeto y el motivo. En primer lugar, el objeto sería el beneficio que el deudor debe procurar al acreedor, en otras palabras, es lo que se debe. En el caso que nos ocupa sería el monto que se descuenta todos los meses (7% de los haberes imponibles o un monto superior) o el cotizante paga directamente a la ISAPRE. Cuando nos referimos a la causa, la doctrina distingue entre la causa final y la causa impulsiva u ocasional. La causa final es el fin inmediato y directo que se persigue. Dicho de otra manera, es la razón que lleva a los contratantes a obligarse. Para el cotizante es pagar un precio y para la ISAPRE otorgar un seguro de salud para cubrir ciertas prestaciones de salud en diferente proporción. Asimismo, la causa impulsiva u ocasional se asimila al motivo o móvil, es decir, el fin mediato o lejano. Es la razón que se esconde detrás de la voluntad expresada. Como podemos ver la causa final será siempre la misma variando de contrato a contrato, pero el motivo o causa impulsiva variará en cada caso. En relación con la causa impulsiva o motivo siempre se ha dicho que no es necesario que las partes la exterioricen, entre otras razones debido al principio de la autonomía de la voluntad (Alessandri y otros, 1998, p. 272).

Ahora bien, lo anteriormente dicho no se aplica en el derecho público, ya que lo que rige las relaciones del Estado con los particulares es el principio de legalidad que le habilita a hacer solo aquello permitido previamente por el ordenamiento jurídico y ese actuar debe ir en beneficio del bien común, por tanto siempre será

necesario explicitar la o las razones que tiene la autoridad para decidir, contratar o realizar otros actos jurídicos o actos materiales, esto por medio de la debida motivación o fundamentación del acto con miras a controlar administrativa o judicialmente la legalidad del mismo, y por supuesto, el control ciudadano.

Por ejemplo, al celebrar dos personas un contrato de compraventa no es necesario que den a conocer la causa impulsiva o motivos que se esconden detrás de la celebración de ese acto jurídico, pero no ocurre lo mismo si el Estado decide contratar con un privado por ejemplo para comprar un terreno, ya que el Estado no solo deberá expresar las normas que lo habilitan para actuar, sino que, además, explicitar por qué está comprando ese terreno y no otro, cuál es el fin que se le dará a ese terreno, por qué está comprando a ese valor, etcétera.

Nadie podría desconocer que las ISAPRES son organismos privados, empresas de seguros dedicados al ámbito de la salud. En principio, no se les debería aplicar normas o criterios distintos que a cualquier otra relación entre privados, pero como bien señala la Corte Suprema al prestar un servicio de seguridad social estrictamente regulado, es decir un servicio netamente de interés público como lo es la salud de las personas o la cobertura de las prestaciones de salud, es posible considerar que se le exija una debida motivación de sus actos que afecten directamente el servicio que entregan a sus afiliados. De esta manera, podemos asegurar que el campo de la arbitrariedad se ve cada vez más disminuido, dando paso a las decisiones basadas en la razón y el derecho incluso en relaciones entre privados como ocurre en la especie.

V. CONCLUSIONES

Hace ya varios años el aumento de ingresos a las Cortes por causas relacionadas a recursos de protección contra ISAPRES ha provocado un sinnúmero de inconvenientes a la administración de justicia y al sistema de salud privado. Se esperaba que con la dictación de la Ley N° 21.350, publicada en junio de 2021, el problema terminara o se aminorara considerablemente, pero tal cosa no ocurrió. Al parecer la solución dada por el legislador no cumplió con las expectativas de la justicia ni menos de los cotizantes de salud. Se hace necesario una solución definitiva, respetuosa de los derechos de las personas, de la legalidad y razonabilidad de los cambios en los contratos y que recoja los criterios jurisprudenciales por una parte y también las necesidades de los cotizantes en concordancia con el sistema de salud privado.

El rol de la Superintendencia de Salud debe ser protagónico, convirtiéndose en un garante de legalidad de las medidas adoptadas por las aseguradoras privadas, reforzando su rol fiscalizador y verificando la veracidad de los datos ingresados por

los fiscalizados, de manera de entregar tranquilidad a los cotizantes respecto de los aumentos necesarios de los planes de salud.

La Superintendencia de Salud en conjunto con las ISAPRES deben elaborar un sistema que permita hacer una correcta discriminación entre diferentes situaciones que se pueden dar entre cotizantes de diferentes planes. Es cierto que el sistema tiene componentes de solidaridad, pero está lejos de ser un principio de aplicación general por parte de las ISAPRES, al tratarse de cotizaciones personales y cubrir necesidades especiales y particulares de cada cotizante mediante la elección de un plan de salud que satisfaga los intereses de esa persona, debe ser aplicado de manera excepcional y, por supuesto, de manera motivada.

En cuanto a la Ley N° 21.350 vale la pena hacer dos comentarios. Primero la inconstitucionalidad del artículo 198 numeral 2 letra d) inciso final del DFL N° 1 de 2005 en cuanto a que *el índice de variación porcentual así fijado se entenderá justificado para todos los efectos legales*. Dicha norma infringe varios principios y derechos constitucionales, como lo son el principio de motivación de los actos públicos en relación con el principio de transparencia y publicidad, el principio de la interdicción a la arbitrariedad y el derecho de igualdad ante la ley, entre otros. En segundo lugar, el legislador al introducir cambios en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, mediante la ya citada ley mantuvo la siguiente frase del inciso tercero del artículo 197 del decreto ya citado, *Anualmente, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo solo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan* (destacado propio), al mismo tiempo que introdujo la siguiente frase en el artículo 198 numeral 2 letra e) *En el plazo de quince días corridos, contado desde la publicación del indicador a que se refiere la letra anterior, las Isapres deberán informar a la Superintendencia de Salud su decisión de aumentar o no el precio del precio base de los planes de salud y, en caso de que decidan aumentarlo, el porcentaje de ajuste informado será aquel que aplicarán a todos sus planes de salud, el que en ningún caso podrá ser superior al indicador calculado por la Superintendencia de Salud* (destacado propio). El legislador no dejó en claro si la ISAPRE debe tratar de igual manera a los cotizantes de un mismo plan o bien a todos los cotizantes afiliados a una misma ISAPRE. De todas maneras, pensamos que lo correcto sería la primera solución, ya que el mercado ofrece un alto número de planes que responden a necesidades variadas, por lo que no habría razón para tratar igual a cotizantes de diferentes planes que aseguran riesgos distintos, que cubren prestaciones distintas y en diferente proporción.

Fuera de los límites del legislador y de la posible inconstitucional de la norma que establece la legalidad del procedimiento *a priori* actuando como una motivación *ex ante*, las decisiones de las ISAPRES deben venir debidamente motivadas, ya

que es un derecho de las personas conocer las razones que modifican un contrato bilateral de manera unilateral, lo que debe ser excepcionalísimo en nuestro derecho. La motivación es un principio del derecho público y por tanto se aplica no solo a los organismos públicos, sino que también a aquellos organismos que siendo privados ejercen una función pública regulada por el Estado, tal como lo señaló la Corte Suprema.

REFERENCIAS

- ALESSANDRI, ARTURO y otros (1998). *Tratado de derecho civil tomo II*, Editorial Jurídica de Chile.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE.
- CORTE SUPREMA (2022). Rol autos N° 15.372-2022.
- CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2022). Rol autos N° 749-2022.
- CUENTA PÚBLICA PRESIDENTE CORTE SUPREMA (2022), <https://www.pjud.cl/docs/download/35154>
- CUENTA PÚBLICA PRESIDENTE CORTE SUPREMA (2021), <https://www.pjud.cl/docs/download/7017>
- CUENTA PÚBLICA PRESIDENTE CORTE SUPREMA, (2020), <https://www.pjud.cl/docs/download/884>
- CUENTA PÚBLICA PRESIDENTE CORTE SUPREMA (2019), <https://www.pjud.cl/docs/download/886>
- DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 (2005), del Ministerio de Salud, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=249177>
- FERNÁNDEZ, TOMÁS (1991). *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Editorial Civitas.
- GÓMEZ, ALEJANDRO (2022). *La motivación: principio general del derecho público*, Editorial Hammurabi.
- LEY N° 21.350 (2021), <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1161024>
- MACCORMICK, NEIL (1999). *Retórica y Estado de Derecho*, Revista Isegoría revista de Filosofía Moral y Política.
- SOTO, EDUARDO (2012). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Editorial LegalPublishing.

