

SUPERINTENDENCIA DE SALUD

Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud
Subdepartamento de Regulación

RESOLUCIÓN EXENTA IF/N° 15046

SANTIAGO,

21 OCT 2024

VISTO:

Lo dispuesto en los artículos 110, 113, 114, y demás pertinentes del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud; la Resolución N° 7, de 2019, de la Contraloría General de la República; la Resolución Exenta RA N°882/182/2023, y

CONSIDERANDO:

1.- Que, esta Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, a través de la Circular IF/N° 464, de fecha 15 de abril de 2024, impartió instrucciones a las isapres sobre la aplicación a los contratos de salud previsional de la Ley N° 21.258, para consagrar el derecho al Olvido Oncológico.

2.- Que, dentro de plazo legal, las isapres Esencial S.A., Cruz Blanca S.A., Nueva Masvida S.A., Banmédica S.A. y Colmena Golden Cross S.A., interpusieron recursos de reposición, con jerárquico en subsidio, en contra de las instrucciones impartidas en la referida normativa.

Por su parte, de dichas isapres, Cruz Blanca S.A., Banmédica S.A. y Nueva Masvida S.A., solicitaron la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, mientras dure la tramitación de los recursos presentados.

3.- Que, al respecto, la Isapre Esencial S.A., en presentación de ingreso N° 5589 de fecha 19 de abril de 2024, señaló lo siguiente:

En primer lugar, indica que la Circular debe ser dejada sin efecto por cuanto infringe el principio de legalidad, al haberse atribuido esta Intendencia la facultad de crear una definición legal que el legislador no efectuó, sin que la facultad contenida en el numeral 2 del artículo 110 del DFL N° 1, permita que bajo su amparo se reglamenten materias por vía de circulares u otros actos administrativos. En ese sentido, sostiene que "Las Circulares solo tienen por objeto implementar o complementar disposiciones legales o reglamentarias, pero en ningún caso pueden ir más allá, extendiéndose a materias que no se encuentran expresamente definidas en la Ley, como ocurre con el concepto de emergencia o urgencia vital, definiciones que se encuentran en un Decreto Supremo dictado por el Ministerio de Salud, pero no creado por la Superintendencia de Salud".

Por lo anterior, refiere, que esta Intendencia se ha extralimitado en sus atribuciones al incorporar en la Circular recurrida una definición que el legislador no realizó, más aún cuando la aplicación de una definición debiera ser única en todos los obligados por la norma y a todas las industrias que afecta la definición, debiendo limitarse la interpretación que realizan los órganos administrativos a establecer el sentido y alcance de las leyes y reglamentos que rigen a un determinado sector, no pudiendo innovar en el ordenamiento jurídico, estableciendo cargas que puedan agravar la situación jurídica de los fiscalizados, como ocurre en el presente caso.

Continúa señalando, que la nueva disposición incurre en una infracción al principio de legalidad al definir el término "tratamiento radical" como "un momento", pues se trataría de una palabra ambigua que puede generar confusión, ya que su definición según la Real Academia Española se refiere a un instante o segundo. Sin embargo, señala, desde

un punto de vista clínico, el tratamiento radical del cáncer implica una serie de intervenciones médicas específicas, como cirugía, quimioterapia y radioterapia, que se llevan a cabo durante un periodo prolongado, por lo que la definición proporcionada en el texto legal no se alinea con la comprensión clínica y comúnmente aceptada del término, tomando en consideración que no existe una definición legal de dicho término.

Al respecto sostiene, que la finalización del tratamiento radical del cáncer no puede considerarse simplemente como un "momento", sino más bien como un hito significativo en el proceso de atención oncológica, siendo un punto de transición importante que marca el fin de las intervenciones médicas destinadas a tratar el cáncer de manera radical. Añade, que dicho hito representa el logro de una etapa particular en el tratamiento del cáncer, donde se ha completado la fase intensiva de terapia y se entra a una fase de seguimiento y vigilancia.

Por lo anterior, indica que definirlo como un "momento" resulta inapropiado e insuficiente para capturar la complejidad y la importancia clínica de este punto en el curso de la enfermedad, por involucrar dicho proceso clínico la experiencia y el juicio de los profesionales médicos especializados en la enfermedad.

En ese mismo sentido, agrega que la ley menciona las recaídas, las que se entiende que pueden manifestarse de diversas formas, dependiendo del tipo de cáncer y su ubicación en el cuerpo, este puede variar en su gravedad y en su respuesta al tratamiento, y que por tanto involucran la experiencia y el juicio de profesionales médicos especializados en la enfermedad.

Finalmente, sostiene que de seguirse con el concepto erróneo de tratamiento radical, éste quedaría únicamente circunscrito a las isapres, sin aplicarse a materias de seguros o bancaría, generando un problema mayor en materia de resolución de conflictos y de interpretaciones disímiles de una Ley que pretende garantizar a las personas en Chile que hayan padecido y sobrevivido al cáncer, no sufran una discriminación luego de haber superado la enfermedad.

En ese mismo sentido agrega que tal como señala la Circular IF 464 el objetivo del derecho al olvido oncológico, como se indicara en la moción parlamentaria, es *"que garantice que en Chile las personas que hayan padecido y sobrevivido al cáncer, no sufrirán discriminaciones financieras luego de superada la enfermedad"*, sin embargo, la Superintendencia, dentro de su ámbito de control y fiscalización de la Ley 21.258, no especifica cual es el ámbito de aplicación del referido cuerpo legal o como conversará con la resolución de eventuales conflictos ante los juzgados de Policía Local, y Tribunales Superiores de Justicia, con una definición que no es aplicable a todos los actores involucrados y una norma de aplicación general.

Por lo anterior, solicita tener por interpuesto el recurso de reposición, y que se deje sin efecto la Circular recurrida.

4.- Que, por su parte, la Isapre Cruz Blanca S.A. mediante presentación N° 5599 de fecha 19 de abril de 2024, expuso lo siguiente:

En primer lugar, señala que de acuerdo a la Historia de la Ley 21.656, el objeto de la norma dictada fue "establecer el derecho al olvido oncológico mediante un nuevo artículo 8 bis, en Título I, sobre Disposiciones Generales, garantizando así que en Chile las personas que hayan padecido y sobrevivido al cáncer, no sufran discriminaciones financieras una vez superada su enfermedad, lo que se entenderá como el hecho de haber transcurrido 5 años de recibida la alta clínica de remisión de la enfermedad".

Añade, que los tratamientos radicales son aquellos que eliminan la enfermedad, por lo que no sería suficiente que el paciente haya terminado el tratamiento curativo hace 5 años, puesto que aquello podría ocurrir porque se fracasó en el intento de erradicar la enfermedad, encontrándose en etapa de tratamientos paliativos, caso en el cual no debiese aplicarse la ley de olvido oncológico, pues la enfermedad no ha sido erradicada.

Por lo anterior, señala que debe precisarse que el olvido oncológico opera cuando han transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical de la enfermedad, que no ha requerido tratamientos paliativos posteriores de ningún tipo y sin que hubiese recidivado el cáncer.

En ese sentido, agrega que el complemento y precisión posterior debe hacerse considerando que la potestad interpretativa que se ejerce en la Circular, reglamentando la aplicación de la Ley N° 21.258, es de carácter secundario y corresponde a una potestad reglamentaria de ejecución, por tanto sometida al tenor de la ley, siendo la Circular dictada con el propósito de facilitar su aplicación, en este caso al contrato de salud previsual, no pudiendo extender el olvido oncológico a situaciones no previstas en la ley, como puede ocurrir tal cual como quedó redactada la Circular.

Continúa señalando, que la Circular tal como ha sido dictada excede el marco legal de la Ley N° 21.258, en consecuencia, debe precisarse que el olvido oncológico opera cuando han transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical de la enfermedad, que no ha requerido tratamientos paliativos posteriores de ningún tipo y sin que hubiere recidivado el cáncer.

En razón de lo señalado, solicita se acoja el recurso de reposición interpuesto en contra de la Circular, modificándola con el objeto de precisar que el olvido oncológico opera cuando han transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical de la enfermedad, que no ha requerido tratamientos paliativos posteriores de ningún tipo y sin que hubiese recidivado el cáncer.

5.- Que, la Isapre Nueva Masvida S.A. mediante presentación ingreso N° 5700 de fecha 22 de abril de 2024, señaló lo siguiente:

En primer lugar, hace presente que concuerda con la Intendencia en la necesidad de realizar las modificaciones y ajustes a la normativa, con el fin de dar cumplimiento a la legislación vigente, señalando, además, que con anterioridad a la dictación de la norma que modificó la Ley del Cáncer ya se encontraba aplicando el criterio de permitir el ingreso a personas recuperadas de dicha patología, que acreditaran dicha circunstancia mediante antecedentes escritos.

Para dichos casos, señala que ha resultado de vital importancia contar con los antecedentes pertinentes, no solo porque es necesario para la institución tomar los debidos resguardos al momento de revisar las Declaraciones de Salud, sino que también para el afiliado y/o beneficiario, quien tendrá la certeza de que después de un adecuado examen de su postulación, no tendrá ningún tipo de inconvenientes con las bonificaciones que requiera, de acuerdo al contrato, ya que nadie podrá cuestionar la procedencia de la misma, cuando todo se ha declarado y se han establecido claramente las restricciones, si las hubiere.

Al respecto, agrega que con la nueva normativa no sería posible exigir información o declaración de patologías oncológicas, cuando ya hubiesen transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior, y, por el contrario, si se podría exigir declaración cuando no han transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical curativo.

En relación con lo anterior, sostiene que aquello sería impracticable toda vez que la institución de salud previsual no tendrá como saber si debe y/o puede o no pedir dichos antecedentes, o exigir la declaración de ese tipo de patologías, porque no sabrá cuál es la fecha de finalización del tratamiento, con lo que eventualmente, el afiliado podría quedar desprotegido, con el riesgo de judicializar la situación, ante el desconocimiento de la institución de los tratamientos a los que fue sometido y el momento del término de los mismos.

Por lo señalado, sostiene que resulta necesario que se modifique la Circular en ese sentido, estableciendo la exigibilidad de la certificación de finalización del tratamiento radical y la fecha del mismo, ya que aquello resguardará los intereses de ambas partes.

En otro orden de ideas, señala que ni la Ley ni la Circular impugnada, puntualizan o especifican que antecedente es el que se debe observar para determinar cuándo se ha completado la última fase del tratamiento curativo y, en consecuencia, la "finalización del tratamiento radical".

Añade que, "lo anterior es de suma importancia toda vez que no existe un tratamiento definido para la generalidad de los pacientes y de los tipos de cáncer, sino que cada

paciente y cada cáncer requiere de un abordaje terapéutico particular, lo que supone distintos manejos hasta el cierre de cada tratamiento. Además, cobra relevancia dado que tanto el afiliado como la isapre, requieren tener un marco jurídico claro en esta materia, de manera de evitar, en la medida de lo posible, que existan diferencias entre las partes, y si las hubiere, poder tener certeza jurídica al respecto”.

En relación con dicho punto, pone como ejemplo el uso de Tamoxifeno en Cáncer de Mama, que se utiliza por 5 a 10 años luego de completadas la Cirugía, Radioterapia y Quimioterapia, y añade que en ese caso “¿cuándo se considerará finalizado el tratamiento radical? ¿Al término de cirugía, quimio, radioterapia, considerando al Tamoxifeno un agente preventivo? ¿O al término del Tamoxifeno incluido como agente terapéutico?”.

En ese sentido, agrega que se trata de definiciones que el organismo técnico puede entregar, de manera de otorgar la debida protección a los beneficiarios, por lo que no se visualiza el motivo de dicha omisión.

Continúa señalando, que para que las partes del contrato de salud tengan claridad respecto al momento de la finalización del tratamiento radical, resulta necesario que cada afiliado o beneficiario afectado exhiba un certificado o informe médico en que se indique por su oncólogo tratante cual fue el tratamiento radical aplicado y cuando se entiende que este finalizó, añadiendo que transcurridos los cinco años desde el término del tratamiento radical, el paciente (afiliado o beneficiario) deba presentar una certificación médica donde conste que ha transcurrido dicho periodo y que no ha presentado signos y/o síntomas de recaída, o al menos se presente este último.

A ese respecto, añade que lo señalado “es imprescindible incluso para el futuro afiliado o beneficiario, pues por la complejidad que representa la patología que lo afectó, es muy difícil para él determinar cuándo se produjo la finalización del tratamiento radical, pudiendo incluso incurrir en errores y creer que el plazo transcurrió o, por el contrario, que aún no ha transcurrido. Es por ello también, que para un mejor entendimiento de los solicitantes en las declaraciones de salud, debiera expresamente permitírseles declarar si enfrentaron algún tratamiento de cáncer, indicándole también que su declaración no es obligatoria transcurridos los 5 años de la finalización del tratamiento radical, para que con ello pueda ser correctamente asesorado, evitando luego malos entendidos respecto de las prestaciones a las que pueda acceder, pero en todo caso, indicarle que siempre que se exhiba el informe médico que se propone, que certifica el transcurso de los 5 años luego del término del tratamiento radical, la isapre no podrá bajo ninguna circunstancia negarse a su afiliación u otorgarle las prestaciones que solicite, tal como lo ordena la nueva normativa”.

Finalmente, señala que la Circular dispone que su entrada en vigencia sería desde la fecha de su notificación, y que a pesar de que se encuentra trabajando para implementar las modificaciones instruidas, resulta imposible realizarlas de manera inmediata, dado que el tiempo que se requiere para efectuar las nuevas declaraciones de salud, es de dos semanas aproximadamente.

En ese sentido, añade que el desarrollo, pruebas e implementación en los sistemas de las declaraciones de salud para afiliaciones electrónicas, tampoco se puede hacer de forma automática e inmediata, sino que requiere también de un periodo para su aplicación.

Por lo anterior, solicita, que en caso de no acceder a la suspensión que solicita en el segundo otrosí de su presentación, se entregue plazo para realizar las modificaciones instruidas, para el día 6 de mayo de 2024.

En virtud de lo expuesto, solicita se acoja el recurso interpuesto, aclarando el sentido y alcance de las palabras de la Ley, señalando en concreto que se debe entender por finalización de tratamiento radical curativo y la manera de certificar el mismo, permitiendo a su vez que, al ingreso, el beneficiario deba adjuntar dicho antecedente, de manera de otorgar certeza a ambas partes.

6.- Que, por su parte, la Isapre Banmédica S.A., mediante presentación de ingreso N° 5702 de fecha 22 de abril de 2024, indicó lo siguiente:

En primer lugar, señala que las modificaciones incluidas en la Circular resultan del todo necesarias y se ajustan a lo dispuesto en la Ley N° 21.258, pero que resulta necesario efectuar ciertas precisiones adicionales que permitan asegurar que la normativa sea correctamente aplicada en cuanto a su finalidad de proteger a quienes hayan padecido cáncer y hayan efectivamente finalizado su tratamiento radical sin recaída posterior.

En efecto, señala que considerando que la misma Circular define la finalización del tratamiento radical como el momento en que se ha completado la última fase del tratamiento curativo (no paliativo ni preventivo) del cáncer al que se hubiesen sometido potenciales cotizantes o personas beneficiarias, al introducirse un párrafo en el apartado "IMPORTANTE" de la Declaración de Salud, se debe aclarar con posterioridad a la frase "finalización del tratamiento radical sin recaída posterior", que esto implica que la persona no registre tratamientos oncológicos activos, lo que considera tanto tratamientos complementarios como coadyuvantes.

Lo anterior, con el objeto de que sea clara dicha circunstancia de cara a los potenciales afiliados, toda vez que la existencia de un tratamiento activo sin duda implicaría que no se cumple el requisito establecido en la Ley y replicado en la Circular.

Asimismo, se debe considerar la incorporación de un requisito de acreditación de la circunstancia de encontrarse el potencial afiliado considerado en la eximición de declaración de patologías oncológicas, a través de la incorporación de fecha de alta (sujeta a revisión de los antecedentes médicos correspondientes) o bien de un certificado emitido por el oncólogo tratante, que indique la fecha de finalización de tratamiento radical y/o alta médica oncológica.

Lo anterior, señala, para poder respaldar dicha condición, atendido que al no estar obligados a declarar, la isapre no podría solicitar antecedentes médicos para evaluar el correspondiente ingreso y no podría detectar casos en los que, en los hechos, no se dé cumplimiento al requisito establecido en la normativa para eximirse de declarar. De igual forma, señala que tampoco existe una declaración exigible al afiliado de cumplir con el requisito de haber transcurrido 5 años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior.

Finalmente, en relación con la vigencia de la instrucción a partir del 15 de abril de 2024, solicita se considere la ampliación del plazo para efectuar las modificaciones a los documentos físicos, estableciendo un periodo transitorio de a lo menos dos meses hasta que se cumpla dicho término, o bien la suspensión del acto administrativo como una alternativa.

Por lo anterior, solicita se acoja el recurso de reposición interpuesto, modificando la Circular conforme a los argumentos de hecho y derecho que ha expuesto.

7.- Que, finalmente, la Isapre Colmena Golden Cross S.A., a través de presentación N° 5703 de fecha 22 de abril de 2024, señaló lo siguiente:

Indica, en primer lugar, que de las normas dictadas se deduce que la isapre no podrá exigir información oncológica, ni el potencial afiliado tendrá la obligación de declararla cuando hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior, lo que provoca, en definitiva, que la isapre ante ese tipo de situaciones se encuentre siempre ciega, pues no podrá solicitar información respecto a antecedentes que no sabe que existen ni podrá evaluar si la apreciación del potencial cliente es o no la correcta. En ese sentido, sostiene que el potencial afiliado tendría un derecho de ejecución inmediata sin opción a la isapre de definir si su derecho efectivamente es tal o no, o si su interpretación es errada o no.

En efecto, señala, que quien efectivamente sabe y conoce las fechas involucradas a un diagnóstico oncológico, las características del tratamiento recibido y el periodo de 5 años durante el cual se sometió a los controles oncológicos pertinentes es eventualmente el postulante (quien no necesariamente tiene las competencias técnicas para dicha evaluación) y/o su médico tratante y no la isapre, quien deberá asumir en silencio la omisión de cualquier antecedente relevante para efectos que el derecho del postulante se ejecute como tal.

En ese sentido, indica que la norma hace descansar en el paciente o su representante la obligación de declarar o no este antecedente, pero que ellos no son tal vez técnicamente competentes para discriminar sobre conceptos médicos trascendentales, algunos complejos de entender o manejar, cuando las circunstancias de su salud o la de su beneficiario implican que se encuentran en juego sus expectativas de "vivir o de sanar o de sentirse definitivamente curado", lo que puede llevar al paciente a entender que ante cualquier término de tratamiento o incluso algún ciclo de quimio o radioterapia, sienta que ya tiene derecho a no mencionar la patología Cáncer.

Lo anterior, sostiene, provocaría que ante el requerimiento de un beneficio asociado a un diagnóstico oncológico (cualquiera, pues la isapre no sabe que existe), se activará una posible revisión de preexistencia no declarada y una potencial exclusión de cobertura y/o término de contrato, que podría haberse evitado si la isapre tuviese la opción de transparentar esa materia con el interesado y evaluar correctamente si aplica o no a su respecto el derecho a omitir el diagnóstico. Añade que, en su opinión, ante ese escenario, si bien la isapre se ve expuesta a mayores gastos administrativos, el afiliado es quien se ve más perjudicado, lo que va en contra del sentido de la norma, que busca finalmente protegerlo.

Finalmente, indica que considerando que para la isapre es imposible determinar que "hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior", sin conocer información entregada por el postulante o el médico tratante, por transparencia y responsabilidad de los eventuales efectos que podría provocar la falta de información en la materia, resulta relevante que la isapre pueda orientar al potencial afiliado o beneficiario respecto a esta Ley, de manera que éste pueda aportar voluntariamente la información para definir si cumple o no con los requisitos establecidos.

Al respecto, propone seguir la misma línea que esta Intendencia consideró a propósito de la Circular IF/Nº 354, que instruyó que "no se considerarán preexistentes y, por tanto, no declarables, las enfermedades o condiciones de salud congénitas (de cualquier tipo), las cuales le hayan sido diagnosticadas al beneficiario hasta el término de su periodo neonatal. En estos casos, la isapre no puede restringir la cobertura ni rechazar la afiliación".

Por lo anterior, solicita tener por presentado el recurso de reposición en contra de la Circular IF/Nº 464 en los términos señalados, solicitando la modificación de la norma en la forma propuesta en los párrafos precedentes.

8.- Que, de manera previa, mediante Resolución Exenta IF/Nº 6817 de fecha 8 de mayo de 2024, se acogieron parcialmente las solicitudes de suspensión de los efectos de la Circular IF/Nº 464, de fecha 15 de abril de 2024, efectuadas por las Isapres Cruz Blanca S.A., Banmédica S.A. y Nueva Masvida S.A., solo en lo referente a los cambios a la Declaración de Salud que fueron instruidos, mientras se encontrasen pendientes de resolución los recursos interpuestos, manteniéndose vigente la Circular en los demás puntos.

9.- Que, habida consideración de que los recursos interpuestos en contra de la Circular contienen alegaciones similares, éstas se abordarán de manera conjunta, procurando seguir un orden lógico para ello.

10.- Que, en cuanto al fondo del asunto, cabe referirse en primer lugar a lo alegado por Isapre Esencial S.A., que ha señalado, entre sus argumentos, que la Circular dictada infringiría el principio de legalidad, al haberse creado por vía administrativa una definición del término "tratamiento radical" que el legislador no contempló.

Al respecto, cabe hacer presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 110 Nº 2, del DFL Nº 1, de 2005, del Ministerio de Salud, esta Superintendencia tiene la facultad de interpretar administrativamente en materias de su competencia, las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas.

Por su parte, las disposiciones de la Ley 21.258 (e introducidas por la Ley 21.656) rigen respecto de "contratos o negocios jurídicos", concepto de carácter general que contiene al contrato de salud previsional, que a su vez corresponde a una de las materias que, por antonomasia, son de competencia de esta Superintendencia de Salud, razón por la

cual, resulta del todo procedente que este Organismo efectúe una interpretación de la Ley que posibilite la aplicación del derecho al olvido oncológico, en ese ámbito específico.

A mayor abundamiento, la potestad que asiste a esta Superintendencia, de interpretar la Ley en materias de su competencia, contiene a su vez el deber de ejercer dicha función pública, con sujeción a la Constitución y conforme al principio pro persona, lo que en este caso implica efectuar una interpretación que efectivamente permita la aplicación práctica de la Ley y haga exigible el derecho que ésta consagra.

Finalmente, debe hacerse presente que Isapre Esencial S.A., fue la única que cuestionó la falta de competencias de este Organismo para regular la materia y definir lo que se entendería por tratamiento radical, desprendiéndose de las alegaciones efectuadas por las demás instituciones recurrentes, un reconocimiento a la necesidad de efectuar una interpretación de la Ley, que permitiera el acceso de las personas beneficiarias del sistema de isapre, al derecho al olvido oncológico.

11.- Que, en lo referente a la alegación de la Isapre Esencial S.A., en la que sostiene que la definición de tratamiento radical debiese ser la misma para todos los obligados a la norma y aplicarse por igual en materia bancaria o de seguros, cabe hacer presente que la definición efectuada por este Organismo se encuentra acotada al ámbito del contrato de salud y, en específico, a la declaración de salud, por lo que, tal como señala esa institución en su alegato, el concepto de tratamiento radical introducido en la circular se encuentra circunscrito a las isapres.

En esa línea, cabe señalar, que los cuestionamientos que plantea esa Isapre respecto a las posibles interpretaciones disimiles de la Ley que pudiesen darse en el ámbito de la resolución de conflictos, se refieren a situaciones que se encuentran fuera de la esfera de control de esta Superintendencia.

Al efecto, al haber sido el derecho al olvido oncológico, formulado en términos generales por el Legislador, y abarcar, por tanto, distintos tipos de contratos y casuísticas, corresponde que sea cada Organismo el que defina la forma en la que dará aplicación a la Ley, en el ámbito específico de sus competencias, de conformidad con las facultades que detente.

12.- Que, finalmente la Isapre Esencial S.A., ha sostenido que la definición del término "tratamiento radical" como "un momento" es poco clara y puede generar confusión, toda vez que, según la Real Academia Española, la definición del término "momento" corresponde a un instante o un segundo.

En ese sentido, ha señalado que la finalización del tratamiento radical del cáncer no puede considerarse simplemente como "un momento", sino más bien como "un hito significativo en el proceso de atención oncológica", el que corresponde al "logro de una etapa particular en el tratamiento del cáncer, donde se ha completado la fase intensiva de terapia y se entra en fase de seguimiento y vigilancia".

A ese respecto, analizadas las alegaciones vertidas por la isapre, se estima procedente acogerlas, por lo que se modificará la redacción de la definición contenida en la circular en el sentido que se indicará en lo resolutivo de este acto.

13.- Que, la Isapre Cruz Blanca S.A., ha señalado que los tratamientos radicales son aquellos que eliminan la enfermedad, por lo que no sería suficiente que hubiesen transcurrido 5 años desde el término del tratamiento curativo, puesto que éste pudo haber fracasado en su intento de erradicar la enfermedad, pudiendo encontrarse la persona recibiendo tratamientos paliativos. En dichos casos, señala, que no debiese aplicarse el olvido oncológico, por lo que debiese precisarse que ese derecho opera cuando ha transcurrido dicho plazo desde el tratamiento radical, y, además, no se han requerido tratamientos paliativos posteriores de ningún tipo y no ha existido recidiva.

En relación con ese punto, cabe hacer presente a la Isapre que el caso que plantea se refiere a personas respecto de las cuales el tratamiento radical, tal como lo entendió el legislador, no cumplió con su objetivo de curar o erradicar el cáncer, razón por la cual no sería posible en dichos casos contabilizar el plazo establecido en la Ley para efectos de aplicar el olvido oncológico.

Al efecto, cabe recordar que la Ley 21.258 en su artículo 8° bis, al establecer el derecho al olvido oncológico, señaló expresamente que el mismo operará en favor de aquellas personas que "hayan sufrido una patología oncológica", por lo que queda de manifiesto, que en aquellos casos de personas que aún padecen la enfermedad, por no haber surtido efecto el tratamiento curativo, o por existir recidiva, no se cumpliría el presupuesto señalado en la Ley, por lo que no podría operar el olvido oncológico, al estar presente aún la enfermedad.

Lo anterior quedó debidamente plasmado la circular recurrida, la que establece que la isapre no podrá exigir información oncológica o la declaración de haber padecido una patología oncológica al momento de la suscripción del contrato, por lo que en esa parte se ha reproducido la exigencia de encontrarse ya superada la enfermedad, que estableció la Ley.

Asimismo, se estima que al incluirse la frase "sin recaída posterior", tanto en la Ley como en la circular recurrida, se encuentra implícita dicha exigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, de una nueva revisión del texto de la norma, se considera que en lo referente a las advertencias incorporadas al Formulario de Declaración de Salud, contenidas en el punto IV.2 letras a. y b. de la circular, no queda lo suficientemente claro el carácter pretérito que la patología oncológica debe revestir, para efectos de permitir su omisión, lo que podría inducir a confusiones a las personas que efectúan la declaración, razón por la cual se modificará la circular, complementando la redacción en la forma que se indicará en lo resolutivo de este acto.

De igual manera, se incorporará un nuevo párrafo a continuación de dichas advertencias que precise lo que se entenderá por finalización del tratamiento radical, para efectos de que dicha definición sea debidamente considerada por la persona postulante al momento de efectuar su declaración de salud.

14.- Que, por su parte la Isapre Nueva Masvida S.A. ha señalado que la circular debe ser modificada, estableciendo la posibilidad de exigir certificaciones de finalización del tratamiento radical a las personas al momento de postular a la isapre, ya que de otra manera no tendrá como saber si puede o no, pedir dichos antecedentes o exigir declaración.

En el mismo sentido la Isapre Banmédica S.A., señaló que debe considerarse la incorporación de un requisito de acreditación de la circunstancia que le permita a la persona postulante eximirse de declarar, a través de un certificado, ya que, de otra manera, no podría saber si está dando cumplimiento al requisito contemplado en la normativa.

Finalmente, la Isapre Colmena Golden Cross S.A., en la misma línea, señaló que debiese existir la posibilidad de evaluar si se aplica o no el derecho a omitir el diagnóstico, permitiendo que las personas puedan voluntariamente aportar la información para definir si se cumple o no con los requisitos establecidos en la Ley.

Al respecto, cabe hacer presente a las isapres que el objetivo de la Ley 21.656 fue el de establecer un derecho al olvido oncológico que, tal como se manifestó en su proyecto de Ley, permitiera "proteger la privacidad de las personas supervivientes y evitar que esta enfermedad sea arrastrada de por vida, recordándola permanentemente con ocasión de factores externos que, hasta la fecha, son permitidos en la legislación vigente, pese a la afectación, discriminación y estigmatización que estas condiciones de desigualdad implican¹".

En ese sentido, la imposición de cargas y requisitos adicionales a los contemplados en la Ley, respecto de los y las titulares de este derecho, resulta del todo improcedente y atenta contra el objeto mismo de la Ley, el cual es evitar que las personas que han padecido cáncer sufran de discriminaciones por ese motivo al contratar, a través de la eliminación de la obligación de declarar el haber padecido la enfermedad, cuando se reúnan las condiciones que establece.

¹ Boletín N° 16089-11.

Por lo señalado, entender que para el ejercicio de dicho derecho sería necesario que las personas titulares del mismo, demuestren que ya no padecen cáncer y que no han sufrido recaídas durante el periodo de tiempo exigido en la Ley, significaría, por una parte, exponerlas al tipo de situaciones que el derecho consagrado buscó evitar, y por otra, imponerles cargas que no fueron previstas por el legislador.

Al efecto, es la propia Ley la que ha establecido como prohibiciones la solicitud de información oncológica y la consideración de dicha información cuando ha transcurrido el plazo de cinco años que señala, por lo que autorizar la posibilidad de exigir la certificación del término del tratamiento radical, en los términos planteados por las isapres, sería contrario no sólo al espíritu de la Ley, sino que también a su texto.

A mayor abundamiento, cabe recordar que, en el caso de aquellas personas que padecen o han padecido una enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual, las isapres tienen prohibido exigir a los potenciales afiliados la declaración de enfermedades mentales o discapacidades psíquicas o intelectuales propias o de sus beneficiarios, como tampoco solicitar antecedentes clínicos o realizar entrevistas que revelen dichos diagnósticos. Por lo anterior, se debe concluir, que figuras regulatorias como la definida en la circular recurrida no son nuevas para el sistema, correspondiendo en ambos casos, a obligaciones que fueron fijadas por el Legislador, y que deben ser cumplidas a cabalidad por esas instituciones, sin pretextos o rodeos de ningún tipo.

15.- Que, en cuanto a las alegaciones efectuadas por la Isapre Nueva Masvida S.A., relativas a la necesidad de que la Circular especifique lo que se entenderá por finalización del tratamiento radical para cada tipo de Cáncer, se debe hacer presente que aquello no resulta procedente, ya que la definición de lo que se entenderá por la culminación de la fase invasiva del tratamiento corresponde al médico tratante, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso.

En ese sentido, es cada facultativo quien determina tanto la fecha de alta del paciente como la finalización de la etapa radical del tratamiento, información que deberá ser conocida por éste último al momento de ejercer, de manera informada, su derecho al olvido oncológico.

Al efecto, es la propia Ley la que ha concedido a aquellos pacientes que reúnan las condiciones que esta misma ha fijado, la potestad de declarar o no, el hecho de haber padecido una patología oncológica, derecho que, tal como se indicó, debe ser ejercido de manera informada, existiendo como contrapartida de aquello, las herramientas que le otorga la legislación vigente a las isapres, para requerir información y decidir respecto de la procedencia de los beneficios contractuales respectivos.

En un sentido similar debe responderse a la alegación efectuada por la Isapre Banmédica S.A., en la que solicita se explicita la exigencia de no mantenerse tratamientos oncológicos coadyuvantes y complementarios activos, por corresponder igualmente a valoraciones que deben ser efectuadas por el médico tratante, pudiendo existir, por ejemplo, casos en los que ese tipo de tratamientos tengan un carácter meramente preventivo, y por tanto no puedan considerarse como una extensión del tratamiento radical en los términos que definió el Legislador, cuestión que, tal como se ha señalado, deberá determinarse caso a caso.

16.-Que, finalmente, en relación a la propuesta efectuada por la Isapre Colmena Golden Cross S.A., de emplearse para el olvido oncológico una redacción similar a la utilizada en el caso de la Circular IF/N° 354, cabe desestimarla por corresponder dicha redacción a una situación diversa, que obedece a presupuestos distintos al derecho consagrado en la Ley 21.258.

17.- Que, en mérito de lo expuesto precedentemente y en uso de las facultades que la ley otorga a este Intendente,

RESUELVO:

1.- **Acoger parcialmente** los recursos de reposición deducidos por las isapres Esencial S.A., Cruz Blanca S.A., Nueva Masvida S.A., Banmédica S.A. y Colmena Golden Cross S.A. en contra de la Circular IF/N° 464 de fecha 15 de abril de 2024, en los siguientes términos:

1.1.-En el numeral III de la Circular se reemplaza la oración "Para estos efectos se entiende por "finalización del tratamiento radical" el momento en que se ha completado la última fase del tratamiento curativo (no preventivo ni paliativo) del cáncer al que se hubiesen sometido potenciales cotizantes o personas beneficiarias.", por la siguiente:

"Para estos efectos, se entenderá por "finalización del tratamiento radical" la culminación de la última fase del tratamiento curativo que erradica el cáncer (no preventivo ni paliativo) al que se hubiesen sometido potenciales cotizantes o personas beneficiarias.

1.2.- En el numeral IV.1 se reemplaza la oración "Se entenderá por "finalización del tratamiento radical" el momento en que se ha completado la última fase del tratamiento curativo (no preventivo ni paliativo) del cáncer al que se hubiesen sometido potenciales cotizantes o personas beneficiarias.", por la siguiente:

"Para estos efectos, se entenderá por "finalización del tratamiento radical" la culminación de la última fase del tratamiento curativo que erradica el cáncer (no preventivo ni paliativo) al que se hubiesen sometido potenciales cotizantes o personas beneficiarias.

1.3.- Se reemplaza el contenido del numeral IV.2.a, por el siguiente:

NO ES OBLIGATORIA LA DECLARACIÓN DE PATOLOGÍAS ONCOLÓGICAS QUE SE HAYAN PADECIDO, RESPECTO DE LAS CUALES HAYAN TRANSCURRIDO CINCO AÑOS DESDE LA FINALIZACIÓN DEL TRATAMIENTO RADICAL SIN RECAÍDA POSTERIOR, EN VIRTUD DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 8° BIS DE LA LEY N° 21.258.

LA "FINALIZACIÓN DEL TRATAMIENTO RADICAL" CORRESPONDE A LA CULMINACIÓN DE LA ÚLTIMA FASE DEL TRATAMIENTO CURATIVO QUE ERRADICA EL CÁNCER (NO PREVENTIVO NI PALIATIVO) AL QUE SE HUBIESE SOMETIDO USTED O ALGUNA DE SUS CARGAS.

1.4.- Se reemplaza el contenido del numeral IV.2.b, por el siguiente:

No es obligatoria la declaración de patologías oncológicas que se hayan padecido, respecto de las cuales hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° bis de la ley n° 21.258.

La "finalización del tratamiento radical" corresponde a la culminación de la última fase del tratamiento curativo que erradica el cáncer (no preventivo ni paliativo) al que se hubiese sometido usted o alguna de sus cargas.

2.- Remítase para el conocimiento y resolución del Superintendente de Salud los recursos jerárquicos interpuestos subsidiariamente por las Isapres Esencial S.A., Cruz Blanca S.A., Nueva Masvida S.A., Banmédica S.A. y Colmena Golden Cross S.A.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y ARCHÍVESE. -


OSVALDO VARAS SCHUDA
INTENDENTE DE FONDOS Y SEGUROS
PREVISIONALES DE SALUD




KBM/CFU

DISTRIBUCIÓN:

- Gerentes Generales de Isapres
- Comisión para el Mercado Financiero (CMF)
- Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)
- Fiscalía
- Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud
- Subdepto. de Regulación
- Oficina de partes

C 5138-2024