

Santiago, veinticuatro de marzo de dos mil once.

VISTOS:

Doña Patricia Dibarrart Belloni ha deducido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 (en la parte que alude a la tabla de factor etario) de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015; 38 ter de la Ley N° 18.933; 2° de la Ley N° 20.105 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en la causa sobre recurso de protección en contra de la Isapre Cruz Blanca S.A., actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 697-2009.

Consta en autos que la requirente suscribió con la mencionada Isapre un plan de salud en diciembre del año 2005 y, mediante carta de septiembre de 2009, ésta le informó el cambio de tramo de edad y el consiguiente aumento del precio de su plan de salud, de 5,65 a 6,53 Unidades de Fomento mensuales.

Afirma la actora en su libelo que la aplicación de los preceptos legales impugnados vulneraría las garantías reconocidas en los numerales 2°, 9°, 24° y 26° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Sobre el particular, sostiene que la aplicación de las normas impugnadas en la causa judicial aludida genera una diferencia arbitraria, por ende, contraria a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, ya que permitiría a las Isapres ajustar los precios de los contratos de salud en razón de la edad y del sexo de los beneficiarios de los respectivos planes, en lugar de considerar otros factores que serían de mayor entidad o pertinencia para determinar el riesgo que deben asumir tales entidades que operan dentro del rubro de los

seguros de salud. En este mismo aspecto se puntualiza que sería un error sostener que por el solo hecho de que una persona llegue a la vejez tendrá mayor incidencia de enfermedades.

Aduce, por otra parte, que el aumento del precio de los planes de salud, fundado en la aplicación de los preceptos legales impugnados, afectaría el derecho a la protección de la salud, en tanto alteraría la libertad de elección del sistema de salud como también el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que se asegura a toda persona en la Constitución. Lo anterior se explica por el hecho de que las personas mayores, como es su caso, se verían obligadas a emigrar al sistema público por la imposibilidad de seguir pagando el precio de los planes que ofrece el sector privado.

Puntualiza, además, que por el alza desmedida en los precios de los planes de salud que permiten las normas legales impugnadas se le estaría privando, en su condición de "cotizante cautiva", de su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, el cual sería un derecho incorporal que forma parte de su patrimonio, y de los beneficios que se contemplan en su contrato de salud previsional.

Plantea, finalmente, la eventual transgresión del numeral 26° del artículo 19 de la Ley Suprema, en tanto la aplicación de los preceptos legales cuestionados afectaría en su esencia los mencionados derechos asegurados por la misma Carta Fundamental.

La Primera Sala de este Tribunal, por resolución de 27 de noviembre de 2009, admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide. Posteriormente, dando por evacuado el traslado de la Isapre Cruz Blanca S.A., institución que

abogó por la declaración de inadmisibilidad de la acción, lo declaró admisible, por resolución de 17 de diciembre del mismo año. Pasados los autos al Pleno, a los efectos previstos en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y se le notificó a la mencionada Institución de Salud Previsional.

Consta a fojas 76 de autos que sólo la Isapre Cruz Blanca S.A. formuló observaciones al requerimiento solicitando su rechazo en todas sus partes. Planteó que la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no resultaría decisiva en la resolución del recurso de protección pendiente, lo cual configuraría la causal de inadmisibilidad de esta clase de requerimientos prevista en el numeral 5° del artículo 47 F (actual artículo 84) de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Esto, ya que en la gestión ordinaria se plantea una controversia respecto de la eficacia o validez de la aplicación de una cláusula contractual referida a la observancia de la tabla de factores de riesgos para la determinación de su precio, por lo cual el conflicto no versaría sobre el efecto de un precepto legal ni menos respecto de la norma que se impugna a través del presente requerimiento.

De igual forma, la inaplicabilidad del artículo 38 ter no produciría efectos en el recurso de protección en que incide la acción materia de este proceso constitucional, ya que existen otros dos preceptos legales cuya inaplicabilidad no se requirió en estos autos, a pesar de que contemplan el mismo mecanismo de determinación del precio y que el juez de la causa deberá aplicar para resolver el asunto: las letras m) y n) del artículo 170 del referido DFL N° 1, de Salud, que definen

el precio base y la tabla de factores de los contratos de salud.

Sostiene la entidad, en cuanto al fondo, que no se producen las infracciones a las disposiciones constitucionales invocadas en este proceso, pues la aplicación de los preceptos impugnados por la actora:

1°- No afecta la garantía de igualdad ante la ley, pues si se parte de la base que hombres y mujeres, de diversa edad, tendrían distintos perfiles de gasto, la magnitud del riesgo asumido por la Isapre al contratar con ellos también sería distinta.

2°- No infringe el derecho a la protección de la salud, ya que la señora Dibarrart no ha probado de manera alguna en este proceso que será expulsada del sistema privado de salud por efecto directo e inmediato del aumento del precio del respectivo plan de salud que se producirá por aplicación de la tabla de factores de riesgo de que se trata.

3°- No vulnera el derecho de propiedad sobre cosas incorporales, ya que la alteración del precio del contrato de salud no es un elemento que impida el goce de los beneficios del sistema privado de salud, desde que tal circunstancia es el efecto de un acuerdo de voluntades válido ante el derecho.

4°- No afecta la esencia de los derechos que la requirente estima violados, al haberse descartado la incidencia de las normas requeridas en los derechos constitucionales ya aludidos.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de fecha 26 de octubre de 2010 se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos del abogado Sergio Roa Bascuñán, por la requirente, y del abogado Maximiliano Silva Baeza, por la Isapre Cruz Blanca S.A.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, de la Constitución Política de la República, según se señala en la parte expositiva de esta sentencia, en la acción deducida en autos se solicita inaplicar -en lo pertinente- los artículos 38 de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015; 38 ter de la Ley N° 18.933; 2° de la Ley N° 20.015 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005, porque su aplicación al caso concreto de que se trata resultaría contraria a los reseñados derechos asegurados por la Constitución;

SEGUNDO: Que, de acuerdo con la fecha en que se celebró el contrato de salud previsional entre la requirente y la antes individualizada Isapre, cabe descartar, a su respecto, la aplicación del artículo 38 de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, de modo que se rechazará desde luego la impugnación de autos dirigida en contra de tal precepto.

Igualmente, procede desestimar la acción en la parte que cuestiona el artículo 2° de la Ley N° 20.015, puesto que esta norma sólo determina los efectos en el tiempo de dicho cuerpo legal, precisando cómo deben adaptarse los contratos vigentes a julio de 2005 a sus disposiciones. Se trata, pues, de un precepto que se limita a regular la transitoriedad de las situaciones contractuales anteriores y posteriores al año 2005, no estableciendo, por ende, ninguna regulación sustantiva sobre los contratos de salud, susceptible de ser declarada inaplicable por inconstitucional;

TERCERO: Que, siéndole aplicables al caso de autos las reglas sobre alzas establecidas en los N°s 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933,

que corresponde también al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, sí se acogerá el requerimiento formulado a este respecto, justamente porque su aplicación al caso específico de que se trata contraviene la Constitución.

Lo anterior, en consideración a lo ya expresado por esta Magistratura en su sentencia de 6 de agosto de 2010 (Rol N° 1.710), donde se declararon inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, y a lo reflexionado extensamente en su jurisprudencia posterior, especialmente en su sentencia de 28 de octubre de 2010 (Rol N° 1.552), cuyos criterios se dan por reproducidos y no pueden sino reiterarse en esta oportunidad.

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE lo preceptuado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS UNO, sólo en cuanto se declara inaplicable el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en la causa *sub lite*. En lo demás, se rechaza, sin costas, el requerimiento interpuesto. Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos. Ofíciase al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la decisión de acoger el requerimiento, pero en base a las siguientes consideraciones:

1°. Que, tal como se indica en la parte expositiva, la requirente, señora Patricia Dibarrart Belloni, suscribió un contrato de salud con la Isapre Cruz Blanca S.A. en diciembre del año 2005. Mediante carta de septiembre de 2009, ésta le comunicó el cambio en su tramo de edad y la consiguiente variación de su factor de riesgo aumentando consecuentemente el precio de su plan de salud de 5,65 a 6,53 unidades de fomento mensuales;

2°. Que la sentencia de este Tribunal que pronunció la inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 fue dictada el 6 de agosto de 2010, entendiéndose derogada aquella parte del precepto legal indicado desde la publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial, lo que ocurrió el 9 de agosto de ese mismo año, por aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental;

3°. Que la disposición constitucional recién mencionada señala expresamente: *"(...) el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo."* (El subrayado es nuestro). Cabe entender entonces que, por expresa disposición constitucional, la sentencia que pronuncia la inconstitucionalidad de un precepto legal no puede hacerse extensiva a situaciones acaecidas con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, pues ello implicaría violentar la voluntad del Constituyente que optó por otorgarle efectos *ex nunc* a dicha sentencia y no efectos *ex tunc*, como ocurre con otros ordenamientos normativos en el Derecho Comparado;

4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

5°. Que, sobre este punto, conviene recordar que el propio creador de la jurisdicción constitucional concentrada, el jurista Hans Kelsen, sostenía que *“sería conveniente en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero ese interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto -al momento en que la anulación se produce- de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados en virtud de que la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a su anulación- de acuerdo con la norma anulada (...).”* (“La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”. Traducción de Rolando Tamayo Salmorán, revisada por Domingo García Belaúnde. En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 10, julio-diciembre 2008, p. 25);

6°. Que si bien el Constituyente del año 2005 optó por conferir un efecto “derogatorio” y no “anulatorio” a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal -lo que naturalmente no tiene el mismo alcance-, la doctrina especializada ha estimado que la regla constitucional que contempla el efecto no retroactivo de la aludida declaración parece excesivamente rígida, ya

que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc* (Nogueira Alcalá, Humberto. "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias." En: Francisco Zúñiga (Coord.). Reforma constitucional. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 615);

7°. Que, en ese sentido, durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005, el senador Alberto Espina promovió una indicación tendiente a agregar al entonces inciso tercero del artículo 83 (hoy 94) de la Constitución, la siguiente oración: "*La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.*" (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003);

8°. Que, por su parte, el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, acotaba, respecto de este punto que: "*la indicación 269 (del Ejecutivo), si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.*" (El subrayado es nuestro).

Por su parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se estimó conveniente dejar expresa constancia de que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y "*en ningún caso en forma retroactiva*". (El subrayado es nuestro). (Segundo

Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003).

De esta forma, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede, en ningún caso, atribuirles dicho efecto;

9°. Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta disidente, extender los efectos de la sentencia recaída en el Rol 1.710 a un contrato celebrado con anterioridad a su dictación, con mayor razón cuando el conflicto se ha originado por un alza en el precio del plan de salud, derivada de ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

10°. Que distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal impugnado en estos autos -el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, introducido por la Ley N° 20.015- puede recibir aplicación en el recurso de protección que sustancia la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol de ingreso N° 697-2009 teniendo presente que, al momento de su interposición, dicho precepto legal no se encontraba derogado y que, además, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.015, *“los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella.”*;

11°. Que, en esa línea de razonamiento, debe recordarse la jurisprudencia de esta Magistratura en el sentido que basta que el precepto legal impugnado tenga la posibilidad de aplicarse en la gestión pendiente de

que se trata -y, eventualmente, de forma inconstitucional- para que este Tribunal deba entrar a pronunciarse sobre su inaplicabilidad.

Se ha sostenido, en efecto, que *"(...) para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligado a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable (roles 501, 505, 790 y 943, entre otros)."* (Rol 1.295, considerando 42°);

12°. Que, desde este punto de vista, la requirente sostiene que *"siendo una de las razones que motiva el recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, precisamente la arbitrariedad que supone el ostensible e inexorable aumento de precio de los planes de salud a medida que las personas envejecen, de la simple lectura de los textos transcritos se desprende que las normas impugnadas resultan directamente aplicables para resolver la cuestión debatida en dicha gestión pendiente."* (Página 4 del requerimiento).

La carta de adecuación enviada por Isapre Cruz Blanca S.A. a la requirente, que rola a fs. 20 de estos autos, de 30 de septiembre de 2009, indica que *"en conformidad con lo convenido en su contrato de salud, para el período anual del mismo que se cumple en el mes de diciembre, se registra(n) variación(es) en la(s) edad(es) del (de los) beneficiario(s) que implican un cambio en los tramos previstos. Por lo anterior,*

corresponde actualizar el factor por sexo y edad de su contrato a 3.00 lo que significará una variación en el precio de su Plan de Salud Complementario.”;

13°. Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que, de aplicarse por la Corte de Apelaciones de Santiago el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o Ley de Isapres, para fallar el recurso deducido por la Sra. Patricia Dibarrart Belloni, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2° (igualdad ante la ley); 9° (derecho a la protección de la salud); 24° (derecho de propiedad) y 26° (protección a la esencia de los derechos) del artículo 19 de la Constitución Política. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

14°. Que, según el texto inequívoco del artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional debe decidir la inaplicabilidad de un precepto legal “cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.” (El subrayado es nuestro). De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean. Sólo así puede comprenderse por qué, en la jurisprudencia de esta Magistratura, un mismo precepto legal, en algunos casos, ha sido declarado inaplicable y en otros, no (vgr., artículo 299 N° 3° del Código de Justicia Militar);

15°. Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que ha de resolverse, debe considerarse que esta Magistratura ha acogido, en reiteradas oportunidades, acciones de inaplicabilidad referidas al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que es la misma norma impugnada en esta ocasión. De hecho, y antes de pronunciarse la inconstitucionalidad de dicha norma, con efectos *erga omnes*, decidió la inaplicabilidad de ese precepto legal en los roles N°s. 976, 1.218, 1.287 y 1.273;

16°. Que, como esta Ministra disidente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente sendos recursos de protección deducidos ante diversas Cortes de Apelaciones, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir, unilateralmente, el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, introducido por la Ley N° 20.015. Ello coincide con la gestión pendiente en este requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, esta misma disidente precisó, en aquel voto particular, que *“las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación de una alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.”* Se indicó, también, que *“los diversos requirentes de*

inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.”;

17°. Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los roles 976, 1.218, 1.287 y 1.273 identifican la postura de esta Ministra disidente sobre la base de que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, se producía considerando el factor edad a que ella alude, de forma que personas que objetivamente se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas;

18°. Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto que importa la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad exige examinar si, en la especie, se dan condiciones similares a las que motivaron la decisión de esta magistrada en las sentencias previas de inaplicabilidad a que se ha hecho referencia;

19°. Que, en tal sentido, de la copia de la cédula de identidad de la requirente, acompañada a estos autos por la Isapre Cruz Blanca S.A., puede desprenderse que la cotizante y requirente de inaplicabilidad, señora Patricia Dibarrart Belloni, tenía 56 años de edad al momento de la interposición del reclamo que originó la gestión pendiente. Según la tabla de factores, incorporada al contrato referido al plan de salud ING

Gran Alemana 2 Normal 7090, la adecuación en el precio de su plan, comunicada por carta de 30 de septiembre de 2009, se debe precisamente a que ella cambió de tramo de edad. En efecto, en el tramo que va desde los 50 a menos de 55 años de edad, el factor que debía aplicarse al precio base era de 2,70. En cambio, al cumplir 55 años, cambia al tramo que va desde los 55 a menos de 60 años, donde el factor corresponde a 3,00;

20°. Que, tal y como se explicó en la sentencia recaída en Rol N° 1.273, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 producirá un resultado contrario a la Constitución, en la especie, por las siguientes razones:

- 1) Porque la evolución del factor edad consultado en la respectiva tabla de factores, incorporada al contrato de salud suscrito entre la señora Patricia Dibarrart Belloni e Isapre Cruz Blanca S.A., como consecuencia de haber cambiado de tramo, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Esta situación reviste particular preocupación cuando se trata de una afiliada a quien se eleva significativamente el precio de su plan de salud, al alcanzar la edad de 55 años, esto es, precisamente cuando accede a una situación de mayor vulnerabilidad, desde el punto de vista de la salud, tal y como ha sido explicado a este Tribunal, a raíz de la tramitación de la causa Rol 1.710, que culminó

con la declaración de inconstitucionalidad de una parte del artículo 38 ter de la Ley 18.933.

Si la respectiva afiliada no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligada a abandonar el sistema privado de salud para incorporarse, necesariamente, al equivalente público, vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (considerandos 66° y 67°);

2) Porque la existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social -entre las que se encontraría el contrato de salud previsional- en el sentido de impedir que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (considerandos 78° y 80°);

21°. Que, en este sentido, no debe olvidarse que la sentencia recaída en el Rol N° 976 afirmó:

“Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la

Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es exactamente lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución.”
(Considerando 36°).

“Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud (...).”
(Considerando 37°);

22°. Que las circunstancias particulares que rodean la situación de la señora Patricia Dibarrart Belloni demuestran que la cotizante no goza de la libertad indispensable para trasladarse a otra institución de salud previsional. Con mayor razón cuando, en razón de su edad, es posible sostener que se trata de una cotizante “cautiva”, en los términos definidos por el artículo 170, letra i), del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, esto es, de “*aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de*

algunos de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional.”;

23°. Que los razonamientos consignados precedentemente son suficientes, a juicio de esta juez previniente, para acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por doña Patricia Dibarrart Belloni, en forma congruente con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional y sin brindarle efecto retroactivo a la sentencia recaída en el Rol N° 1.710, por prohibirlo expresamente la Carta Fundamental.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto, teniendo presente en relación a la referencia contenida en el considerando tercero respecto de la jurisprudencia posterior a la inconstitucionalidad y, en particular, a la sentencia Rol N° 1552, lo siguiente:

1°. Que, con fecha 6 de agosto de 2010, esta Magistratura señaló, en los autos de inconstitucionalidad Rol N° 1710, que *“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son inconstitucionales”*. Como se sabe, dicho precepto decía relación con la circunstancia de que cada rango de edad que fijare la Superintendencia en sus instrucciones se debía sujetar a las siguientes reglas: *“1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan; 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la*

relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.”;

2°. Que en dicha sentencia se sostuvo que *“como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental”* (considerando 144°). Por lo mismo se dejó constancia de que *“esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo”* (considerando 163°). Se trata de un llamado al legislador futuro;

3°. Que en más de un centenar de pronunciamientos (roles 742, 757, 761, 837, 845, 847 a 874, 876, 878, 879, 880, 882 a 942, 949 a 962, 971, 973, 974, 975 y 978, entre otros) esta Magistratura sostuvo la improcedencia de las acciones de inaplicabilidad presentadas respecto de un precepto declarado íntegramente inconstitucional. Fundó lo anterior en atención a que *“no le corresponde pronunciarse sobre un requerimiento recaído sobre preceptos legales que no tienen carácter de tales por encontrarse derogados a la fecha en que éste fue presentado”*. Se hicieron presentes los efectos derogatorios de la declaración, entendiendo que por lo

mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, considerándose como tales *“las situaciones que ocurran con posterioridad a su publicación en el Diario Oficial”*. De forma tal que carecería de *“facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”*. Sin embargo, este previniente concurrió a dicha decisión en el entendido que el conflicto constitucional no resultaba factible al haber dejado de existir el precepto legal en cuestión, presupuesto básico de la inaplicabilidad, razón por la cual el precepto legal no podía aplicarse a partir de dicha decisión;

4°. Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N° 1552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad *“ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que preveían los N°s 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, puesto que -a contar de esa data- tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose”*. De modo tal que no resulta posible *“que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”*; concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *“no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que se*

hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones”;

5°. Que, como lo señaló este previniente en todas las causas a que alude el considerando tercero de este voto, de conformidad a lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, inciso tercero, el precepto legal declarado inconstitucional, en este caso los números 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, *“se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”;*

6°. Que en cuanto a los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, es del caso reiterar la discusión suscitada en torno a la controversia, a objeto de precisar el propósito del constituyente;

7°. Que, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagraba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional *“se entenderá derogada desde dicha publicación”*. En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina propuso una disposición según la cual *“la declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada”*. Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que, *“si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración”*. Por su parte, el senador Larraín consideró

innecesaria esta indicación pues “las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio”. Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma “coincidieron en cuanto a que tales disposiciones serían innecesarias”. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que “los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva”;

8°. Que, en segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad. Así, en sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una *“forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley”*. Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de *“establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede sin efecto erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente”*. El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto *“de pleno derecho”*;

9°. Que, con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hicieron presentes ciertas dudas que se suscitaban en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimándose que *“la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos”* y solicitando al

Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

10°. Que, por lo mismo, el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose -en sus motivaciones- que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal *“sólo tiene carácter derogatorio y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo”*. De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional *“se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*. En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se consignó que este veto correspondía a *“ajustes que se han efectuado a diversos numerales del artículo 82”*. Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad. La Cámara de Diputados a su turno también la aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

11°. Que sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo, ex nunc, *“es compleja y no exenta de críticas”*, habida consideración de que ello *“tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período conforme a un precepto legal inconstitucional”*, incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, *“la Constitución es categórica: prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad”*. (Gastón Gómez Bernales, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en

Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional *“parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos ex tunc. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios ex tunc es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifican los efectos ex tunc, dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada”*. (Humberto Nogueira Alcalá, El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De la competencia del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);

12º. Que de lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efectos retroactivos, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Como señaló esta misma Magistratura, en los autos de inconstitucionalidad: *“de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y señalar que la norma declarada inconstitucional se*

entenderá derogada, alude a una especie de derogación sui generis, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro” (considerando 27°). De este modo, “la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales” (considerando 168°). En otras palabras, el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que “no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial” (Rol N° 597, considerando 5°);

13°. Que así las cosas, teniendo presente la circunstancia de que los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 han sido derogados como consecuencia de la sentencia dictada por este Tribunal, en conformidad a lo prescrito en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, debe concluirse que la disposición no puede recibir aplicación en la causa sub-lite, tal como se señaló en los autos Rol N° 685-2007;

14°. Que, por último, a este Tribunal, como también lo ha señalado esta Magistratura, no le corresponde pronunciarse sobre la validez de los pactos contractuales suscritos con anterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, lo que es de resorte y competencia exclusiva del juez de la instancia (Rol N° 685, considerando 13°). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de

julio de 2007, “la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no puede, ni pueden producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa *sub lite*”. De igual forma como también le corresponderá a la judicatura ordinaria determinar si el precepto legal no resulta aplicable a la litis en atención a la fecha de suscripción de los contratos respectivos de salud, tal como lo ha señalado este Tribunal (roles N°s 1544, 1644 y 1646) y la propia Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol N° 7779-2008).

El Ministro señor José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre al fallo con la siguiente prevención:

1°. Que, dado el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de un precepto legal sólo producen efectos constitutivos *erga omnes* y *ex nunc* o pro futuro a partir de su publicación en el Diario Oficial, sin afectar situaciones consolidadas mediante contratos celebrados al amparo de la norma cuya inconstitucionalidad se declara;

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93 N° 7° de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que

los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que *“no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4°. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5°. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha, deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura;

7°. Que, por ende, corresponde acoger el presente recurso de inaplicabilidad por las razones de fondo que esta Magistratura ha señalado en numerosas oportunidades, pues, efectivamente, la posible aplicación del artículo 38 ter de la Ley 18.933, actual artículo 199 del DFL N°1, del Ministerio de Salud, de 2005, en el caso en cuestión provocaría efectos contrarios a la Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado. Las prevenciones fueron redactadas por los Ministros que las suscriben.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol 1540-09-INA.

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y Mario Fernández Baeza concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo de la sentencia, pero no firman por encontrarse en comisión de servicio en el exterior y haciendo uso de permiso, respectivamente.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.