

Santiago, treinta de noviembre de dos mil diez.

VISTOS:

El señor Raúl Martínez Castillo, con fecha 11 de diciembre de 2009, ha interpuesto ante este Tribunal Constitucional requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, en la parte que alude a la tabla de factor etéreo, 38 ter de la misma Ley N° 18.933, 2° de la Ley N° 20.015 y 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en la causa de que conoce el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el Rol N° 20.756-2009, que se sigue en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A.

En relación con los antecedentes de la mencionada gestión judicial, el actor ha manifestado que ésta se inició por reclamo deducido por su parte en contra de la mencionada Institución de Salud Previsional que pretende, a su entender, de manera contraria al ordenamiento jurídico constitucional, aplicar un alza en el precio de su plan de salud vigente, en un porcentaje superior al 30%, en razón de la aplicación de la tabla de factor etéreo y de sexo incorporada en el mismo contrato, al haber cumplido 75 años de edad.

El conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura consiste en que el requirente estima que la aplicación de los preceptos legales impugnados en la referida causa judicial pendiente vulneraría las garantías reconocidas en el artículo 19, numerales 2°, 9°, 24° y 26°, de la Carta Fundamental. En tal sentido, aduce que las normas que se cuestionan en estos autos generan una diferencia

arbitraria, por ende, contraria a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, ya que permitirían a las Isapres ajustar los precios de los contratos de salud en razón de la edad y del sexo de los cotizantes y 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 puntualiza que sería un error sostener que por el solo hecho de que una persona llegue a la vejez tendrá mayor incidencia de enfermedades y argumenta, asimismo, que la diferencia que provocan las normas que se impugnan sería contraria a la ética y a la justicia, ya que se afecta a las personas de mayor edad que han pagado permanentemente sus cotizaciones a los efectos de poder recurrir a las prestaciones que prevé el respectivo contrato de salud cuando lo requieran y no cuando le sea conveniente a la respectiva Isapre.

El actor hace presente también que durante la tramitación de la Ley N° 20.015, en las Comisiones Unidas de Salud y de Hacienda de la Cámara de Diputados, fue discutido el efecto que podría generar el alza de precios de los planes de salud fundada en los cambios de edad de los beneficiarios y que en aquella oportunidad se habría propuesto, como medida paliativa de la discriminación que se produciría entre la población activa y la pasiva, el establecimiento de mecanismos de solidaridad intergeneracionales.

En segundo término, el requirente aduce que la aplicación de un aumento en el precio de los planes de salud, fundado en la observancia 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 el Texto Constitucional vigente. Lo anterior se explica, en palabras del actor, en el hecho de que las personas mayores, como es su caso, se verían obligados a emigrar al sistema público por la imposibilidad de seguir pagando el precio de los planes que ofrece el sector privado.

Se afectaría, por otra parte, el derecho de propiedad, según sostiene el señor Martínez, ya que por la aplicación de las normas legales impugnadas, en su caso concreto, se le estaría privando, en su condición de cotizante cautivo afectado por el alza desmedida en los precios de los planes de salud, de su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que sería un derecho incorporal incorporado a su patrimonio, así como de los beneficios concretos que se contemplan en el respectivo contrato de salud previsional.

Por último, en el libelo se plantea la eventual transgresión del numeral 26° del artículo 19 de la Ley Fundamental, en tanto la aplicación de los preceptos legales cuestionados afectaría en su esencia los derechos asegurados por la misma Carta Fundamental a los que se ha hecho alusión precedentemente.

El actor, además, se remite a lo expresado por esta Magistratura Constitucional en varios considerandos de la sentencia Rol N° 976-07-INA, de 26 de junio de 2008, que transcribe en su libelo (considerandos 64°, 65° y 66°).

Luego de haberla admitido a tramitación y de haber tenido por evacuado el traslado conferido a la Isapre Colmena Golden Cross S.A., con fecha 26 de enero de 2010 la Primera Sala de esta Magistratura declaró admisible el

requerimiento materia de este proceso constitucional. También se dispuso la suspensión de la gestión judicial en la que incide. Pasados los autos al Pleno, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la mencionada Isapre, siendo sólo esta última institución la que formuló observaciones y acompañó antecedentes, conforme consta a fojas 129.

En su presentación de 19 de marzo del año 2010, la Isapre Colmena Golden Cross S.A. solicitó a este Tribunal declarar inadmisibile el requerimiento deducido por el señor Martínez, atendido que, en primer término, la impugnación planteada carecería de fundamento plausible, toda vez que se limitaría a señalar las normas legales impugnadas sin que se describa de manera clara y precisa el conflicto de constitucionalidad que puede ocasionar su aplicación en el caso concreto de que conoce el tribunal arbitral de la Superintendencia de Salud que se ha invocado por el mismo requirente en su libelo.

Por otra parte, la entidad plantea que el requerimiento debiera ser declarado inadmisibile porque se dirige en contra de una norma derogada, como sería el caso del artículo 38 de la Ley N° 18.933, en su versión anterior a la Ley N° 20.015, y de una norma, como el artículo 38 ter de la misma Ley N° 18.933, que tampoco se encontraría vigente, ya que fue reemplazada por el artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. Para fundar tal petición, la Isapre hace notar lo expresado por este Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 965, de 31 de enero de 2008, referida al artículo 116 del Código Tributario, respecto de la pertinencia de interponer requerimientos de inaplicabilidad respecto de normas legales que se hallan derogadas (considerandos 12°, 13°, 14°, 15°, 16° y 17°).

En tercer lugar, la Isapre Colmena Golden Cross fundamenta la declaración de inadmisibilidad de la acción deducida que solicita, en el hecho de que las normas impugnadas no tendrán carácter decisorio litis en la gestión pendiente y, en consecuencia, el requerimiento de autos no cumpliría la exigencia constitucional del numeral 6° del inciso primero del artículo 93, esto es, que su aplicación pueda resultar decisiva en la resolución del asunto judicial de que se trata en este caso particular.

Respecto del artículo 2° de la Ley N° 20.015, también impugnado en este proceso la institución aludida aduce que tampoco sería un precepto de naturaleza decisorio litis, ya que tiene que ver con la vigencia de la ley en el tiempo, materia sobre la que compete sólo a los jueces del fondo intervenir y no a este Tribunal Constitucional.

Y, finalmente, en cuanto al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, de Salud, que reemplazó al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, incorporado al ordenamiento jurídico nacional por la Ley N° 20.015, en el año 2005, la Isapre sostiene que tampoco aquél sería decisivo en la causa *sub lite*, por cuanto el contrato de salud en el que incide tal proceso arbitral fue suscrito con anterioridad a la entrada en vigencia de tal disposición; más precisamente, se alega que la suscripción del contrato de salud vigente entre esa institución y el requirente de autos se verificó el 31 de diciembre del año 2000. Agrega que conforme a lo expresado es probable que lo que realmente persiga el actor sea que esta Magistratura declare inconstitucionales las normas impugnadas o que deje sin efecto el sistema de determinación del precio de su plan de salud, cuestiones éstas que serían ajenas al ámbito de la acción de inaplicabilidad que se ha deducido en la especie. A su juicio, si aquélla fue su intención, el

actor debió interponer una acción de nulidad o rescisión en contra del respectivo contrato de salud o bien intentar una acción de inaplicabilidad ante este Tribunal, pero en contra del artículo 1545 del Código Civil. Hace presente la misma Isapre que esa tesis ha sido sostenida por la Corte Suprema en el caso resuelto por sentencia Rol 7779-2008, sobre apelación deducida en recurso de protección interpuesto por el señor Pedro Fernández Bitterlich, que fue requirente de inaplicabilidad ante esta Magistratura Constitucional en los autos Rol N° 1287.

Por último, la entidad ha planteado en su escrito que está consciente del de hecho que el requerimiento materia de este proceso constitucional se funda en la sentencia dictada por este Tribunal en el Rol N° 976, de fecha 26 de junio de 2008 -que declaró inaplicable por inconstitucional la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933-, y también reconoce que no han tenido éxito los argumentos que ha hecho valer su parte en otros procesos similares a éste y de los que ha conocido esta Magistratura -roles 1287, 1317 y 1318-. Sin embargo, cree pertinente insistir en ellos en esta oportunidad. Básicamente lo que esgrime la institución de Salud Previsional en esta parte de sus observaciones es que si se eliminasen las tablas de factores de riesgos en los contratos de salud por efecto de una declaración de esta Magistratura Constitucional, las Isapres se verían impedidas de cobrar un "precio" por los planes de salud que ofrecen en el mercado, atendido que éste, denominado como "precio final" en el artículo 170, letra m), del aludido Decreto con Fuerza de Ley, se determina multiplicando el precio base por un factor de riesgo asociado al afiliado o al beneficiario, que se encuentra incorporado a las referidas tablas.

Se plantea, a su vez, que la norma contenida en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no establece ni es la que crea las tablas de factores por sexo y edad, ya que éstas se definen en el artículo 170, letra n), del D.F.L. N° 1, aludido; y que lo único que permitiría la norma legal en análisis sería la participación del Estado, actuando a través de la Superintendencia respectiva, en la regulación del precio de los planes de salud que ofrecen esas entidades a los eventuales usuarios del sistema privado de salud. Por ende, si esa norma legal no puede aplicarse, desaparecería tal atribución y, de paso, se volvería al sistema de la autonomía de la voluntad sin limitaciones que imperaba con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma disposición legal.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1:Que el requirente, de 75 años de edad, sostiene que la Isapre Colmena Golden Cross, con quien tiene suscrito un contrato de salud desde el año 2000, le ha comunicado que el factor aplicable para el cálculo del precio total de su plan de salud ha pasado de 3.20 a 4.50 unidades de fomento mensuales, al cambiar de un tramo a otro la tabla de riesgo respectiva, aumentando consecuentemente el precio que debe pagar mensualmente a dicha Institución de Salud. Contra esa decisión, en lo que constituye la gestión pendiente de estos autos, el requirente, con fecha 16 de octubre del año 2009, pidió a la Superintendencia de Salud que, de acuerdo con las normas legales que la rigen, obrara como tribunal arbitral y, tras el procedimiento de rigor, dejara sin efecto dicho reajuste;

2:Que, en el marco de dicha gestión, el requirente ha impugnado de constitucionalidad el artículo 38 de la

Ley N° 18.933, en lo que se refiere a la tabla de factores; el artículo 2° de la Ley N° 20.015; y el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, contenido en el artículo 199 del D.F.L. N° 1, de Salud, del año 2005. A su juicio, dichas normas adolecen de una serie de vicios de constitucionalidad.

En primer lugar, sostiene, ellas discriminan arbitrariamente, contraviniendo la Carta Fundamental (artículo 19 N° 2°). La ley en cuestión -de acuerdo al requirente- permite que aumente el precio a medida que aumenta el riesgo del afiliado, considerando como factores incidentes en tal riesgo exclusivamente la edad y el sexo de los beneficiarios. Estos factores son arbitrarios, pues se basan en hechos que son involuntarios. En cambio, la ley prescinde de factores voluntarios que podrían imputarse legítimamente a las personas, como una serie de hábitos tales como, por ejemplo, fumar. Además, afirma que la vejez por sí sola no necesariamente implica un aumento del riesgo de enfermar. Por otro lado, señala que es injusto que una persona pague más cuando envejece, considerando que durante toda su vida ha cotizado regularmente.

En segundo lugar, el requirente sostiene que las normas impugnadas afectan la libertad de elegir el sistema de salud al que el requirente ha decidido afiliarse, infringiendo de esa manera el artículo 19 N° 9° de la Constitución. Afirma que mediante el reiterado aumento del precio del plan, en los hechos se le obliga indirectamente a salir del sistema privado de salud.

En tercer lugar, el requirente hace ver que tanto el derecho a permanecer en el sistema privado de salud como el derecho a gozar de los beneficios concretos del plan original se han incorporado al patrimonio del afiliado. Como consecuencia, el aumento del precio del plan

vulneraría su derecho de propiedad (artículo 19 N° 24° de la Constitución). Adicionalmente, señala que las normas impugnadas permiten que se mantengan las mismas prestaciones por un monto de dinero considerablemente mayor, afectando de esa manera su patrimonio.

Como conclusión, señala que las normas impugnadas le imponen como “condición” o “requisito” para mantenerse en el sistema privado de salud, un aumento de la cotización que vulnera la esencia del derecho de propiedad, igualdad y salud y, consecuentemente, el artículo 19 N° 26° de la Constitución;

II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

1. ASUNTOS SOBRE LOS CUALES EL TRIBUNAL NO EMITIRÁ PRONUNCIAMIENTO.

3:Que, dado el carácter concreto de la inaplicabilidad, este Tribunal debe examinar las circunstancias del caso para adoptar su decisión;

4:Que, como ya se indicó, consta en autos que el contrato de salud que vincula al requirente con la Isapre Colmena Golden Cross, fue suscrito en el año 2000;

5:Que la doctrina actual de este Tribunal exige tener en consideración el artículo 2° de la Ley N° 20.015 al momento de determinar los asuntos sobre los que emitirá pronunciamiento (STC roles 1544/2010 y 1644/2010). Antes de esta doctrina, se consideraba un asunto de mera legalidad el impacto de este precepto (STC roles 976/2008 y 1348/2010).

En efecto, de acuerdo a esta nueva doctrina, hay que distinguir la fecha del contrato para que sea admisible que el Tribunal conozca de un requerimiento de esta naturaleza. Dicho pronunciamiento lo debe hacer para el solo efecto de definir sobre qué normas ejercerá sus atribuciones.

Si el contrato se celebró antes de julio del año 2005 -fecha en que entró en vigencia la Ley N° 20.015-, éste se rige no por el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o 199 del D.F.L. N° 1, de Salud, del año 2005, sino por las reglas fijadas en dicho contrato, de acuerdo a la normativa vigente a la fecha de su suscripción, conforme lo dispone el artículo 2° de dicha ley. Son el contrato y la ley vigente en aquella ocasión, y no la legislación señalada, los aplicables al contrato de salud.

Si, en cambio, el contrato se celebró con fecha posterior a julio del 2005, por aplicación del mismo artículo 2°, se rige plenamente por el D.F.L. N° 1, ya citado.

De esta manera, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que si la fecha del contrato es anterior a julio del año 2005, respecto de la tabla de factores, el artículo 38 ter (actual artículo 199) no tendrá aplicación;

6:Que, por otro lado, lo mismo sucede con el artículo 2° de la Ley N° 20.015, recién mencionado, pues él simplemente establece la transitoriedad de las situaciones contractuales anteriores y posteriores al año 2005. Esa norma no establece regulación sustantiva alguna sobre los contratos de salud, sino que sólo determina los efectos en el tiempo de la Ley N° 20.015, ya que precisa cómo deben adaptarse los contratos vigentes a julio de 2005 a sus disposiciones;

7:Que, entonces, para los efectos de la presente sentencia, este Tribunal sólo tendrá presente como norma impugnada el artículo 38 de la Ley N° 18.933 (vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015), en la parte que se refiere a la operación de la tabla de factores. Se

excluirá, por tanto, de su pronunciamiento el artículo 38 ter o 199, pues no se aplica al contrato materia de autos; y el artículo 2° de la Ley N° 20.015, ya que establece reglas de adaptabilidad de los contratos vigentes antes de su entrada en vigencia a su normativa;

8:Que la parte impugnada del artículo 38 de la Ley N° 18.933 corresponde a su inciso quinto, que indica:

“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre.”.

Este inciso fue incorporado por la Ley N° 19.381, publicada en el Diario Oficial en mayo de 1995;

2. EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE UNA INAPLICABILIDAD CONTRA UN PRECEPTO DEROGADO.

9:Que la norma recién señalada fue reemplazada, el año 2005, por el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, de Salud, del año 2006-, introducido por la Ley N° 20.015.

Por tanto, la norma en cuestión se encuentra derogada.

La Isapre recurrida sostiene que esta derogación impide que el Tribunal se avoque a conocer de este requerimiento;

10:Que, al respecto, cabe señalar que hasta las recientes sentencias Rol 1452 (05.08.2010) y roles N°s

1399-09-INA y 1469-09-INA, acumulados (04.11.2010), la mayoría del Tribunal, efectivamente, consideraba que una norma derogada no era precepto legal en los términos que exige el artículo 93 N° 6° de la Constitución (STC roles 978/2008; 1186/2008; 1230/2009; 1231/2009; 1232/2009); por lo mismo, no cabía a su respecto la inaplicabilidad, pues implicaba dar una eficacia ultraactiva al precepto respectivo, cualidad que exigiría hallarse prevista expresamente (STC roles 1230/2009; 1231/2009; 1232/2009);

11:Que tal situación se traducía en dos causales de inadmisibilidad. De un lado, que no resultaba decisiva en la resolución del asunto controvertido (STC roles 760/2007; 843/2007; 978/2008); y, del otro, carecía de fundamento plausible (STC roles 1230/2009; 1231/2009; 1232/2009).

Dicha declaración la hicieron tanto el Pleno del Tribunal (STC Rol 843/2007) como sus Salas (STC roles 838/2007; 760/2007);

12:Que, sin embargo, el Tribunal cambió de criterio en las sentencias señaladas. Eso es lícito en la medida que lo advierta y fundamente claramente su decisión (STC Rol 171/1993);

13:Que la actual doctrina del Tribunal se expresa en los considerandos 9°, 10° y 11° de los citados roles N°s 1399-09 INA y 1469-09-INA, acumulados (04.11.2010), plenamente aplicables a la presente situación y que sostienen lo siguiente:

“NOVENO: Que, en opinión de estos sentenciadores, resulta perfectamente posible pronunciar un veredicto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de un precepto legal que, a la fecha de la sentencia respectiva, se encuentre derogado por el legislador, siempre y

cuando, como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión pendiente al momento de resolver el asunto;

DECIMO: Que, en efecto, lo que la Constitución ha exigido en esta materia es que el precepto impugnado resulte aplicable al caso de que se trate, toda vez que en su artículo 93, N° 6°, prescribe que es atribución del Tribunal Constitucional el declarar 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”, no exigiendo que el mismo se encuentre actualmente vigente. Con ello, el constituyente previó acertadamente la hipótesis de la ultraactividad de una disposición derogada, es decir, de aquellas normas que si bien no rigen respecto de situaciones fácticas que acontezcan en la actualidad, sí regían en el momento en que ocurrieron los hechos que se juzgan. Así, por lo demás, lo ha estimado esta propia Magistratura en sentencia Rol N° 728-2007;

UNDÉCIMO: Que de lo dicho se desprende que la disposición legal que se impugna en la presente acción de inaplicabilidad tiene el carácter de precepto legal cuya aplicación resulta decisiva para la resolución de los asuntos que se encuentran pendientes ante los tribunales de justicia, razón por la cual corresponde analizar -en esta fase- los razonamientos jurídicos de las partes y la veracidad de las infracciones constitucionales denunciadas respecto del precepto legal aplicable a la referida gestión judicial;”;

14:Que a lo anterior cabe agregar que la norma impugnada, si bien se encuentra derogada, tiene cierta ultraactividad, en la medida que el artículo 2° de la Ley N° 20.015 establece que las tablas de factores vigentes a la fecha de celebración del contrato, siguen en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo o contrate un plan de salud distinto. En todo lo demás, el contrato antiguo debe sujetarse a la nueva normativa.

Por lo tanto, este Tribunal emitirá pronunciamiento sobre la norma ya señalada, a pesar de que se encuentra derogada;

3. NO SE IMPUGNA CLÁUSULA CONTRACTUAL.

15:Que, enseguida, para la Isapre requerida, se impugna una cláusula contractual en el presente requerimiento. Por lo mismo, éste no debiera prosperar, pues no se cuestiona una ley, como lo exige la Constitución;

16:Que, efectivamente, en el contrato celebrado por la Isapre y el requirente se encuentra incorporada, como una de sus cláusulas, una tabla de factores de riesgo. Sin embargo, dicha cláusula se pudo incorporar en el contrato precisamente por autorizarlo la norma impugnada. Por ello, es parte de su marco jurídico. Tanto es así que la propia Isapre alegó que el contrato se rige por la ley anterior a la reforma del 2005, cuando se opuso a la admisibilidad del presente requerimiento. De dicha ley forma parte, precisamente, la norma impugnada.

Por lo tanto, este Tribunal considera que se está impugnando un precepto legal, no una cláusula contractual;

4. PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DE ESTE TRIBUNAL.

17:Que, por otra parte, si bien este Tribunal no ha emitido pronunciamiento expreso de constitucionalidad sobre la norma impugnada, tiene elaborada toda una doctrina constitucional en materia de tabla de factores, que es el asunto que regula el precepto legal cuestionado. Esta fue delineada en cuatro recursos de inaplicabilidad (roles 976, 26.06.2008; 1208, 07.07.2009; 1287, 08.09.2009; 1348, 27.04.2010) y una sentencia de inconstitucionalidad (Rol 1710, 06.08.2010).

Por lo mismo, este Tribunal recurrirá a ella al momento de examinar el reproche formulado al inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, pues ésta ha definido los estándares con que debe juzgarse la norma en la actualidad.

En nada obsta que dicha doctrina haya sido elaborada con posterioridad a la vigencia de la norma impugnada. Desde luego, porque es ahora, hoy día, cuando este Tribunal debe emitir su pronunciamiento. Enseguida, porque toda norma que regula la misma materia debe cumplir dichos estándares, independientemente de cuándo se elaboraron éstos;

III. LA NORMA IMPUGNADA.

18:Que, como ya se indicó, la norma impugnada se incorporó el año 1995 en nuestro ordenamiento, mediante la Ley N° 19.381.

Esta formaba parte del proyecto original con que el Ejecutivo remitió, como Mensaje, al H. Congreso el proyecto de ley que se transformó en la Ley N° 19.381. La norma se fundaba en el propósito de proteger a la tercera edad. Explicando el precepto, se indicaba que éste “si bien no soluciona el problema integral de la tercera edad, sin lugar a dudas constituye un avance importante en ese sentido”.

La norma que se convirtió en ley es la que había propuesto en su momento la Cámara de Diputados y que el Senado modificó. En la Comisión Mixta se aceptó la fórmula propuesta por la Cámara de Diputados;

19:Que la norma se inserta dentro del período de duración del contrato, que regula el artículo 38 de la Ley N° 18.933, incorporado por la Ley N° 19.381. Esta disposición establece que el contrato de salud debe ser pactado por tiempo indefinido. Sin embargo, se establecen dos excepciones. Por una parte, se faculta al cotizante para que, transcurrido un año, pueda desahuciar el contrato. Por la otra, la Isapre puede revisar los contratos, facultándola para adecuar precios, prestaciones convenidas y la naturaleza y el monto de sus beneficios.

Dicha facultad de revisión tiene tres limitaciones. En primer lugar, la revisión no puede implicar discriminación a los afiliados de un mismo plan. En segundo lugar, no puede tener en consideración el estado de salud del afiliado y del beneficiario. Y, en tercer lugar, debe respetar la tabla de factores, que es la norma impugnada;

20:Que la limitación a la facultad de las Isapres para modificar las condiciones del contrato en su renovación anual de la tabla de factores, consiste en que el nuevo valor que cobre debe mantener "la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la institución para el plan en que actualmente se encuentre."

De este modo, en primer lugar, se introduce una cláusula de reajustabilidad determinada en base a dos

elementos: el sexo y la edad. A estos dos factores se les asigna un valor y se les proyecta en el tiempo, por tramos de edad, a partir de la fecha en que se celebra el contrato. Dichos factores son multiplicados por el precio que la Isapre tenga para sus distintos planes.

Tanto el valor de los factores como los tramos de edad, así como el precio del respectivo plan, son determinados unilateralmente por la Isapre.

En segundo lugar, el legislador considera que el empleo de la edad y del sexo en estas tablas no constituye discriminación. La norma parte diciendo que “no obstante... su obligación de no discriminar...”;

IV. PRIMERA RAZÓN PARA LA INAPLICABILIDAD: SE INFRINGE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD SI SE DESLEGALIZA LA REGULACIÓN.

21:Que, luego de analizados los aspectos anteriores, estamos en condiciones de entrar al fondo de la cuestión debatida.

Esta Magistratura tiene como primera objeción medular a la norma impugnada el que deslegalice un asunto que debió abordar, valga la redundancia, el legislador, infringiendo con ello el deber preferente del Estado de proteger la salud de la población;

1. El deber preferente del Estado en materia de salud.

22:Que, en efecto, el artículo 19 N° 9°, inciso cuarto, de la Constitución establece que “es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud”. Este Tribunal ya ha analizado esta fórmula constitucional (STC Rol N° 1710, considerandos 120° a 122°). En su análisis se han destacado los elementos que la constituyen.

Así, en primer lugar, ha dicho que se trata de un “deber del Estado” y, por lo tanto, la conducta estatal respectiva es descrita de modo abstracto y genérico; es impuesta en interés general o de la colectividad; y no tiene correlato en derechos subjetivos (STC Rol N° 1710, C. 120°).

En segundo lugar, se señaló que se trata de un deber “preferente” del Estado, lo que significa que el rol del Estado en esta materia es principal, en tanto que el de los privados es subsidiario (STC Rol N° 1710, C. 121°).

En tercer lugar, se destacó que la Constitución utiliza la expresión “garantizar”, lo que quiere decir que la Constitución busca dar certeza al titular del derecho de que las prestaciones efectivamente se llevarán a la práctica (STC Rol N° 1710, C. 122°).

Finalmente, se indicó que este deber preferente del Estado implicaba que éste se materializaba “en la forma y condiciones que determine la ley”;

23:Que resulta relevante para este análisis determinar si efectivamente la norma impugnada ha establecido en la ley la “forma” y “condiciones” en que el Estado debe cumplir su deber preferente de garantizar la ejecución de las acciones de salud;

2. La evolución de la regulación de la tabla de factores.

24:Que, para ello, es necesario examinar la evolución de la regulación de la tabla de factores de riesgo;

25:Que la norma impugnada tiene otras que la precedieron. Dicha evolución ha sido resumida en la sentencia de esta Magistratura, Rol N° 1348.

La primera norma es la contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1981, del Ministerio de Salud

(publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1981). Dicho precepto estableció, en su artículo 14, en lo que aquí interesa, que los trabajadores debían suscribir “un contrato” con una Isapre que **elijan**, en el que las *“partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud”*.

La segunda norma se incorporó por la Ley N° 18.933. En efecto, esta ley contiene un artículo 38, que en su inciso tercero regula, entre otros aspectos, la revisión de los contratos de salud transcurrido un año de vigencia del contrato, en los términos siguientes: *“las Isapres podrán revisar los contratos de salud que correspondan, pudiendo sólo adecuar sus precios, prestaciones convenidas y la naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan, excepto en lo que se refiere a las condiciones particulares pactadas con cada uno de ellos al momento de su incorporación al plan, las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”*.

La tercera norma fue la modificación que introdujo la Ley N° 18.959, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 1990, esto es, con anterioridad a la fecha de publicación de la normativa que dispuso modificar, y que sustituyó la expresión *“las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”* por la oración *“las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado”* como condición para la adecuación anual de los precios de los contratos de salud. *“De esta manera, esta nueva legislación reemplazó la edad por el estado de salud del afiliado como condición o factor excluido de la revisión del precio de los contratos de salud previsional, formulación que se repetirá en la*

nueva modificación de la legislación que comentamos, aprobada por la Ley N° 18.964, publicada en el Diario Oficial unos días más tarde (10 de marzo del año 1990)". (STC Rol 1348).

La cuarta modificación fue en el año 1995 y la introdujo la Ley N° 19.381. Este precepto legal incorporó a la Ley N° 18.933 dos tipos de modificaciones. De un lado, cambios relativos a las Isapres (exigencia de capital mínimo, de garantía, regulación de los excedentes de la cotización legal, tipificación de conductas infraccionales) y a la Superintendencia (se le reconoce como institución fiscalizadora, se regula su organización interna, etc.). Del otro, introduce reglas destinadas a perfeccionar el contrato de salud. Así, se regulan de mejor forma el contenido mínimo y obligatorio de los contratos; las exclusiones, la obligación de las Isapres de proporcionar información suficiente y oportuna a los afiliados respecto del contrato; y la posibilidad de variar los precios en base a la tabla de factores, que es la normativa que se impugna en estos autos;

26:Que, asimismo, la normativa recién reseñada tiene un precepto legal que la sucedió, incorporado por la Ley N° 20.015, de 2005, como sustitutorio de su texto. Este precepto es el artículo 38 ter o 199 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005.

Parte de este nuevo texto fue derogada por la sentencia Rol N° 1710, de esta Magistratura, pronunciada el 6 de agosto del presente año;

27:Que, como se observa, el régimen regulatorio fue progresivamente evolucionando para limitar la libertad contractual. En efecto, en el primer texto, no hay condición alguna que limite dicha libertad. En el segundo precepto, aparecen la no discriminación y la no

consideración de la edad del afiliado. En el tercero, se reemplaza la no consideración de la edad por la no consideración del estado de salud del afiliado. En la cuarta norma -la impugnada-, aparece la denominada tabla de factores pactada. Y, finalmente, en la norma que la sucedió, surge la tabla de factores cuya estructura es establecida por la autoridad administrativa, pero estableciéndose que las Isapres son libres para determinar los factores que la componen. Recordemos que esta última tabla de factores, en algunos de sus elementos, fue la que este Tribunal, luego de tres inaplicabilidades previas, declaró contraria a la Constitución, en la sentencia Rol N° 1710;

3. Los vacíos e insuficiencias del precepto impugnado fueron oportunamente detectados.

28:Que la norma impugnada fue objeto de considerables reproches, que se tradujeron en una reforma legal el año 2005.

Esta reforma estableció que la tabla de factores fuera definida por el legislador (artículo 170, letra n), del D.F.L. N° 1, de Salud, publicado en 2006); se le fijaran límites (no podía sufrir variaciones en tanto la persona permaneciera adscrita a un mismo plan -artículo 170, letra n), recién citado-; cada plan de salud sólo podría tener incorporada una tabla de factores -artículo 199, inciso quinto, del mismo cuerpo legal-; y las Isapres no podrían establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes que comercialicen -artículo 199, inciso sexto-); dicha tabla influía decisivamente en el precio final del plan, pues, de un lado, éste se obtenía multiplicando el precio base (que las Isapres tienen libertad para definir, con ciertas restricciones -artículos 170, letra m), y 198) por el respectivo factor que corresponda al afiliado o

beneficiario, de acuerdo a la tabla de factores aplicable (artículos 170, letra m), y 199, inciso primero) y, del otro, porque la Isapre está obligada a aplicar, de acuerdo con la tabla, el aumento o la reducción del factor que corresponda al beneficiario (artículo 199, inciso final). Con ello, se producía un doble ajuste al precio: el que provenía de la modificación del precio base (artículo 198) y el que provenía de la aplicación de la tabla de factores (artículo 199);

29:Que las críticas al régimen de la tabla de factores, previo a 2005, han sido recordadas recientemente en el escrito del señor Presidente de la República en que formuló observaciones durante el procedimiento abierto por este Tribunal para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 199 del D.F.L. N° 1, ya citado (Rol 1710). Estos antecedentes son públicos. Dicho órgano constitucional, como colegislador, es un experto en la materia porque con él colabora, en su tarea de gobierno y administración, el Ministerio de Salud.

Entre las características del sistema vigente antes de la reforma legal del año 2005, es decir, el que regulaba la norma impugnada, el señor Presidente destacó tres.

En primer lugar, señaló que *“las Isapres tenían la facultad para revisar anualmente los contratos de salud y casi total libertad para adecuar sus precios, las prestaciones convenidas y la naturaleza y monto de sus beneficios, siempre que no importaran una discriminación entre personas afiliadas a un mismo plan. En otras palabras, no se consideraban prestaciones básicas uniformes para toda la población.”* (Pág. 28).

En segundo lugar, *“la ley otorgaba a las Isapres amplias facultades, que generaban la posibilidad que en cada proceso de adecuación podían modificar el precio base del plan, sus beneficios y la tabla de precios y factores, dando origen en la práctica a una discriminación entre personas afiliadas a un mismo tipo de plan”*. (Ibídem).

En tercer lugar, señaló que *“esta amplia discriminación de precios no obedecía a criterios conocidos por la población en general, ni existían, a su respecto, posibilidades reales ni de control ni de sanción. Todo lo anterior desembocó en la existencia de miles de planes de salud que coexistían creando, nuevamente en la práctica, real discriminación entre personas supuestamente afiliadas a un mismo tipo de plan.”* (Ibídem). Se concluye afirmando que *“todas estas situaciones no hacían más que favorecer la discriminación y la desigualdad entre los mismos cotizantes del sistema privado”*. (Ibídem);

30:Que las mismas constataciones realizó una de las Isapres que se hicieron oír en el procedimiento de inconstitucionalidad recién señalado. A fojas 503 y siguientes del respectivo expediente, rola el escrito presentado por la Isapre Colmena Golden Cross. En el mismo, ésta sostiene lo siguiente:

“Antes de la vigencia del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 de 1995, hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1 de 2005, que fue agregado a la primera ley citada por la ley N° 20.015 de 17 de mayo de 2005, las Isapres tenían plena libertad para fijar la tabla de factores relativos por sexo, edad y calidad de cotizante o carga de sus contratos de salud, debiendo solamente respetar la relación de precios por sexo y edad que se había establecido en los

contratos originales celebrados con sus afiliados.. Fue sólo con motivo de la dictación del ya señalado artículo 38 ter de la ley N° 18.933, hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que las Isapres vieron limitada esa libertad de fijar libremente con sus afiliados las tablas de factores relativos, puesto que esta norma, además de reconocer (pero no establecer) y de reiterar que el precio final de los contratos de salud se determinará aplicando al precio base de cada plan los factores por sexo, edad y calidad de cotizante o carga que correspondan a cada afiliado, dispuso, por primera vez, que será la Superintendencia la que fijará la estructura de esas tablas en base a los criterios que si bien esa disposición plantea con mayor detalle, estaban también ya contenidos en los contratos y en otras normas legales. Es decir, por primera vez, y sólo a partir de esa norma, el Estado pudo intervenir regulando la libertad que hasta entonces venían manteniendo las Isapres a este respecto.” (Fojas 509-510);

31:Que, en el mismo sentido, se expresó el ex Presidente de la República Ricardo Lagos, cuando envió al H. Congreso Nacional el mensaje de lo que se convertiría en la Ley N° 20.015. En aquella oportunidad sostuvo que las Isapres:

“...están facultadas para revisar los contratos de salud que correspondan, pudiendo adecuar sus precios, prestaciones convenidas y la naturaleza y el monto de sus beneficios. Esto genera incluso planes que exigen de los afiliados un pago adicional, planes cuyos precios reconocen actualmente el gasto esperado por cada beneficiario, dando origen a la discriminación.

Esta discriminación de precios, que se manifiesta, además, en la generación de planes de salud de baja cobertura -problema abordado en el proyecto de ley que sancionará al Régimen de Garantías de Salud-, no obedece a criterios conocidos por la población, ni existen, a su respecto, posibilidades de control ni sanción.

Todo lo anterior ha permitido la creación de los miles de planes de salud vigentes. A diciembre de 2001, las Isapres informaron más de 30.000 planes a la Superintendencia del ramo; en ellos al menos existe un afiliado. Además, se comercializan anualmente unos 10 mil nuevos planes...

La normativa legal vigente contempla la libertad de las instituciones para configurar y valorizar sus aranceles, es decir, los listados de prestaciones que se utilizan para determinar el financiamiento de las atenciones de salud, con la única limitación de que éstos contengan, a lo menos, las mismas prestaciones contempladas en el Arancel del Fondo Nacional de Salud, en su modalidad de libre elección.

Dicha libertad se traduce en una gran diversidad en la forma, contenido, valores y reajustabilidad de los aranceles de las distintas instituciones. Incluso, muchas de ellas han generado aranceles diferenciados para distintos planes de salud, habiéndose convertido, en la práctica, en un reflejo de políticas comerciales y de compensación de las instituciones, más que en listados de prestaciones con precios de referencia de mercado.

La multiplicidad de aranceles no sólo dificulta considerablemente su conocimiento y comprensión por

parte de los usuarios sino, además, el ejercicio de las funciones de supervigilancia y control de la Superintendencia”;

32:Que, como se observa, las críticas al precepto impugnado tenían que ver con discriminación, desigualdad, exceso de libertad para imponer condiciones, confusión en los afiliados por la multiplicidad de planes, aranceles y reajustabilidad.

Dichas críticas desembocaron en el cambio legislativo del año 2005. Este, entre otras cosas, avanzó en la regulación de la tabla de factores. Pero no fue suficiente desde el punto de vista constitucional. Ello se expresa en las inaplicabilidades que esta Magistratura acogió durante los años 2008, 2009 y 2010 y en la declaración de inconstitucionalidad de cuatro numerales del inciso tercero del artículo 199 de la Ley de Isapres.

Esta Magistratura, por lo demás, ha reconocido que el cambio de la legislación que regula una materia determinada, puede agudizar las contradicciones con la Constitución de una normativa (STC roles N°s 1399 y 1469, acumulados, 04.11.2010);

4. Los estándares fijados en la sentencia de inconstitucionalidad, Rol N° 1710-10.

33:Que en la sentencia de inconstitucionalidad recién aludida, este Tribunal estableció una serie de elementos necesarios de considerar al momento de resolver la presente inaplicabilidad;

a) La tabla de factores.

34:Que, en primer lugar, esta Magistratura, en todas las sentencias previas en que se ha pronunciado sobre la tabla de factores, ha definido una doctrina en la

materia. Esta consiste en una serie de restricciones que dicho mecanismo de incremento debe respetar;

35:Que, en efecto, en primer lugar, este Tribunal ha dicho que la tabla de factores debe guardar proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N° 1710, considerandos 65°, 145° y 146°); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N° 1710, considerando 156°); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol 1710, considerando 155°); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N° 1710, considerando 160°); ni dar lugar a alzas que obliguen a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N° 1710, considerando 157°).

En segundo lugar, la relación que dicha tabla establezca entre los distintos factores que la componen, debe tener una fundamentación razonable (STC Rol N° 1710, considerandos 145° y 146°); no puede haber discrecionalidad de la Isapre para determinar los factores de cada tabla (STC Rol N° 1710, considerandos 65° y 145°); tienen que existir límites idóneos, necesarios y proporcionales y, por ende, razonables (STC Rol N° 1710, considerando 145°).

En tercer lugar, en el mecanismo, si bien puede ser complejo, al intervenir distintos actores, el papel del afiliado debe ser esencial, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1710, considerando 153°; Rol N° 976, considerandos 14° y 15°); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1710, considerando 153°).

Finalmente, no puede generar tratos desiguales (STC Rol N° 1710, considerandos 148° y 155°) ni considerar factores inherentes a la condición humana (STC Rol N° 1710, considerando 155°);

b) La naturaleza de los contratos de salud.

36:Que, en segundo lugar, este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud previsional en las ya referidas decisiones previas. Estas reiteran o subrayan algunos elementos del contrato ya definidos en la ley. En ella, el contrato es caracterizado como un contrato forzoso (artículo 184), de plazo indefinido (artículos 189 y 197), que no puede dejarse sin efecto durante su vigencia, salvo por incumplimiento de sus obligaciones o de mutuo acuerdo (artículo 197), de contenido mínimo (artículo 189) e indisponible (artículo 189).

El involucramiento de esta Magistratura en la ponderación de un contrato obedece a que el contrato de salud previsional contiene elementos regulados en la Constitución, como no sucede con otros contratos. El constituyente quiso consagrar ciertos elementos de dicho acuerdo de voluntades, dado el impacto que éste tiene en la vida de las personas. Esos elementos tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de prestar acciones de salud (artículo 19 N° 9°), con la opción del cotizante para elegir entre el sistema estatal o privado (artículo 19 N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19 N° 9°) y con el control por el Estado de las acciones relacionadas con la salud (artículo 19 N° 9°);

37:Que, consecuente con lo anterior, primeramente, este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud en base a tres factores. Desde luego, ha señalado que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo. En efecto, este Tribunal ha establecido que *“el contrato de*

salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante” (STC Rol N° 1710, considerando 170°). De hecho, de acuerdo al Tribunal, “ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato” (ídem);

38:*Que, enseguida, el contrato de salud es un contrato sujeto a un régimen de orden público (STC roles 976/2008; 1218/2009; 1287/2009; 1710/2010). Al respecto este Tribunal ha esclarecido la cuestión señalando que esto se justifica, “pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado” (STC Rol N° 1710, considerando 154°). Asimismo, ha indicado que “el artículo 19, N° 9°, de la Carta Fundamental es la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud” (STC Rol N° 1287, considerando 44°), agregando que este contrato “se erige y desenvuelve sobre una base cierta de jerarquía constitucional y de orden público” (ídem, considerando 45°) y concluyendo que esta base constitucional de orden público “resulta irrenunciable y ha de ser incorporada a todo contrato de salud” (ídem, considerando 46°; STC Rol N° 976, considerando 45°);*

39:*Que, a continuación, este Tribunal ha establecido que el contrato de salud no es un contrato como cualquier otro propio del derecho común. En efecto, ha indicado al respecto que esta relación contractual “no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad” (STC Rol N° 1710, considerando 154°). En el mismo sentido, el Tribunal ha indicado que el contrato de salud posee la naturaleza de “institución de seguridad social, y no de contrato de*

seguro privado" (STC Rol N° 1287, considerando 67°; STC Rol N° 1218, considerando 62°);

40:Que, en consecuencia, debe tenerse presente que el contrato de salud, desde el punto de vista de este Tribunal, es un contrato de tracto sucesivo, de orden público y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado. Esta conceptualización, como se verá, es esencial en las razones del Tribunal para acoger el presente requerimiento;

41:Que, vinculado con lo anterior, cabe considerar que esta Magistratura ha señalado que la existencia de un contrato no es impedimento para que se respeten y promuevan los derechos de las personas. Sostener lo contrario implicaría -ha dicho- la posibilidad de que invocando la autonomía de la voluntad dichos derechos pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia (STC Rol N° 976, considerandos 40°, 41° y 43°; Rol N° 1218, motivos 41° y 55°; Rol N° 1287, considerandos 35°, 41° y 60°);

42:Que, finalmente, este Tribunal ha señalado que las Isapres tienen un deber privilegiado en cuanto a respetar y promover el ejercicio de los derechos constitucionales vinculados a su ámbito de acción, pues se les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia al derecho a la salud y a la seguridad social (STC Rol N° 976, considerandos 36°, 37° y 38°; Rol N° 1218, considerandos 39° y 53°; Rol N° 1287, motivos 35°, 37°, 52° y 55°);

c) El tipo de reserva de la regulación del derecho a la salud.

43:Que el tercer estándar que fijó la sentencia Rol N° 1710, es que si bien no estamos frente a un caso de reserva absoluta, pues sólo las materias básicas

relativas al régimen previsional y de seguridad social (artículo 63 N° 4°) pertenecen al dominio legal del derecho a la protección de la salud, el Estado no puede renunciar a que se fijen en la normativa legal la forma y condiciones en que la ley determine el deber preferente del Estado para garantizar la ejecución de las acciones de salud (artículo 19 N° 9°);

44:Que, por ello, este Tribunal estableció que el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9° de la Constitución) no es una materia que pueda ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas. En ese sentido, ha indicado que *“no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar estas materias, pues eso lo define el constituyente”* (STC Rol N° 1710, considerando 149°);

45:Que a lo anterior el Tribunal ha añadido que *“si el legislador, en el año 2005, fijó en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 la determinación de la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, en el entendido de que éstos se hallan dentro de las ‘materias básicas’ de la seguridad social (artículo 63 N° 4°), él mismo vulneró la Constitución al entregarle su definición a un organismo regulador, esto es, a la Superintendencia del ramo, la determinación permanente -específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter”*. (STC Rol N° 1710, considerando 151°);

46:Que, como se dijo en el considerando anterior, no es posible que la determinación de esos rangos sea al mismo tiempo materia de reserva legal y una materia que pueda ser regulada, con la misma densidad, por la autoridad administrativa;

5. El reproche de constitucionalidad.

47:Que, analizado todo lo anterior, estamos en condiciones de responder si efectivamente el legislador determinó la "forma" y "condiciones" para que el Estado cumpla su deber de garantizar la ejecución de acciones de salud, en la norma impugnada;

48:Que, en primer lugar, en la sentencia Rol N° 1710 se cuestionó una regulación legal del mecanismo de reajustabilidad del precio, pues la ley no fijaba directamente "las condiciones" que la Constitución manda establecer para garantizar el acceso a la prestación (STC Rol N° 1710, considerando 153°). En consecuencia, con mucha mayor razón resulta inconstitucional una regulación que permite al solo consentimiento de las partes establecer las condiciones de reajustabilidad del contrato. Lo anterior es más grave aún considerando las características del contrato de salud, enunciadas previamente, especialmente su carácter de contrato de orden público, que obliga a cierta densidad regulatoria por parte del legislador;

49:Que, en efecto, resulta que si la regulación posterior a la Ley N° 20.015 es contraria a la Constitución, con mayor razón lo es la regulación previa -que en esta sentencia se enjuicia-, pues ésta apenas fija los contornos de la "libertad" de la Isapre para fijar el precio del plan y su reajustabilidad vía tabla de factores. Recordemos que ahí se centraba la crítica de las autoridades al sistema diseñado por la norma que se impugna. Esta escasez regulatoria ha permitido que las tablas de factores que contempla el presente contrato permitan que al cumplir los 75 años de edad, una persona deba aumentar de forma irrazonable el valor de sus cotizaciones para mantenerse suscrita al mismo plan, tal como se verá en un instante;

50:Que, a mayor abundamiento, cabe recordar que este Tribunal ya ha consignado que *“toda facultad que por ley se otorgue a las Isapres de fijar, libre o discrecionalmente, un factor para incorporarlo a dichas contrataciones, debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales”* (STC Rol N° 1287, considerando 62°; en el mismo sentido, STC Rol N° 976, considerando 57°). En ese contexto, queda en evidencia que si resultaba desproporcionada y carente de razonabilidad la norma que entregaba amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración, ya que esa clase de disposiciones se aparta del raciocinio que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como ya constató esta Magistratura (STC Rol N° 1710, motivos 61°, 62° y 145°), peor aún resulta entregar la regulación de esta materia a la libertad contractual o, como lo dice la norma, a la libertad de la Isapre, por el desequilibrio de facultades que tiene en su favor;

51:Que, en el presente caso, el deber del Estado que se viene analizando se incumple palmariamente, pues se entrega a la voluntad de las partes determinar un elemento esencial de un contrato de orden público, como lo es la reajustabilidad del precio del plan. El hecho de que exista un deber preferente el Estado en esta materia, exige una regulación legal al menos de los elementos básicos del contrato de salud. Ni siquiera este estándar mínimo es cumplido por la norma impugnada. Ya hemos visto cómo, en la presente causa, esta falta de regulación legal permite un aumento drástico del precio del contrato (de casi un 30%) y que es insensible a la edad de la persona (75 años), que la transforma en un sujeto especialmente vulnerable;

52:Que, en segundo lugar, este Tribunal también ha señalado que en el inciso cuarto del numeral 9° de su artículo 19, la Constitución faculta a la ley para establecer “cotizaciones obligatorias”, las que son administradas por “instituciones públicas o privadas”. De esta forma, se les asegura a las Isapres un ingreso constante. Frente a esa regla, el legislador se encuentra obligado a ponderar la obligación del trabajador (afiliado-cotizante) de pagar tales cotizaciones obligatorias y, al mismo tiempo, propender al cumplimiento del deber de asegurar la “protección de la salud”, previsto en el inciso primero de la misma disposición constitucional, que se traduce en que el derecho sea posible y efectivo de uso y goce. No obstante, este Tribunal ha estimado que el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en el artículo 199 introducido por la Ley N° 20.015 generaba un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige (STC Rol N° 1710, considerando 156°). Este desequilibrio es aún mayor si se deja a la autonomía privada -no a la ley y ni siquiera a la Administración- la fijación del mecanismo de reajustabilidad del contrato;

53:Que, así las cosas, la norma en cuestión no cumple el cometido que la Constitución le impone. Por un lado, porque le entrega la regulación de una materia a la iniciativa de las partes, esto es, a la autonomía privada, infringiendo el deber del legislador de regular las “materias básicas” del asunto. Y, por otro lado, la desregulación del mecanismo de ajuste del precio del plan en definitiva deja sin tutela efectiva los derechos de los cotizantes;

54:Que, por tanto, la norma impugnada no cumple la obligación constitucional de que el legislador establezca "la forma y condiciones" para garantizar la ejecución de las acciones en salud (artículo 19 N° 9°, inciso cuarto);

V. SEGUNDA RAZÓN PARA LA INAPLICABILIDAD: SE INFRINGE LA SEGURIDAD SOCIAL SI HAY IMPOSIBILIDAD DE COSTEAR EL PLAN.

55:Que, en segundo lugar, consideramos que la norma en análisis infringe el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18° de la Constitución);

56:Que, en efecto, este Tribunal ha señalado que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional, en el que se recogen los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). (STC Rol N° 1710, considerandos 131° a 135°).

En la seguridad social, la acción del Estado, incluida por tanto la del legislador, debe estar "dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes" a las prestaciones de seguridad social.

Dicho rol, como se observa, implica, por de pronto, "garantizar". Tal mandato conlleva un rol activo, no pasivo; se trata de hacer todo lo posible para que lo encomendado se lleve a cabo. Enseguida, implica garantizar "el acceso". Ya se observó por esta Magistratura (STC Rol N° 1710) que esta fórmula era la manera en que la Constitución busca hacer viables los derechos sociales que regula (educación, salud y seguridad social). Exige que se permita incorporar o acercar a las personas a un régimen de prestaciones, con o sin cotizaciones obligatorias. Finalmente, implica el

acceso sin discriminaciones, pues el mandato constitucional es para que “todos los habitantes” puedan involucrarse. Se consagra así el principio de universalidad subjetiva de la seguridad social, pues son todas las personas a quienes el Estado debe garantizar el acceso a prestaciones;

57:Que, visto lo anterior, podemos apreciar cómo el derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19 N° 18° de la Constitución también resulta infringido por el precepto legal en análisis.

Lo anterior ocurre de forma incluso más patente que respecto del artículo 38 ter (STC Rol N° 1710, motivo 159°), pues en el caso del precepto que se examina no se establece ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social. El régimen que establece tiene considerables vacíos e insuficiencias que buscaron corregirse a través de la Ley N° 20.015; entre otros, disminuir la libertad de las Isapres y la discriminación que se producía. Pero dichas insuficiencias y vacíos, descritas en otra parte de esta sentencia, incluso por el mismo Presidente de la República, vulneran el propósito esencial del artículo 19 N° 18°, que es, como ya se indicó, garantizar el acceso a las prestaciones. Como ha dicho esta Magistratura: *“La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal”* (Héctor Humeres Noguer: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, Tomo III, p.23);

58:Que, en efecto, como ya lo ha dicho este Tribunal en otra ocasión, el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, como ocurre en la especie, *“una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el trascurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”* (STC Rol N° 1710, considerando 160°).

En este caso concreto, como ya se ha señalado, la variación del precio del plan ha sido de aproximadamente un 29%, lo que significa una alteración relevante del mismo, especialmente considerando que el requirente tiene 75 años de edad al momento de ser notificado del ajuste y que la cotización estándar del sistema es del 7%, pudiendo pactarse una mayor; pero no una que termine siendo un porcentaje muchísimo más alto de los ingresos de una persona de esa edad que, como ya se indicó, se ha multiplicado por cinco en pocos años.

Tal situación hace que la seguridad social, en vez de proporcionar sosiego frente a las contingencias de la salud, sea fuente de angustias y desvelos, pues por mucho esfuerzo y sacrificio que se desplieguen, se hace inviable asumir y mantener el costo del plan en el futuro, en un asunto tan sensible para las personas;

59:Que estos vicios tienen una consecuencia directa en el caso concreto, pues no se cumplen los elementos del estándar que este Tribunal estableció para enjuiciar la constitucionalidad de la tabla de factores.

En efecto, en primer lugar, no hay una proporcionalidad del reajuste ofrecido por la Isapre.

Considérese, por de pronto, que cuando el requirente de estos autos suscribió su contrato de salud, pagaba 1,98 UF, en el año 2000. Diez años después, su mismo plan tiene un costo de 11,23 UF. Es decir, se ha más que quintuplicado. Partió pagando, en dinero de hoy, 42 mil pesos y se le exige pagar 240 mil pesos mensuales. En julio de 2002, cuando se ingresó al Congreso Nacional el Mensaje del Ejecutivo que se tradujo en la Ley N° 20.015, se afirmaba *“que la cotización promedio mensual devengada del sistema alcanza aproximadamente a \$44.300, lo que representa, en promedio, un 9,2% de la renta imponible de los afiliados”*. El requirente se encontraba, entonces, dentro de ese promedio. Pero ahora, con el alza, se sale totalmente de esos márgenes. Enseguida, eso es un porcentaje considerable para los ingresos de una persona de 75 años. Además, cuando la Constitución permite al legislador establecer cotizaciones obligatorias, está pensando en porcentajes razonables. Por ejemplo, el 7% del ingreso imponible o el tope de 60 UF en relación a las cotizaciones para jubilación de las personas que tienen muchos ingresos. La idea es que no se destinen porcentajes desmesurados o exorbitantes a la seguridad social. Si bien la Ley de Isapres permite que se pueda pactar un precio mayor por cotización de salud (artículo 170, letra h)), éste no puede empujarse mucho más allá de ese porcentaje de cotización obligatoria. La cotización obligatoria no puede implicar una confiscación de renta. Finalmente, hay que considerar que el precio del plan ya experimenta un reajuste automático, pues se expresa en unidades de fomento;

60:Que, en segundo lugar, tampoco cumple el estándar de relación razonable que debe existir entre los factores que componen la tabla respectiva. En efecto, en la tabla que suscribió el requirente, el precio de su plan se

encarece con la edad. De hecho, cada cinco años, a partir de los 60, el factor crece un punto y fracción. En cambio, entre los 18 y los 60 años, permanece estable en 1.

Además, el impacto de estos distintos elementos en el precio final es abierto, pues se debe multiplicar por un ponderador (el precio base del plan) que lo maneja una de las partes del contrato: la Isapre.

Asimismo, dichos elementos son definidos también por la propia Isapre;

61:Que, en tercer lugar, tampoco se respeta el estándar de protagonismo que debe tener el afiliado en su determinación.

Por una parte, porque estamos frente a un verdadero contrato de adhesión. El beneficiario no tiene prácticamente alternativas frente a la oferta que le formula su entidad de salud, pues acepta, rechaza o solicita un nuevo plan. En los hechos, se impone la voluntad de la Isapre.

Por la otra, la renovación se convierte en dramática. Desde luego, porque o paga más por su plan o rebaja sus prestaciones. El cambio de Isapre, para una persona de 75 años, con preexistencias y carencias, es casi inviable. Enseguida, el alza de su precio no va asociada a más beneficios, sino a aquellos que estaba recibiendo y que el beneficiario considera adecuados. Además, no es la última alza que va a sufrir su plan. Asimismo, dicha alza es independiente de si usa o no las prestaciones a que le da derecho su plan. Finalmente, la renovación de su contrato puede ir asociada a cambios sustantivos, pues la Isapre, junto con el reajuste resultante de la aplicación de la tabla de factores, puede adecuar "precios, prestaciones convenidas y la

naturaleza y el monto de sus beneficios" (artículo 38, inciso tercero). Así las cosas, la permanencia del beneficiario en su plan o, incluso, en el régimen privado de salud puede significar un elevado costo que sea inviable para el común de las personas, como el requirente de autos. Como se dijo en el Mensaje del Ejecutivo de 2002, que dio origen a la Ley N° 20.015, buscando superar las distorsiones que la norma impugnada generaba: *"Siendo esencial la voluntad del cotizante para la ponderación y aceptación o rechazo de la adecuación propuesta, existen situaciones en que dicha voluntad se ve severamente afectada por razones de edad, o por la existencia de antecedentes de salud suyos o de algunos de sus beneficiarios. En efecto, dichos antecedentes pueden llegar a impedir o restringir la posibilidad de contratar con otra institución de salud previsional, viéndose forzado el cotizante a aceptar tal adecuación para no ser expulsado del sistema privado de salud. Lo señalado anteriormente configura una situación de "cautividad" al interior de la Isapre a que se está afiliado."*

En nada obsta a lo anterior el que estemos frente a un contrato, pues de lo que se trata es que se mantenga un cierto equilibrio entre las partes del mismo. Este es el mandato que el legislador debe cumplir, cuando se le obliga a que garantice la ejecución de las acciones de salud (artículo 19 N° 9° de la Constitución). El derecho a la protección de la salud se desvirtúa si una de las partes del contrato tiene cero o ningún poder negociador. Y en el contrato de salud, la Isapre fija las condiciones, revisa el contrato anualmente y tiene garantías respecto del pago de la cotización;

62:Que, finalmente, tampoco pasa el estándar de no discriminación. Por de pronto, porque se construye el mecanismo en base a elementos inherentes a la naturaleza

humana, como la edad y el sexo. En el caso del requirente, el mecanismo implica que entre más edad tenga, más caro será su plan. Recordemos que la norma original en materia de contratos de salud, es decir, la Ley N° 18.933, prohibía la consideración de la edad del afiliado al momento de la renovación del contrato. Esta prohibición fue suprimida por la Ley N° 18.959 (artículo 27) antes de que entrara en vigencia la mencionada disposición (la Ley 18.933 entró en vigencia 90 días después del 9 de marzo de 1990), y reemplazó la no consideración de la edad por la no consideración del estado de salud del afiliado. El legislador original se percataba del peligro de discriminación que implicaba la edad. Incluso más, para precaver eventuales impugnaciones, la Ley N° 19.381 estableció expresamente que no era discriminación considerar la relación de precios por sexo y edad. Y la norma impugnada, como se consignó, buscaba avanzar en la protección de los adultos mayores, no darla plenamente.

Tal como se dijo en el Mensaje del proyecto de ley que terminó en la Ley N° 20.015, *“la distribución por edad de los cotizantes muestra que su edad promedio es de 40,2 años, donde aproximadamente un 5,4% son adultos mayores. Sin embargo, el porcentaje de población de adultos mayores del país que son beneficiarios del sistema alcanza al 8,4% del total. Este dato muestra, por sí solo, la dificultad de los adultos mayores para permanecer en el sistema de Isapres”*.

Enseguida, el sistema implica potenciar una discriminación en materia de seguridad social, no sólo en base a edad, sino también en base a ingresos, pues entre más altos sean los ingresos de una persona, está en mejores condiciones de financiar prestaciones de salud de mejor nivel, en circunstancias que éstas deben tender

hacia ser "básicas" -que no es mínimo, sino cubierto todo lo esencial- y "uniformes" - no abierto y groseramente desiguales- (artículo 19 N° 18°). Si el requirente tuviera ingresos suficientes para desembolsar 240 mil pesos mensuales, que le significa su plan, no tendría problema. Pero él está reclamando justamente por esa desproporción del precio en relación a sus ingresos;

63:Que, en consecuencia, el requerimiento interpuesto debe acogerse, toda vez que la aplicación del artículo 38 de la Ley N° 18.933, impugnado, vulnera el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9°) y a la seguridad social (artículo 19 N° 18°) y, por tanto, resulta contrario a la Constitución.

Habiéndose acogido el requerimiento por los argumentos señalados, y como es doctrina de esta Magistratura, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales alegadas (artículo 19 N° 2, N° 24 y N° 26).

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, números 9° y 18°, 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se contiene en el DFL N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1, SOLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY N° 18.933 EN LA CAUSA SUB LITE. EN LO DEMÁS, SE RECHAZA, SIN COSTAS, EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL

PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene que concurre a lo resuelto en la sentencia, pero lo hace basado únicamente en la consideración de que el precepto legal declarado inaplicable por inconstitucional contiene una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido: a) el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios, y b) un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos 21°, 23°, 43° y 44°, habida cuenta de que el legislador no precisó suficientemente en el aludido artículo 38, inciso quinto, que se impugna, la forma de fijación de la tabla de factores, según criterios de edad y sexo, la que por sí misma no es contraria a la Carta Fundamental, como lo ha señalado esta misma Magistratura. De este modo, se incumple así el mandato delegado al legislador de establecer la forma y condiciones en que el Estado debe garantizar adecuadamente la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten a través de instituciones públicas o privadas, en el marco del principio de subsidiariedad. No corresponde, sin embargo, a través de

esta vía procesal constitucional pronunciarse acerca de los aumentos en los valores de los planes de salud que ha sufrido el requirente, todo lo cual es materia propia de la acción de protección, tal como lo ha señalado reiteradamente este previniente (Rol 1710), puesto que la ponderación de los hechos litigiosos de las gestiones respectivas corresponde a los jueces de fondo de la instancia (Roles 1130/2008, 1210/2008, 1266/2008 y 1324/2009). Finalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no resultan idóneas para declarar la inconstitucionalidad de los contratos suscritos, lo que deberá impugnarse a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico.

El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado previene que concurre a la sentencia, en virtud única y exclusivamente de lo expresado en los considerandos 28° al 31°, en relación al artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, de la Constitución. Tiene presente para ello que, en su oportunidad, la norma legal impugnada no hizo exigible la obligación del Estado de facilitar el acceso de los afiliados más riesgosos afectados por su aplicación, a las correspondientes acciones de salud que brindan las Isapres, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander y las prevenciones, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol 1572-09-INA.

Se certifica que el Ministro señor Mario Fernández Baeza concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo, pero no firma por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, 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.