

Santiago, siete de enero de dos mil once.

**VISTOS:**

Con fecha 4 de febrero de 2010, doña Jazmín del Pilar Quintana Vera ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las siguientes normas: artículo 38 de la Ley N° 18.933 (en la parte en que alude a la tabla del factor etéreo), vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015; artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -incorporado por el artículo 1° N° 15 de la Ley 20.015 en julio de 2005-; artículo 2° de la misma Ley 20.015; y artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

La gestión judicial en que incide la presente acción de inaplicabilidad está constituida por un reclamo por alza de precio del plan de salud deducido en contra de la Isapre Banmédica S.A. con fecha 22 de diciembre de 2009 y que actualmente se encuentra pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, bajo el Rol N° 26.341-2009.

Consta en los antecedentes acompañados al expediente que el contrato de salud celebrado entre la requirente y la Isapre Banmédica S.A. fue suscrito el 11 de enero de 2007.

En su requerimiento, la actora sostiene que el precio del plan de salud ha aumentado, por incremento de factor etéreo, de 2,85 a 3,528 unidades de fomento mensuales. No obstante ello, en la carta de adecuación correspondiente, de fecha 19 de octubre de 2009, acompañada a fojas 24, consta que el precio varió desde 1,52 a 2,198 unidades de fomento, por un cambio de factor de riesgo de 2,10 a 2,60.

Sostiene la actora que los preceptos legales impugnados, al autorizar el aumento del precio del plan

por el solo hecho de envejecer el afiliado, resultan, en su aplicación al caso concreto, contrarios a las garantías establecidas en los N°s 2°, 9°, 24° y 26° del artículo 19 de la Constitución Política.

Estima que la aplicación de la preceptiva legal cuestionada - que habilita y regula el alza unilateral de los planes de salud por edad y sexo- infringe la garantía constitucional de la igualdad ante la ley contenida en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, al introducir diferencias arbitrarias entre las personas. En ese sentido señala que a pesar de que el contrato de salud es una modalidad de contrato de seguro, las alzas que establece la ley son el resultado de hechos involuntarios como la edad y el sexo. Con ello se introduce una diferencia arbitraria -que atentaría en contra de la igualdad y de la justicia- entre hombres y mujeres y entre viejos y jóvenes. Por otra parte, sostiene, pese a tener la naturaleza de un contrato de seguro, para efectos de establecer su precio se prescinde totalmente de exposiciones voluntarias al riesgo como fumar, beber y conducir de manera temeraria, entre otros.

Considera infringido, además, el derecho a la protección de la salud, asegurado por el artículo 19 de la Constitución en su numeral 9°, en la medida que su existencia es una concreción de la igualdad ante la ley, más aún teniendo en cuenta que su consagración en la norma fundamental tiene como ejes la libertad y la igualdad de acceso al sistema.

Señala que este derecho sólo será efectivo si las personas tienen la facultad de optar y de permanecer a lo largo del tiempo en el sistema que eligieron cuando eran jóvenes, sin que el paso de los años las obligue a salir del mismo por causa del aumento de los precios, que

además se manifiestan en la época de cese de la vida laboral, cuando más necesaria es la protección, motivo por el cual la cantidad de personas mayores que se encuentran en el sistema privado de salud es cada vez más baja.

Señala que la única forma para permanecer hoy en el sistema es aceptar los planes alternativos ofrecidos año a año en la carta de adecuación, renunciando a gran parte de los beneficios a cambio de un alza más moderada, lo que demuestra la perversión intrínseca del sistema.

Hace presente que, no obstante ser conocida la tabla de factores al momento de celebrarse el contrato, éste es sólo uno de los componentes del precio del plan y que el alza del mismo en los últimos años ha sido superior al 100%.

Señala que todo lo expuesto constituye una grave cortapisa al derecho a elegir un sistema de salud y permanecer en él, vulnerándose la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud establecida por la normativa constitucional.

Por otra parte, invoca como vulnerado el derecho de propiedad contenido en el numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en la medida que se paga un mayor precio por el plan de salud sin una contraprestación equivalente real y efectiva. En ese sentido señala que de manera indirecta se le priva del "derecho a hacer uso del sistema privado de salud", que considera un bien incorporal, conjuntamente con los beneficios concretos del plan, todo lo cual se encuentra incorporado a su patrimonio.

Indica que el alza en una proporción superior a la depreciación de la moneda, con el objetivo de mantener

las prestaciones, es una privación de parte del patrimonio y un verdadero castigo por envejecer.

Finalmente, señala como infringida la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales ya invocados, dado que se imponen condiciones inabordables para mantener sus prestaciones de salud.

Con fecha 24 de febrero de 2010, la Primera Sala admitió a trámite el requerimiento y suspendió el procedimiento de la gestión pendiente. Posteriormente, la requerida acompañó el contrato de salud respectivo, de fecha 11 de enero de 2007 y con fecha 2 de junio de 2010, la acción fue declarada admisible, notificándose a los órganos colegisladores y confiriéndose traslado a la Isapre requerida. Con fecha 22 del mismo mes de junio, la Isapre evacuó el traslado solicitando el rechazo del requerimiento.

La Isapre requerida argumenta que la "tabla de factores" no es arbitraria ni inconstitucional. Al respecto señala que el valor del plan complementario se obtiene en base a una ecuación, multiplicando su precio base por el factor correspondiente según la "tabla de ponderación" aplicable, que mide la incidencia de la condición específica del afiliado en el precio final, sea por edad, sexo o condición de carga.

Agrega que el legislador ha reconocido que el precio del plan de salud puede experimentar variaciones en el tiempo debido a elementos distintos del costo de la vida, entre los cuales se consagran expresamente la edad y el sexo. Lo anterior, señala, se justifica por el carácter indefinido del contrato de salud, ya que la variación del valor permite lograr un equilibrio dentro del mismo. Por otra parte, indica, de acuerdo al artículo 170, letra n), del DFL N°1 de 2005, del Ministerio de Salud, la tabla en

cuestión no puede sufrir alteraciones a lo largo de la vigencia del plan. Añade que la tabla de factores constituye una protección para los afiliados, ya que es una fórmula basada en datos objetivos (como son el sexo y la edad), determinada y conocida con antelación por los contratantes.

Argumenta que no hay discriminación arbitraria, pues quienes se encuentran en la misma situación son tratados de igual forma, en un marco de certeza justificado técnicamente.

Por otra parte, argumenta que el acceso a las prestaciones de salud y la libertad de elección no implican gratuidad o que el propio afiliado determine los costos. Alega, en ese sentido, que no se produce el efecto de dejar sin coberturas a los requirentes ni tampoco se les expulsa del sistema privado de salud. Reitera que sólo hay un ajuste de los riesgos en función de los precios cobrados y que si una persona no puede pagar su permanencia en el sistema privado, para eso existe la cobertura de FONASA.

En cuanto a la supuesta vulneración del derecho de propiedad, señala que hay que recalcar que se está en presencia de un contrato de seguros y del pago de una prima por transferir el riesgo, mas no de una cuenta de capitalización individual que permita ahorrar y recuperar recursos, que además fueron usados por la ISAPRE en otros usuarios, en función de una administración compensada del riesgo respecto del conjunto de afiliados, a quienes también se debe responder. Por otra parte, señala, el alza del precio del plan no tiene relación con las normas impugnadas sino con lo pactado por las partes en el contrato que fue conocido y aceptado por la afiliada. Agrega que el contrato está protegido constitucionalmente

a favor de su representada y que se le quiere negar su fuerza obligatoria.

Finalmente y reiterando lo ya expuesto, señala que no se vulnera la esencia de los derechos de la parte requirente, pues los mismos no son de carácter ilimitado.

Por todo lo anterior solicita que se rechace el requerimiento interpuesto.

Se ordenó traer los autos en relación y en audiencia de fecha 9 de noviembre de 2010 se procedió a la vista de la causa en forma conjunta con las causas roles N° 1617 y 1689.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimeros 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 específico de que se trata, resultaría contraria a los reseñados derechos reconocidos 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 -enero de 2007-, cabe descartar la aplicación del artículo 38 de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015 (es decir, antes de julio de 2005), de modo que se rechazará la presente impugnación en la parte que cuestiona tal precepto.

Igualmente, procede desestimar la acción en la parte que impugna el artículo 2º de la Ley N° 20.015, ya que dicho precepto legal se limita a regular 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 a sus disposiciones los contratos vigentes a julio de 2005;

**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, 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;

**CUARTO:** Que, así las cosas, en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma legal objetada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y que, al hacerlo, se vulnere la

Constitución, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido;

**QUINTO:** Que, sin que se lastime ningún principio fundamental de nuestro sistema jurídico, motivos de racionalidad procesal y oportunidad de decisión hacen aconsejable que, tratándose de la resolución de un asunto controvertido que, por sus antecedentes fácticos, por la calidad de las partes involucradas, por las disposiciones constitucionales en juego y, en fin, por la médula de las pretensiones encontradas que configuran el conflicto constitucional, es, en sustancia, el mismo que se ha resuelto en procesos anteriores y recientes, se omita la reiteración, en cada caso, de extensos y complejos razonamientos que, en definitiva, no serán sustancialmente distintos a los anteriormente invocados, en circunstancias que, por la amplia publicidad de las sentencias y la estabilidad de la jurisprudencia, es posible remitirse a ella sin que se justifique reproducir, en cada caso, toda la argumentación.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE** lo prescrito 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,

**SE RESUELVE:**

**QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO,** sólo en cuanto se declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley n° 18.933, correspondiente al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. Se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 28. Ofíciase al respecto a la Superintendencia de Salud.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán no comparte los considerandos tercero y cuarto y tiene adicionalmente presentes las siguientes motivaciones:

**PRIMERO:** 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.”*;

**SEGUNDO:** 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;*

**TERCERO:** 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 presente los efectos derogatorios de la declaración, entendiendo que por lo mismo la sentencia sólo produce consecuencias a futuro, entendiéndose por tales *“a 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;

**CUARTO:** 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 afectados 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”*;

**QUINTO:** 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”*;

**SEXTO:** 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;

**SÉPTIMO:** 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***”;

**OCTAVO:** 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 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”*;

**NOVENO:** 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, estimando 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**”*, solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en el veto que el Presidente de la República podía formular;

**DÉCIMO:** 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 lo aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad;

**DECIMOPRIMERO:** 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 Bernal, 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 las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias, en La Constitución Reformada de 2005, páginas 444 y 445);*

**DECIMOSEGUNDO:** 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 597, considerando 5°);*

**DECIMOTERCERO:** 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;

**DECIMOCUARTO:** 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 han 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 la 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.

**Acordada, en lo que se refiere al razonamiento contenido en el considerando tercero de la sentencia, con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres** quien estuvo por rechazar el requerimiento de autos, en cuanto impugna el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, por las siguientes razones:

1°. Que, tal como se indica en la parte expositiva, la requirente, doña Jazmín del Pilar Quintana Vera, suscribió un contrato de salud con la Isapre Banmédica S.A., en enero de 2007. Mediante carta de 19 de octubre de 2009, ésta le comunicó el cambio en su tramo de edad y la consiguiente variación de su factor de riesgo aumentando consecuentemente su plan de salud de 1,52 a 2,198 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 contenido en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, a que se refiere el considerando tercero de esta sentencia, puede recibir

aplicación en el reclamo por alza de precio del plan de salud de que conoce el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, bajo el Rol N° 26.341-2009, 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 *“el objeto de dicho recurso [se refiere a la acción deducida ante la Superintendencia de Salud] es reclamar en contra del acto ilegal y arbitrario cometido*

*por la Isapre Banmédica S.A. al subir injustificada y unilateralmente el precio de mi plan de salud (...) aduciendo la variación que, en mi caso particular, se produjo durante la última anualidad en mi edad, la cual es uno de los factores de riesgo de contempla la denominada tabla de factores(...). Este mecanismo de reajuste anual de precios está regulado en términos generales en la Ley 18.933, en los artículos 38 y siguientes, con las modificaciones antes expresadas...". (Página 2 del requerimiento).*

Por su parte, en el referido reclamo señala: *"La carta que me envió la Isapre plantea lo siguiente: ' ... me dirijo a usted para informarle que se ha producido un variación en los tramos de edad suyo y/o de sus beneficiarios definidos en su plan de salud, lo (sic) cuales deben ajustarse en esta oportunidad...' Factor que cambia de 2,10 a 2,60"*

La aludida carta de adecuación, que rola a fs. 24 de estos autos, de 19 de octubre de 2009, indica, por su parte, que *"se ha producido una variación en los tramos de edad suyo y/o de sus beneficiarios definidos en su plan de salud, los cuales deben ajustarse en esta oportunidad"*. Continúa precisando que: *"En su caso la(s) persona(s) que tiene(n) variación en el rango de edad es (son) las(s) siguiente(s): JAZMIN DEL PILAR QUINTANA VERA, cambió del factor 2.10 al factor 2.60."*;

**13°.** Que, así, la acción de inaplicabilidad deducida en esta oportunidad se funda en el hecho de que de aplicarse por el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o Ley de Isapres, para resolver el reclamo que le ha sido deducido por la Sra. Jazmín del Pilar Quintana, 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° (esencialidad 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, en ese contexto, el texto inequívoco del artículo 93, inciso primero, N° 6° de la Carta Fundamental, establece que 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 (artículo 299 N° 3° del Código de Justicia Militar);

**15°.** Que, sobre la base explicada, y para decidir el presente conflicto de constitucionalidad, 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 dicho 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 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 debía a la variación del 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, del contrato de salud acompañado a estos autos por la Isapre Banmédica, de 11 de enero de 2007, puede desprenderse que la cotizante y requirente de inaplicabilidad, señora Quintana Vera, tiene 31 años de edad y que, según la tabla de factores, incorporada a dicho contrato referido al plan de salud CORDILLERA GOLD 0/06, la adecuación en el precio de su plan, comunicada por carta de 19 de octubre de 2009, se debe, precisamente a que ella cambió de tramo de edad. En efecto, en el tramo que va desde los 25 a los 30 años de edad, el factor que debía aplicarse al precio base, en su condición de cotizante, era de 2,10. En cambio, al cumplir 31 años, cambia al tramo que va desde los 30 a menos de 35 años, donde el factor corresponde a 2,60;

**20°.** Que, por tanto, a la luz de los hechos que se han reseñado, no se aprecia cómo, en este caso concreto, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 puede producir un resultado contrario a la igualdad ante la ley, pues no existe una desigualdad esencial que grave a la requirente en forma distinta y discriminatoria respecto de otros cotizantes que se encuentran en una situación similar. Lo anterior, entendiéndolo, como lo ha hecho este Tribunal, que la discriminación que vulnera la igualdad ante la ley es aquella carente de razonabilidad, que no respeta la igualdad de trato que la Constitución ha querido cautelar entre aquellos que se encuentran en una misma situación. Resulta evidente, por otra parte, que una persona joven, como la requirente, no está afectada por la condición de vulnerabilidad propia de los mayores de 60 años de edad, afectados por dolencias físicas inherentes a la edad y que, en muchos casos, sólo perciben ingresos provenientes de sus pensiones de jubilación;

**21°.** Que, en idéntico sentido, esta Ministra disidente estima que no existe afectación del derecho a la protección de la salud, particularmente en lo que se refiere a la libre elección del sistema de salud, pues, a diferencia de lo que sostiene la requirente en su reclamo, no estamos frente al caso de una persona afectada por un aumento desmesurado del precio de su plan de salud que *“coincide con la etapa de la vida en que la persona cesa en su vida laboral activa, hecho que, por regla general, trae aparejado una reducción considerable de sus ingresos”* (Página 12 del requerimiento).

Así, no se ha acreditado en autos que estemos frente a un *“cotizante cautivo”* (definido en la letra i) del artículo 170 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de

Salud) que se encuentre impedido de emigrar hacia otra institución de salud previsional que le resulte más adecuada a la realidad de sus ingresos o, incluso, al sistema público representado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA);

**22°.** Que, en cuanto a la infracción del derecho de propiedad de la requirente, la mayor o menor arbitrariedad en el alza operada en el precio de su plan de salud, producto del cambio del factor etéreo de la propia actora, y que va desde 1,52 UF a 2,198 UF, es un aspecto que deberá ser analizado por el juez del fondo, atendidas sus particulares condiciones de ingresos, empleo y situación familiar, que no constan en este proceso constitucional, y que llevarían este pronunciamiento más allá de sus límites propios;

**23°.** Que, finalmente, por las mismas razones ya señaladas, no puede estimarse que exista una infracción a la garantía de protección de la esencia de los derechos consagrada en el artículo 19 N° 26° de la Constitución Política.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y la prevención y la disidencia, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 1616-10-INA.**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, 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, señora Marta de la Fuente Olguín.

