

Santiago, veintiséis de julio de dos mil once.

VISTOS:

El señor Carlos Manuel Ibáñez Negrete ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción 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 Ley N° 18.933, incorporado por la Ley N° 20.015 y que corresponde actualmente al artículo 199 del DFL N°1 del Ministerio de Salud, del año 2005; y 2° de la Ley N° 20.015, en la causa sobre reclamo por alza de precio del plan de salud interpuesto por el requirente en contra de la Isapre Banmédica S.A. y que se encuentra actualmente pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el Rol de ingreso N° 842-2010.

Como antecedentes de la referida gestión se indica que el requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada Isapre el 31 de diciembre de 2003 (fojas 41) y que mediante carta fechada el 17 de septiembre de 2009 (fojas 23), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud -de 8,49 a 10,407 Unidades de Fomento mensuales-, por efecto del cambio del factor de riesgo (de 1,00 a 2,40) que correspondía aplicar a raíz de la variación de la edad de su hija beneficiaria (25 años).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura, el actor sostiene que la aplicación de los preceptos legales impugnados para la resolución del asunto judicial pendiente invocado, resulta contraria a las garantías que

aseguran los N°s 2°, 9°, 24° y 26° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, el actor argumenta que al autorizarse a las Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud en relación con la edad y el sexo de los beneficiarios, las normas legales impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etáreos y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, unos pagan más que otros. Esta diferencia, señala el requirente, sería arbitraria, porque la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo, como son los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, hace hincapié en que sería erróneo pensar que el aumento en la edad de la persona está necesariamente vinculado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En este punto, el actor también plantea que las normas legales impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega, en seguida, que los preceptos legales cuestionados suponen una cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato de salud con la respectiva institución, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado.

Denuncia que también en su caso concreto se infringe su derecho de propiedad, pues al serle exigido el pago de una mayor cotización para mantener los mismos beneficios que se convinieron en su oportunidad, junto con impedirle

su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que constituye un bien que ya se encuentra incorporado a su patrimonio, se le estaría privando injustamente, además, de parte de dicho patrimonio al no contemplarse una contraprestación que resulte equivalente al aumento del precio del respectivo contrato de salud.

Observa, finalmente, que las tablas de factores que contemplan los preceptos legales impugnados imponen como condición, requisito o tributo el aumento de la cotización mensual para permanecer en el sistema privado de salud y en el plan elegido por el respectivo cotizante, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 31 de marzo de 2010 (fojas 28), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide; posteriormente, por resolución de 2 de noviembre de 2010 (fojas 122), la misma Sala declaró admisible la acción deducida sólo respecto del artículo 38, en la parte que alude a la tabla de factor etéreo, de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015.

Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el Tribunal ordenó practicar las comunicaciones y notificaciones previstas en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

Consta en autos que sólo la Isapre Banmédica S.A., representada por el abogado Omar Matus de la Parra Sardá, mediante presentación de fecha 7 de enero de 2011, formuló observaciones al requerimiento deducido, solicitando al Tribunal rechazarlo en todas sus partes (fojas 144).

La institución requerida argumenta 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. 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.

Sostiene que el precepto legal impugnado no es arbitrario ni vulnera la igualdad ante la ley, ya que a través del señalado mecanismo de variación de precio precisamente se busca brindar un tratamiento igualitario a quienes se encuentran en la misma situación.

Afirma que tampoco se infringiría el derecho a la protección de la salud, dado que éste no implica que al afiliado le sea permitido acceder a las acciones de protección, promoción y recuperación virtualmente sin costo o con el costo que él estime razonable, ya que ello haría inviable el funcionamiento de las Isapres, a lo que agrega que el propio sistema tiene prevista la posibilidad de que una persona no pueda pagar su permanencia en el sistema privado y para eso contempla la cobertura de FONASA.

Añade, en cuanto a la supuesta infracción del derecho de propiedad, que el cambio de factor de ponderación en que se apoya el aumento del precio del plan de salud, constaba desde un primer momento en el contrato de salud previsional suscrito por el requirente, de modo que éste sabía con claridad que su factor de ponderación iba a variar y cuándo iba a hacerlo.

Señala, por último, que suponer que los derechos invocados por el actor son ilimitados, es un error jurídico y lógico, ya que no puede entenderse que existan derechos ilimitados, independiente de la importancia que tengan. Agrega que la regulación que establece el artículo impugnado no representa una restricción impuesta artificialmente, sino que obedece al reconocimiento de una realidad que dice relación con el aumento del riesgo de la salud de las personas de acuerdo a su sexo y a su edad, por lo cual tampoco se infringiría el artículo 19 N° 26° de la Constitución.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 12 de mayo de dos mil once se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con las causas roles 1719-2010, 1857-2010, 1879-2010, 1736-2010, 1742-2010, 1743-2010 y 1882-2011, oyéndose sólo la relación, ya que ninguna de las partes de este proceso se presentó a alegar en la respectiva audiencia.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1. Que el requirente, don Carlos Manuel Ibáñez Negrete, sostiene que la Isapre Banmédica S.A., con quien tiene un contrato de salud previsional desde el año 2003, le ha comunicado que el factor de riesgo de su hija, correspondiente al plan de salud contratado, cambió de 1,00 a 2,40, al pasar de un tramo a otro de la tabla de factores etéreos, aumentando de manera considerable 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 interpuso demanda arbitral ante el señor Superintendente de Salud;

2. Que, en el marco de dicha gestión, el requirente ha impugnado de constitucionalidad el artículo 38 de la Ley N° 18.933, el artículo 38 ter de la misma ley, incorporado por la Ley N° 20.015, el artículo 2° de la Ley N° 20.015 y el artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. A su juicio, dichas normas legales infringen los números 2°, 9°, 24° y 26° del artículo 19 de la Constitución;

3. Que, mediante resolución de 2 de noviembre de 2010, se declaró admisible el presente requerimiento sólo respecto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, en lo que se refiere a la tabla de factores. Por lo tanto, esta Magistratura no emitirá pronunciamiento sobre el resto de las normas legales cuestionadas;

II. EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO.

4. Que la norma legal impugnada corresponde al inciso quinto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, 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;

5. Que la norma legal recién señalada fue reemplazada el año 2005 por el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -

hoy artículo 199 del DFL N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005-, introducido por la Ley N° 20.015. Por tanto, la norma legal en cuestión se encuentra actualmente derogada;

6. Que, según la jurisprudencia actual de este Tribunal (establecida en los considerandos 9°, 10° y 11° de la sentencia de las causas roles 1399-2009 y 1469-2009, acumulados e invocados por las sentencias de las causas roles 1572-2010, 1598-2010, 1629-2010, 1765-2010, 1766-2010, 1784-2010, 1806-2010, 1807-2010, 1769-2010 y 1745-2010), es perfectamente posible pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal derogado, *“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”*;

III. RESUMEN DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LOS PRECEDENTES SOBRE LA MATERIA DE AUTOS.

7. Que este Tribunal tiene establecido un estándar conforme al cual se ha enjuiciado la constitucionalidad del precepto legal ahora impugnado, construido en otros casos de inaplicabilidad (roles 1572-2010, 1598-2010, 1629-2010, 1765-2010, 1766-2010, 1784-2010, 1806-2010, 1807-2010, 1769-2010 y 1745-2010).

Este análisis tuvo como punto de partida, aparte de las normas constitucionales, dos antecedentes. Por una parte, la crítica que al precepto legal cuestionado realizó el propio Ejecutivo, cuando envió la propuesta de modificación del mismo al Congreso Nacional. La misma crítica formuló recientemente el actual Presidente de la República, cuando evacuó su informe en el procedimiento de inconstitucionalidad de los autos Rol 1710 y cuando envió

al Congreso el proyecto de ley que modifica el régimen actual. Por la otra, las críticas que las propias Isapres, para defender la constitucionalidad de la tabla de factores del artículo 38 ter, formularon al precepto legal que ahora se cuestiona;

8. Que esta doctrina, elaborada a propósito de la tabla de factores fijada conforme a la ley, también es aplicable en el caso que acá analizamos, en que la tabla tiene origen contractual.

Dicha doctrina tiene tres componentes fundamentales. Por una parte, ciertos criterios que debe cumplir la tabla de factores para ser legítima. En primer lugar, este Tribunal ha dicho que la tabla de factores debe tener proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol 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 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 1710, considerando 160°); y no puede obligar a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol 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 1710, considerandos 145° y 146°); no puede haber discrecionalidad de la Isapre para determinar los factores de cada tabla (STC Rol 1710, considerandos 65° y 145°); y tienen que existir límites idóneos, necesarios y proporcionales y, por ende, razonables (STC Rol 1710, considerando 145°).

En tercer lugar, el mecanismo debe permitir una intervención del afiliado, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol 1710, considerando 153°); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol 1710, considerando 153°).

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

9. Que el segundo componente de esta doctrina es la manera en que este Tribunal ha caracterizado al contrato de salud. Así, ha señalado que el constituyente ha configurado algunas variables de este contrato. Estos tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de financiar acciones de salud (artículo 19 N° 9°), con la opción del cotizante entre el sistema estatal o privado (artículo 19 N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19 N° 9°) y con el control del Estado de las acciones realizadas en el ámbito de la salud (artículo 19 N° 9°). Asimismo, ha sostenido que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo (STC Rol 1710, considerando 170°), de orden público (STC Rol 1710, considerando 154°) y distinto a un contrato de seguro propio del derecho privado (STC rol 1710, considerando 154°). En el mismo sentido se han pronunciado los roles 1572-2010, 1598-2010, 1629-2010, 1765-2010, 1766-2010, 1784-2010, 1806-2010, 1807-2010, 1769-2010 y 1745-2010. Del mismo modo lo ha entendido la Corte Suprema (SCS roles 8837-2010, 566-2011 y 9044-2010);

10. Que el tercer componente de esta doctrina es que este Tribunal ha señalado que el contenido esencial de la

seguridad social recoge 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 1710, considerandos 131° a 135°);

IV. APLICACIÓN DE ESTOS ESTÁNDARES AL CASO CONCRETO.

11.Que la doctrina constitucional señalada tiene una consecuencia directa en el caso concreto, pues en este caso no se respeta el estándar precedentemente analizado;

12.Que, en efecto, en primer lugar, no hay una proporcionalidad del reajuste ofrecido por la Isapre. Sobre todo si se considera que se ha estimado desproporcionada y carente de razonabilidad la norma que entregaba amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración (STC Rol 1710, considerandos 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 (roles 1572-2010, 1598-2010, 1629-2010, 1765-2010, 1766-2010, 1784-2010, 1806-2010, 1807-2010, 1769-2010 y 1745-2010);

13.Que, asimismo, en el presente caso se infringe la Constitución, 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;

14.Que, en segundo lugar, tampoco se 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,

para el caso que nos ocupa, por el cambio de la edad de su hija beneficiaria, el factor aumenta en 1.40 al cumplir 25 años;

15.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. En los hechos, se impone la voluntad de la Isapre. Por la otra, la renovación se convierte en dramática, porque o paga más por su plan o rebaja sus prestaciones. 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;

16.Que, además, el precepto legal objetado tampoco pasa el estándar de la 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 él o sus beneficiarios, más caro será su plan;

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

Habiéndose acogido el requerimiento respecto de la norma legal impugnada antes mencionada por los argumentos señalados, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales invocadas.

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 19, número 9°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO QUINTO DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY N° 18.933 EN LA CAUSA SUB LITE. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos 1° a 5°, y teniendo adicionalmente presente 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 -en su caso- 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 primero al séptimo, y en especial por lo expresado en este último en relación con el 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 por su intermedio brindan las Isapres, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben y las prevenciones, sus respectivos autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 1654-10.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

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