

Santiago, siete de diciembre de dos mil diez.

VISTOS:

Don Edwin Dimter Bianchi ha deducido acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 (en la parte en que alude a la tabla de factor etéreo) 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, en la causa sobre reclamo por alza de precio del plan de salud deducido en contra de la Isapre Banmédica S.A., actualmente pendiente ante el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, bajo el Rol N° 2.400-2010.

El caso es que el requirente suscribió con la mencionada Isapre un plan de salud en junio del año 2009 y, mediante carta de enero de 2010, ésta le informó el cambio de tramo de edad y el consiguiente aumento del precio de su plan de salud, de 4,55 a 5,6 Unidades de Fomento mensuales.

Sostiene el actor 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.

Sostiene, al efecto, 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 impugnadas establecen una diferencia entre los distintos grupos etéreos y entre hombres y mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, unos deben pagar más que otros. Esta diferencia, señala el requirente, es arbitraria, porque la edad y sexo son hechos involuntarios, a diferencia de otros que involucran una exposición voluntaria al riesgo,

como los hábitos de fumar o beber en exceso. Además, que sería erróneo pensar que el aumento de edad vaya necesariamente aparejado a una mayor ocurrencia de enfermedades. En fin, que las normas impugnadas serían arbitrarias en un sentido ético, por atentar contra la justicia.

Agrega que los preceptos cuestionados suponen una fuerte cortapisa a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el contrato, siendo el fuerte y creciente aumento del precio una forma indirecta de obligarlos a salir del sistema privado, 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.

Repara que se infringe, además, el derecho de propiedad del actor, pues al exigirse una mayor cotización para mantener los mismos beneficios, junto con impedirle su derecho a hacer uso del sistema privado de salud así como de los beneficios que éste otorga, bienes que ya se encuentran incorporados a su patrimonio, en tanto es cotizante cautivo, se le estaría privando, además, injustamente de parte de dicho patrimonio, al no haber una contraprestación equiparable al aumento del precio.

Observa 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, afectando así la esencia de las garantías constitucionales a que se ha aludido.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de 4 de mayo de 2010, admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide y, por resolución de 8 de junio del mismo año, lo declaró

admisible. Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, esta acción constitucional fue puesta en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la Isapre Banmédica.

Dentro de plazo, el abogado don Omar Matus de la Parra Sardá, en representación de la Isapre Banmédica, formula observaciones al requerimiento, solicitando que sea rechazado en todas sus partes.

Señala que las *"tablas de factores"* están incorporadas a la legislación relativa al sistema de salud, no de manera arbitraria, sino dentro del esquema adoptado por el legislador, que optó porque el valor que podían cobrar las Isapres se compusiera por la suma del precio de las Garantías Explícitas en Salud y del precio del Plan Complementario de Salud, correspondiendo este último al producto de multiplicar el Precio Base asignado al respectivo Plan -que representa los costos generales, según sus coberturas y beneficios- por el Factor de Ponderación que se aplica según la Tabla de Factores establecida por la Isapre e incorporada al plan que cada afiliado elige libremente -y que representa los costos específicos asociados a la persona que contrata, dados por elementos objetivos y conocidos del afiliado, como son la edad, el sexo y la condición de cotizante o carga.

Agrega que este diseño normativo supone el reconocimiento del legislador en orden a que el precio que se paga por un plan ha de sufrir variaciones en el tiempo para permitir el equilibrio económico que hace posible el funcionamiento de las Isapres, variaciones que se relacionan con el riesgo de salud que corresponde al afiliado, desde el momento que el contrato de salud previsional es un contrato de seguro y que la propia ley exige que se pacte de manera indefinida.

Sostiene, además, que no se producen las infracciones a las disposiciones constitucionales

invocadas por el actor en este proceso, aduciendo que los preceptos legales impugnados:

1°- No vulneran la igualdad ante la ley ni son arbitrarios pues, a través del mecanismo objetivo de variación de precio recién señalado, precisamente se busca que se trate de igual modo a quienes se encuentran en la misma situación;

2°- No infringen el derecho a la protección de la salud, desde que éste no implica que el acceso del afiliado a las acciones para su protección, promoción y recuperación, como erradamente entendería el requirente, le sea permitido virtualmente sin costo o con el costo que él estime razonable, ya que ello haría imposible 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;

3°- No afectan el derecho de propiedad ni los derechos que emanan del contrato de salud, pues el afiliado estaba en conocimiento del cambio del factor de ponderación desde el día mismo en que lo suscribió, y

4°- No vulneran la esencia de los derechos indicados, que el requirente entendería como ilimitados, sino, por el contrario, de manera lógica y coherente con el diseño institucional, regulan la manera en que dichos derechos pueden ser ejercidos.

Se ordenó traer los autos en relación y, en audiencia de fecha 2 de noviembre de 2010, se procedió a la vista de la causa, en forma conjunta con la vista de las causas roles N° 1629-10 y N° 1598-10, oyéndose la relación y el alegato del abogado Marcelo Segura Uauy, por el requirente, y

CONSIDERANDO:

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

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

Igualmente, procede desestimar el cuestionamiento apuntado en la especie en contra del artículo 2° de la Ley N° 20.015, precepto legal que se limita a regular la entrada en vigencia de esta ley, acaecida en el mes de julio del año 2005, y su forma de aplicación a los contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a ello, sin perjuicio de que, en su inciso final, hace también aplicable sus disposiciones en el evento de que el afiliado -con posterioridad a su entrada en vigencia- optare por aceptar un plan alternativo o contratare un nuevo plan, situación que no acontece respecto del requirente;

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, si se acogerá el requerimiento formulado a este respecto, justamente porque su aplicación al caso específico de que se trata, contraviene la Constitución.

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

Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE lo preceptuado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, así como las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO. Dejase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada a fojas 27. Ofíciase.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre a la decisión y a sus fundamentos con excepción de lo afirmado en el considerando tercero que no comparte por las siguientes razones:

1°. Que, tal como ha razonado esta Ministra previniente en las sentencias recaídas en los autos Roles N°s. 1626 y 1657, la razón para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad no puede encontrarse en lo resuelto por este Tribunal en la sentencia Rol N° 1.710, que declaró la inconstitucionalidad de cuatro

numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933;

2°. Que, en efecto, 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 que tienen su origen en situaciones anteriores 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 - a que alude el inciso tercero del artículo 94 de la Carta Fundamental- 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 está autorizado por la Ley Suprema para 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 previniente, retrotraer los efectos de la sentencia recaída en el Rol N° 1.710 a un contrato (del año 2009), celebrado con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial, con mayor razón cuando el conflicto sometido a esta Magistratura se ha originado en un alza en el precio del plan de salud basado en la aplicación de la tabla de factores incorporada a ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad (febrero de 2010) a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

10°. Que, con todo, distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 puede recibir aplicación en el recurso de protección que sustancia el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud, bajo el rol de ingreso N° 2.400-2010 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 que, conforme a la jurisprudencia de esta Magistratura, *“(…) 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 (…).”* (Rol 1.295, considerando 42°);

12°. Que, desde este punto de vista, 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 fallar el reclamo por alza del precio en el plan de salud derivado de un contrato suscrito en el año 2009 por don Edwin Dimter Bianchi, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2° (derecho a la igualdad ante la ley); 9° (derecho a la protección de la salud); 24° (derecho de propiedad) y 26° (protección a la esencia de los derechos) del artículo 19 de la Constitución Política. Entonces, la sola posibilidad de que dicha aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución es suficiente para que, conforme a su jurisprudencia reiterada, este Tribunal deba decidir su inaplicabilidad a la luz de las circunstancias propias del control concreto que ella supone;

14°. Que, sobre la base explicada, y para decidir el conflicto de constitucionalidad que ha de resolverse en esta oportunidad 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, 1218, 1287 y 1273;

15°. Que, como esta Ministra previniente señaló en su voto particular recaído en la sentencia Rol N° 1.710, tales acciones de inaplicabilidad se dedujeron teniendo como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante 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 el

fundamento del reclamo deducido ante la Superintendencia de Salud que constituye la gestión pendiente en el presente requerimiento de inaplicabilidad.

Pero, además, en aquel voto particular, se precisó 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 un 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.”* (Considerando 16°).

Finalmente, se sostuvo, siguiendo la jurisprudencia previa del Tribunal, que *“la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores (...) no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.”*

“Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin

discontinuar el acceso a las prestaciones de salud.”
(Considerando 35°);

16°. Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los Roles N°s. 976, 1.218, 1.287 y 1.273 contaron con el voto de esta Ministra previniente sobre la base de constatarse que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza en el precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, se producía considerando los factores edad y sexo 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;

17°. Que un razonamiento congruente con tal juicio y que además resulte acorde a la naturaleza propia de un control concreto como el 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;

18°. Que, en tal sentido, de los antecedentes acompañados a este proceso constitucional y, especialmente, de la carta de adecuación remitida por Isapre Banmédica S.A. al requirente, con fecha 19 de enero de 2010, se desprende que el alza en el precio del plan de salud del señor Edwin Dimter Bianchi se produjo por la variación en el rango de edad de él mismo, cambiando del factor 2,10 a 2,70. Ello por ingresar al

tramo que va desde los 60 a los 65 años de edad de conformidad con la respectiva tabla de factores;

19°. Que, tal y como se razonó en la sentencia recaída en Rol N° 1.273, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 producirá un resultado contrario a la Constitución, en la especie, por las siguientes razones:

- 1) Porque la evolución del factor edad consultado en la respectiva tabla de factores, incorporada al contrato de salud suscrito entre don Edwin Dimter Bianchi e Isapre Banmédica S.A., como consecuencia de haber cambiado de tramo, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Esta situación reviste particular preocupación cuando se trata de un afiliado a quien se eleva el precio de su plan de salud, al alcanzar la edad de 60 años, esto es, precisamente cuando accede a una situación de mayor vulnerabilidad, desde el punto de vista de la salud. Si el respectivo afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligado a abandonar el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (considerandos 66° y 67°);
- 2) Porque la existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18° del

artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social -entre las que se encontraría el contrato de salud previsional- en el sentido de impedir que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (considerandos 78° y 80°).

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

“Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es exactamente lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución.”
(Considerando 36°).

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

derecho a la protección de la salud (...)."

(Considerando 37°);

20°. Que las circunstancias particulares que rodean la situación de don Edwin Dimter Bianchi demuestran que el cotizante no goza de la libertad indispensable para trasladarse a otra institución de salud previsional. Con mayor razón, cuando, en razón de su edad, es posible sostener que se trata de un cotizante "cautivo", en los términos definidos por el artículo 170, letra i) del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, esto es, de *"aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de algunos de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional."*;

21°. Que los razonamientos consignados precedentemente son suficientes, a juicio de esta juez previniente, para acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por don Edwin Dimter Bianchi, en forma congruente con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional y sin brindarle efecto retroactivo a la sentencia recaída en el Rol N° 1.710, por prohibirlo expresamente la Carta Fundamental.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán no comparte el considerando tercero y tiene adicionalmente presente 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° 18.993, 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" (consid. 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" (consid. 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 hizo 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 afectos a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *“no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que 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 hizo presente 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 Bernales, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, página 683). Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional "parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos ex tunc. Un caso

*concreto donde parece razonable la aplicación de criterios ex tunc es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma; declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del Tribunal Constitucional; parece que en tal caso se justifica 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” (consid. 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” (consid. 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, consid. 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, consid. 13°). Por lo mismo, tal como lo comunicó este Tribunal frente a una consulta formulada por la Corte Suprema, en resolución de 17 de julio de 2007, *“la sentencia de*

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

Redactó la sentencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado y, las prevenciones, la Ministra señora Marisol Peña Torres y el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol 1690-10-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, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander e Iván Aróstica Maldonado.

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