

Santiago, cinco de julio dos mil once.

VISTOS:

A fojas 1, don Waldo Ricardo Gaete Talavera ha deducido ante este Tribunal Constitucional acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 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, conocida también como Ley de ISAPRES; 38 ter de la Ley N° 18.933, incorporado por el artículo 1° N° 15, de la Ley N° 20.015; 2° de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de diecisiete de mayo de dos mil cinco, y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, promulgado el veintitrés de septiembre de dos mil cinco y publicado el veinticuatro de abril de dos mil seis, en la causa seguida ante la Superintendencia de Salud con motivo de reclamo interpuesto por su parte en contra de ISAPRE Banmédica S.A., rol de ingreso N° 5763-2010, que se encuentra actualmente pendiente.

En los antecedentes de la referida gestión se indica que el requirente suscribió un contrato de salud con la mencionada ISAPRE el treinta y uno de marzo de dos mil seis (fojas 60) y que mediante carta fechada el diecinueve de marzo de dos mil diez (fojas 27), ésta le informó el aumento que sufriría el precio de su plan de salud -de 5,2 a 5,984 Unidades de Fomento mensuales-, por efecto del cambio del factor de riesgo que correspondía aplicar por variación de la edad del cotizante (65 años).

En cuanto al conflicto constitucional que se somete a 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°, 18°, 24° y 26° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de lo expresado, el requirente 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, la norma legal impugnada vulneraría su derecho a la igualdad, puesto que ella establece una diferencia entre los distintos grupos etéreos y entre los hombres y las mujeres, de modo que, para acceder al mismo beneficio, algunos -los de mayor edad y, dentro de ellos, las mujeres- pagan más que otros. Esta diferencia sería arbitraria, ya que la edad y el sexo constituyen hechos involuntarios, correspondientes a estados naturales inimputables a las personas que los viven. En este punto, el actor también plantea que la norma legal impugnada atentaría en contra de la justicia al aumentar el precio del contrato de salud en la medida que aumenta la vulnerabilidad de la persona.

Agrega, enseguida, que el precepto legal cuestionado supone una cortapisa a la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de la salud y al derecho a elegir el sistema al que la persona desee acogerse, sea estatal o privado, ya que el fuerte y creciente aumento del precio del plan de salud es una forma indirecta de obligarla a salir del sistema privado de salud.

Considera también afectado su derecho a la seguridad social y al goce de prestaciones básicas uniformes, ya que de aplicarse la norma legal impugnada para resolver

el asunto pendiente de que se trata, el contrato de salud previsional perdería su naturaleza de institución de seguridad social y se transformaría en un contrato de seguro privado. Señala que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia y que uno de ellos sería el envejecimiento natural del individuo, por lo que los efectos de la aplicación de la norma legal cuestionada en este caso irían en contra de dicho valor fundamental.

Estima, asimismo, infringido el derecho de propiedad en la medida en que por la vía indirecta de aumentar en forma creciente y sostenida el precio del plan de salud, puede privarse al afectado del derecho a hacer uso del sistema privado de salud así como de los beneficios concretos que éste otorga, bienes que se encuentran incorporados a su patrimonio.

Agrega que, por último, se ha infringido la garantía consistente en la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ella establece o que las limiten en los casos en que la propia Carta lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, aspectos en que las normas impugnadas contravienen los preceptos constitucionales reseñados precedentemente.

La Segunda Sala de este Tribunal, por resolución de seis de agosto de dos mil diez (fojas 64), admitió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide.

Posteriormente, por resolución de siete de diciembre de dos mil diez (fojas 108), el Tribunal declaró admisible la acción deducida sólo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 e inadmisibles respecto de los demás preceptos legales impugnados.

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, sin que los órganos constitucionales interesados hicieran uso de su derecho a formular observaciones dentro del plazo legal.

A fojas 124, corre escrito de la ISAPRE Banmédica S.A. por el que formula observaciones al requerimiento de autos. Al efecto, la ISAPRE mencionada señala que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad debe ser rechazada porque las disposiciones legales impugnadas no revisten el carácter de contrarias a la Constitución Política.

Expresa que las tablas de factores están incorporadas en la legislación relativa al sistema de salud no de manera arbitraria sino que ellas forman parte de la naturaleza de los contratos de salud previsional y son una consecuencia del esquema que se adoptó para abordar esta materia, recogiendo una fórmula operativa en los hechos.

Agrega que el legislador de la nueva regulación estableció que se podían cobrar dos precios distintos: Uno: El precio de las Garantías Explícitas en Salud (GES), contenidas en el Régimen de Garantías de Salud (conocido comúnmente como Plan AUGE), que fue incorporado al sistema por la reforma con la intención de que las referidas GES fueran un mínimo al que

tuvieran acceso las personas. Dos: El precio del Plan Complementario de Salud (PLAN) que cada afiliado elige libremente de entre las opciones que diseña la respectiva ISAPRE. Señala que para determinar el precio final se debe sumar el precio GES al precio PLAN. La ISAPRE luego agrega que respecto del precio que cada afiliado debe pagar por el PLAN debe multiplicarse el Precio Base asignado por la ISAPRE al respectivo PLAN por el Factor de Ponderación según la Tabla de Factores establecida por la ISAPRE e incorporada al respectivo PLAN. Manifiesta que el precio que a cada afiliado le corresponde pagar por el PLAN es el resultado del Precio Base y del Factor de Ponderación que se determina para cada afiliado de conformidad a la Tabla de Factores que representa la incidencia específica de la edad, sexo y calidad de cotizante o carga.

Concluye la ISAPRE observando que toda esta operatoria está recogida por la legislación que ha tenido como objetivo mantener el equilibrio económico para hacer posible el funcionamiento de las ISAPRES y, por tanto, del sistema en su conjunto.

En definitiva, la ISAPRE Banmédica solicita se rechace la acción de inaplicabilidad de autos porque no existen razones que permitan afirmar que la disposición contenida en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 sea injusta o arbitraria o resulte contraria al ordenamiento constitucional vigente.

A este respecto expresa que la Tabla de Factores que considera el sexo y la edad de los afiliados no contraría el "derecho a la igualdad ante la ley" porque ella representa, justamente, un mecanismo técnico económico y jurídicamente adecuado, no constituyendo, en consecuencia, el establecimiento de diferencias que

no tengan base o justificación racional. Tampoco, argumenta ISAPRE Banmédica, se ha vulnerado el derecho a la protección de la salud del requirente, puesto que no es posible que el acceso a las acciones de salud le pueda ser permitido virtualmente sin costo o, al menos, con uno que al requirente le parezca razonable. Yerra también el requerimiento, según la ISAPRE, al sostener que los fondos pagados mensualmente funcionen como una cuenta de capitalización individual pues, en la especie, se trata de un contrato de seguro en que cada prima que se paga tiene como retribución inmediata la transferencia del riesgo asegurado. Además el requerimiento olvida -según la aludida entidad- que las acciones del derecho a la protección de salud no están libremente disponibles sino que hay que producirlas y para esto están llamadas las ISAPRES que, como entidades privadas, tienen un legítimo fin de lucro, igualmente garantizado constitucionalmente. Agrega la ISAPRE que igualmente debe ser rechazado el requerimiento de autos porque no se ha vulnerado el derecho a la seguridad social, que éste no es un derecho ilimitado y que, por tanto, el afiliado debe asumir el costo que implica ejercer estos derechos; señala asimismo que la visión que tiene el requerimiento de que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como son la enfermedad y el envejecimiento, es, justamente, lo que busca la ISAPRE al subir el precio del plan de salud por variación etárea, facilitando que el afiliado busque un plan distinto. Asimismo el requerimiento debe ser rechazado porque no se ha vulnerado el derecho de propiedad del

requiriente. A este respecto la ISAPRE señala que el requerimiento no puede, a posteriori, modificar la materia de la litis. En efecto, dice la ISAPRE, que el requerimiento para abordar este capítulo se refiere a dos puntos distintos: a) el aumento del precio base del PLAN y b) el aumento del factor de ponderación que se aplica al momento de calcular el precio que se debe pagar por su PLAN.

Expresa que el requerimiento se dirige contra el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que regula la Tabla de Factores y, en esta parte, sostiene que no se ha vulnerado ninguna garantía constitucional porque el factor de ponderación no es arbitrario y estuvo vigente desde el inicio de la relación contractual, que fue aceptada libremente. De igual modo señala la ISAPRE que la norma impugnada no afecta la esencia de los derechos constitucionales invocados en el requerimiento. Las observaciones de la ISAPRE sobre este particular indican que se equivoca el requerimiento porque los derechos constitucionales no se pueden ejercer a entera libertad del requirente pues no son ilimitados, independientemente de la importancia que tengan.

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme con el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y undécimo, 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- el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional, porque su aplicación al caso específico de que se trata, resultaría contraria a los invocados derechos reconocidos por la Constitución;

SEGUNDO: Que, por sentencia de 6 de agosto de 2010 (Rol 1710), expedida con arreglo al artículo 93, incisos primero, N° 7°, y duodécimo, de la Constitución, este Tribunal ya se pronunció sobre la materia, declarando inconstitucionales los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del referido precepto legal, precisamente por contravenir la Carta Fundamental;

TERCERO: Que, por ende, a partir de la publicación del aludido fallo en el Diario Oficial, ocurrida el 9 de agosto de 2010, las reglas sobre alzas que preveían los N°s 1 al 4 del inciso tercero del cuestionado 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, perdieron validez general, de modo que no pueden seguir aplicándose, tal como razonó esta Magistratura en ese mismo veredicto (considerandos 169° al 171°) y en su posterior sentencia recaída en los autos Rol 1552-2009;

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.

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

SE RESUELVE:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 64 DE AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO A LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.

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

1°. Que, tal como se indica en la parte expositiva, el requirente, señor Waldo Ricardo Gaete Talavera, suscribió un contrato de salud con la Isapre Banmédica S.A., el 31 de marzo de 2006. Mediante carta de 19 de marzo de 2010, ésta le informó al cotizante que correspondía actualizar el factor etéreo de su contrato de salud vigente, reajustándose por este concepto el precio del mismo. Fue la variación del rango de edad del cotizante lo que motivó el cambio del valor del índice o factor de riesgo del grupo familiar beneficiario del plan. Al cumplir los 65 años de edad, el factor respectivo se eleva desde 2.70 a 3.20. Así, el costo total del plan del afiliado cambia de 5,2 a 5,984 unidades de fomento mensuales.

Éstas son las razones fundamentales que motivaron la interposición del respectivo reclamo ante la Superintendencia de Salud, el 9 de abril de 2010, constituyendo la gestión pendiente en la que se solicita inaplicar el artículo 38 ter de la Ley N°

18.933, que corresponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud;

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 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, y recordando diversos antecedentes doctrinales y de la historia de la reforma constitucional de 2005 se llega a la conclusión que, 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;

6°. 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 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 a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;

7°. Que, con todo, distinta es la necesidad que asiste a este Tribunal de examinar si el precepto legal impugnado en estos autos -el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933- puede recibir aplicación en el reclamo que sustancia el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el ingreso N° 5763-2010, 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.”;

8°. 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. (Sentencias roles 501, 505, 790, 943, y 1.295, entre otras);

9°. Que, desde este punto de vista, el requirente sostiene, en su libelo, que: “Siendo una de las razones que motiva la solicitud de dejar sin efecto el alza de precio por aplicación de la tabla de factores de edad y sexo interpuesto ante la Superintendencia de Salud, precisamente la arbitrariedad que supone el ostensible e inexorable aumento de precio de los planes de salud a medida que las personas envejecen, de la simple lectura de los textos transcritos se desprende que las normas impugnadas resultan directamente aplicables para resolver la cuestión debatida en dicha gestión pendiente”. (Fojas 7).

Por su parte, la carta de adecuación dirigida por la Isapre Banmédica S.A., al requirente, de fecha 19 de marzo de 2010, y que rola a fojas 27 de estos autos, precisa 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”. (...) En su caso la(s) persona(s) que tiene(n) variación en el rango de edad es(son) la(s) siguiente(s): WALDO RICARDO GAETE TALAVERA, cambió del factor 2.70 al factor 3.20”.*;

10°. 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 fallar el reclamo interpuesto por don Waldo Ricardo Gaete Talavera, se producirá una vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2° (igualdad ante la ley); 9° (derecho a la protección de la salud); 18° (derecho a la seguridad social); 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;

11°. Que de conformidad a lo previsto en el artículo 93, inciso primero, N° 6° de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional debe decidir la inaplicabilidad de un precepto legal *“cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”* (El subrayado es nuestro). De ello se deduce que lo que puede resultar contrario a la Carta Fundamental es la aplicación que un determinado precepto legal recibirá en una gestión judicial concreta, a la luz de las particulares circunstancias que la rodean;

12°. 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;

13°. 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 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°);

14°. Que las declaraciones previas de inaplicabilidad recaídas en los Roles N°s. 976, 1.218, 1.287 y 1.273 identifican la postura 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;

15°. 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;

16°. 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, en marzo del año pasado, se desprende que el alza en el precio del plan de salud del señor Waldo Ricardo Gaete Talavera se produjo por el cambio en su factor etéreo, desde el factor 2,70 a 3,20, por ingresar al tramo que va desde los 65 a los 70 años de edad;

17°. 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 Waldo Ricardo Gaete

Talavera e Isapre Banmédica S.A., como consecuencia de haber cambiado de tramo de edad, 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 significativamente el precio de su plan de salud, al alcanzar la edad de 65 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 -junto a su grupo familiar- el sistema privado de salud para incorporarse, forzosamente, 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°);

18°. Que las circunstancias particulares que rodean la situación de don Waldo Ricardo Gaete Talavera, 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, 65 años, 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 *"aqueel 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."*;

19°. Que los razonamientos consignados precedentemente son suficientes, a juicio de esta juez previniente, para acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por don Waldo Ricardo Gaete Talavera, en forma congruente con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional y sin brindarle efecto retroactivo a la sentencia recaída en el Rol N° 1.710, por prohibirlo expresamente la Carta Fundamental.

Se previene que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurre a lo resuelto, teniendo presentes las consideraciones ya expuestas en las prevenciones incluidas en las sentencias roles 1540-2009, 1786-2010, 1777-2010, 1703-2010, 1712-2010, 1746-2010, 1747-2010 y 1748-2010, en relación a la referencia contenida en la

parte considerativa de la sentencia respecto de la jurisprudencia posterior a la inconstitucionalidad y, en particular, a la sentencia Rol 1552-2009.

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

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

2°. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93 N° 7° de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3°. Que lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que “no

obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

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

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

6°. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley N° 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 N° 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.

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

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol 1736-10-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y por los Ministros señores 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 Abogada del Tribunal, señora
Marta de la Fuente Olguín.

Ro1 N° 1736-10-INA.-