

Santiago, veintiocho de abril de dos mil once.

**VISTOS:**

La abogada Flor Sofía Gómez Lobos, en representación de don Guillermo Elso Galano, con fecha 8 de junio de 2010, ha interpuesto ante este Tribunal Constitucional requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 38 de la Ley N° 18.933, en su texto modificado por la Ley N° 19.381, de 3 de mayo de 1995, y 2°, letra n), de la misma ley, incorporado por la Ley N° 20.015 y que actualmente corresponde al artículo 170, letra n), del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

La declaración de inaplicabilidad solicitada incide en la causa de que conoce el Tribunal Arbitral de la Superintendencia de Salud bajo el Rol de ingreso N° 5850-2010, que se sigue en contra de la Isapre Vida Tres S.A.

Como antecedentes de la gestión judicial *sub lite* se indica que ésta se inició por reclamo deducido en contra de la mencionada Institución de Salud Previsional por cuanto pretende aplicar un alza en el precio del plan de salud vigente del señor Guillermo Elso, la cual implica que de las actuales 9,39 UF pasará a pagar 12,241 UF mensualmente y ello, en razón de la aplicación de la tabla de factor etéreo y de sexo incorporada en el mismo contrato, al haber cumplido, su cónyuge y beneficiaria del plan, la edad de 71 años (se pasa del factor 1,4 al factor 2,5).

Se añade que el contrato de salud fue suscrito con la mencionada Isapre el año 1994, hecho éste que consta de los documentos no objetados que obran en autos (Oficio que rola a fojas 65 y documento acompañado a fojas 145).

El conflicto constitucional que se somete al conocimiento y resolución de esta Magistratura consiste en que la eventual aplicación de la tabla de factores por sexo y edad a que aluden los preceptos legales impugnados a un cotizante cautivo, como sería el caso del señor Guillermo Elso Galano, como pretende la Isapre Vida Tres S.A. y, en consecuencia, si tal actitud fuese amparada por un pronunciamiento en el mismo sentido de parte del competente tribunal arbitral, vulneraría las garantías reconocidas en los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

En síntesis, en el requerimiento de autos se aduce que las normas que se cuestionan *“recogen en sentido negativo las desigualdades relevantes que existen entre las personas jóvenes, sanas y con mayor capacidad económica y las personas de edad avanzada y enfermas, las que generalmente disponen de menores recursos, al permitir que se use como base de cálculo del precio de los contratos de salud la edad de él o los beneficiarios del plan”*.

En segundo término, el requirente aduce que la eventual aplicación de un aumento en el precio de su plan, fundado en la aplicación de los preceptos legales impugnados, afectaría su derecho a la protección de la salud, en tanto le impediría mantener el régimen privado de atención al que se acogió al celebrar el contrato de salud de que se trata y a su vez, dejaría sin efecto *“la proporcionalidad de las prestaciones”* que ese mismo contrato, válidamente celebrado, exige.

Se afectaría, en tercer lugar, el derecho a la seguridad social, ya que en el caso concreto de don Guillermo Elso la uniformidad a que hace referencia el numeral 18° del artículo 19 constitucional resultaría

vulnerada por la aplicación de las normas impugnadas, ya que en su virtud el costo de las cotizaciones para el asegurado, por el disfrute de unas mismas prestaciones, se vería incrementado por el solo hecho de progresar en la edad una de las beneficiarias del plan.

Luego de haberla admitido a tramitación y de haber dispuesto la suspensión del procedimiento en el que incide, con fecha 29 de julio de 2010 la Primera Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento materia de este proceso constitucional. Consta en autos, además, que el tribunal arbitral que conoce de la gestión en que incide la acción materia de este proceso remitió copia autorizada del respectivo expediente -fojas 65-. Pasados los autos al Pleno para su sustanciación, el requerimiento fue puesto en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, del tribunal de la causa *sub lite* y de la mencionada Isapre y sólo esta última institución formuló observaciones y acompañó antecedentes, conforme consta a fojas 170.

En efecto, en su presentación de 10 de septiembre del año 2010, la Isapre Vida Tres S.A. solicitó a este Tribunal rechazar en definitiva el requerimiento deducido por el señor Elso Galano, básicamente aduciendo que los preceptos legales impugnados, en su aplicación al caso concreto invocado, no producirían los efectos inconstitucionales alegados en autos, ya que, a juicio de la entidad, la tabla de factores a que se refiere la legislación que regula esta materia formaría parte de la naturaleza de los contratos de salud previsional que fue diseñada por el mismo legislador guardando o respetando el principio de proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, se puntualiza que la Ley de Isapres exige que el contrato de salud previsional se pacte de manera

indefinida y ello hace necesario que en él se contemple un mecanismo, como el de las tablas de factores, que permita la adaptación objetiva de su precio en el tiempo para mantener el pertinente equilibrio en los riesgos asumidos por la respectiva Isapre y, por ende, permita el funcionamiento del sistema privado de salud.

Sin perjuicio de lo anterior y respecto del cuestionamiento que se formula en relación al artículo 2°, letra n), de la Ley N° 18.933, la entidad indica que aquél no dice relación directa con el fondo de la cuestión, sino que con las reglas que se emplean para resolver los problemas de vigencia temporal de las leyes, por lo que su impugnación en este caso sería impertinente.

Habiéndose traído los autos en relación, el día 7 de diciembre de 2010 se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de la abogada Flor Gómez Lobos, por el requirente.

**CONSIDERANDO:**

**I. LA IMPUGNACIÓN.**

1. Que el requirente sostiene que la Isapre Vida Tres, con quien tiene un contrato de salud previsional desde el año 1994, le ha comunicado que el factor de riesgo de su cónyuge, de 72 años, correspondiente al plan de salud contratado cambió de 1.40 a 2.50, al pasar de un tramo a otro la tabla de factores, aumentando consecuentemente 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, con fecha 30 de abril de 2010, interpuso demanda arbitral ante el señor Superintendente de Salud con el objeto de impugnar dicho reajuste;

2. Que, en el marco de dicha gestión, el requirente ha impugnado de constitucionalidad el **artículo 38 de la Ley N° 18.933**, en lo que se refiere a la tabla de factores y el artículo 2°, letra n), de la Ley N° 18.933, incorporado por la Ley N° 20.015, que corresponde al **artículo 170, letra n), del DFL N° 1, de 2005**, del Ministerio de Salud. A su juicio, dichas normas poseen una serie de vicios de constitucionalidad.

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

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

Finalmente, el requirente afirma que el precepto impugnado infringe el derecho a la seguridad social

(artículo 19 N° 18°), toda vez que autoriza a las Isapres a desconocer el goce de prestaciones, en íntima conexión con la dignidad de la persona.

## **II. CONSIDERACIONES PREVIAS.**

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

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

4. Que, como ya se indicó, consta en autos que el contrato de salud que vincula al requirente con la Isapre Vida Tres, fue suscrito en el año 1994;

5. Que la doctrina actual de este Tribunal exige tener en consideración el artículo 2° de la Ley N° 20.015 al momento de determinar los asuntos sobre los que emitirá pronunciamiento (STC roles N°s 1544/2010, 1644/2010, 1572/2010, 1598/2010, 1629/2010, 1765/2011, 1766/2011, 1784/2011, 1806/2011, 1807/2011). Antes de esta doctrina, se consideraba un asunto de mera legalidad el impacto de este precepto (STC roles N°s 976/2008 y 1348/2010).

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

Si el contrato se celebró antes de julio del año 2005 -fecha en que entró en vigencia la Ley N° 20.015-, éste se rige no por el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 ó 199 del D.F.L. N° 1, de Salud, del año 2005, sino por las reglas fijadas en dicho contrato, de acuerdo a la normativa vigente a esa fecha, conforme lo dispone

el artículo 2° de dicha ley. Es el contrato y la ley vigente en aquella ocasión, y no la legislación señalada, la aplicable al contrato de salud.

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

6. Que, por la misma razón ya indicada, resulta contradictorio que el requirente solicite pronunciarse simultáneamente respecto del artículo 38 hoy derogado, por una parte, y el artículo 170, letra n), vigente, por otra. No cabe aceptar que una misma materia, esto es, la tabla de factores sea regulada por dos normas de vigencia temporal distinta y excluyente;

7. Que, lo anterior no debe confundirse con el hecho, constitucionalmente legítimo, que la Ley N° 20.015 establezca nuevos estándares para el contrato de salud que, por su carácter de orden público, comienzan a regir tanto los contratos en curso como los nuevos que se celebren, a partir de su entrada en vigencia;

8. Que, entonces, para los efectos de esta sentencia, este Tribunal sólo tendrá presente como norma impugnada el artículo 38 de la Ley N° 18.933 (vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015), en la parte que se refiere a la operación de la tabla de factores. Se excluirá, por tanto, de su pronunciamiento el artículo 2°, letra n), de la Ley N° 18.933, incorporado por la Ley N° 20.015, que corresponde al artículo 170, letra n), del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud;

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

*“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los*

*términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre."*

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

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

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

Por tanto, la norma en cuestión se encuentra actualmente derogada;

**11.**Que, al respecto, cabe señalar que hasta antes de las recientes sentencias Rol N° 1452 (05.08.2010), roles N°s 1399-09-INA y 1469-09-INA, acumulados (04.11.2010), Rol N° 1572 (30.11.2010), Rol N° 1598 (14.12.2010) y Rol N° 1629 (14.12.2010), Rol 1765 (27.01.2011), Rol 1766 (20.01.2011), Rol 1784 (20.01.2011), Rol 1806 (01.03.2011) y Rol 1807 (01.03.2011), la mayoría del Tribunal, efectivamente, consideraba que una norma derogada no era precepto legal en los términos que exige el artículo 93 N° 6° de la Constitución (STC roles N°s 978/2008; 1186/2008; 1230/2009; 1231/2009; 1232/2009); por lo mismo, no cabía a su respecto la inaplicabilidad, pues implicaba dar una eficacia ultraactiva al precepto respectivo, cualidad que exigiría hallarse prevista expresamente (STC roles 1230/2009; 1231/2009; 1232/2009);



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

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

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

**14.**Que la actual doctrina del Tribunal se expresa en los considerandos 9°, 10° y 11° de los citados roles N°s 1399-09 INA y 1469-09-INA, acumulados (04.11.2010), invocados por las sentencias roles N°s 1572/2010, 1598/2010 y 1629/2010, plenamente aplicables a la presente situación, y que sostienen lo siguiente:

*"NOVENO: Que, en opinión de estos sentenciadores, resulta perfectamente posible pronunciar un veredicto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de un precepto legal que, a la fecha de la sentencia respectiva, se encuentre derogado por el legislador, siempre y cuando, como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión pendiente al momento de resolver el asunto;*

*DÉCIMO: Que, en efecto, lo que la Constitución ha exigido en esta materia es que el precepto impugnado resulte aplicable al caso de que se trate, toda vez*

que en su artículo 93, N° 6°, prescribe que es atribución del Tribunal Constitucional el declarar la inaplicabilidad de un precepto legal "cuya **aplicación** en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución", no exigiendo que el mismo se encuentre actualmente vigente. Con ello, el constituyente previó acertadamente la hipótesis de la ultraactividad de una disposición derogada, es decir, de aquellas normas que si bien no rigen respecto de situaciones fácticas que acontezcan en la actualidad, sí regían en el momento en que ocurrieron los hechos que se juzgan. Así, por lo demás, lo ha estimado esta propia Magistratura en sentencia Rol N° 728-2007;

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

15. Que a lo anterior cabe agregar que la norma impugnada, si bien se encuentra derogada, tiene cierta ultraactividad, en la medida que el artículo 2° de la Ley N° 20.015 establece que las tablas de factores vigentes a esa fecha, siguen en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo o contrate un plan de salud

distinto. En todo lo demás, el contrato antiguo debe sujetarse a la nueva normativa y sus estándares.

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

### **3. PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DE ESTE TRIBUNAL.**

16. Que, por otra parte, esta Magistratura ya tiene elaborada toda una doctrina constitucional en materia de tabla de factores, que es el asunto que regula el precepto legal cuestionado. Esta doctrina es fruto de cuatro recursos de inaplicabilidad (roles N°s 976, 26.06.2008; 1208, 07.07.2009; 1287, 08.09.2009; 1348, 27.04.2010) y una sentencia de inconstitucionalidad (Rol N° 1710, 06.08.2010). Además, se ha expresado ya en sus pronunciamientos de roles N°s 1572/2010, 1598/2010, 1629/2010, 1765/2011, 1766/2011, 1784/2011, 1806/2011, 1807/2011, que se refieren exactamente a la misma materia que el presente requerimiento.

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

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

### **III. LA NORMA IMPUGNADA.**

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

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

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

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

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

19. Que la limitación a la facultad de las Isapres para modificar las condiciones del contrato en su renovación anual (por lo que se refiere a la observancia de la tabla de factores), consiste en que el nuevo valor que cobre debe mantener *“la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigente en la institución para el plan en que actualmente se encuentre.”*

De este modo, en primer lugar, se introduce una cláusula de reajustabilidad determinada en base a dos elementos: el sexo y la edad. A estos dos factores se les asigna un valor y se les proyecta en el tiempo, por tramos de edad, a partir de la fecha en que se celebra el contrato. Dichos factores son multiplicados por el precio base que la Isapre tenga para sus distintos planes.

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

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

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

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

Esta Magistratura tiene como primera objeción medular a la norma impugnada, el que deslegalice un asunto que debió abordar, valga la redundancia, el

legislador, infringiendo con ello el deber preferente del Estado de proteger la salud de la población;

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

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

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

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

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

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

**22.**Que resulta relevante para este análisis determinar si efectivamente la norma impugnada ha establecido en la ley la “forma” y “condiciones” en que

el Estado debe cumplir su deber preferente de garantizar la ejecución de las acciones de salud;

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

23. Que, para ello, es necesario examinar la evolución de la regulación de la tabla de factores;

24. Que la norma impugnada tiene otras que la precedieron. Dicha evolución ha sido resumida en la sentencia de esta Magistratura, Rol N° 1348, y reiterada en las sentencias roles N°s 1572/2010, 1598/2010, 1629/2010, 1765/2011, 1766/2011, 1784/2011, 1806/2011, 1807/2011.

La primera norma es la contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1981, del Ministerio de Salud (publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1981). Dicho precepto estableció, en su artículo 14, en lo que aquí interesa, que los trabajadores debían suscribir “un contrato” con una Isapre que **elijan**, en el que las *“partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud”*.

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

*plan, las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”.*

La tercera norma fue la modificación que introdujo la Ley N° 18.959, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 1990, esto es, con anterioridad a la fecha de publicación de la normativa que dispuso modificar, y que sustituyó la expresión *“las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”* por la frase *“las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado”* como condición para la adecuación anual de los precios de los contratos de salud. *“De esta manera, esta nueva legislación reemplazó la edad por el estado de salud del afiliado como condición o factor excluido de la revisión del precio de los contratos de salud previsional, formulación que se repetirá en la nueva modificación de la legislación que comentamos, aprobada por la Ley N° 18.964, publicada en el Diario Oficial unos días más tarde (10 de marzo del año 1990)”.* (STC Rol N° 1348).

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



variar los precios en base a la tabla de factores, que es la normativa que se impugna en estos autos.

El Presidente de la República, en el Mensaje de fecha 16 de marzo de 2011, con que presenta al Congreso un proyecto de ley que "Introduce criterios de razonabilidad y solidaridad en lo que respecta a las tablas de factores y a la determinación del precio base de los contratos de salud", ha descrito las razones que motivaron la Ley N° 19.381:

*"...en los respectivos contratos sólo se consignaba su precio, sin explicitar el instrumento empleado para ponderar el riesgo individual. Luego, los afiliados no conocían de manera cierta los factores utilizados ni cómo éstos variarían en el tiempo. Por ende, dicha situación les impedía tener un adecuado conocimiento de los elementos que constituían el fundamento de las modificaciones de los precios de sus planes."*

*"Una vez que se constató la situación antes descrita, en el año 1995, la ley N° 19.381 modificó la ley N° 18.933, esto es, la Ley de Isapres, incorporando una norma conforme a la cual, no obstante la libertad de las Instituciones para adecuar el precio, el nuevo valor a cobrar al momento de la renovación del plan de salud, debía mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiera sido establecida en el contrato original. Esta disposición -que reconoció implícitamente la existencia de las tablas de factores- tuvo como finalidad ligar la suerte de los cotizantes mayores con la de los más jóvenes, incorporando elementos de solidaridad al sistema.";*

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

Parte de este nuevo texto fue derogado por la sentencia Rol N° 1710, de esta Magistratura, pronunciada el 6 de agosto del año 2010;

26. Que, como se observa, el régimen aplicable en la materia fue progresivamente evolucionando para limitar la libertad contractual. En efecto, en el primer texto, no hay condición alguna que limite dicha libertad. En el segundo precepto, aparecen la no discriminación y la no consideración de la edad del afiliado. En la tercera, se reemplaza la no consideración de la edad por la no consideración del estado de salud del afiliado. En la cuarta norma -la impugnada-, aparece la denominada tabla de factores pactada. Y, finalmente, en la norma que la sucedió, surge la tabla de factores cuya estructura es establecida por la autoridad administrativa, pero señalándose que las Isapres son libres para determinar los factores que la componen. Recordemos que esta última tabla de factores fue la que este Tribunal, en algunos de sus elementos, luego de tres inaplicabilidades previas, declaró contraria a la Constitución, en la sentencia Rol N° 1710;

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

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

Esta reforma estableció que la tabla de factores fuera definida por el legislador (artículo 170, letra n),

D.F.L. N° 1, Salud, 2005); se le fijaran límites (no podía sufrir variaciones en tanto la persona permaneciera adscrita a un plan -artículo 170, letra n)-; cada plan de salud sólo podría tener incorporada una tabla de factores - artículo 199, inciso quinto-; y las Isapres no podrían establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes que comercialicen - artículo 199, inciso sexto-; dicha tabla influía decisivamente en el precio final del plan, pues, de un lado, este se obtenía multiplicando el precio base (que las Isapres tienen libertad para definir, con ciertas restricciones - artículos 170, letra, m) y 198) por el respectivo factor que corresponde al afiliado o beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores (artículos 170, letra m), y 199, inciso primero) y, del otro, porque la Isapre está obligada a aplicar, de acuerdo con la tabla, el aumento o la reducción del factor que corresponda al beneficiario (artículo 199, inciso final). Con ello, se producía un doble ajuste al precio: el que provenía de la modificación del precio base (artículo 198) y el que provenía de la aplicación de la tabla de factores (artículo 199);

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

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

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

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

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

Del mismo modo, en su Mensaje de fecha 16 de marzo de 2011, el Presidente de la República ha ratificado e insistido en sus razones:

En él sostiene, que antes de 2005, la Superintendencia de Salud *"pudo constatar la existencia de múltiples tablas en las distintas Isapres, situación que generaba asimetrías de información que afectaban la transparencia del sistema, por cuanto dificultaba que los cotizantes pudieran efectuar comparaciones entre los distintos planes de salud"* (página 3).

Más adelante precisa que *"es del caso destacar que con anterioridad al año 2005 las Isapres eran libres para adecuar los precios base de los planes de salud. Luego, sólo a partir de la modificación introducida por la ley N° 20.015, se incorporaron las normas que regulan la forma en que dichas entidades pueden modificar los precios base para efectos de las adecuaciones contractuales, disposiciones aún vigentes. Como se desprende de lo expuesto precedentemente, el propósito de las modificaciones legales promulgadas durante el año 2005, fue establecer un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida de los beneficiarios, conocido y aceptado por el afiliado al momento de suscribir el contrato, que permaneciera invariable en tanto el cotizante estuviera adscrito al mismo plan."* (páginas 4 y 5);

**29.**Que las mismas constataciones realizó la Isapre recurrida en el procedimiento de inconstitucionalidad autos Rol N° 1710. A fojas 115 y siguientes del respectivo expediente, rola el escrito presentado por las Isapres Banmédica y Vida Tres. En el mismo, ésta sostiene lo siguiente:

*"Antes de la entrada en vigencia del artículo 38 ter, el mercado adolecía de graves imperfecciones, que evidentemente perjudicaban a todos los agentes que intervenían y participaban del mismo. A esa época, y dada la normativa que regía, proliferaba la oferta de una infinidad de planes y tablas, que cada una de las Isapres elaboraba por sí, prácticamente sin limitaciones... El artículo 38 ter fue justamente propuesto como una solución a ese problema, ya se insertó dentro de un proyecto de ley - más amplio - que perseguía, entre otros, el objetivo de 'limitar alzas de precios', de uniformar la oferta y de transparentar el sistema... Es decir, la situación existente antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.015 era claramente más perjudicial que la existente hoy en día, tanto para Isapres como para afiliados." (Fojas 134-136);*

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

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

*Esta discriminación de precios, que se manifiesta, además, en la generación de planes de salud de baja cobertura -problema abordado en el proyecto de ley que sancionará al Régimen de Garantías de Salud-, no*

*obedece a criterios conocidos por la población, ni existe, a su respecto, posibilidades de control ni sanción.*

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

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

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

*La multiplicidad de aranceles no sólo dificulta considerablemente su conocimiento y comprensión por parte de los usuarios sino, además, el ejercicio de las funciones de supervigilancia y control de la Superintendencia";*

**31.**Que, como se observa, las críticas al precepto impugnado tenían que ver con discriminación, desigualdad, exceso de libertad, confusión en los afiliados por multiplicidad de planes, aranceles y reajustabilidad.

Dichas críticas desembocaron en el cambio legislativo del año 2005. Éste, entre otras cosas, avanzó en la regulación de la tabla de factores. Pero no fue suficiente desde el punto de vista constitucional. Ello se expresa en las inaplicabilidades que esta Magistratura acogió durante los años 2009 y 2010 y en la declaración de inconstitucionalidad de 4 numerales del inciso tercero del artículo 199 de la Ley de Isapres.

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

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

**32.**Que en la sentencia de inconstitucionalidad recién aludida, este Tribunal estableció una serie de elementos necesarios de considerar al momento de resolver la presente inaplicabilidad. Conforme a estos estándares se ha enjuiciado la constitucionalidad del precepto ahora impugnado en otros casos de inaplicabilidad (roles N°s 1572/2010, 1598/2010 y 1629/2010, 1765/2011, 1766/2011, 1784/2011, 1806/2011 y 1807/2011);

##### **a) La tabla de factores.**

**33.**Que, en primer lugar, esta Magistratura, en todas las sentencias previas en que se ha pronunciado sobre la tabla de factores, ha definido una doctrina en la materia. Esta consiste en una serie de restricciones que dicho mecanismo debe respetar;



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

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

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

Finalmente, no puede generar tratos desiguales (STC Rol N° 1710, considerando 148° y 155°) ni considerar

factores inherentes a la condición humana (STC Rol N° 1710, considerando 155°);

**b) La naturaleza de los contratos de salud.**

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

El involucramiento de esta Magistratura en la ponderación de un contrato, obedece a que el contrato de salud envuelve elementos regulados en la Constitución, como no sucede con otros contratos. El constituyente quiso consagrar ciertos elementos de dicho acuerdo de voluntades, dado el impacto que éste tiene en la vida de las personas. Dichos elementos 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°).

36. Que, consecuente con lo anterior, primeramente, este Tribunal ha caracterizado el contrato de salud previsional en base a tres factores. Desde luego, ha señalado que el contrato de salud es un contrato de tracto sucesivo. En efecto, este Tribunal ha establecido que *“el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante”* (STC Rol N°

1710, considerando 170°). De hecho, de acuerdo al Tribunal, *“ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato”* (ídem);

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

**38.**Que, a continuación, este Tribunal ha establecido que el contrato de salud no es un contrato como cualquier otro propio del derecho común. En efecto, ha indicado al respecto que esta relación contractual *“no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad”* (STC Rol N° 1710, considerando 154°). En el mismo sentido, el Tribunal ha indicado que el contrato de salud posee la naturaleza de *“institución de seguridad social, y no de contrato de seguro privado”* (STC Rol N° 1287, considerando 67°; STC Rol 1218, considerando 62°);

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

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema quien ha reiterado la interpretación de esta Magistratura en esta materia. Ante todo, ha sostenido que el contrato de salud no está gobernado completamente por el principio de autonomía de la voluntad, al afirmar que: *"En consecuencia, la interpretación de los pactos celebrados entre los cotizantes y las instituciones de salud previsional no puede regirse únicamente por los criterios que para ese fin dispone el derecho común, ya que no se trata de una relación nacida de una plena autonomía privada. Para tales efectos debe considerarse, también, la vigencia de las facultades de ejercicio que han sido otorgadas a las Isapres conforme al criterio evolutivo de la legislación que regula la actividad de dichas instituciones a la luz de los señalados principios y parámetros contenidos en la Carta Fundamental."* (SCS rol N° 8837-2010, considerando 7°. En el mismo sentido SCS rol 566-2011, considerando 10°). Enseguida, la Corte ha afirmado que se trata de un contrato de orden público y de tracto sucesivo *"El inciso 5° del artículo 38 de la Ley 18.933, vigente a la época de celebración del contrato de salud, autorizó el pacto relativo a la tabla de factores que contiene el plan de salud, pero dicha disposición no se puede invocar para el ejercicio de la facultad que ha ejercido la Isapre, ya que por su naturaleza el contrato de salud, además de contener*

*elementos de orden público, es de tracto sucesivo y no de ejecución instantánea. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones en beneficio de la Isapre, en un marco de razonabilidad y proporcionalidad. Con mayor razón entonces deben admitirse si varía el marco jurídico aplicable, nada menos que por una declaración de inaplicabilidad" (SCS rol N° 8837-2010, considerando 10°. En el mismo sentido, SCS rol N° 566-2011, considerando 11° y SCS rol N° 9044-2010, considerando 6°);*

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

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

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

**42.**Que el tercer estándar que fijó la sentencia Rol N° 1710, es que si bien no estamos frente a un caso de reserva absoluta de ley, pues sólo las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social (artículo 63 N° 4°) pertenecen al dominio legal del derecho a la protección de la salud, el Estado no puede renunciar a que se fijen en la normativa legal la forma y condiciones en que la ley determine el cumplimiento del deber preferente del Estado para garantizar la ejecución de las acciones de salud (artículo 19 N° 9°);

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

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

**45.**Que como se dijo en el considerando anterior, no es posible que la determinación de esos rangos sea al mismo tiempo materia de reserva legal y una materia que

puede ser regulada, con la misma densidad, por la autoridad administrativa, ni por las partes en un contrato de orden público;

#### **5. El reproche de constitucionalidad.**

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

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

48. Que, en efecto, resulta que si la regulación posterior a la Ley N° 20.015 es contraria a la Constitución, con mayor razón lo es la regulación previa -que en esta sentencia se enjuicia-, pues ésta apenas fija los contornos de la "libertad" de la Isapre para establecer el precio del plan y su reajustabilidad vía tabla de factores. Recordemos que ahí se centraba la crítica de las autoridades al sistema diseñado por la norma que se impugna. Esta escasez regulatoria ha permitido que las tablas de factores que contempla el

presente contrato permitan que al cumplir los 72 años de edad, una persona deba aumentar de forma irrazonable el valor de sus cotizaciones para mantenerse suscrita al mismo plan, tal como se verá en un instante;

**49.**Que, a mayor abundamiento, cabe recordar que este Tribunal ya ha consignado que *"toda facultad que por ley se otorgue a las Isapres de fijar, libre o discrecionalmente, un factor para incorporarlo a dichas contrataciones, debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales"* (STC Rol N° 1287, considerando 62°, en el mismo sentido STC Rol N° 976, considerando 57°). En ese contexto, resulta evidente que si se ha estimado desproporcionada y carente de razonabilidad la norma que entregaba amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración, ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como ya constató esta Magistratura (STC Rol N° 1710, considerando 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 (STC roles 1572/2010, 1598/2010, 1629/2010, 1765/2011, 1766/2011, 1784/2011, 1806/2011 y 1807/2011);

**50.**Que, en el presente caso, el deber del Estado que se viene analizando se incumple palmariamente, pues se entrega a la voluntad de las partes determinar un elemento esencial de un contrato de orden público, como lo es la reajustabilidad del precio del Plan. El hecho de que exista un deber preferente el Estado en esta materia, exige una regulación legal al menos de los elementos básicos del contrato de salud. Ni siquiera este



estándar mínimo es cumplido por la norma impugnada. Ya hemos visto cómo en la presente causa, esta falta de regulación legal permite un aumento drástico del precio del contrato (de más de un 75% y que es insensible a la edad de de la cónyuge del requirente (72 años) que la transforma en un sujeto especialmente vulnerable;

**51.**Que, en segundo lugar, este Tribunal también ha señalado que en el inciso cuarto del numeral 9° de su artículo 19, la Constitución faculta a la ley para establecer “cotizaciones obligatorias”, las que son administradas por “instituciones públicas o privadas”. De esta forma, se les asegura a las Isapres un ingreso constante. Frente a esa regla, el legislador se encuentra obligado a ponderar la obligación del trabajador (afiliado-cotizante) de pagar tales cotizaciones obligatorias y, al mismo tiempo, propender al cumplimiento del deber de asegurar la “protección de la salud”, previsto en el inciso primero de la misma disposición constitucional, que se traduce en que el derecho sea posible y efectivo de uso y goce. No obstante, este Tribunal ha estimado que el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en el artículo 199 introducido por la Ley N° 20.015 generaba un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige (STC Rol N° 1710, considerando 156°). Este desequilibrio es aún mayor si se deja a la autonomía privada -no a la ley y ni siquiera a la Administración- la fijación del mecanismo de reajustabilidad del contrato (STC roles 1572/2010, 1598/2010, 1629/2010, 1765/2011, 1766/2011, 1784/2011, 1806/2011 y 1807/2011);

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior ocurre toda vez que, de forma incluso más patente que respecto del artículo 38 ter (STC Rol N° 1710, considerando 159°), pues en el caso del precepto que se examina no se establece ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social (STC roles N°s 1572/2010, 1598/2010, 1629/2010, 1765/2011, 1766/2011, 1784/2011, 1806/2011 y 1807/2011). El régimen que establece tiene considerables vacíos e insuficiencias que buscaron corregirse a través de la Ley N° 20.015; entre otros, disminuir la libertad de las Isapres y la discriminación que se producía. Pero dichas

insuficiencias y vacíos, descritas en otra parte de esta sentencia, incluso por el mismo Presidente de la República, vulneran el propósito esencial del artículo 19, N° 18°, constitucional, que es, como ya se indicó, garantizar el acceso a las prestaciones. Como ha dicho esta Magistratura: *“La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal”* (Héctor Humeres Noguera: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, Tomo III, p.23);

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

En este caso concreto, como ya se ha señalado, la variación del precio del plan ha sido de aproximadamente un 75% en el caso del requirente, lo que significa una alteración relevante del precio del plan, especialmente considerando que la cónyuge del requirente es una mujer de 72 años de edad al momento de dictarse esta sentencia, y que la cotización estándar del sistema es del 7%, pudiendo pactarse una mayor; pero no una que termine

siendo un porcentaje muchísimo mayor de los ingresos de una persona de esa edad que se ha multiplicado en pocos años.

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

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

En efecto, en primer lugar, no hay una proporcionalidad del reajuste ofrecido por la Isapre. Considérese, por de pronto, que cuando el requirente de estos autos suscribió su contrato de salud, pagaba 5.38 UF, en el año 1994. Dieciséis años después, su mismo plan tiene un costo de 12.4 UF. Es decir, más del doble. Partió pagando, en dinero de hoy, casi 110 mil pesos y termina pagando 270 mil pesos. En julio de 2002, cuando se ingresó al Congreso el Mensaje del Ejecutivo que se tradujo en la Ley N° 20.015, se afirmaba *“que la cotización promedio mensual devengada del sistema alcanza aproximadamente a \$44.300, lo que representa, en promedio, un 9,2% de la renta imponible de los afiliados”*. Eso es un porcentaje considerable para los ingresos del requirente. Además, cuando la Constitución permite al legislador establecer cotizaciones obligatorias, está pensando en porcentajes razonables. Por ejemplo, el 7% o, en su caso, el tope de 60 UF de remuneración imponible para jubilación respecto de las personas que tienen más altos ingresos. La idea es que no

se destinen porcentajes desmesurados o exorbitantes a la seguridad social. Si bien la ley de Isapres permite que se pueda pactar un precio mayor por cotización de salud (artículo 170, letra h)), éste no puede empujarse mucho más allá de ese porcentaje mínimo de la cotización obligatoria. La cotización obligatoria no puede implicar una confiscación de renta. Finalmente, hay que considerar que el precio del plan ya tiene un reajuste automático, pues se expresa en unidades de fomento;

**59.**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, cada cinco años, a partir de los 60, el factor crece a una tasa de al menos 50%, llegando a 0.94 a la edad del requirente. En cambio, en tramos anteriores, incluso, disminuye después de los 35 años hasta cumplir 54, en que comienza a subir exponencialmente.

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

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

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

Por una parte, porque estamos frente a un verdadero contrato de adhesión. El beneficiario no tiene prácticamente alternativas frente a la oferta que le formula su entidad de salud, pues acepta, rechaza o

solicita un nuevo plan. En los hechos, se impone la voluntad de la Isapre.

Por la otra, la renovación se convierte en dramática. Desde luego, porque o paga más por su plan o rebaja sus prestaciones. El cambio de Isapre, para un matrimonio de más de 70 años, con preexistencias y carencias, es casi inviable. Enseguida, el alza de su precio no va asociada a más beneficios, sino a aquellos que estaba recibiendo y que el beneficiario considera adecuados. Además, no es la última alza que va a sufrir a su plan. Asimismo, dicha alza es independiente de si usa o no las prestaciones a que le da derecho su plan. Finalmente, la renovación de su contrato puede ir asociada a cambios sustantivos, pues la Isapre, junto con el reajuste resultante de la aplicación de la tabla de factores, puede adecuar "precios, prestaciones convenidas y la naturaleza y el monto de sus beneficios" (artículo 38, inciso tercero). Así las cosas, la permanencia del beneficiario en su plan o incluso, en el régimen privado de salud puede significar un elevado costo que sea inviable para el común de las personas, como el requirente de autos. Como se dijo en el Mensaje del Ejecutivo de 2002, que dio origen a la Ley N° 20.015, buscando superar las distorsiones que la norma impugnada generaba: *"Siendo esencial la voluntad del cotizante para la ponderación y aceptación o rechazo de la adecuación propuesta, existen situaciones en que dicha voluntad se ve severamente afectada por razones de edad, o por la existencia de antecedentes de salud suyos o de algunos de sus beneficiarios. En efecto, dichos antecedentes pueden llegar a impedir o restringir la posibilidad de contratar con otra institución de salud previsional, viéndose forzado el cotizante a aceptar tal adecuación para no ser*

*expulsado del sistema privado de salud. Lo señalado anteriormente configura una situación de "cautividad" al interior de la Isapre a que se está afiliado."*

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

**61.**Que, finalmente, el precepto objetado tampoco pasa el estándar de no discriminación. Por de pronto, porque se construye el mecanismo en base a elementos inherentes a la naturaleza humana, como la edad y el sexo. En el caso de el requirente, el mecanismo implica que entre más edad tenga, más caro será su plan. Recordemos que la norma original en materia de contratos de salud, es decir, la Ley N° 18.933, prohibía la consideración de la edad del afiliado al momento de la renovación del contrato. Esta prohibición fue suprimida por la Ley N° 18.959 (artículo 27) antes que entrara en vigencia la mencionada disposición (la Ley N° 18.933 entró en vigencia 90 días después del 9 de marzo de 1990), que reemplazó la no consideración de la edad por la no consideración del estado de salud del afiliado. El legislador original se percataba del peligro de discriminación que implicaba la edad. Incluso más, para precaver eventuales impugnaciones, la Ley N° 19.381 estableció expresamente que no era discriminación



considerar la relación de precios por sexo y edad. Y la norma impugnada, como se consignó, buscaba avanzar en la protección de los adultos mayores, no darla plenamente.

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

Enseguida, el sistema implica potenciar una discriminación en materia de seguridad social, no sólo en base a edad, sino también en base a ingresos, pues entre más altos sean los ingresos de una persona, está en mejores condiciones de financiar prestaciones de salud de mejor nivel, en circunstancias que éstas deben tender hacia ser “básicas” -que no es mínimo, sino cubierto todo lo esencial- y “uniformes” - no abiertas y groseramente desiguales- (artículo 19 N° 18°). Si el requirente tuviera ingresos suficientes para desembolsar 270 mil pesos mensuales, que le significa su plan, no tendría problema. Pero está reclamando justamente por esa desproporción del precio en relación a sus ingresos;

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

Habiéndose acogido el requerimiento por los argumentos señalados, y como es doctrina de esta

Magistratura, no se emitirá pronunciamiento respecto de la supuesta infracción de las demás disposiciones constitucionales alegadas (artículo 19 N° 2°).

**Y TENIENDO PRESENTE** lo dispuesto en los artículos 19, números 9° y 18°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, 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. EN LO DEMÁS, SE RECHAZA, SIN COSTAS, EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO. SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, DEBIENDO OFICIARSE AL EFECTO AL TRIBUNAL ARBITRAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.**

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

**La Ministra señora Marisol Peña Torres** previene que concurre a lo resuelto sin compartir lo afirmado en el segundo párrafo del considerando sexagesimosegundo de esta sentencia, pues, como lo ha señalado, reiteradamente, en diversos votos particulares (roles N°s. 747, 774, 808, 1598, 1629, 1636, 1785 y 1808, entre otros), es de opinión que, atendida la naturaleza y finalidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre todas las eventuales infracciones a la Constitución planteadas por el requirente, pues dicha interpretación es la única compatible con la defensa integral de la supremacía constitucional que esta acción conlleva.

**El Ministro señor Enrique Navarro Beltrán** previene que concurre a lo resuelto únicamente en atención a lo señalado en los considerandos 20°, 22°, 42° y 43°, habida cuenta de que el legislador no precisó suficientemente en el aludido artículo 38, inciso quinto, que se impugna, la forma de fijación de la tabla de factores, según criterios de edad y sexo, la que por sí misma no es contraria a la Carta Fundamental, como lo ha señalado esta misma Magistratura. De este modo, se incumple así el mandato delegado al legislador de establecer la forma y condiciones en que el Estado debe garantizar adecuadamente la ejecución de las acciones de salud, sea que éstas se presten a través de instituciones públicas o privadas, en el marco del principio de subsidiariedad. No corresponde, sin embargo, a través de esta vía procesal constitucional pronunciarse acerca de los aumentos en los valores de los planes de salud que ha sufrido el requirente, todo lo cual es materia propia de la acción de protección, tal como lo ha señalado reiteradamente

este previniente (Rol N° 1710), puesto que la ponderación de los hechos litigiosos de las gestiones respectivas corresponde a los jueces de fondo de la instancia (roles 1130/2008, 1210/2008, 1266/2008 y 1324/2009). Finalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no resultan idóneas para declarar la inconstitucionalidad de los contratos suscritos, lo que deberá impugnarse a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico.

**El Ministro señor Iván Aróstica Maldonado** previene que concurre a la sentencia, en virtud única y exclusivamente de lo expresado en los considerandos 27° al 30°, en relación al artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, de la Constitución. Tiene presente para ello que, en su oportunidad, la norma legal impugnada no hizo exigible la obligación del Estado de facilitar el acceso de los afiliados más riesgosos afectados por su aplicación, a las correspondientes acciones de salud que brindan las Isapres, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

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

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol 1745-10-INA.**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney e Iván Aróstica Maldonado. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.