

Santiago, dos de mayo de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 17 de noviembre de 2010, la señora Sheila Hasbún Bernier y, con fecha 15 de junio de 2011, don Julio Francisco Javier Fuenzalida Asmussen han solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso tercero del artículo 38 y del artículo 38 bis, ambos de la Ley N° 18.933, en los autos roles N°s 7096-2010 y 5899-2011, respectivamente, sobre sendos recursos de protección interpuestos ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Isapre Colmena Golden Cross S.A., en los cuales los requirentes son partes demandantes.

Los preceptos legales cuya aplicación se impugna disponen:

- Inciso tercero del artículo 38 (actual artículo 197 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud):

“Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario. Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan. La infracción a esta disposición dará lugar a que el contrato se entienda vigente en las mismas condiciones generales, sin perjuicio de las demás sanciones que se puedan aplicar. La adecuación propuesta deberá ser comunicada al afectado mediante carta certificada

expedida con, a lo menos, tres meses de anticipación al vencimiento del período. En tales circunstancias, el afiliado podrá aceptar el contrato con la adecuación de precio propuesta por la Institución de Salud Previsional; en el evento de que nada diga, se entenderá que acepta la propuesta de la Institución. En la misma oportunidad y forma en que se comuniquen la adecuación, la Institución de Salud Previsional deberá ofrecer uno o más planes alternativos cuyo precio base sea equivalente al vigente, a menos que se trate del precio del plan mínimo que ella ofrezca; se deberán ofrecer idénticas alternativas a todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua, los que, en caso de rechazar la adecuación, podrán aceptar alguno de los planes alternativos que se les ofrezcan o bien desafiliarse de la Institución de Salud Previsional. Sólo podrán ofrecerse planes que estén disponibles para todos los afiliados y el precio deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes.”

- Artículo 38 bis (actual artículo 198 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud):

“Artículo 198.- La libertad de las Instituciones de Salud Previsional para cambiar los precios base de los planes de salud en los términos del inciso tercero del artículo 197 de esta Ley, se sujetará a las siguientes reglas:

1.- Antes del 31 de marzo de cada año, las ISAPRES deberán informar a la Superintendencia el precio base, expresado en unidades de fomento, de cada uno de los planes de salud que se encuentren vigentes al mes de enero del año en curso y sus respectivas carteras a esa fecha.

Para expresar en unidades de fomento los precios base de los planes de salud que se encuentren establecidos en moneda de curso legal, las Instituciones de Salud Previsional utilizarán el valor que dicha unidad monetaria tenga al 31 de diciembre del año anterior.

2.- En dicha oportunidad, también deberán informar la variación que experimentará el precio base de todos y cada uno de los contratos cuya anualidad se cumpla entre los meses de julio del año en curso y junio del año siguiente. Dichas variaciones no podrán ser superiores a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios base informadas por la respectiva Institución de Salud Previsional, ni inferiores a 0,7 veces dicho promedio.

El promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precio base se calculará sumando las variaciones de precio de cada uno de los planes cuya anualidad se cumpla en los meses señalados en el párrafo anterior, ponderadas por el porcentaje de participación de su cartera respectiva en la suma total de beneficiarios de estos contratos. En ambos casos, se considerará la cartera vigente al mes de enero del año en curso.

3.- Asimismo, la variación anual de los precios base de los planes creados entre febrero y junio del año en curso, ambos meses inclusive, deberá ajustarse a la regla indicada en el párrafo primero del numeral 2 precedente, al cumplirse la anualidad respectiva.

4.- La Institución de Salud Previsional podrá optar por no ajustar los precios base de aquellos planes de salud en donde el límite inferior de la variación, a que alude el numeral 2, es igual o inferior a 2%. Dicha opción deberá ser comunicada a la Superintendencia en la misma oportunidad a que alude el numeral 1 de este artículo.

5.- *En ningún caso las ISAPRES podrán ofrecer rebajas o disminuciones respecto del precio base del plan de que se trate informado a la Superintendencia, a los afiliados vigentes o a los nuevos contratantes de ese plan.*

6.- *Se prohíbe ofrecer o pactar planes alternativos con menos de un año de comercialización o que, cumpliendo con la vigencia indicada, no tengan personas adscritas, a los afiliados o beneficiarios cuya anualidad se cumpla en el período indicado en el numeral 2. La misma prohibición se aplicará cuando se ponga término al contrato y la persona se afilie nuevamente en la misma Institución de Salud Previsional.*

Corresponderá a la Superintendencia fiscalizar el cumplimiento de esta norma, pudiendo dejar sin efecto alzas de precios que no se ajusten a lo señalado precedentemente, sin perjuicio de aplicar las sanciones que estime pertinentes, todo lo cual será informado al público en general, mediante publicaciones en diarios de circulación nacional, medios electrónicos u otros que se determine.

Lo señalado en los incisos precedentes no será aplicable a los contratos de salud previsional cuyo precio se encuentre expresado en un porcentaje equivalente a la cotización legal.”.

Señala la requirente Sheila Hasbún que, en diciembre de 1995, a los 24 años de edad, suscribió un contrato de salud con Isapre Colmena Golden Cross S.A., referido al plan MASTER 2000, con un precio de 4,2 Unidades de Fomento mensuales, que se descomponía en 1,82 unidades de fomento de precio base y un factor de riesgo de 2,3.

Agrega que en el año 2010, por decimocuarto año, la ISAPRE pretende reajustar el precio base de su plan de salud. Expone que es la octava vez que recurre de protección para dejar sin efecto esa alza y que de no

haber accionado ante la justicia el precio base de su plan, originalmente de 1,82 U.F., hoy sería de 8,24 U.F. Agrega que en razón de la aplicación de los factores de riesgo, si comenzó pagando 4,2 U.F., hoy estaría pagando 16,08.

Señala que la requerida le envió una carta de adecuación del precio de su plan con fecha 30 de septiembre de 2010, por la cual le notifica un alza de 2,436 a 2,53 U.F., lo que, multiplicado por el correspondiente factor de riesgo (1,90), hace subir su plan de 5,05 a 5,24 unidades de fomento. Hace presente que se le ofrece un plan alternativo con un precio similar, con coberturas y beneficios mucho menores.

En cuanto a la justificación del alza, si bien no es un motivo a analizar en esta sede, para ilustrar su desprotección ante la contraparte da cuenta de que se invoca por la Isapre un conjunto de antecedentes de tipo subjetivo, emanados del departamento de estudios de la propia ISAPRE, entre ellos una supuesta variación de precios de las clínicas más caras de Santiago, en circunstancias que los afiliados a las ISAPRES se atienden mayormente en redes de prestadores cerrados o preferentes, muchos de los cuales no alzan o incluso bajan sus precios. Se invoca además un aumento de frecuencia de las prestaciones y el uso de tecnologías quirúrgicas que en realidad llevan más de 10 años en operación, por lo cual su costo ha sido largamente absorbido con reajustes anteriores.

En el proceso Rol N° 2020-10, el requirente tiene 76 años de edad y señala que hace 25 años suscribió un contrato conjuntamente con su cónyuge, de entonces 42 años, con la Isapre Colmena Golden Cross por el plan Premium 2005, cuyo precio base ha llegado a las 3,23 UF, con un factor de riesgo de 6,0, lo que da un valor de 19,38 UF mensuales, más GES y cobertura catastrófica, lo

que arroja un valor total de 20,24 unidades de fomento. Expone que paulatinamente es víctima de una confiscación patrimonial y que se pensionó hace 10 años pagando 171 mil pesos a su ISAPRE, cifra que hoy llega a 433 mil pesos mensuales, por lo que su patrimonio ha bajado un 1,7%. Agrega que durante el año 2001 la ISAPRE consumía el 36% de su pensión y que hoy ese precio es el 99% de su pensión, además de lo cual el año 2003 tuvo que aceptar un plan con coberturas menores.

Señala que hoy la ISAPRE pretende subir el precio de 20,24 a 21,54 unidades de fomento, según consta de la carta de adecuación respectiva.

A continuación, en ambos requerimientos se explican las particularidades de su correspondiente contrato de salud. Exponen que es un contrato de seguro, en el cual el asegurado no tiene certidumbre alguna acerca de cuánto pagará, señalando que el precio mensual es el producto del precio base multiplicado por el factor de riesgo, más GES y CAEC, en circunstancias que lo único conocido con certeza al momento de contratar es la variación futura del factor de riesgo por motivos de edad. El precio base, por otro lado, es determinado libremente por las ISAPRES, al igual que la CAEC, en tanto que las GES varían cada 3 años según la ISAPRE desee, lo que ocurrió recientemente en un 120% con la incorporación de 10 nuevas patologías.

Exponen que después de tantos años se han percatado de que su contrato de salud no opera como mecanismo de aseguramiento de riesgos, ya que no tienen certeza de poder continuar en él hasta la vejez por la constante alza de precios, discrecionalmente determinada por la ISAPRE, todo lo cual es impropio de un contrato de seguro y más aún de un instituto previsional o de seguridad social, lo que además es incoherente con el carácter indefinido que la ley reconoce a este contrato, el cual beneficia sólo a la ISAPRE.

En cuanto a la preceptiva impugnada, exponen que el inciso tercero del artículo 38 permite alzar los precios sin topes ni límite de anualidades, sufriendo constantes alzas sin expresar motivos y sin control de la autoridad. Agregan que las únicas limitaciones a estas prácticas son las que se contienen en el artículo 38 bis impugnado, en cuanto a que el porcentaje de reajuste debe ubicarse dentro de la banda que dicho precepto señala, la que es resultado de la voluntad de la propia ISAPRE.

Ilustran latamente ambos actores la historia de la normativa de salud privada y en ese marco exponen que el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del año 1981 estableció normas sobre el otorgamiento de prestaciones de salud por las Isapres, en conformidad al artículo 84 del Decreto Ley N° 3500. Así, se estableció en principio que los contratos de salud serían anuales y que las propias Isapres determinarían el precio para la anualidad siguiente, tras lo cual se producía una migración de afiliados entre estas instituciones, a la cual se puso fin en 1990, con la dictación de la Ley N° 18.933, que en su artículo 38 estableció el carácter indefinido de estos contratos, habilitó al afiliado a desahuciar el contrato tras cumplir un año y mantuvo la facultad de variar el precio y las prestaciones anualmente, siempre que no se discriminara entre los afiliados a un mismo plan, en una reforma que finalmente resultó muy conveniente para las Isapres, a raíz de la cual los afiliados perdieron el único medio de presión que tenían, cual era la migración anual.

La Ley N° 20.015 eliminó la facultad de las ISAPRES de variar el monto de los beneficios y prestaciones, e introdujo el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en lo relativo a la tabla de factores, quedando finalmente los preceptos impugnados con su redacción actual, cuyo significado se liga estrechamente con el artículo 170 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005, del

Ministerio de Salud, en el cual se definen las expresiones "precio base", "tabla de factores" y "cotizante cautivo".

Por otra parte, agregan que en función del artículo 2° de la Ley N° 20.015 su contrato se rige por estas normas.

Tras explicar la fórmula de cálculo del precio y reiterar que su variación depende de antecedentes evaluados por la Isapre e imposibles de comprobar, agregan que se está en presencia de un servicio de utilidad pública, prestado por empresas monopólicas, pero que al contrario de las reglas generales fijan ellas mismas los precios.

Exponen que estos preceptos invierten una tendencia mundial y bicentenaria de protección a la parte más débil del contrato, dando privilegios a la parte poderosa que es la ISAPRE, los cuales no existen para bancos, empresas trasnacionales ni aseguradoras en todo el mundo.

Agregan que cualquiera sea la naturaleza del contrato de salud, llamado previsional, contrataron porque sus riesgos serían asumidos y financiados, con total certeza y seguridad, independiente de los montos en juego, cuestión que es impedida por la vía de la aplicación de los preceptos impugnados, pues es un hecho público y notorio que al envejecer necesitarán más prestaciones, por lo cual, en función de su siniestralidad, se ven enfrentados a aumentos de precios, frente a los cuales o aceptan, o se van de la Isapre o asumen una reducción forzada de beneficios y coberturas, en un proceso de selección de riesgos en el que la ISAPRE siempre gana, y en el cual no han abandonado su plan sólo por su persistencia de accionar ante los tribunales frente a cada alza.

Agregan que a pesar del adjetivo "previsional", este contrato es de dudosa calificación, no es un instituto de seguridad social ni un seguro privado de

salud. Exponen que no existe seguro en el mundo que someta al asegurado a la incertidumbre de alzas discrecionales y unilaterales anualmente, que lo enfrenten a la salida del sistema o a un reajuste disfrazado bajo la forma de rebaja de coberturas, todo lo cual es contrario a la lógica y objetivo de un seguro.

Así, señalan pasar a ser personas de tercera o cuarta categoría, discriminadas por la ISAPRE, que está dotada de irritantes privilegios legislativos, en una inconstitucional relación de subordinación que vulnera su dignidad, su igualdad ante la ley y su derecho a gozar de los beneficios materiales y morales del bien común.

Expresan que por el artículo 38 bis la ISAPRE debe informar anualmente del alza de sus planes, antes del 31 de marzo, y que el margen de incremento debe estar entre 0,7 y 1,3 veces el promedio de variación del precio base de todos los planes. Señalan que si el procedimiento del artículo 38 no existiera, esta norma tampoco existiría, por lo cual la inconstitucionalidad de la primera acarrea la de la segunda. Este mecanismo no sirve al bien común ni protege al débil como suele hacerse en materia de contratos de adhesión, sino todo lo contrario, otorga privilegios a la parte más fuerte y acentúa el desequilibrio entre ambas.

Exponen que no pretenden una congelación de precios, pero aducen que la variación de su factor de edad es suficiente para enfrentar los aumentos de costos, ya que se cuadruplica el precio, para exponer que el reajuste es inmisericorde, agobiante y asfixiante, por lo que no es un seguro, sino la inseguridad y la incertidumbre a medida que se envejece, lo cual ha sido entendido por la ISAPRE MASVIDA, que no ha alzado el precio base de sus planes en 5 años, a lo que en los últimos dos años se agregaron BANMÉDICA, CONSALUD Y VIDA TRES, por lo que sólo Colmena Golden Cross y Cruz Blanca continúan con esta práctica.

Por todo lo expuesto señalan que el sustantivo "contrato" y los adjetivos "de salud" y "previsional" son impropios de este instituto, de dudosa apariencia jurídica.

Por otro lado, afirman que los preceptos impugnados resultan decisivos en la gestión, son la legislación que ampara lo obrado por la ISAPRE y la Corte de Apelaciones no los puede eludir.

A fojas 16 y siguientes del proceso 1856 se expone una síntesis de las alzas que ha sufrido la cotizante, concluyendo que al estar el precio expresado en U.F., se habría obtenido por la ISAPRE una ganancia neta de 224%.

Además, se incluye la tabla de factores del plan y un gráfico del valor promedio de los mismos, además de cálculos de proyecciones de aumentos de precios de planes en función de la edad.

La requirente del proceso 1856 agrega que a los 60 años deberá destinar más de 800 mil pesos mensuales al pago de su Isapre, lo que sería el 64% de su pensión de 1,25 millones de pesos, proporción que jamás se les hubiera ocurrido a los redactores de la norma que establece la cotización de salud en un 7%.

La parte requirente del proceso 2020 expone que paga el 99% de su pensión en Isapre y que de prosperar el reajuste que ahora se le pretende aplicar, el valor de su plan será más alto que el monto de su jubilación.

Reiteran que se está en presencia de un estatuto legal privilegiado para la Isapre, agregando que todas las normas protectoras en contra de las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, contenidas en la Ley de Derechos del Consumidor, no se aplican en la especie según el texto expreso de la misma ley, exponiendo que si esos preceptos fueran invocables en estos casos los privilegios de la Isapre no existirían, pues prohíben las estipulaciones que permitan a una parte modificar o dejar sin efecto a su arbitrio el

cumplimiento de lo pactado, aludiendo de manera expresa a los incrementos unilaterales de precio. Hacen presente en tal sentido que incluso la banca se ha allanado a aplicar estas normas.

Exponen que el desequilibrio aludido se ve acentuado porque existen barreras de entrada al mercado de las Isapres, que explican latamente, por su condición de cotizantes cautivos, que los obliga a aceptar los dictados de la Isapre, y por la asimetría de poder con su contraparte, que los deja sin medios de defensa, por lo cual el contrato pasa a ser un dictado y una fuente de injusticias o un instrumento de explotación, que amerita intervención estatal para restablecer el equilibrio de las partes y proteger al más débil de abusos y lucros indebidos, lo que en su caso no existe, ya que se protege a la parte más poderosa, contrariando a la doctrina autorizada, que citan en abono de su tesis, por lo que consideran que el Estado ha vulnerado su deber constitucional de promover el bien común, no discriminar y respetar la dignidad y derechos de las personas.

Tras hacer suyos los razonamientos de esta Magistratura contenidos en el fallo Rol N° 976 (caso "Peña Wasaff"), en orden a la fuente constitucional del contrato de salud, sus caracteres y el rol del Estado en el mismo, consideran infringidos en ambos casos:

- 1) La igualdad en dignidad y derechos que se ostentan desde el nacimiento, consagrada en el artículo 1° de la Constitución Política de la República.
- 2) La igualdad ante la ley y la interdicción de la discriminación arbitraria del N° 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental.
- 3) El bien común, en la medida que la normativa impugnada sólo sirve a los intereses de la Isapre, en desmedro de los derechos fundamentales del afiliado.

- 4) El derecho de propiedad sobre prestaciones y coberturas contratadas en los años 1995 y 2001, respectivamente, de conformidad al numeral 24° del artículo 19 de la Constitución Política.
- 5) El derecho a la elección del sistema público o privado de salud, de conformidad al artículo 19 N° 9° de la Carta Fundamental.
- 6) El derecho a la integridad física y psíquica, amparado por el artículo 19 N° 1° de la Carta Fundamental.
- 7) El derecho a que la legislación que se va a aplicar en la gestión invocada no vulnere los derechos fundamentales ni la esencia de los mismos, de conformidad al inciso segundo del artículo 5° y al numeral 26° del artículo 19, ambos de la Constitución Política.

Explican que se estaría reconociendo que la Isapre puede imponerles sus actos discrecionales en contra de su voluntad y que sólo la declaración de inaplicabilidad puede restablecer sus derechos, ya que se desconoce su dignidad establecida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Agregan que la dignidad humana es un valor supremo, al cual se refieren latamente a fojas 35 y 36, reconocido como tal por la doctrina y la jurisprudencia de esta Magistratura y de la Corte Constitucional Alemana. Añaden que el Estado es responsable del respeto a este valor y que su vulneración genera responsabilidad internacional. Señalan que se ve vulnerada su dignidad, ya que deberán dejar su Isapre, no podrán ingresar a otra con los mismos beneficios y terminarán en FONASA en condiciones desmedradas, sin otra alternativa que la indigencia, por la ley regulatoria de un contrato que no respeta el bien común ni la igualdad ante la ley, desprotegiendo a la parte más débil y sin

asegurar la igualdad a lo menos formal que el Estado garantiza en todo contrato.

En cuanto a la igualdad ante la ley, se cita el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que inclusive si se dejara sin efecto el alza, será sólo porque no se fundamentó razonable y suficientemente, subsistiendo los preceptos impugnados.

Se señala que la desigualdad no puede ser más irritante, todos los actos de la Isapre se orientan al lucro, para el cual es clave subir los ingresos, mediante al alza de precios entre otras formas. Para el afiliado, en cambio, es fundamental aumentar las coberturas en sus gastos de salud, a pesar de lo cual la Isapre cada año sube los precios o baja las prestaciones, sin que la preceptiva impugnada deje otra alternativa que aceptar lo ofrecido, sin que sea el afiliado el que pueda elegir un plan mejor, derecho que por falta de creatividad el legislador no dispuso y que es coincidente con la negativa de las Isapres a aceptar cambios a planes de mejor cobertura, reiterando que frente a la ley es siempre la Isapre quien gana, ahorrando sus riesgos y coberturas a medida que el afiliado envejece, ya que las alternativas formales no bastan para dar por satisfecho el derecho a la elección de una Isapre y un plan, en la medida que el mismo sea impagable, citando al efecto una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago a fojas 40 del proceso Rol 1856.

Se afirma que el paso al sistema público implica un perjuicio moral y económico, ya que es forzado, vulnera su derecho a la libre elección del sistema, reduce considerablemente las coberturas y finalmente da por resultado que la Isapre hubiera sido muy útil cuando el asegurado no la necesitaba, pero inútil a la edad en que sí se la requiere.

A fojas 41 del proceso Rol N° 1856, se afirma que a lo largo de 15 años la ISAPRE ha pretendido alzas del 173% y proyecta que a los 60 años su plan costaría el 18,1% de su remuneración y a los 70 años el 47,1%, y que en función del alza podría llegar incluso a un 112%, es decir, un precio más alto que sus ingresos, todo lo cual vulnera la garantía del contenido esencial de sus derechos.

Exponen los requirentes que el mecanismo de limitación a las alzas del artículo 38 bis no ha operado, ya que es sólo una banda de precio, que depende de decisiones de la propia Isapre, creada bajo la ingenua creencia de que los planes bajarían, reiterando que se está frente a una injustificada excepción a la Ley de Derechos del Consumidor y a los artículos 1545 y 1809 del Código Civil, precepto este último que impide dejar la fijación del precio al arbitrio de una de las partes, eventualidad que el legislador ha estimado inicua.

Se expone en base a estudios una serie de alternativas en función de las cuales se puede corregir este tipo de distorsiones en la fijación del precio, como la licitación, la apertura a aseguradores externos, fijación de precios e incluso una simulación de una Isapre por parte del Estado, a efectos de resguardar la igualdad de trato que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la doctrina y esta Magistratura, los Estados deben a las personas.

Se señala por los actores que las diferencias de trato por el legislador sólo son admisibles en la medida que sean razonables, proporcionadas y objetivas, según jurisprudencia de este Tribunal y de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos.

Se expone que en este caso la diferencia es gravosa, desproporcionada y que no concuerda con la justicia ni la ética, creando desusados privilegios para la Isapre que hacen presumir su finalidad

discriminatoria, ya que el legislador nunca explicitó sus motivos ni abordó su razonabilidad, que si existieran apuntarían al financiamiento de coberturas, administración y una utilidad razonable, todo lo cual puede lograrse por medio de las otras fórmulas expuestas, que no lesionan al afiliado y son distintas de las establecidas por la preceptiva impugnada, que resultan contrarias al bien común, carentes de objetividad, en un marco en que la Isapre es juez y parte, poniendo al Estado al servicio de las Isapres y no de las personas ni menos del bien común.

Se agrega que esta legislación asimétrica ha sido rodeada de un muro defensivo, impidiéndoles a los usuarios alcanzar su mayor realización material y espiritual posible con pleno respeto a sus derechos.

Por otro lado se invoca el derecho de propiedad incorporal recaído en las prestaciones derivadas del contrato, en la medida que la preceptiva impugnada los compele a perderlas, en violación del principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, obligatorio para el Estado de Chile por imperativo del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, en relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, así como a los pronunciamientos que se invocan a fojas 52 del proceso Rol N° 1856.

Por otro lado, se considera vulnerado el derecho a la protección de la salud, mermado anualmente por el mecanismo de reajuste del precio, haciendo suyo en este sentido lo razonado acerca de este derecho por esta Magistratura en su sentencia Rol N° 976 e invocando sentencias de la Corte Suprema que reconocen que un alza desmedida infringe la libertad de elección al forzar la salida del afiliado, en infracción además de la garantía de respeto al contenido esencial del derecho.

En cuanto a la integridad psíquica, se invoca tanto la norma constitucional como la del Pacto de San José de Costa Rica, agregando que la incertidumbre y la disminución de su cobertura a medida que pasa el tiempo les provoca inseguridad e inestabilidad emocional, en la medida que acarrea su salida de la Isapre por las alzas desmedidas, a lo que se suma que cada vez que la Isapre pretende alzar el precio, tienen sólo 30 días para reclamar, sin poder enfermarse o viajar, por lo que este contrato conlleva una alteración emocional.

Por todo lo anterior se considera además vulnerada la garantía del contenido esencial de los derechos, en relación a aquellos antes invocados, y el deber del Estado de respetarlos y promoverlos, contenido en el artículo 5° de la Carta Fundamental.

A fojas 60 del proceso Rol N° 1856 se acompaña un conjunto de documentos, entre ellos la carta de adecuación referida, y un conjunto de sentencias invocadas en el texto del libelo.

Con fecha 2 de diciembre de 2010, la Primera Sala de este Tribunal acogió a trámite la acción en el proceso Rol N° 1856 y se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad, suspendiéndose la tramitación del proceso de protección invocado.

Con fecha 29 de junio de 2011, la Primera Sala de este Tribunal acogió a trámite la acción en el proceso Rol N° 2020 y se confirió traslado para resolver acerca de la admisibilidad, suspendiéndose la tramitación del proceso de protección invocado.

A fojas 107 del proceso Rol N° 1856, y a fojas 113 del proceso Rol N° 2020, la Isapre requerida contesta el traslado conferido, solicitando la declaración de inadmisibilidad. Expone que el alza es de 2,43 a 2,53 unidades de fomento y de 3,23 a 3,44 unidades de fomento respectivamente, en razón de lo dispuesto en las disposiciones impugnadas. Expone que ninguna de las

normas cuestionadas es materia del proceso de protección, en el cual se señala que se han vulnerado garantías constitucionales porque se eleva el precio del plan sin que existan razones que lo justifiquen, por lo que se pretende que el reajuste del 4% y del 6,4%, respectivamente, es arbitrario, sin cuestionarse su legalidad o constitucionalidad.

Reitera que en el proceso de protección no se discute la constitucionalidad de estos preceptos legales, sino que, aceptándose la legalidad del alza, se cuestiona el método y el monto, por lo que la constitucionalidad de los preceptos impugnados no puede debatirse en esta sede.

Así, la materia debatida es de competencia exclusiva de los jueces del fondo, haciendo presente en el proceso Rol N° 1856 que en el año 1995 la actora pagaba 2 unidades de fomento y hoy paga sólo 2,43 después de 15 años.

Agrega que en la sentencia de inadmisibilidad dictada en el Rol N° 1210 de esta Magistratura, frente a un conflicto similar se resolvió que la materia del proceso era propia de la sede de protección, por lo cual se declaró inadmisibile el requerimiento, idéntico al de este proceso. Acompaña copia del contrato de salud y del libelo de protección de la gestión invocada.

Con fecha 24 de diciembre de 2010, en el proceso Rol N° 1856 la parte requirente solicitó alegatos de admisibilidad, acompañando a fojas 152 una sentencia de protección por la cual se rechaza una acción en contra del alza de precio base y a fojas 158 formula consideraciones de derecho en orden a que no concurre causal de inadmisibilidad alguna, en la medida que la Isapre requerida tiene un errado concepto acerca del juicio de admisibilidad y de la aplicabilidad de los preceptos impugnados, reiterando que los mismos son atingentes a lo debatido en el proceso de protección. Agrega que las Cortes no acogen todas las acciones de

protección en esta materia y que la sentencia de inadmisibilidad Rol N° 1210 no se refiere a un caso igual a éste, pues incide en un caso en que la Isapre invocó grandes reajustes de prestaciones clínicas y en el cual se ofreció un plan alternativo con un precio base que no era equivalente, agregando que hubo un voto en contra del entonces Ministro señor Mario Fernández. Finalmente acompaña el informe de la recurrida en el proceso de protección en que incide el libelo.

A fojas 184 del proceso Rol N° 1856, con fecha 6 de enero de 2011, se declaró admisible el requerimiento y con posterioridad se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Con fecha 20 de julio de 2011 se declaró la admisibilidad del requerimiento Rol N° 2020.

A fojas 197 del proceso Rol N° 1856, la requerida solicita tener presente lo expuesto acerca de la admisibilidad y en subsidio formula observaciones acerca del fondo de la materia debatida.

Da cuenta de que con anterioridad a la Ley N° 20.015 las Isapres tenían amplias facultades para reajustar el precio de los planes, con el límite de respetar las condiciones particulares y la no discriminación entre los afiliados al mismo plan, por lo cual a planes más costosos se les podía alzar el precio aún más que ahora, con aumentos menores o nulos a otros. Para limitar esa facultad y reglarla, la Ley N° 20.015 introdujo la normativa cuestionada, producto de la cual las Isapres ya no pueden tomar la decisión de no subir el precio base, al estar obligadas a comunicar el alza a la Superintendencia, según se señala a fojas 103, toda vez que el alza no puede ser inferior a 0,7 veces el promedio que se ha señalado, a menos que se trate de la excepción del actual artículo 38 bis N° 4, es decir, que se trate de ajustes iguales o inferiores al 2% del precio vigente del plan de que se trate.

Agrega que esta regulación del alza fue explicada por la Superintendencia de Salud por medio de la circular IF/Nº 14, de 3 de febrero de 2006, y posteriormente por la IF/Nº 112, de 28 de enero de 2010, que se acompañan al proceso. Señala que en este último documento consta que esta reglamentación del alza tiene por objeto vincular el porcentaje de variación del precio de cada plan con el promedio ponderado de las variaciones de todos ellos en un mismo período, para eliminar la dispersión de alzas en una misma Isapre y mejorar la solidaridad entre sus beneficiarios.

Es decir, el legislador considera que no hay solidaridad sin esta normativa, pues ello implicaría que aquellos a quienes les suben el precio financian a quienes no sufren alzas.

Como resguardo frente a eventuales arbitrariedades, el artículo 38 bis dispuso en sus números 1 y 2 una obligación de informar antes del 31 de marzo de cada año los planes vigentes, sus carteras y sus precios en UF, así como las variaciones que los mismos sufrirán cuando se cumpla la anualidad entre los meses de julio del año en curso y junio del año siguiente. Es decir, las variaciones de precio base deben ser calculadas e informadas antes a la autoridad, que revisará la justificación, corrección y legalidad de las mismas, al punto que el inciso segundo del Nº 6 del referido artículo 38 bis habilita a la Superintendencia a dejarlas sin efecto.

Expone que la Circular Nº 112 estableció cómo se calcula la banda de precio, procedimiento que detalla a fojas 205 y siguientes.

A continuación se refiere a la razonabilidad de las alzas, señalando que radica en hechos absolutamente "evidentes". Señala que en función del artículo 197 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 2005, del Ministerio de Salud, el contrato es indefinido para la Isapre, pero no

para el afiliado, que lo puede desahuciar tras un año de vigencia.

Expone que el gasto en prestaciones de salud ha aumentado, en forma mucho más alta que la unidad de fomento, por factores como la frecuencia de uso de prestaciones, más subsidios por incapacidad laboral y otros, lo que obliga a las Isapres a ajustar los precios. Independiente de que el requirente pretenda que esto no existe, es público y notorio el aumento de precio de insumos, prestaciones, abuso de licencias, etc.

Agrega que la Superintendencia de Salud realizó un estudio en abril de 2010, que se acompaña al presente proceso, para establecer un alza máxima de precio base para los cotizantes cautivos, a ser aplicada entre julio de 2010 y junio de 2011, que determinó un 12,79% real, admitiendo que el gasto en prestaciones médicas subió un 13,8% nominal, con un IPC del 9,7% y aumento de prestaciones del 3,8%, un gasto ambulatorio que sube un 14,5%, con IPC de 7,5% y un aumento de prestaciones de 4,5%, detallando además el aumento de gasto hospitalario y de subsidios de incapacidad laboral, de todo lo cual concluye que la razonabilidad del alza es incuestionable.

Por todo lo anterior razona que no hay infracción alguna a las garantías constitucionales invocadas por el requirente y que lo único que corresponde determinar es si la ley ha regulado legítimamente el ejercicio del derecho a la protección de la salud, porque todas las supuestas infracciones a las demás normas constitucionales no podrían sino ser consecuencia de la normativa impugnada. En este marco, expone que el N° 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental dispone en su inciso tercero que es deber del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, por prestadores públicos o privados, lo que se ejercerá "en la forma y condiciones que determine la ley", por lo cual delegó

esta materia en el legislador, quien puede incluso condicionarla.

Agrega que no ocurre en la especie lo constatado por esta Magistratura en su sentencia Rol N° 1710-2010-INC, en orden a que la ley entregó la regulación de una materia propia del legislador a la autoridad administrativa, reiterando lo razonado en la resolución de inadmisibilidad Rol N° 1210, en el sentido de que se está en presencia de una materia que debe discutirse en sede de protección y no de inaplicabilidad.

Por todo lo expuesto, concluye que el legislador reconoció la necesidad de ajustar los precios, que esta regulación legislativa está amparada por la Carta Fundamental en el inciso tercero del N° 9° de su artículo 19, que son los jueces del fondo los que deben velar por las garantías constitucionales en el marco del ejercicio de esta facultad, que las Isapres no pueden discriminar al ejercerla, que la Superintendencia revisa las adecuaciones y puede sancionar a las Isapres si no cumplen con la ley y que la reclamante sufrió un alza de sólo un 4%, pudiendo haber llegado hasta un 12,79%, con un aumento total de 0,43 en 15 años.

A fojas 176 del proceso Rol N° 2020 la Isapre solicita tener presente y por reiterado lo argumentado por su parte en etapa de admisibilidad.

A fojas 245 del proceso Rol N° 1856 y a fojas 177 del proceso Rol N° 2020, la Corte de Apelaciones de Santiago remitió las piezas principales de la gestión en la que incide el respectivo requerimiento.

Concluida la tramitación de ambos procesos, se ordenó traer los autos en relación y posteriormente acumular los autos.

Con fecha 29 de septiembre de 2011 se verificó la vista de la causa.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que el precepto legal cuestionado ha sido transcrito en la parte expositiva de esta sentencia, en la cual también se han consignado debidamente la enunciación de las alegaciones y fundamentos de derecho hechos valer por el requirente, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

SEGUNDO.- Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos, con lo cual, atendido el quórum calificado exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

I. VOTO POR EL RECHAZO DEL REQUERIMIENTO.

Los Ministros señores **Raúl Bertelsen Repetto, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado** estuvieron por **rechazar** la acción de inaplicabilidad, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

1°. Que en el presente requerimiento de inaplicabilidad se impugnan dos disposiciones.

La primera corresponde al inciso tercero del artículo 38 de la Ley 18.933, en el que se regula el mecanismo de modificación de los precios en los contratos de prestación de salud previsional suscritos entre un afiliado y una institución de salud previsional (en adelante, "Isapre"), en forma tal que dicha alteración debe efectuarse de acuerdo a los siguientes principios:

1) Al tenor del principio de igualdad ante la ley, esto es, en condiciones generales para todos los afiliados que se encuentren en el mismo plan. Deben ser las mismas condiciones que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes.

2) De acuerdo al principio de no discriminación, no podrá tenerse en consideración el estado de salud de los afiliados y beneficiarios.

3) Conforme al principio de publicidad, se exige que la adecuación deba ser comunicada al afiliado por carta, con tres meses de anticipación al vencimiento del contrato.

4) El afiliado puede adoptar las siguientes alternativas:

a) Aceptar las modificaciones al contrato. En caso de silencio se entiende que las acepta; o

b) Rechazar el aumento. La Isapre debe, en la misma comunicación, ofrecerle planes alternativos, que podrán ser aceptados o, en su caso, desafiliarse.

Por su parte, el artículo 38 bis (actual 198 del DFL 1/2005 del MINSAL) establece los principios a que deben sujetarse las modificaciones de los precios bases de los planes de salud, que son los siguientes:

a) Principio de comunicación. Las Isapres deben informar anualmente a la Superintendencia de Salud acerca del precio base de cada uno de los planes, expresado en unidades de fomento. Igualmente, deben informar la variación que experimentará el precio base.

b) Principio de moderación. La variación que experimente el precio base no podrá ser inferior a 0,7 ni superior a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones de precios bases informadas por la Isapre.

Las Isapres pueden no ajustar los precios bases de aquellos planes en donde el límite inferior de la variación sea igual o inferior a 2%.

c) Principio de limitación de plan alternativo. Las isapres no son libres para ofrecer cualquier plan alternativo, desde que se les prohíbe ofrecer aquellos que tengan menos de un año de comercialización o que no tengan personas adscritas.

d) Principio de fiscalización. La Superintendencia deberá fiscalizar el cumplimiento de la normativa, pudiendo dejar sin efecto alzas ilegales y aplicar sanciones.

2°. Que, en esencia, se expresa por la requirente que las aludidas disposiciones vulnerarían los artículos 1°, inciso primero (igualdad en dignidad y derechos), inciso cuarto (bien común como finalidad del Estado); 5°, inciso segundo (derechos esenciales como límite de la soberanía); y 19, números 1° (integridad psíquica), 2° (igualdad ante la ley y prohibición de establecer discriminaciones arbitrarias por parte del legislador), 9° (protección a la salud y derecho a elegir el sistema de salud), 24° (derecho de propiedad) y 26° (contenido esencial de los derechos), todos de la Constitución Política de la República;

3°. Que, a diferencia de la facultad que la ley confería a las ISAPRES para ajustar los precios de los planes de salud por el simple transcurso del tiempo, reflejado en el aumento de la edad de los beneficiarios, situación que fue sancionada con la declaración de su inconstitucionalidad, pronunciada por este Tribunal mediante sentencia recaída en los autos Rol N° 1710, por violatoria de la igualdad ante la ley y por no resultar integralmente compatible con el respeto de los derechos de protección a la salud y de la seguridad social, asegurados por la Carta Fundamental, en el presente caso se trata de una situación diferente, pues, en conformidad a los preceptos legales ahora cuestionados, la revisión de los contratos debe obedecer a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas

por el plan, que deben justificarse de manera cabal, pormenorizada y racional. No es admisible, en consecuencia, extrapolar al caso que ahora nos ocupa los razonamientos tenidos a la vista por esta Magistratura para resolver un conflicto por completo diferente, como lo fue la derogación de los denominados factores etéreos;

4°. Que, en efecto, la facultad que los preceptos legales ahora cuestionados atribuyen a las ISAPRES para ajustar el precio base de los planes de salud se encuentra, a nuestro juicio, razonablemente delimitada por el propio legislador, de manera que no configura una potestad de reforma unilateral del precio de los contratos de salud sino, más bien, un mecanismo destinado a mantener la equivalencia de las prestaciones de los contratantes, a fin de precaver que, con su aplicación, se produzca un enriquecimiento sin causa de una de ellas en perjuicio de la otra;

5°. Que, de esta forma, en relación al ejercicio de la facultad, dichos preceptos legales no sólo establecen prohibiciones severas de discriminación o de estar motivado por el estado de salud de afiliados o cargas, prohibiciones cuya infracción da lugar a que el contrato se entienda vigente en las mismas condiciones generales, sin perjuicio de las demás sanciones que se puedan aplicar; sino que, también, establecen reglas precisas a las que debe sujetarse, cuyo cumplimiento se encomienda fiscalizar a la Superintendencia respectiva, pudiendo esta repartición dejar sin efecto las alzas de precios que no se ajusten a ellas, y aplicar, además, sanciones que deben ser informadas al público en general. Lo anterior, sin perjuicio de la revisión jurisdiccional de las alzas, activa y masivamente practicada por los afiliados a las ISAPRES, cuando se sienten agraviados en sus derechos por alzas injustificadas;

6°. Que los Ministros que suscriben este voto tienen presente en tal sentido la experiencia de la

revisión jurisdiccional del ejercicio de la facultad de ajustar el precio base de los planes de salud de acuerdo a las reglas mencionadas, la que da cuenta de un afincada doctrina conforme a la cual ella debe ejercitarse de manera razonable y equitativa, y obedecer a un cambio efectivo y comprobable del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos y no a un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la frecuencia en el uso del sistema;

7°. Que, en efecto, la doctrina constante de la Corte Suprema sostiene que la referida facultad revisora de la entidad de salud exige una razonabilidad en sus motivos, esto es, que la revisión responda a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan, todo lo cual debe justificarse de manera cabal, pormenorizada y racional;

8°. Que, en tal sentido, la Corte Suprema ha sentenciado que *“ha de entenderse que la referida facultad revisora de la entidad de salud exige una razonabilidad en sus motivos, esto es, que la revisión responda a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan”, todo lo cual debe justificarse de manera “cabal, pormenorizada y racional”.*

De este modo, *“la interpretación y aplicación restrictiva de las circunstancias que justifican una revisión objetiva se apoya en el carácter extraordinario de la facultad de la Isapre y la particular situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a la nombrada institución a la hora de decidir si se mantienen o no las condiciones de contratación. De este modo se salvaguardan, por una parte, los legítimos intereses económicos de las instituciones frente a las variaciones de sus costos operativos y, por otra, se protege la situación de los afiliados, en la medida que la revisión*

de los precios sólo resultará legítima por una alteración objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, a lo menos, a todos los que contrataron un mismo plan. Lo anterior sin perjuicio de que, en su caso y libremente, se puedan pactar modificaciones de las condiciones particulares si todos los interesados convienen en ello."

De lo expuesto, concluye la Corte Suprema que *"la facultad revisora de la Isapre debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo y plenamente comprobable del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificable posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización"*. (Rol N° 6915/2010).

9°. Que, por lo mismo, nada impide cuestionar y revisar en dicha sede de protección la racionalidad y justicia de la modificación del precio base, a la vez que determinar si al efectuarse la misma se actuó de manera fundada o si -por el contrario- fue resultado de una situación que importe en el hecho una diferenciación arbitraria o manifiestamente desproporcionada para la parte contratante, en atención a la naturaleza propia de contrato de adhesión que reviste el seguro de salud previsional. La propia requirente ha cuestionado el ejercicio de dicha facultad en un recurso de protección, el que constituye por lo demás la gestión pendiente que motivó esta presentación;

10°. Que, con estos antecedentes, las alegaciones que fundamentan los requerimientos de autos no logran convencernos de que la aplicación de los preceptos aquí cuestionados resulte contraria a la Constitución Política de la República en las respectivas gestiones judiciales,

no obstante la vigencia de las condiciones que se han señalado en los motivos precedentes como razonable resguardo de los derechos constitucionales presuntamente amagados; pues no logran demostrar su inexistencia o inoperancia;

11°. Que los Ministros que suscriben este voto no pueden dejar adicionalmente de tener en consideración las consecuencias, para el caso concreto, que podría ocasionar una declaración de inaplicabilidad como la impetrada en estos autos. En efecto, como lo ha sostenido esta Magistratura, *“constituye un principio elemental de prudencia constitucional el que el Tribunal Constitucional debe abstenerse de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma en aquellos casos en que ello pudiera engendrar una lesión de mayor envergadura constitucional”* (Rol 616/2007);

12°. Que, en el caso concreto, la inaplicabilidad de la disposición produciría un efecto contrario a la Carta Política, desde que tal declaración supondría que en la relación contractual entre las partes se aplicara la legislación anterior a la normativa aprobada el año 2005, la que a todas luces le resulta más perjudicial al afiliado de la institución de salud previsional, al dejar entregada dicha materia a la libre determinación de las partes;

13°. Que, en efecto, uno de los principales propósitos que se persiguieron con la modificación del año 2005 fue específicamente limitar las alzas de precios en los contratos de salud y regular el ejercicio de las facultades por parte de las Isapres. Así, y tal como señala la Superintendencia de Salud en su presentación, con la legislación anterior a 2005 *“se entendía que esta facultad de adecuación era amplia y que permitía a las Isapres cambiar los precios, prestaciones convenidas y la naturaleza y monto de los beneficios y, ante los reclamos de particulares, se resolvía atendiendo a si las Isapres*

habían cumplido las formalidades de envío de la carta y plazo de la comunicación, sin pronunciarse sobre las adecuaciones.” (Fojas 657 vta.). La inaplicabilidad presentada produciría entonces un efecto gravemente perjudicial para el afiliado, al dejar mayor libertad a la institución de salud previsional;

14°. Que por los motivos expresados somos del parecer que, en este caso concreto, los requerimientos deben ser rechazados.

II.- VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO.

Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino estuvieron por **acoger** los requerimientos de inaplicabilidad, fundados en las siguientes consideraciones:

I. Normas legales impugnadas.

1°. Que los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad han impugnado las siguientes normas legales:

A) (Inciso tercero del artículo 38 de la Ley N° 18.933): *“Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 38 bis (actual 198 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, N de la R), en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario. Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén*

ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan. La infracción a esta disposición dará lugar a que el contrato se entienda vigente en las mismas condiciones generales, sin perjuicio de las demás sanciones que se puedan aplicar. La adecuación propuesta deberá ser comunicada al afectado mediante carta certificada expedida con, a lo menos, tres meses de anticipación al vencimiento del período. En tales circunstancias, el afiliado podrá aceptar el contrato con la adecuación de precio propuesta por la Institución de Salud Previsional; en el evento de que nada diga, se entenderá que acepta la propuesta de la Institución. En la misma oportunidad y forma en que se comuniquen la adecuación, la Institución de Salud Previsional deberá ofrecer uno o más planes alternativos cuyo precio base sea equivalente al vigente, a menos que se trate del precio del plan mínimo que ella ofrezca; se deberán ofrecer idénticas alternativas a todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua, los que, en caso de rechazar la adecuación, podrán aceptar alguno de los planes alternativos que se les ofrezcan o bien desafiliarse de la Institución de Salud Previsional. Sólo podrán ofrecerse planes que estén disponibles para todos los afiliados y el precio deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes.”

B) (Artículo 38 bis (actual 198 del DFL 1/2005 del Ministerio de Salud): *“La libertad de las Instituciones de Salud Previsional para cambiar los precios base de los planes de salud en los términos del inciso tercero del artículo 197 de esta Ley, se sujetará a las siguientes reglas:*

1.- *Antes del 31 de marzo de cada año, las ISAPRES deberán informar a la Superintendencia el precio*

base, expresado en unidades de fomento, de cada uno de los planes de salud que se encuentren vigentes al mes de enero del año en curso y sus respectivas carteras a esa fecha.

Para expresar en unidades de fomento los precios base de los planes de salud que se encuentren establecidos en moneda de curso legal, las Instituciones de Salud Previsional utilizarán el valor que dicha unidad monetaria tenga al 31 de diciembre del año anterior.

2.- En dicha oportunidad, también deberán informar la variación que experimentará el precio base de todos y cada uno de los contratos cuya anualidad se cumpla entre los meses de julio del año en curso y junio del año siguiente. Dichas variaciones no podrán ser superiores a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios base informadas por la respectiva Institución de Salud Previsional, ni inferiores a 0,7 veces dicho promedio.

El promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precio base se calculará sumando las variaciones de precio de cada uno de los planes cuya anualidad se cumpla en los meses señalados en el párrafo anterior, ponderadas por el porcentaje de participación de su cartera respectiva en la suma total de beneficiarios de estos contratos. En ambos casos, se considerará la cartera vigente al mes de enero del año en curso.

3.- Asimismo, la variación anual de los precios base de los planes creados entre febrero y junio del año en curso, ambos meses inclusive, deberá ajustarse a la regla indicada en el párrafo primero del numeral 2 precedente, al cumplirse la anualidad respectiva.

4.- La Institución de Salud Previsional podrá optar por no ajustar los precios base de aquellos planes de salud en donde el límite inferior de la variación, a que

alude el numeral 2, es igual o inferior a 2%. Dicha opción deberá ser comunicada a la Superintendencia en la misma oportunidad a que alude el numeral 1 de este artículo.

5.- En ningún caso las ISAPRES podrán ofrecer rebajas o disminuciones respecto del precio base del plan de que se trate informado a la Superintendencia, a los afiliados vigentes o a los nuevos contratantes de ese plan.

6.- Se prohíbe ofrecer o pactar planes alternativos con menos de un año de comercialización o que, cumpliendo con la vigencia indicada, no tengan personas adscritas, a los afiliados o beneficiarios cuya anualidad se cumpla en el período indicado en el numeral 2. La misma prohibición se aplicará cuando se ponga término al contrato y la persona se afilie nuevamente en la misma Institución de Salud Previsional.

Corresponderá a la Superintendencia fiscalizar el cumplimiento de esta norma, pudiendo dejar sin efecto alzas de precios que no se ajusten a lo señalado precedentemente, sin perjuicio de aplicar las sanciones que estime pertinentes, todo lo cual será informado al público en general, mediante publicaciones en diarios de circulación nacional, medios electrónicos u otros que se determine.

Lo señalado en los incisos precedentes no será aplicable a los contratos de salud previsional cuyo precio se encuentre expresado en un porcentaje equivalente a la cotización legal.”;

2°. Que las normas impugnadas, como se ha señalado, corresponden al inciso tercero del artículo 38 (actual 197) y al artículo 38 bis (actual 198) de la Ley N° 18.933. La primera de estas normas establece que las Isapres podrán revisar anualmente los contratos de salud,

pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 38 bis, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario;

3°. Que, conforme a la segunda norma impugnada, la facultad de las Isapres para modificar discrecionalmente, en el mes coincidente al de suscripción del contrato, el precio base de los planes de sus afiliados, debe sujetarse a ciertas reglas. Ellas exigen:

- Que las Isapres informen el precio base de los planes a la Superintendencia, antes del 31 de marzo de cada año, y asimismo las variaciones que experimentarán los precios base de todos y cada uno de los planes cuya anualidad se cumpla entre los meses de julio del año en curso y junio del año siguiente (N°s 1 y 2 del artículo 198).

- Que la eventual alza de los precios base no podrá ser superior a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios bases informadas por la respectiva Isapre, ni inferiores a 0,7 veces dicho promedio (N°2 del artículo 198);

II. Derechos constitucionales estimados infringidos por los requirentes.

4°. Que los derechos constitucionales que los requirentes consideran vulnerados por estas disposiciones legales son: la igual dignidad y derechos de las personas desde su nacimiento (artículo 1°, inciso primero, de la Carta Fundamental); la igualdad ante la ley y la prohibición de establecer diferencias arbitrarias (artículo 19, numeral 2°); el bien común (artículo 1°,

inciso cuarto); el derecho de propiedad (artículo 19, numeral 24°); el derecho de protección de la salud y la libertad de elegir entre el sistema privado o público de salud (artículo 19, numeral 9°); el derecho a la integridad psíquica (artículo 19, numeral 1°, inciso primero) y el derecho al respeto del contenido esencial de los derechos (artículo 19, numeral 26°);

5°. Que los suscriptores de este voto acogemos los requerimientos de autos basándonos en la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y en la relativa al derecho de protección de la salud, sostenidos en la invariable jurisprudencia que esta Magistratura ha definido como un estándar aplicable al caso *sub lite*, según se explicará;

III. Casos nuevos sobre un estándar constitucional ya establecido.

6°. Que, en primer lugar, cabe tener presente que el Tribunal Constitucional no ha emitido hasta ahora pronunciamiento respecto de las normas impugnadas en autos, pues no ha contado con competencia específica para ello en razón de no haberse presentado requerimientos en tal sentido con anterioridad. Así, tal como se señaló en la sentencia Rol N° 1710, el Tribunal Constitucional no emitió pronunciamiento en dicha oportunidad sobre el precio base, pues en tal caso su competencia específica estaba limitada sólo a los factores resultantes de las respectivas tablas de riesgo (STC 1710, considerando 53°);

7°. Que, mirada en su conjunto, la determinación de lo que un usuario paga por su plan de salud dentro del sistema de las Instituciones de Salud Previsional está compuesta por *“la suma del precio del Plan de Salud Complementario más el precio de la Cobertura Adicional*

para Enfermedades Catastróficas en Chile (CAEC), si corresponde; más el precio que la Isapre cobre por el plan Auge o GES y más el precio de los beneficios adicionales contratados por el afiliado, si corresponde" (www.supersalud.cl). Por tanto, los criterios de determinación del precio de un plan de salud son de doble naturaleza. Hay criterios independientes para la determinación del valor y que concurren circunstancialmente si correspondiere, como es el caso de las coberturas adicionales para enfermedades catastróficas, el Plan AUGE o GES y los beneficios adicionales pactados en el contrato. Sin embargo, hay otros criterios vinculados que operan indefectiblemente de manera conjunta y que son la tabla de factores de riesgo y el precio base del plan de salud. En este caso, siempre operan en común, como queda definido en variadas normas:

•En el artículo 197, inciso tercero, de la Ley 18.933: *"Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario. Estas condiciones generales deberán ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en el respectivo plan. La infracción a esta disposición dará lugar a que el contrato se entienda vigente en las mismas condiciones generales, sin perjuicio de las demás sanciones que se puedan aplicar. La adecuación propuesta deberá ser comunicada al afectado mediante carta certificada expedida con, a lo menos, tres meses de anticipación al vencimiento*

del período. En tales circunstancias, el afiliado podrá aceptar el contrato con la adecuación de precio propuesta por la Institución de Salud Previsional; en el evento de que nada diga, se entenderá que acepta la propuesta de la Institución. En la misma oportunidad y forma en que se comuniquen la adecuación, la Institución de Salud Previsional deberá ofrecer uno o más planes alternativos cuyo precio base sea equivalente al vigente, a menos que se trate del precio del plan mínimo que ella ofrezca; se deberán ofrecer idénticas alternativas a todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua, los que, en caso de rechazar la adecuación, podrán aceptar alguno de los planes alternativos que se les ofrezcan o bien desafiliarse de la Institución de Salud Previsional. Sólo podrán ofrecerse planes que estén disponibles para todos los afiliados y el precio deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes."

•En el artículo 199 de la Ley 18.933: "Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.";

8°. Que una sencilla explicación de estas normas nos indica que la correlación para determinar el precio de un plan de salud siempre parte de un precio base ajustado por la respectiva tabla de factores de riesgo.

Así por lo demás lo expresa el artículo 199 de la Ley N° 18.933, que regula las reglas generales para calcular el precio total de un plan, y respecto de las cuales cuatro numerales fueron declarados inconstitucionales por la sentencia Rol N° 1710 de este Tribunal Constitucional. Esa normativa estaba referida indistintamente al precio base y a la tabla de factores de riesgo porque son los elementos fundamentales indisolubles del cálculo del precio del plan. Por lo demás, así lo acredita el Mensaje del Ejecutivo (Boletín 8105-11) por el que inicia un proyecto de ley que establece un Plan Garantizado de Salud y que, explicando la actual situación legal, sostiene que *“en la especie, se estableció que el precio final a pagar a la Institución de Salud Previsional se obtendría multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario, de conformidad a la respectiva tabla de factores”* (Boletín 8105-11, p. 4);

9°. Que, por tanto, esta vinculación legal revela que el estándar constitucional que esta Magistratura ha dictado es plenamente comunicable, según se apreciará, a la determinación del precio base del plan de salud de cada usuario. Por tanto, se trata de casos nuevos, pero que se contrastan con una doctrina constitucional existente y desarrollada largamente en los últimos tres años en este Tribunal Constitucional. En consecuencia, estos ministros parten de la base de esa jurisprudencia;

IV. Las reglas constitucionales de los contratos de salud.

10°. Que el Tribunal Constitucional ha calificado la naturaleza de los contratos de salud en los siguientes términos: *“El constituyente quiso consagrar ciertos elementos de dicho acuerdo de voluntades, dado el impacto*

que éste tiene en la vida de las personas. Esos elementos tienen que ver con la posibilidad de las Isapres de prestar acciones de salud (artículo 19 N° 9°), con la opción del cotizante para elegir entre el sistema estatal o privado (artículo 19 N° 9°), con la cotización obligatoria (artículo 19 N° 9°) y con el control por el Estado de las acciones relacionadas con la salud (artículo 19 N° 9°).” (STC Rol N° 1572, considerando 36°). De conformidad con estos criterios, el legislador, en la Ley N° 18.933 y sus modificaciones, ha ido configurando los elementos especiales de este contrato de salud que difieren de la dimensión de un contrato sólo regido por la autonomía de la voluntad. Éste es un contrato forzoso (artículo 184), de plazo indefinido (artículos 189 y 197), que no puede dejarse sin efecto durante su vigencia, salvo por incumplimiento de sus obligaciones o de mutuo acuerdo entre las partes (artículo 197), de contenido mínimo (artículo 189) e indisponible (artículo 189). En síntesis, *“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”* (STC Rol N° 1572, considerando 40°);

V.- La vulneración del principio de igualdad desde la libertad contractual.

11°. Que, como ya vimos, el contrato de salud tiene especiales características que se corresponden con la naturaleza de las Isapres, entendidas como “servicio público desarrollado por particulares cuyo giro es cubrir las acciones de salud contenidas en la Constitución Política de la República”. (Sentencia Corte Suprema Rol 8837/2010, considerando 7°);

12°. Que esta Magistratura ha establecido dos estándares específicos en materia de libertad contractual

que se corresponden con el punto de partida y el punto de llegada del principio de igualdad aplicado a un contrato de salud. Primero, que, como punto de partida, se ha de regular la relación de igualdad entre Isapre y cotizante en el marco del respeto de otros derechos fundamentales, ya que no es posible propiciar la desregulación de la relación contractual, asunto que estuvo en la base de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter, N°s 1 a 4, de la Ley de Isapres, reflejada en la STC Rol 1710 del año 2010. Y, segundo, que, en una perspectiva de igualdad de resultados, el poder del cotizante debe crecer en función de una negociación de términos contractuales más justos. No se trata de reconocer una paridad ni un mismo poder de negociación imposible de sostener en un contrato de adhesión, sino que simplemente de reducir la abismante diferencia de poder correlativo en la fijación de los términos contractuales del plan de salud. Ambas desigualdades son las caras de una misma moneda. Si se concede una dimensión de regulación de igualdad de contratantes, debe proveerse un resultado más equitativo. Ambos estándares aparecen vulnerados en esta causa, según veremos;

13°. Que es evidente, por la relación entre un servicio público desarrollado por particulares y los propios cotizantes adscritos a la Isapre, que el punto de partida en el juicio de igualdad no es precisamente el de un poder equivalente. En tal sentido, el que la Isapre y los cotizantes tengan un vínculo que manifiesta diferencias *ab initio* no puede implicar que se desconozca que se trata de una relación sostenida en derechos fundamentales. *“La existencia de un contrato no es impedimento para que se respeten y promuevan los derechos de las personas. Sostener lo contrario implicaría 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, motivos 41° y 55°; Rol N° 1287, considerandos 35°, 41° y 60°). La igualdad ante la ley no es un bien disponible y modulado por los efectos de un contrato entre la Isapre y el cotizante;

14°. Que el contrato de salud entre un cotizante y una Isapre es un contrato de adhesión relativo al ejercicio de un derecho constitucional. En tal sentido, la característica de adhesión que tiene el contrato no puede implicar una modulación flagrante de derechos sino que, simplemente, una modalidad de contratar. El margen de libertad personal que se reduce por la naturaleza del contrato no implica, por sí mismo, una vulneración de derechos, siempre que esta restricción sea suficientemente compensada con un poder negociador. Es así como, en otros contratos de adhesión, como por ejemplo el de suministro de energía eléctrica domiciliaria o el de transporte colectivo de pasajeros, el legislador ha fijado un proceso tarifario como mecanismo de reequilibrio de potestades de los contratantes. Justamente es deber del legislador establecer una regulación que abarque no sólo la contención de efectos confiscatorios, sino que regule el precio, de tal manera que el derecho fundamental se vuelva realizable y ejercitable. Si no hay tal regulación real, ese margen de libertad, a favor del contratante fuerte, es todo el espacio del abuso del derecho. Por lo mismo, es deber del legislador regular el modo, oportunidad y parámetros con los cuales la Isapre puede reajustar el precio base del contrato de salud que impacta sobre los contenidos variables del precio final que un cotizante debe pagar por su plan de salud. Esta normativa es aún más exigente y necesaria, comparada con los ejemplos de los contratos de adhesión identificados precedentemente, por la importancia de los bienes jurídicos en juego y por la naturaleza e intensidad de la prestación de los respectivos servicios en el tiempo;

15°. Que, en segundo lugar, el otro estándar es el referido al poder de los cotizantes. *“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° de la Constitución). 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”* (STC Rol 1572, considerando 61°). El principio de igualdad queda vulnerado por este mandato de modificación unilateral del contrato de salud, por parte de la Isapre. Tampoco es razonable otorgar un básico poder de negociación al cotizante con el solo objeto de que renuncie a derechos fundamentales, reduciendo prestaciones y aceptando la vulneración del derecho de protección a la salud. En ambas circunstancias por la ausencia de reconocimiento de una relación de derecho fundamental entre las partes y, por consecuencia, de la validación de un poder de negociación, por mínimo que fuese, en manos del cotizante, según estándares expresos de esta Magistratura y según principios generales de derecho de amplia validez en nuestra legislación;

16°. Que puede considerarse como un principio general de derecho el que las modificaciones de los contratos sólo pueden tener lugar por la voluntad conteste de las partes por ellos vinculadas, toda vez que, por definición, el contrato es un acuerdo de voluntades que obliga en virtud de la intención libre y conscientemente expresada en tal sentido por los sujetos de derecho que lo celebran;

17°. Que, como regla general, el consentimiento es esencial en la contratación y en sus etapas sucesivas de modificación. Entre ellas, los cambios a los elementos

esenciales del contrato, como lo es el precio en los contratos a título oneroso. Tanto es así que, a título ejemplar, en la regulación habitual en la materia, el propio Código Civil, en relación con el contrato de compraventa, señala en el inciso primero de su artículo 1808 que “el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes”, sin perjuicio de que su determinación se encomiende a un tercero (inciso primero del artículo 1809), pero en ningún caso “podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes” (inciso segundo del artículo 1809);

18°. Que, por lo tanto, las normas impugnadas en autos, al conceder libertad discrecional a las Isapres para reajustar anualmente los precios bases de los contratos de salud previsional, entrañan una normativa exorbitante a los principios generales de los contratos, especialmente a los contratos de salud reconocidos en el artículo 19 N° 9 de la Constitución, que no tiene justificación racional alguna y configura un tratamiento de privilegio a favor de tales instituciones. Ello, además, vulnera la garantía constitucional de igualdad en el trato que la ley debe dispensar a los imperados por ella, según lo mandata el numeral 2° del artículo 19 constitucional;

19°. Que la situación descrita es una manifestación concreta de un doble fenómeno jurídico de constitucionalización del Derecho Civil y de eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En cuanto al primer fenómeno, en relación con el postulado constitucional de **“igualdad en la ley”**, ciertas instituciones nodales de esa rama del Derecho y sus nociones fundantes han pasado a tener tutela constitucional, como es aquí el caso de la inmodificabilidad unilateral de los contratos por la sola voluntad de una de sus partes. Y, en cuanto a la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, todos

ellos están vinculados al cumplimiento de los mandatos constitucionales (artículo 6°, inciso segundo, de la Constitución), impidiéndose la renuncia de derechos fundamentales regulados por la Constitución;

20°. Que tan efectivo es lo precedentemente aseverado, que la iniciativa de nueva Ley de Isapres, ingresada recientemente a trámite legislativo por el Presidente de la República, contempla como una de sus innovaciones medulares la creación de un mecanismo objetivo e independiente de la voluntad de las partes, denominado Índice de Precios de Salud, que serviría en el futuro de baremo o parámetro neutro para establecer la base de la reajustabilidad periódica de los precios de los contratos de salud previsional, erradicando así su fijación unilateral por la parte predisponente de los mismos;

21°. Que, como se indica expresamente en el Boletín 8505-11, sobre el proyecto de ley que establece un Plan Garantizado de Salud, *“es menester tener a la vista que nuestros tribunales superiores de justicia, conociendo de recursos de protección, han cuestionado la justificación de las alzas de los precios base de los planes de salud. Al efecto, la razonabilidad de los ajustes aplicados ha sido objetada, toda vez que, a juicio de nuestros tribunales, en los casos llevados a su conocimiento no se encuentra suficientemente acreditado el cambio efectivo en el valor de las prestaciones médicas (v.gr., fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago roles 5.369-2006, 7.114-2007, 5.190-2010, y fallos de la Corte Suprema roles 4.271-2010 y 2.935-2010). Por ende, teniendo a la vista los fundamentos de los fallos dictados, este proyecto de ley consagra la creación de indicadores elaborados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), junto a índices elaborados por un Panel de Expertos. Ello con **la finalidad de eliminar las asimetrías de información que hoy existen,** entregando*

nuevas herramientas para evitar eventuales arbitrariedades”;

22°. Que, a mayor abundamiento, la anomalía jurídica que entraña el incremento unilateral del precio de los contratos por una de las partes es incluso más flagrante tratándose, como en la especie, de contratos por adhesión, es decir, de aquellos “cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido” (numeral 6 del artículo 1° de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores). Precisamente respecto de este tipo de contratos, la referida ley, en el literal a) de su artículo 16, declara ineficaces las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador (mas nunca al predisponente) en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales u otras análogas. Con todo, el aludido precepto concluye excepcionando de este predicamento a los contratos especiales que las leyes contemplen, que es justamente lo que ha permitido que la actual Ley de Isapres consagre esta modalidad de reajuste de precio por imposición de la parte que concibió el contrato sin intervención de la otra, dándole así patente de legalidad a este mecanismo, pero no de constitucionalidad, toda vez que, como hemos dejado sentado en los motivos anteriores, consagra un privilegio sin fundamento racional y que violenta el principio de igualdad que la ley y toda autoridad deben observar en el tratamiento a los por ella disciplinados;

23°. Que, por lo demás, esta tesitura con que la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores aborda la materia es un trasunto nacional de una orientación reguladora de amplia presencia en el Derecho

Comparado. Así, por ejemplo, la Directiva 93/13, del cinco de abril de 1993, de la Comunidad Europea, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, vinculante para todos los países de la Comunidad, consagra este principio tutelar declarando que una cláusula redactada previamente sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido, es abusiva cuando causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato en detrimento del consumidor (artículo 3°). Tales cláusulas no negociadas, impuestas al consumidor en contratos con proveedores o prestadores dentro de su propia actividad, no obligan al consumidor y el contrato sigue siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia (artículo 6°);

24°. Que la facultad unilateral de las Isapres para reajustar periódicamente los precios bases de los contratos de salud previsional que celebran con sus afiliados, no sólo debe ser reprochada por conceder una facultad superlativa a dichas entidades, contraria a los estándares expresos de este Tribunal y a los principios formativos del Derecho de los Contratos, aplicados al contrato de salud reconocido constitucionalmente, y opuesta al principio constitucional de **"igualdad en la ley"**, sino porque el objeto de dichos contratos es la provisión de un servicio vital del que no pueden prescindir quienes los celebran; su finalidad no es garantizar a todo evento la expectativa de rentabilidad de los aseguradores privados sino el acceso efectivo de las personas a la protección de su salud y a la seguridad social;

25°. Que, en efecto, el contrato de salud previsional se inscribe dentro del ámbito de la seguridad social. Con él se pretende asegurar el financiamiento de las prestaciones de salud impostergables que enfrenten

los asegurados. Pero bien puede ocurrir que una Isapre, buscando asegurar su expectativa de rentabilidad, imponga a los asegurados nuevos precios en la medida que aumente el uso del seguro contratado. Este mecanismo asegura la rentabilidad de la Isapre, pero, tal y como ocurre en la especie, puede restringir severamente el acceso efectivo de los asegurados a la protección de salud, ya que mientras más requieran el seguro de salud que contrataron, más alto puede fijar el precio la Isapre;

26°. Que, en síntesis, la ejecución del contrato en un permanente proceso de desigualdad de poder, información, pruebas y unilateralismo modificadorio, nos lleva a concluir que los preceptos legales impugnados vulneran el último límite de la igualdad ante la ley que es la ausencia de razonabilidad y proporcionalidad en la determinación del precio base. Si hay un rasgo distintivo de la unilateralidad en la fijación del precio es que éste se determina solamente por la Isapre y sin intervención ninguna por parte de la Superintendencia de Salud. Los deberes de ésta se limitan a constatar la entrega de información contextual al usuario cotizante, pero no puede impedir estas alzas carentes de justificación en un baremo objetivo, salvo que se produzcan irrespetando el marco legal, en cuyo caso puede dejarlas sin efecto. Justamente ése fue el argumento compartido mayoritariamente por el Tribunal Constitucional en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de cuatro numerales del antiguo artículo 38 ter de la Ley N° 18.933: no podía producirse tal nivel de deslegalización que desdibujara las competencias públicas sobre derechos fundamentales, al punto que la determinación primera, única y definitiva del precio de un plan de salud está casi siempre en las manos de la Isapre. Esta vulneración de la reserva legal de un contrato sobre un derecho constitucional es flagrante y constituye la principal desprotección de un

derecho como la igualdad ante la ley, que simplemente sólo en el contorno del contrato es legal pero su reajustabilidad es contractual, unilateral y no controlada;

VI. Vulneración del derecho de protección de la salud como integrante de los derechos de seguridad social.

27°. Que la vulneración de la igualdad ante la ley acarrea en este caso una afectación sustantiva del derecho de protección de la salud. Siempre el derecho a la igualdad es relacional y aquí, indefectiblemente, termina vulnerando el derecho de protección de la salud al producir igualaciones hacia abajo en las prestaciones de salud y hacia el alza en el precio de los planes, según explicaremos;

28°. Que al no establecerse límites precisos, se incumple el deber de protección de la salud que pesa sobre el Estado. Las personas tienen derecho a la "protección de la salud" (artículo 19 N°9°), tanto en lo relativo a su promoción como a su protección y recuperación. Las personas tienen asimismo derecho a un acceso libre e igualitario a las acciones de salud. Eso se traduce en el deber del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, en la forma y condiciones que determine la ley, sea a través de instituciones públicas o privadas. Correlativamente, el Estado coordina y controla las acciones de salud. Las personas pueden elegir el sistema de salud al que quieran acogerse, sea estatal o privado;

29°. Que al permitirse el alza de los precios de modo prácticamente discrecional por la Isapre, no se exige una justificación de tal alza, operando ésta siempre en perjuicio del afiliado, lo que genera

situaciones como la de autos, en la que el monto disponible de la pensión del cotizante ha ido disminuyendo progresivamente, de modo que si bien en un comienzo el precio mensual de su plan consumía el 36% de su pensión, en la actualidad, con el alza que se pretende, el requirente debería destinar el 99% de su pensión al pago del precio de su plan;

30°. Que la forma y condiciones que la ley establezca para que el Estado cumpla con su deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud, a la cual tienen derecho las personas, no pueden afectar o lesionar en su esencia tal derecho. Por el contrario, la ley debe apuntar a hacer posible un acceso libre e igualitario de todos a las acciones de salud;

31°. Que, por el contrario, al permitir ajustar el precio del plan de salud a un porcentaje variable (a criterio de la Isapre) o con un rango inferior de cobertura sobre determinadas prestaciones, se produce un efecto inverso al de la protección de la salud. Como dice el precepto impugnado: *“en la misma oportunidad y forma en que se comunique la adecuación (del precio del plan), la Institución de Salud Previsional deberá ofrecer uno o más planes alternativos cuyo precio base sea equivalente al vigente, a menos que se trate del precio del plan mínimo que ella ofrezca; se deberán ofrecer idénticas alternativas a todos los afiliados del plan cuyo precio se adecua, los que, en caso de rechazar la adecuación, podrán aceptar alguno de los planes alternativos que se les ofrezcan o bien desafiliarse de la Institución de Salud Previsional”;*

32°. Que, por tanto, las personas aparecen autorizando una reducción de la protección de su salud y se les estrecha el margen de libertad para decidir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado. Estas situaciones constituyen un efecto

inconstitucional de las normas aludidas porque obligan al usuario a renunciar a derechos fundamentales, en circunstancias de que tal renuncia vulneraría principios constitucionales;

33°. Que, por otra parte, las normas que rigen el contrato de prestación de servicios de salud previsional no pueden permitir la actuación arbitraria y afectación desproporcionada de derechos (STC Rol N° 1710, considerandos 145° y 155°). Ello es relevante pues el contrato de salud no es un mero contrato de seguro regido por la autonomía de la voluntad, sino un contrato en el que se comprometen derechos como a la seguridad social y a la salud (STC Rol N° 1710, considerando 154°). A ello debe agregarse la íntima vinculación que tiene asimismo la seguridad social con el derecho a la protección de la salud, asegurado por la Constitución en el N°9° de su artículo 19, por cuanto, como ya vimos, la carencia de dicho estado constituye una contingencia que la sociedad debe preocuparse de cubrir;

34°. Que la ineludible función social que tienen los contratos de salud previsional, en el sentido de dar cobertura a necesidades impostergables de las personas, es incompatible con otorgar discrecionalidad a las entidades privadas que administran ese seguro para que reajusten los precios unilateralmente, sin importar si con ello restringen o limitan el acceso efectivo de sus afiliados al aseguramiento de salud. Si, como en la especie, la ley permite que un asegurador privado de salud previsional resguarde su rentabilidad mediante el aumento periódico del precio que cobra, sin la obligación de acreditar objetivamente el incremento de los costos que debe cubrir, está en riesgo la suficiencia de las prestaciones que dicho servicio público incluye, desnaturalizándose el carácter socialmente imprescindible de las mismas. Tal y como afirma la consolidada doctrina de este Tribunal sobre los contratos de salud

previsional, es incuestionable la vigencia a su respecto de los derechos constitucionales de protección de la salud y a la seguridad social y, por tanto, las leyes que los regulan deben respetar el contenido esencial de tales derechos, de manera de impedir que la fijación de precios y las condiciones de acceso a las prestaciones aseguradas los vulneren (Rol N° 1218, considerandos 35°, 37°, 38°, 39° y 43°; Rol N° 1287, considerandos 35°, 37°, 38°, 39° y 43°; Rol N° 1273, considerando 79°, y Rol N° 1710, considerando 154°);

35°. Que, en consecuencia, cabe constatar que *“el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en esta materia genera 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 1710, considerando 156°). Todo lo cual nos hace reiterar una de las conclusiones de esta emblemática jurisprudencia: *“el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, 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 1710, considerando 160°);

VII. Afectación de la reserva legal.

36°. Que el legislador debe prevenir la vulneración de derechos fundamentales. Como se señaló en la STC Rol N° 1710, el Estado debe asegurar la protección de la salud y tiene un deber preferente en este ámbito. Luego, dicho deber preferente debe llevarse a cabo “en las formas y condiciones que la ley determine”, y teniendo

además en cuenta que las “materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social” son propias de ley conforme al artículo 63 N° 4 de la Constitución (considerando 123°). Por tanto, la reserva legal invocada no es la expresión espacial de hasta dónde llega el administrador y dónde debe actuar el legislador. Sino que apela al fundamento de por qué se ha de hacer mediante ley. La reserva legal obliga positivamente al legislador a intervenir en la regulación de derechos sociales -de la familia de la seguridad social, con todos sus principios involucrados- de un modo que realice y haga efectivo el derecho fundamental, que lo materialice, concretizándolo en supuestos específicos. No sólo hay intervención sobre el derecho cuando se legisla sino que, cotidianamente, el regular legislativo importará configurar la prestación misma del derecho;

37°. Que en el presente caso el legislador no ha regulado una materia básica referida a la seguridad social, pues ha entregado a la discrecionalidad de la Isapre la determinación del máximo neto de cada alza anual. Las únicas limitaciones que contempla la norma se refieren a la proporcionalidad de los incrementos entre los distintos planes, pero no establece una restricción o tope respecto del alza en sí misma. Ello deja al arbitrio de la Isapre la determinación del alza, con la única limitación de subir todos los planes en un rango relativamente similar. Dicha limitación consiste en que las variaciones del precio base no podrán ser superiores a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precios base, informadas por la Isapre; ni inferiores a 0,7 veces dicho promedio. Dicho de otra manera, es admisible un incremento hipotético de un 30 % y una rebaja, aún más hipotética, del mismo rango. Todo ello hace que nos encontremos frente a una carencia de una regulación legal suficiente, adecuada y eficaz para la determinación del precio base de un contrato de salud.

Esta misma Magistratura se representó recientemente en la STC N° 1907 el papel del legislador en un contrato de arrendamiento, calificándolo como un contrato dirigido (considerandos 8° a 16°), pese a que se trata de evidentes particulares los contratantes. Si el legislador estima fundamental garantizar todos los elementos del contrato de arrendamiento e imponer un cierto dirigismo de su contenido, con mayor razón debe hacerlo en la regulación del contrato sobre el derecho de protección a la salud reconocido en el artículo 19 N° 9° de la Constitución;

38°. Que, para resguardar la proporcionalidad en las alzas que afectarán los derechos de los afiliados, el legislador debe señalar los extremos de tal modificación y no limitarse únicamente al establecimiento de una banda que haga referencia al precio ponderado de alza, sin que se indique cuál debe ser dicho precio y sin que los elementos en que se sustente la banda sean objetivos, plausibles y verificables;

39°. Que, de un modo análogo, en la sentencia Rol N° 1710, este Tribunal, refiriéndose a los límites para las diferencias entre los distintos factores de riesgo, señaló que *“el mandato que la ley le asigna a la Superintendencia del ramo para fijar ‘cada diez años la relación máxima entre el factor más alto y el más bajo, diferenciada por sexo’ es inocuo sin la correspondiente determinación cuantitativa de uno y de otro extremo, así como respecto al sexo del beneficiario”*. Estimamos que este estándar sobre la transitividad extrema de la banda es vulnerado también en estas causas;

40°. Que el legislador ha faltado a su deber de especificidad y determinación al permitir que las Isapres puedan reajustar discrecionalmente el precio base de sus planes de salud sin establecer un criterio o parámetro objetivo que mantenga la equidad del contrato de salud. Se entiende por “precio base” el que se asigna a cada

plan de salud, el que será igual para todas las personas que contraten ese plan;

41°. Que tal situación se agrava por el factor propio o interno de reajustabilidad del contrato de salud. El reajuste se produce automáticamente porque el precio del plan contratado se estipula en Unidades de Fomento por mandato de la ley (artículo 38 bis). Si se argumenta que el alza anual de los precios de las prestaciones de salud sobrepasa el índice de inflación general, debería entonces la ley contemplar un criterio objetivo para medir ese mayor incremento. La normativa vigente no satisface las exigencias expuestas. La ley no contempla un mecanismo que permita regular eficazmente esa facultad o establecer un tope máximo de cada alza anual. Este punto no se satisface con las reglas actuales: el alza no podrá ser superior a 1.3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de precio base, ni inferior a 0.7 veces dicho promedio. Y así lo ha señalado en forma reiterada la Corte Suprema. Así, por ejemplo, dicha Corte ha reprochado a las Isapres que *"afirmar con cifras y criterios generales que los costos de la institución recurrida para otorgar las prestaciones a que está obligada han aumentado, sin que ello se demuestre o justifique de manera cabal, pormenorizada y racional, por lo que no puede pretenderse reajustar los precios con los solos antecedentes que se invocan por quien está obligado a brindar por contrato que reviste características de orden público y jerarquía constitucional las prestaciones de un bien como la salud."* (Sentencias Corte Suprema 192/2011, considerando 4°, y 601/2011, considerando 5°);

42°. Que, en palabras de Luigi Ferrajoli, "una autorregulación es inconcebible (...). Por eso, es a la esfera pública, a sus instituciones de gobierno y sobre todo a específicas instituciones de garantía, funcionalmente encargadas de la tutela de los intereses

generales y de los derechos fundamentales de todos, a la que está necesariamente confiada la heteroregulación del mercado, a través de la imposición de límites y vínculos legales a los poderes empresariales.”. (Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 246-247);

VIII. Falta de proporcionalidad y razonabilidad de las normas impugnadas.

43°. Que, por otra parte, más que un mero vacío legal o una simple omisión del legislador, lo que sucede es que las reglas establecidas en la ley sobre el reajuste del precio base, sometidas a un análisis de racionalidad, no cumplen con los requisitos de idoneidad, pertinencia ni proporcionalidad;

44°. Que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables en esta materia, ya que permite un reajuste unilateral del precio base por parte de la Isapre sin justificación alguna. Todo ello puede afectar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de salud, al establecerse un precio que no guarda relación alguna con las rentas de los afiliados, contraviniendo así el equilibrio que tenía el contrato en un inicio;

45°. Que esto resulta más grave si se tiene en cuenta que el contrato de un afiliado con una Isapre, como lo dijo la sentencia del TC Rol N° 1710, considerando 154°, no es un mero contrato individual de salud regido por la autonomía de la voluntad, pues opera en relación con derechos garantizados por la Constitución, por lo cual debe respetar normas de orden público que regulan ese tipo de acuerdos. No concurren, pues, parámetros prudentes dentro de latitudes razonables para proceder al reajuste del precio base;

46°. Que, como señala la misma sentencia recién citada en su considerando 156°, este tipo de reajuste “genera un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja al afiliado sin la tutela que la Constitución exige”;

IX.-Evitar la elusión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

47°. Que, por último, la norma en cuestión permite eludir lo resuelto por esta Magistratura en la sentencia Rol N° 1710, que derogó la tabla de factores de riesgo. Ello en la medida que los planes son diversos para hombres y mujeres, y también según rangos etéreos. La norma permite que las Isapres utilicen estas alzas para aplicar de forma subrepticia la tabla de factores declarada inconstitucional por este Tribunal. Es allí donde la comunicabilidad de la determinación del precio del plan de salud permite un ajuste por vías distintas, pero vulnerando igualmente los derechos aquí indicados. Por la vía del ejercicio de la capacidad unilateral de modificar anualmente el precio del plan, recupera la Isapre la potestad que este Tribunal Constitucional derogó por la deslegalización total de la reserva de ley establecida a favor de los usuarios de los derechos de protección a la salud y de seguridad social. Estas fisuras normativas han llevado al colegislador a enviar un proyecto de ley que garantice un plan efectivo de salud. Por lo demás, no es necesario especular acerca de este efecto elusivo puesto que la propia Isapre lo explica a uno de los requirentes en autos en la carta de adecuación de su plan de salud: *“Por otra parte, comunicamos a usted que, a raíz del fallo del Tribunal Constitucional en que se derogaron los números 1 a 4 del*

artículo 199 del DFL N° 1 del 2005 del Ministerio de Salud y la posterior interpretación que han hecho de ese fallo tanto la Corte Suprema como la Superintendencia de Salud, la Isapre no podrá aplicar el ajuste de precios por cambios de tramo generados por la Tabla de factores de Riesgo incluida en su contrato de salud, lo cual impedirá la natural indexación de los ingresos promedio para asumir los mayores costos que implica el aumento de riesgo producido por el cambio de edad de los afiliados. Esta actuación del Tribunal Constitucional, ratificada por nuestras Cortes de Justicia, tendrá un impacto para nuestra Isapre que la hará disminuir en un 2,5 % el total de los ingresos anuales presupuestados; ingresos que nos vemos en la obligación de recuperar en este proceso de adecuación, mediante un ajuste del precio base por igual porcentaje" (fs. 53, expediente Rol N° 2020);

48°. Que, en los casos de autos, los requirentes son, justamente, una mujer y un hombre de edad madura, y ellos se han visto y pueden seguir siendo afectados por nuevas discriminaciones. Ello se debe a que la única garantía de no discriminación que se asegura se refiere a que no haya discriminación entre los afiliados a un mismo plan, pero se permite que se alcen de forma diferenciada los planes de mujeres y los planes de los más ancianos, resultando tal situación discriminatoria. No existe una forma de controlar esta situación por parte de la Superintendencia, pues únicamente puede controlar la relación entre las personas afiliadas a un mismo plan;

49°. Que por todo lo precedentemente razonado, en opinión de los suscriptores de este voto, procede acoger la acción de inaplicabilidad deducida en las dos causas acumuladas, declarando inaplicables, en ambas causas sub lite, los dos preceptos legales impugnados por los requirentes.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 1°, 5°, inciso segundo, 19, numerales 2°, 9°, 24° y 26°, 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 N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

Que, habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6°, de la Carta Fundamental para declarar la inaplicabilidad requerida, motivo por el cual se rechaza el requerimiento. Déjense sin efecto las suspensiones del procedimiento decretadas en autos, debiendo oficiarse al efecto.

Redactaron el voto por acoger los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Gonzalo García Pino. A su vez, redactó el voto de rechazo el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 1856-10 (2020-11)-INA.

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

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