

000106  
Ciento seis

Santiago, diecisiete de diciembre de dos mil diecinueve.

## VISTOS:

### Requerimiento y tramitación

Con fecha 17 de septiembre de 2019, Loreto Andrea Buono-Cuoro Espinoza deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las letras m y n del artículo 170 y del artículo 199, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, para que surta efectos en las causa sobre recurso de protección caratulada "Buono-Core con Isapre Cruz Blanca S.A.", de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 40761-2019 (Protección).

El requerimiento fue admitido a tramitación y declarado admisible por resoluciones de la Primera Sala de esta Magistratura, ordenándose asimismo la suspensión en la tramitación de la gestión *sublite*.

Se hizo parte y formuló observaciones sobre el fondo la Isapre Cruz Blanca S.A., solicitando el rechazo del requerimiento en todas sus partes (fojas 53).

### Preceptos legales impugnados

Los preceptos legales impugnados disponen:

#### **Artículo 170, letras m) y n)**

*Para los fines de este Libro se entenderá:*

(...)

*m) La expresión "precio base", por el precio asignado por la Institución a cada plan de salud. Se aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan. El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores, y*

*n) La expresión "tabla de factores" por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.*





### **Artículo 199**

*“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.*

*La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.*

*Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:*

- 1.- DEROGADO;*
- 2.- DEROGADO;*
- 3.- DEROGADO;*
- 4.- DEROGADO, y*

*5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.*

*En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.*

*Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.*

*Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197”.*

### **Antecedentes**

Doña Loreto Andrea Buono-Cuoro Espinoza dedujo recurso de protección contra la Isapre Cruz Blanca S.A., por el aumento del precio de su plan de su salud con motivo de la incorporación de una nueva carga, dada por su hijo recién nacido.



EL recurso de protección se encuentra pendiente de fallo y suspendido en su tramitación conforme a lo ordenado por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional.

### Conflicto constitucional

Aduce la actora que la aplicación del artículo 170, letras m y n, en cuanto definen "precio base" y "tabla de factores", así como del artículo 199 del, en cuanto dispone la determinación del precio del plan de salud aplicando al precio base el factor que corresponde a cada beneficiario conforme a la tabla de factores incorporada al respectivo contrato, importan en el caso concreto, la infracción del artículo 19 de la Constitución, en sus numerales 2º, 9º y 24.

Así, se sostiene que la Isapre funda la legalidad del alza del plan de salud precisamente en estos artículos, que subsisten únicamente en la parte que no fue declarada inconstitucional por este Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 1710, de agosto de 2010, en lo relativo a los numerales 1, 2, 3 y 4 de su inciso tercero -correspondiente al antiguo artículo 38 ter- que fueron precisamente declarados inconstitucionales, no obstante lo cual ahora la Isapre igualmente invoca la tabla de factores de riesgo a que alude el artículo 199, en su parte no derogada, y confeccionada al amparo de disposiciones ya declaradas inconstitucionales, para justificar el alza del plan.

Así, la Isapre igualmente estaría aplicando la tabla de factores y, en consecuencia, discriminando y generando el efecto contrario al buscado por la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia 1710.

Luego, se postula:

1. En primer lugar, la infracción del principio de igualdad ante la ley, garantizado por el artículo 19 N° 2 constitucional, desde que la aplicación de los precepto reprochado, en cuanto permitiría el uso de una tabla de factores, configurando un trato discriminatorio en contra del menor recién nacido, que se incorpora como beneficiario o carga;
2. En segundo lugar, se vulneraría el derecho a la protección a la salud y a la libre elección del sistema de salud, sea estatal o privado, que garantiza el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental pues, igualmente, el aumento desproporcionado del precio del plan de salud, podría terminar obligando a la afiliada a cambiar de sistema de salud; y
3. Por último, se afirma la vulneración del derecho de propiedad, que asegura el artículo 19 N° 24 de la constitución, pues si la Isapre aumenta desproporcionadamente el valor del plan, termina generando una carga patrimonial injustificada que lesiona el patrimonio de la recurrente de protección, máxime cuando los principales riesgos de la nueva carga están cubiertos por el GES.





### Observaciones de la Isapre requerida

Isapre Cruz Blanca S.A. solicita el rechazo del requerimiento aduciendo, en primer término, que debe ser desestimado por cuanto se yerra en un supuesto base, al pretender un alcance de la sentencia Rol 1710, sobre parte del antiguo artículo 38 ter y actual artículo 199 del DFL 1 que no fue derogada, ni en consecuencia estimada inconstitucional por este Tribunal Constitucional en dicho fallo. No puede así argumentarse que -sobre los mismos fundamentos de la sentencia de inconstitucionalidad- ahora se declare inaplicable el resto del precepto, sin más.

Lo recién señalado además, es manifestación del carácter abstracto del requerimiento, que no cumple con explicar cómo se infringe la Carta Fundamental en el caso concreto, otro motivo para desestimarlo desde ya.

Se agrega que el uso de la tabla de factores hecho por la Isapre en nada afecta el orden constitucional, pues aquellas no han sido derogadas, sino que siguen vigentes a efectos de determinar los precios de los planes de salud, en el marco de los contratos de salud previsional que, indica Cruz Blanca, en la misma sentencia 1710 esta Magistratura consignó que corresponden a contratos de seguro, aun cuando por su naturaleza incorporen consideraciones de seguridad social.

En la especie, la incorporación de una nueva carga al plan, determina la aplicación, autorizada por ley y conocida de las partes contratantes previamente, del factor correspondiente en la tabla a la persona que se incorpora, para así fijar el nuevo precio del plan, multiplicando el precio base por el factor. Este mecanismo siempre ha existido y se ha aplicado, y en su propia sentencia de inconstitucionalidad esta Magistratura previno que su aplicación futura era válida, desde que precisamente la ley autoriza la modificación del plan cuando varía la composición del grupo familiar, y así el aumento del precio por la incorporación de una nueva carga en el caso sublite, se ha ajustado plenamente al mecanismo legal.

Luego, en cuanto al fondo, Cruz Blanca rechaza las infracciones constitucionales denunciadas. Explica que, en primer lugar, la aplicación del artículo 199 no afecta el principio de igualdad ante la ley, desde que en el plan de salud ha subido por un hecho específico y objetivo: la incorporación de una nueva carga, y la consecuente entrega de prestaciones de salud a una nueva persona por la Isapre. No se ha modificado el precio de un mismo afiliado por motivos que incumban a su persona, de modo que no se aprecia tampoco cómo podría entenderse discriminada la madre, si cada vez que una afiliada incorpora un hijo, se modifica el precio del plan, a efectos de otorgar las prestaciones, en igualdad, a la nueva persona.

Tampoco se vulnera el derecho a la protección de la salud y a la libre elección del sistema de salud, porque no puede bajo sustento constitucional entenderse que la protección de la salud se asegura sólo en la medida que no se sube el costo del plan por un nuevo afiliado, lo que no se concibe con el sistema constitucional que nos rige, donde las coberturas de salud son deber preferente del estado, a través del sistema público y privado, conforme al mismo artículo 19 N° 9 constitucional.



000108,  
ciento ochos

5

Finalmente, rechaza la requerida que se infrinja el derecho de propiedad del afiliado, desde que sobre lo ya dicho, se entiende que al incorporar un nuevo beneficiario se genera un nuevo riesgo cuyo precio se debe calcular, conforme al contrato regulado.

Es más, Cruz Blanca hace presente que debe rechazarse el requerimiento en la medida que lo que en él se propone afecta el derecho de la Isapre a su la libre iniciativa económica y su derecho de propiedad; derechos que ejerce legítimamente con apego a la regulación legal, dentro de un sistema institucional público-privado de salud, y en un régimen que se sustenta en que la Isapre cobra un precio por los servicios que presta, en la lógica del contrato de salud ya expuesta.

Amén de esto, afirma la Isapre requerida que esta sede de inaplicabilidad no es pertinente para discusiones de mérito del sistema imperante, y que debe tenerse a la vista y resguardarse el principio de confianza legítima en el desarrollo de la actividad privada de la Isapre, y la seguridad jurídica, al tiempo que el GES no se traduce en la inexistencia de prestaciones por la Isapre a la nueva carga.

### Vista de la causa

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 5 de diciembre de 2019 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y el alegato del abogado representante de la Isapre. Con la misma fecha quedó adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia (certificado a fojas 105).

### Y CONSIDERANDO:

I.

EL ASUNTO SOMETIDO A CONSIDERACIÓN DEL TRIBUNAL. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE ESTE CASO CON LOS PREVIOS RESUELTOS POR ESTE TRIBUNAL A PARTIR DE LA STC 5795/2019.

**PRIMERO.** La interrogante a dilucidar en este tipo de casos ha consistido en determinar si vulnera alguna disposición constitucional la aplicación de las normas legales impugnadas, las cuales –entre otras- habilitan para ofrecer un plan de salud susceptible de ser ajustado en su valor por la incorporación de una nueva carga diferenciando según la edad que ésta tenga.

En esta causa, al igual que las anteriores resueltas por esta Magistratura, en especial a partir de la STC 5795/2019, el factor de ajuste por la incorporación de una nueva carga es superior al que correspondería si el rango de edad fuera el mismo del de la madre cotizante.

Sin embargo, como se explicará, la pretensión última de la requirente va más allá, ya que aspira a que el precio de su plan de salud se calcule considerando sólo el precio base, es decir, descartando la aplicación tanto para la cotizante como para su hijo recién nacido de cualquier factor relativo a la edad. Esta aspiración resulta aún



más patente si se tiene presente que en este requerimiento se impugnan, además del artículo 199, los artículos 170 m) y n) del DFL N° 1 –del Ministerio de Salud- de 2005<sup>1</sup>.

Las particularidades antes mencionadas, no presentes en las causas previas conocidas por este Tribunal (con excepción de la STC 6523, la que es similar a ésta), hacen aún más evidente la decisión de rechazar la acción de inaplicabilidad intentada.

En definitiva, aceptar la argumentación de la postura a favor de declarar la inaplicabilidad de los artículos impugnados implicaría reconocer –equivocadamente- que sería contrario a la Constitución el sistema de salud privado vigente en Chile, ya que un aspecto esencial sobre el que se estructura todo el sistema de salud, esto es, la necesidad legal de fijar los precios de los planes de salud a través de un mecanismo basado en la tabla de factores, no podría ejecutarse. Lo anterior no obsta a que, aun asumiendo la constitucionalidad del sistema, se pueda llegar a considerar que su diseño o funcionamiento no es adecuado desde el punto de vista de las políticas públicas, aspecto que le corresponde definir a los órganos co-legisladores.

**SEGUNDO.** En lo que sigue, este Tribunal rechazará los argumentos relativos a la afectación de la igualdad ante la ley (art. 19, N° 2°) por aplicación de la norma impugnada en autos, así como las vulneraciones a los derechos a la protección de la salud (art. 19, N° 9°) y a la seguridad social (art. 19, N° 18°, disposición que aunque no ha sido mencionada en el requerimiento, suele invocarse).

## II.

### NO SE AFECTAN LOS DERECHOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONALMENTE

---

<sup>1</sup> El artículo 199 (en su parte más pertinente) establece que “[p]ara 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”. A su vez, el artículo 170 m) señala que “(...) El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores”. Para finalizar, el requerimiento impugna el precepto que contempla la definición de lo que ha de entenderse por tabla de factores: artículo 170 n) “[Para los fines de este Libro se entenderá:] La expresión “tabla de factores” por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan”.



**A.- NO SE INFRINGE LA IGUALDAD ANTE LA LEY O LA PROHIBICIÓN DE QUE POR LEY SE DISCRIMINE ARBITRARIAMENTE (ARTÍCULO 19, N° 2°).**

**TERCERO.** Para comenzar, y como parece obvio, la más significativa causa del aumento en el valor final pagado por la requirente desde que está afiliada a la ISAPRE radica en la incorporación de un nuevo beneficiario en dicha cobertura<sup>2</sup>.

Si se compara el precio del plan de salud antes y después de la incorporación de un nuevo asegurado recién nacido es posible advertir que el precio base es el mismo y que el pago por la cobertura GES se duplica de la misma forma en que se duplica el número de beneficiados. La única diferencia dice relación con el factor etario aplicado, el cual en vez de duplicarse experimentó un aumento levemente superior al doble y que en este caso concreto equivale a UF 0,5.

**CUARTO.** Por consiguiente, el reproche del cual este Tribunal se hará especialmente cargo –al igual que en los otros casos ya aludidos- es aquel referido a la aplicación de las normas legales que permiten calcular el precio del plan distinguiendo diversos tramos de edad.

Sobre el particular hay que tener presente que, dependiendo del rango de edad que corresponda al nuevo integrante cubierto por el seguro, el precio adicional por la nueva incorporación puede ser marginalmente mayor, menor o igual que el cobrado por cada uno de los miembros restantes. Cuando la nueva carga es una persona menor de dos años, el valor de dicho factor de riesgo es más elevado que el del tramo siguiente, dada la incidencia de dicho rango etario en el costo de provisión de salud.

Tal como se explicó en la STC 5795 y siguientes sobre esta materia, el mayor valor asociado al tramo de los menores de dos años tiene correlación con el mayor riesgo involucrado en dicha etapa de la vida, lo cual se refleja en el consiguiente mayor desembolso incurrido por las ISAPRE para la cobertura de las contingencias de salud.

Por consiguiente, estamos en presencia de preceptos legales no arbitrarios y de aplicación objetiva, y en que se trata por igual a quienes se encuentran en la misma situación.

**B.- NO SE INFRINGE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD (19, N° 9°) Y A LA SEGURIDAD SOCIAL (19, N° 18°).**

<sup>2</sup> Esta regla del todo lógica está reconocida en los siguientes dos preceptos legales no impugnados: El artículo 189 letra c): “[los referidos contratos deberán comprender, como mínimo, lo siguiente:] *Forma en que se modificarán las cotizaciones y aportes, prestaciones y beneficios, por incorporación o retiro de beneficiarios legales del grupo familiar*”. Y el artículo 202, inciso segundo: “*Los beneficios del contrato se extenderán por el solo ministerio de la ley a todos los nuevos familiares beneficiarios que declare el cotizante. Asimismo, estos beneficios se extinguirán automáticamente, respecto de quienes pierden dicha calidad. En ambos casos, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 189, las partes deberán dejar claramente estipulado en el contrato la forma y condiciones en que por la ampliación o disminución del número de beneficiarios variarán las condiciones del contrato*”.



**QUINTO.** Este Tribunal no estima que la aplicación de la normativa impugnada pueda infringir el artículo 19, N° 9° ni el N° 18° de la Constitución. Al efecto, resulta útil citar un fallo anterior de esta Magistratura en la cual se aclara, en primer lugar, que la protección es sobre mínimos y no sobre máximos: *"conforme se desprende de los numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Carta Fundamental, este último en relación con sus artículos 63, N° 4, y 65, inciso cuarto, N° 6, conviene tener presente que tanto el derecho a la protección de la salud como el derecho a la seguridad social presuponen la cobertura de ciertos estados de necesidad a través de determinadas prestaciones o servicios, solventadas con equivalentes cotizaciones o aportes; aspectos esenciales -todos- cuya entidad y cuantía son materia de reserva legal.[ ] Esto es, no se reconocen tales derechos en el acceso irrestricto a un universo de beneficios ilimitados, sino en la previsión de unas prestaciones que deben correr a parejas con sus correspondientes fuentes de financiamiento legal, equitativas y proporcionadas"* (STC 2337, c. 3°).

**SEXTO.** El artículo 19, N° 9°, inciso final, dispone que "[c]ada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado". Este derecho puede tener dos dimensiones. Primero, una dimensión en relación con el tipo de aseguramiento al cual se está afiliado: FONASA (estatal) o ISAPRE (privado). Y, segundo, una dimensión referida al tipo de prestador de salud con el cual satisfacer una acción o contingencia específica de salud. En este último sentido, los sistemas estatales y privados dan origen a una red de salud, entre las cuales las personas pueden elegir dónde acceder a las "acciones de salud" (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto).

**SÉPTIMO.** La Constitución hace referencia al "derecho a elegir", sin embargo, un correcto entendimiento de dicha disposición debe asumir que el derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado, nunca será absoluto. Un eventual estrechamiento en el margen de libertad de los afiliados no sólo no vulnera *per se* la Constitución, sino que puede resultar inevitable si se atiende a la capacidad económica.

**OCTAVO.** Por lo mismo, es importante tener presente que la garantía última de acceso universal a la salud recae en el sistema público (FONASA, en combinación con el plan AUGE - GES). La obligación impuesta al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud está dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes a prestaciones básicas uniformes. Esto, como se dijo, no implica que exista un derecho constitucional de las personas a permanecer en un plan de salud privado por un precio inalterado, sin consideración de los riesgos y costos involucrados. Los derechos sociales de prestación, en particular, el derecho a la salud y a la seguridad social, buscan garantizar prestaciones mínimas, las cuales están directamente vinculadas con el nivel de desarrollo económico de un país y con decisiones políticas





000110 9  
Ciento diez

expresadas en normas infra-constitucionales emanadas del poder legislativo y ejecutivo.

**NOVENO.** Esta Magistratura no comparte el sentido y alcance que la postura por acoger le otorga a los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social. Dicha posición parece estar inspirada en un constitucionalismo transformador, en virtud del cual la judicatura, sustituyendo al legislador, insta por un reemplazo del modelo imperante.

**DÉCIMO.** Desde el punto de vista de quienes están a favor de declarar la inaplicabilidad en este tipo de causas, un sistema de precios parcialmente desregulado sería incompatible –usando su lenguaje– con la construcción jurisprudencial de estándares constitucionales de protección de carácter dinámico y progresivo, y que miran como metas a seguir los modelos de seguridad social europeos fundados en el Estado de bienestar. No por casualidad el voto de minoría en la STC 2337 (c. 6º) en que se ha expresado dicha postura haya sostenido que “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y de otras magistraturas nacionales representa un espacio intermedio de construcción de garantías jurídico-institucionales que no cabe soslayar, consideradas en sí mismas y en perspectiva comparada” (énfasis agregado).

En dicha ocasión, se aseveró que “ ‘en las sociedades europeas desarrolladas, que están dotadas de un sistema público de asistencia sanitaria consolidado y maduro y que están además fuertemente medicalizadas, el núcleo básico o esencial de protección garantizado por el derecho a la salud puede considerarse ya alcanzado y asentado y el legislador se mueve en un escenario de opciones organizativas y prestacionales que resultan en su mayoría indiferentes desde el punto de vista constitucional (...) salvo que incurra en discriminación, por introducir divergencias de trato injustificadas’ (Pema Gavín, Id., p. 56)” (c. 6º).

De las citas precedentemente aludidas, las cuales son utilizadas por la postura opuesta a la respaldada por este Tribunal, se colige -a *contrario sensu*- que las opciones legislativas constitucionalmente compatibles para países de un nivel de desarrollo intermedio, como el nuestro, son hoy más limitadas que las disponibles para países más ricos y con un Estado de bienestar más asentado. Así, se insinúa que el actual modelo de salud privada chileno es una opción constitucionalmente inaceptable.

**UNDÉCIMO.** Este Tribunal no comparte la tesis anterior, ya que –entre otras cosas– implicaría desconocer el texto de la regulación constitucional vigente. No hay un derecho fundamental a la salud o a la seguridad social susceptible de ser garantizado haciendo caso omiso al marco de opciones que la Constitución permite o asegura.

En definitiva, la Constitución no prescribe un único modelo de salud. Por el contrario, nuestra Carta Fundamental establece un marco de opciones cuya regulación es materia de ley simple. Por lo tanto, es al Congreso Nacional a quien le





corresponde su modificación y no a un Tribunal Constitucional por la vía de una construcción voluntarista de estándares que van más allá de los derechos asegurados a todas las personas por la Constitución Política de la República.

**DUODÉCIMO.** Como puede apreciarse, esta argumentación de vulneración del derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9°) y a la seguridad social (art. 19 N° 18°) constituye un reproche general y abstracto contra el sistema de ISAPRES, el cual no resulta constitucionalmente admisible en un procedimiento de inaplicabilidad por inconstitucional como el actual.

**DECIMOTERCERO.** Para finalizar, y sin perjuicio de lo antes mencionado, reiteramos lo señalado en el voto por el rechazo de la STC 3227 y que se ha asentado como doctrina a partir de la reciente sentencia Rol N° 5795-18, de 17 de octubre de 2019: si se considerara que existe algún factor – sexo, edad, enfermedades preexistentes - que genere un efecto de cautividad en una ISAPRE y, en consecuencia, se restringiera la libertad de elección del cotizante, pareciera ser que el efecto inconstitucional se radicaría en las normas de la Ley de ISAPRE relativas a las preexistencias (artículos 189 N°5 letra g) y h), y 190 N°6 del DFL N°1, de 2005). La hipótesis recién aludida no es pertinente al caso bajo análisis y, en cualquier caso, no ha sido invocada.

**EN CONCLUSIÓN Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimeros, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

- 1°- QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL, DE FOJAS 1.**
- 2°- ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- 3°- QUE NO SE CONDENA EN COSTAS AL REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**



## DISIDENCIA

Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Gonzalo García Pino, Nelson Pozo Silva y señora María Pía Silva Gallinato, quienes estuvieron por acoger el requerimiento deducido, conforme a las siguientes argumentaciones:

### I.- Normas impugnadas.

1.- La norma impugnada por el requirente es el artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006 que mandata lo siguiente:

*"Artículo 199.- 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.*

*La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.*

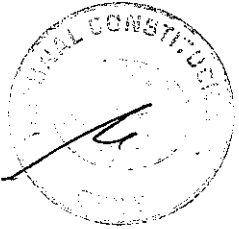
*Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:*

- 1.- DEROGADO;
- 2.- DEROGADO;
- 3.- DEROGADO;
- 4.- DEROGADO, y

*5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.*

*En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.*

*Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de*





*dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.*

*Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197."*

2.- Cabe constatar que se trata del mismo precepto legal que en sus primeros cuatro numerales fue declarado inconstitucional en la Sentencia Rol 1710/2010 y que generó el efecto de la derogación de los numerales indicados de dicho precepto legal, como resultado de la aplicación de los artículos 93, numeral 7° y 94 de la Constitución, por parte de esta Magistratura.

## **II.- Conflicto constitucionalmente planteado.**

3.- La parte requirente acciona ante esta Magistratura en el contexto en que la institución de salud a la que está afiliada le aplicó un precio improcedente por la inclusión de su hijo como carga en el plan de salud contratado. La improcedencia denunciada resulta del hecho de que se ha determinado el nuevo valor del plan mediante la aplicación de tablas de factores establecidas en normas derogadas por sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1710/2010.

4.- La requirente señala que la Isapre ha aplicado, en virtud del precepto impugnado, una tabla de factores de riesgo elaborada en base a los preceptos legales que fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Sostiene que la aplicación del precepto reprochado vulnera los Nos. 2°, 9° y 24° del artículo 19 de la Constitución, ya que el uso de dicha tabla calculada de la forma señalada implica una diferencia arbitraria, por cuanto los costos han sido establecidos sin un parámetro real y objetivo, especialmente considerando que varias de las contingencias de salud del nuevo beneficiario ya han sido consideradas en el precio GES del plan de salud vulnerando el artículo 19, numeral 2° de la Constitución. Asimismo, se obstaculiza el derecho a elegir el sistema privado de salud, por el aumento del costo del plan contratado, impactando en el inciso final del numeral 9° del artículo 19 de la Constitución. Y, finalmente, el aumento del precio del plan carece de razonabilidad, pues entraña una doble contabilidad del riesgo, toda vez que considera el precio del plan y también el precio GES del mismo, produciendo un efecto de alza desproporcionada que impacta en su derecho de propiedad.

000112  
ciento doce

### III.- Criterios interpretativos de esta disidencia.

5.- Los criterios interpretativos de esta disidencia se ceñirán a la Sentencia Rol 3227 y a los efectos jurisprudenciales que generó su acogimiento. Justamente ahora se reprocha, por parte de la Isapre requerida, que este es un caso de mera interpretación legal. Por ello, el primer asunto es identificar el problema de constitucionalidad práctico. El segundo criterio, es el análisis de la estructura de los precios de los planes de salud. Un tercer elemento argumentativo es que la tabla de factores es un instrumento que depende de su uso y la orientación de seguridad social ha de primar. Un cuarto factor es que el marco regulatorio de la fijación de contratos de salud, opera bajo una perspectiva de discriminación general en los planes de salud en el cuadro de un poder contractual que deslegaliza derechos fundamentales. Adicionalmente, los contratos de salud son de orden público, no son susceptibles de disposición unilateral de las Isapres y se han de orientar a proteger el derecho a la salud en una perspectiva de seguridad social. Un sexto criterio, es el hecho de que existe una contabilidad doble del riesgo al atender al conjunto de factores que dependen de la incorporación del hijo menor de dos años al plan de salud. Esa contabilidad implica sobrevalorar los riesgos en perjuicio del derecho a la protección de la salud como derecho de seguridad social. Un último criterio es que la STC 3227 no ha podido ser desmentida y el traslado de la sede al debate de la jurisdicción ordinaria lo ratificará.

a.- **Este es un conflicto de constitucionalidad a partir de la Sentencia Rol 3227 lo que impide entenderlo como un conflicto de legalidad.**

6.- Este requerimiento se origina en la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 3227/2016, de 4 de septiembre de 2018, que acogió un requerimiento en contra del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006. Si bien en dicho requerimiento también fueron impugnados los literales m) y n) del artículo 170 del mismo cuerpo legal, dicho acogimiento no obtuvo la adhesión suficiente para abarcar estas definiciones de la tabla de factores.

7.- En síntesis, en dicho requerimiento se inauguró una tendencia respecto del acogimiento de la tesis en orden a estimar que la incorporación de un recién nacido al Plan de Salud de su madre configura una afectación del derecho constitucional puesto que "la Isapre aplicó las normas que le permitieron usar la inveterada tabla de factores de riesgo, con tres criterios perjudiciales para la usuaria. Primero, porque hay una doble contabilidad del riesgo en contra de los intereses de los nuevos nacidos que integran el mismo plan como beneficiarios, según ya explicamos la relación entre ambos criterios de determinación del precio. Segundo, porque la tabla de factores debe usarse acorde a la naturaleza del derecho, esto es, para atenuar la vulnerabilidad propia de la dimensión de seguridad social del derecho a la salud. Tercero, porque la Isapre realiza una interpretación de la Sentencia Rol 1710 que redundando en una posición menos



ventajosa para el usuario que si se tomara en serio dicha jurisprudencia. Aplica los efectos discriminatorios tradicionales que se han impugnado tantas veces respecto del factor edad. Lejos de configurar un elemento objetivo, como se hace en los beneficios del Plan AUGE-GES, se adopta el riesgo como barrera de acceso a un plan de salud familiar" (STC 3227, c. 53°).

**8.-** De conformidad con dicha sentencia, a la que nos referiremos sistemáticamente en este voto disidente, se inauguró el denominado "Efecto Juárez" en alusión al apellido de la requirente que abrió una nueva línea de cuestionamientos a la ya conocida judicialización de los contratos de salud del sistema privado pero en un aspecto del todo nuevo basado en la afectación del precio de los planes de salud a partir del nacimiento de un nuevo beneficiario y su correlativa integración al plan.

**9.-** Actualmente, a partir de una sola sentencia del Tribunal Constitucional los tribunales superiores de justicia han adoptado un patrón de decisiones coincidentes con la Sentencia Rol 3227/2016 y que podemos describir a partir de la sentencia de la Corte Suprema que acoge los recursos de protección por sus propios fundamentos. En tal sentido, cuando confirma los fallos de los tribunales de alzada, sólo tiene presente la parte expositiva de los mismos. La estimación de los recursos se funda en que la cobertura de salud del menor de edad se encuentra cubierta por la Ley N° 19.966. En efecto, señala que "la cobertura de las prestaciones que motivan el alza del plan de salud de la parte recurrente, en razón de la incorporación de un nuevo hijo recién nacido, se encuentra cubierta de conformidad a las disposiciones de la Ley N° 19.966 de Régimen General de Garantías de Salud, abarcando, aminorando o atenuando los riesgos de un importante número de dolencias./ Que, conforme lo dicho, el alza del plan de salud de la parte recurrente resulta desproporcionada y, por tanto, arbitrario al carecer de justificación el aumento de riesgos o prestaciones originadas por el nacimiento e incorporación como carga del nuevo hijo" (SCS rol 317-2019, de 04.04.19, cc. 1° y 2°).

**10.-** En la vista de la causa, el abogado de la requerida Isapre Colmena Golden Cross ha dado cuenta del efecto del reconocimiento de esta tendencia en el ámbito de la justicia ordinaria con más de 300 recursos de protección presentados y con una configuración prácticamente unánime para su acogimiento a partir de haber acrisolado una nueva jurisprudencia desde la Sentencia de la Corte Suprema Rol 58.873-2016, relativa a la causa que dio origen al "Efecto Juárez".

**11.-** Luego de la STC Rol N° 3227/2016, se han presentado 59 requerimientos ante el Tribunal Constitucional basados en el mismo conflicto constitucional que resolvió dicha sentencia, 18 de ellos han sido interpuestos por diversas Cortes de Apelaciones, esto es, un 30%. La situación de todos estos requerimientos ha ido variando y a partir de la demora de ser vistas estas causas



000113

15

Ciento trece

en tabla y la decisión de acoger los Recursos de Protección por parte de los tribunales superiores de justicia en el país, más de un 20 % de los requerimientos han sido retirados o desistidos, dependiendo el grado de avance procesal de su tramitación ante el Tribunal Constitucional.

12.- En definitiva, el "efecto Juárez" es una tendencia actual en la jurisdicción ordinaria a partir de un caso acogido en el Tribunal Constitucional. Es evidente que detrás de todo conflicto normativo hay, primigeniamente, cuestiones de legalidad pero lo que lo convierte en un problema constitucional es que la función de la Justicia Constitucional fue destrabar interpretativamente uno de los núcleos de las dificultades que implicó la Sentencia de inconstitucionalidad Rol 1710 que derogó cuatro numerales del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006. Por ende, es un conflicto constitucional desde su inicio y éste no es más que una cadena más de sus consecuencias, dentro de las que hay que delimitar asuntos de legalidad, según veremos. Por lo demás, este es un asunto que ha tratado la doctrina en casos en donde están involucrados este tipo de derechos constitucionales (Charles Epp (2013), *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, siglo XXI editores, Buenos Aires).

**b.- La estructura de los precios de los planes de salud.**

13.- Tratándose de un asunto que involucra el cuestionamiento de los precios de los planes de salud privado es necesario partir indicando su estructura y componentes internos, a partir de lo ya tantas veces explicado. "Los precios finales de los planes de salud en su conjunto están determinados, de modo general, por tres componentes. Primero, por el precio base del plan de salud. En segundo lugar, por la tabla de factores de riesgo asociada a cada plan de referencia. Tercero, por el precio de coberturas adicionales originadas en enfermedades catastróficas o en la prevalencia de enfermedades consignadas en el Plan AUGE – GES. En este último caso, se trata de enfermedades definidas mediante el desarrollo de estudios epidemiológicos con el "objetivo de determinar un listado de prioridades en salud y de intervenciones que consideren la situación en salud de la población, la efectividad de las intervenciones, su contribución a la extensión o a la calidad de vida y, cuando es posible, su relación costo efectividad" (artículo 13 de la Ley 19.966)" (STC 3227, c. 13°).

14.- "Los precios de un plan son una de las últimas manifestaciones de una organización de salud en la que determinados principios sostienen un modelo de funcionamiento. El precio es un valor final que se descompone en un conjunto de elementos. Estos componentes miran a aspectos diversos de una modalidad de gestión de la salud privada que da cuenta de principios de organización tan complejos como diversos. El precio base de los planes apunta al proyecto organizacional de las Isapres y constituye una fuente de financiamiento básica para permitir la sustentabilidad de esta modalidad de prestaciones de salud. Las coberturas adicionales están centradas en la mayor o menor prevalencia de las



enfermedades. Y la tabla de factores mira al usuario y a sus cargas desde una perspectiva de riesgo" (STC 3227, c. 14°).

15.- "La reforma legal de la Ley N° 19.966, denominada Régimen General de Garantías en Salud, introdujo una de las principales transformaciones de la política pública de salud integrando tanto dimensiones prestacionales como financieras. Con ello alteró el modelo de financiación de las Isapres, tanto económicamente como conceptualmente, de un modo que afecta la regla de la tabla de factores de riesgo cuestionada en esta causa. Lo anterior, porque hasta antes de esta reforma, la tabla de factores configuraba un ejercicio abstracto de predeterminación del precio basado en un riesgo. Ese riesgo proviene de determinados factores asociados a estándares de cargas de enfermedades más frecuentes de la salud en Chile. Por eso, cuando se analizaba el patrón de referencia por sexo y edad se estimaba la condición de usuarios en relación con todo el universo potencial de enfermedades. Por tanto, cuando se aíslan las enfermedades más frecuentes abarcando a un conjunto enorme de las mismas, la tabla de factores cambia conceptualmente trasladando su foco de atención desde la prevalencia de las enfermedades al riesgo que proviene concreta y realmente de cada uno de los usuarios y sus cargas, casi en exclusiva. Dicho de otra manera, si uno toma las cinco primeras causas de enfermedad en Chile, todas están en el AUGE-GES y de las 25 primeras causas de enfermedad, 16 de ellas están en el AUGE-GES (Departamento de Salud Pública de la Universidad Católica de Chile (2008), Estudio de carga de enfermedad y carga atribuible, Informe final, por encargo del Ministerio de Salud de Chile, p. 38). Todas estas referencias fueron traducidas en el debate público legislativo que contribuyeron al incremento y consolidación de este plan desde las 56 patologías iniciales hasta las actuales 80 definidas por Gobiernos de diverso signo ideológico" (STC 3227, c. 15°).

16.- "Adicionalmente, esta Magistratura ha adoptado decisiones relativas a las modalidades de reajuste del precio base de los planes de salud (STC 1856 y 2020) desestimando por mayoría la inaplicabilidad del artículo 198 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud, de 2006. Este precio base gira en torno a la estructura básica de funcionamiento del sistema de salud privado y no lo cuestionará con ocasión de esta sentencia, puesto que se encuentra en una hipótesis ajena a la misma" (STC 3227, c. 16°).

c.- **La tabla de factores es un instrumento que depende de su uso.**

17.- La tabla de factores es un instrumento que no fue declarada inconstitucional porque depende de su uso. Lo anterior, porque "resulta natural no estimar a todo evento la inconstitucionalidad de un instrumento o un medio. Por ejemplo, no podemos dudar que los factores de riesgo tienen racionalidad económica. Los factores de riesgo por los cuales se define el precio del contrato de salud son criterios razonables para distinguir cuándo el riesgo se hace más o menos prevalente. En la lógica de seguros, es evidente que el riesgo de sufrir enfermedad aumenta con la edad, o que el riesgo de prestaciones relacionadas con el embarazo





sólo puede suceder a las mujeres. Esta racionalidad económica en una perspectiva de seguros nos indica que la infracción constitucional detectada en la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710 no se relaciona con el escrutinio de racionalidad ni con la proscripción de arbitrariedad. Las reglas fueron declaradas inconstitucionales porque eran discriminatorias, en circunstancias que se aplicó un escrutinio estricto de mayor intensidad" (STC 3227, c. 19°).

18.- "Lo exigido en la Sentencia de inconstitucionalidad en relación con el artículo 38 ter de la Ley es que determinar un riesgo por mayor prevalencia puede ser un método para determinar un precio conforme a un patrón de seguridad social (STC 1710, c. 159°). Dicho de otra manera, la función económica de aseguramiento por riesgo incremental debe ser reemplazada por la función de seguridad social por riesgo incremental. A mayor riesgo, mayor seguridad social y no mayor vulnerabilidad por incremento de los planes" (STC 3227, c. 20°).

19.- "La derogación de las normas legales referidas en la STC Rol N° 1710 consiste en la eliminación de los efectos discriminadores de la tabla de factores de riesgo y no en la tabla misma. La discriminación reside en apreciar como riesgo, factores que son ajenos al control de las personas como el sexo y edad, para apreciarlos económicamente de un modo que acentúa la ausencia de control. No bastaba con determinar tramos etéreos sino que se encarecían los precios de los menores de edad y las mujeres. La tabla de factores operaba contra los riesgos de seguridad social puesto que la legislación permitía una deslegalización de los derechos fundamentales al extenderles ampliamente poderes reguladores en la esfera administrativa y contractual;" (STC 3227, c. 21°).

**d.- La discriminación general en los planes de salud en el marco de un poder contractual que deslegaliza derechos fundamentales.**

20.- Este requerimiento surge con ocasión del cuestionamiento acerca del modo en que se aplicó la Sentencia de inconstitucionalidad Rol 1710/2010. Se trata de un asunto que se proyecta sobre un caso nuevo relativo a la forma en que se aplica la tabla de factores de riesgo respecto del ingreso de una nueva carga recién nacida o por nacer. En tal sentido, hay que recordar que el punto de partida implica recordar el modo en que se cuestionó esa aplicación de la tabla, siendo en esencia, una cuestión relativa a la necesidad de restringir la libertad contractual de la Isapre, puesto que el modo en que estaba reconocida importaba una deslegalización de los poderes normativos de protección del derecho a la salud.

21.- Por ende, siguiendo dicha jurisprudencia se produce discriminación en el precio de los planes de salud porque "... es dable observar que si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco *prima facie* arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que





admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de "instrucciones de general aplicación", los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad" (STC 1710, c. 145º)" (STC 3227, c. 23º).

22.- En esa perspectiva, la discriminación de fondo se facilita por una infracción competencial al principio de reserva legal. "Que el legislador ha faltado a su deber de especificidad y determinación al permitir que las Isapres puedan reajustar discrecionalmente sus planes de salud, mediante un uso de la tabla de factores, sin establecer un criterio o parámetro objetivo que mantenga la equidad sustancial de los riesgos en el contrato de salud (...) Que por lo mismo hay que recordar en qué consiste esta vulneración de la reserva legal. "Resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley Nº 20.015, y con apoyo en el mismo juicio jurídico debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados, ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo" (c. 146º) (...) Que, todo lo anterior, redundando en aplicaciones contractuales que otorgan un poder unilateral a la Institución de Previsión de Salud. En tal sentido, el plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre." (STC 3227, cc. 25º, 27º y 29º).

**e.- Los contratos de salud son de orden público, no son susceptibles de disposición unilateral de las Isapres y se han de orientar a proteger el derecho a la salud en una perspectiva de seguridad social.**

23.- "[P]or ende, las reglas contractuales del sector obedecen a un paradigma diferente por dos vías. Primero, porque no se ciñen a las pautas de la autonomía de la voluntad de los contratantes puesto que la intervención del legislador tiene por objeto proteger al contratante débil o usuario del sistema privado de salud. Y, en segundo lugar, porque las reglas de intervención del legislador no son solo a efectos de corregir anomalías o precaver algún interés público. Se trata de definir contratos orientados por la naturaleza del derecho, esto es, un derecho de protección de la salud integrante de la seguridad social;" (STC 3227, c. 32º).

000115  
ciento once

24.- El derecho a la salud como derecho de seguridad social. “[L]a vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios “condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210). Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida” (STC Rol 1710, c. 136º)” (STC 3227, c. 38º).

25.- Afectación al igualitario acceso a las prestaciones de salud impactando en su derecho de elección del sistema de salud de su preferencia. “Que se afecta el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud garantizadas por el artículo 19, numeral 9º, de la Constitución en casos especialmente vulnerables, dentro de los que se encuentran los niños menores de dos años de edad. En tal sentido, esta Magistratura ha sostenido que “el seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre. Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución” (Sentencia Rol 1710, c. 155º);/ Que el impedimento mediante precios desproporcionados en relación a las rentas, basados en factores que no están disponibles al control de la autonomía de las personas, ponen en riesgo y afectan el derecho que la Constitución consagra en el inciso final del artículo 19, numeral 9º, de la Constitución en orden a poder reconocer que “cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”” (STC 3227, cc. 39º y 40º).

**f.- Duplicidad de la contabilidad del riesgo de salud de un menor de dos años minusvalorando su derecho a la protección de su salud como derecho de seguridad social.**

26.- En la Sentencia Rol 3227 se desarrolló una consecuencia de la aplicación de los criterios antes enunciados que derivó en lo que denominamos una contabilidad duplicada de riesgos vitales o de grave deterioro de la calidad de vida de los



menores de dos años de edad, producto de que las fuentes de cobro duplicado provendrían, a la vez, de la prima AUGE-GES y de la tabla de factores de riesgo etéreo. Hemos decidido autonomizar este argumento como criterio puesto que es uno de los de preferente uso por parte de los tribunales superiores de justicia para acoger los Recursos de Protección presentados en la materia.

**27.-** En tal sentido, "cabe retomar un examen de los componentes del precio de un plan de salud en una Isapre. Éste está compuesto por tres elementos. Uno que mira la organización básica del sistema de salud para su continuidad (precio base). Otro que mira la carga de las enfermedades, priorizadas entre aquellas 80 patologías más frecuentes conducentes a evitar la mortalidad o la extensión de la calidad de vida (AUGE-GES). Y la tabla de factores de riesgo que determina los valores a aplicar a un plan concreto de salud, atendido la libertad de elección y centrado en los riesgos etéreos de los usuarios y sus cargas. Descartamos los otros efectos en el Plan que pueden provenir de beneficios universales como la Ley Ricarte Soto (Ley N° 20.850) o específicos como el de enfermedades catastróficas: Institucionalidad, enfermedad y usuario aparentan un equilibrio de los componentes para determinar el precio de un plan de salud, con una gran salvedad: buena parte de los riesgos en el caso de los menores de dos años de edad están contabilizados dos veces. Buena parte de las ochenta patologías cubiertas por el AUGE tienen como público objetivo a los menores de edad, especialmente, a los recién nacidos, siendo posible atribuir en exclusiva a ellos 17 riesgos específicos (Ver Decreto Supremo N° 22, de 2017, del Ministerio de Salud en donde se recogen y adecuan las 80 patologías vigentes)" (STC 3227, c. 44°).

**28.-** "En consecuencia, cada vez que se integra un nuevo beneficiario a un plan de salud un conjunto amplísimo de todos los riesgos susceptibles de ser tratados ya están cubiertos por el Plan AUGE. Si uno examina el estudio sobre carga de enfermedad, uno de los objetivos de política pública de salud es evitar la muerte prematura y una vida con discapacidad por enfermedades. Bueno por lo mismo los problemas derivados de cardiopatías congénitas, cáncer, infección respiratoria aguda, asma bronquial, la fibrosis quística o la hemofilia en los menores de dos años (aunque no exclusivamente en ese segmento) están cubiertos por este tipo de política es porque no deberían estar incluidos como factor de riesgo. Alguien podría pensar que la condición misma de un nacimiento con dificultades genera el riesgo. Por eso que también están incluidos en este plan, definido por el legislador, enfermedades como la prevención del parto prematuro, la analgesia del parto, la retinopatía del prematuro, la displasia broncopulmonar del prematuro o la hipoacusia neurosensorial bilateral del prematuro, etc. (Ver D.S. N° 22, del Minsal de 2017)" (STC 3227, c. 45°).

**29.-** "Como sabemos, hay un pago adicional que hay que realizar en la Isapre por el Plan AUGE-GES, respecto de todos los beneficiarios de las mismas, por lo que no deben ser integradas como nuevo cobro. Por ende, cada vez que se asuma como un solo todo los riesgos derivados de la condición de ser recién nacido y menor de



dos años de edad, en lo relativa a las causas de las enfermedades más graves que ponen en riesgo la vida y las capacidades de las personas, ellas ya vienen protegidas por esta legislación. De esta manera, los factores de riesgo respecto de este segmento etéreo debe examinar la habitualidad de enfermedades comunes no conducentes a la muerte prematura ni a algunas discapacidades expresamente reflejadas. Cuando esto acontece, por efecto de políticas públicas que todos los chilenos pagamos mediante impuestos, se otorgan subsidios para proteger la salud de las personas más vulnerables en las contingencias más críticas, con lo cual los riesgos de salud se aminoran considerablemente en este segmento de los menores de dos años de edad" (STC 3227, c. 46°).

30.- "Por ende, el título de cobro que la Isapre tiene respecto de los beneficiarios recién nacidos no puede provenir de dos fuentes. Primero, no debe cobrar por un riesgo que no cubre lo que configura un enriquecimiento injusto, y, segundo, respecto de los demás riesgos, la tabla de factores debe estimarlos para considerarlos como un derecho de seguridad social y no para agravar los costos de la contingencia social. Cabe recordar que de todos los títulos de financiamiento de la salud privada, hay uno que mira a la institución (precio base), otro las enfermedades de alto riesgo (AUGE-GES) y el otro son los usuarios y beneficiarios. De este modo, el único cobro que permite entender el derecho a la salud como derecho de seguridad social es que el precio resultante de aplicar los factores de riesgo considere la solidaridad objetiva y subjetiva propia de los derechos de seguridad social" (STC 3227, c. 47°).

g.- **Las críticas de la Isapre a la STC 3227 y su traslado al debate en sede ordinaria.**

31.- a) **¿No es decisiva la norma?** Parece razonable agrupar las razones por las cuales cada Isapre desestima el "Efecto Juárez". Por lo mismo, cabe la pena agruparlas. Una primera crítica es que el artículo 199 del DFL N°1, del 2006, del Ministerio de Salud no sería norma decisiva en el conflicto puesto que hay otras normas [literales m) y n) del artículo 170, numeral 2° del artículo 203 y numeral 8° del artículo 216] que en dicho cuerpo legal dejan subsistente la tabla de factores de riesgo y puede ser aplicada sin perjuicio de la inaplicabilidad del precepto cuestionado.

Sin embargo, tales preceptos son irrelevantes porque lo que importa es la regla de incremento del plan, la que tiene por norma decisiva al artículo 199 del cuerpo legal reprochado. Adicionalmente, el hecho de que exista el reconocimiento del instrumento de valoración de riesgo es inconducente puesto que la STC 3227 no postula la desaparición de la tabla de factores sino que su uso con un sentido de seguridad social.

32.- b) **¿La perspectiva de seguridad social está presente en la configuración del precio del plan?** Para ello, la Isapre invoca un conjunto de elementos ajenos a la discusión planteada por los requirentes en orden a sostener que la dimensión de seguridad social está presente porque la siniestralidad no



influye en el precio; porque hay beneficios asociados cuando la persona se encuentra cesante; porque hay coberturas de pleno derecho, etc.

Al respecto cabe precisar que estas normas tienen dos características. Primero, son ajenas al conflicto planteado que, siguiendo los criterios adoptados por la STC 3227 y la jurisdicción ordinaria, debe verificar la existencia de una atenuación del costo del plan de salud en perspectiva de seguridad social con ocasión de la incorporación de una nueva carga. Y, en segundo lugar, estas descripciones se vinculan al reconocimiento de la función de un contrato con reglas de orden público y con dimensiones forzosas del mismo. Pues bien, esa lectura contractual es la sostenida por la Sentencia 3227 y que es ratificada por el propio requirente.

**33.- ¿La nueva carga es gratis?** Una de las lecturas sorprendentes de la STC 3227 es que no resulta posible financiar gratuitamente las nuevas cargas. Es evidente que los planes de salud tienen costo y la integración de una nueva carga no es gratis. La STC 3227 se enmarca en un examen de las fuentes de costos de los planes de salud privada. Parte de la base que la salud tiene costos y el modelo institucional no impugnado en su globalidad importa que los cotizantes paguen por ello. En ninguna parte se sostiene que deba ser la salud gratis. En su cuidada redacción se refiere a la necesidad de que el nuevo costo por plan de salud por la integración de un nuevo beneficiario cambie su sentido finalista: "la función económica de aseguramiento por riesgo incremental debe ser reemplazada por la función de seguridad social por riesgo incremental". Utilizar la lógica de seguridad social con la tabla de factores es el problema constitucional y el precio resultante es la dimensión de legalidad, con un componente relevante de mérito legislativo.

**34.- ¿La tesis del doble riesgo de cobertura es fruto de una inadecuada comparación?** Uno de los argumentos por los cuales se acogen los recursos de protección, y que está presente en la STC 3227, es que en la dimensión de seguros está doblemente cobrado un tipo de riesgo. Efectivamente, esta sentencia realiza un examen de riesgos diversos provenientes de dos fuentes de costos: la tabla de factores y el Plan Auge. Sostienen las Isapres que no es posible comparar un plan de salud de libre elección en un régimen abierto de riesgos respecto de ellas en relación con un plan, como el Auge, de 80 prestaciones específicas en un régimen de cobertura cerrado y con garantías adicionales ad hoc. Por ende, el tipo de riesgos estaría cubierto de manera diferente y de un modo no comparable.

Lo cierto es que la STC 3227 parte de esa distinción puesto que al establecer el precio que debe pagar un cotizante (sin considerar seguros adicionales) realiza la asignación del propósito a partir del cual se realiza la mencionada distinción. Sin embargo, la cuestión sigue estando en el mismo punto: el grado de sobrevaloración de un riesgo de salud.

**35.- ¿La doble contabilidad del riesgo no es tal porque se protegen riesgos diferentes?** Otra de las impugnaciones a la tesis de la duplicidad del riesgo contabilizado es que los riesgos cubiertos son diferentes. En tal sentido, la Isapre



sostiene que aplicada la cobertura AUGE-GES sobre un menor de dos años la experiencia indica que la nueva carga recurre a la financiación de otros riesgos no cubiertos pero ahora con cargo al Plan mismo que se obtiene por aplicación de la tabla de factores de riesgo. En tal sentido, se ejemplifica con el hecho de que los menores de edad, susceptibles de tener enfermedades congénitas al corazón o cancerígenas, su propia condición precaria de salud implica que recurren más sistemáticamente a prestaciones no cubiertas por el AUGE-GES justamente por sus afecciones a otros órganos. Y sostiene la Isapre que por lo mismo estaríamos frente a riesgos diferentes.

Esta explicación está lejos de constituir un ejemplo de riesgos diferentes sino que viene a confirmar la tesis de que nos enfrentamos a un mismo riesgo cubierto de diversas maneras, siendo la financiación por AUGE-GES la fundamental en los riesgos vitales y de calidad de vida sustantiva de los menores de dos años de edad por enfermedades prevalentes. En tal sentido, las demás coberturas operan de un modo complementario al riesgo y no como si fuera un riesgo diferente. En tal sentido, el Plan AUGE-GES contiene una garantía de financiación en esas enfermedades que no exime de un copago. Ese copago, por el alto costo de las enfermedades asociadas, puede llevar a que las familias contraten seguros catastróficos o complementarios, lo que revelan que están financiando el mismo riesgo pero en sus costos excedentarios.

**36.- ¿La doble contabilidad del riesgo no es real en la práctica?** El otro argumento sostenido por la Isapre es que no existe tal duplicidad a partir del análisis del examen de los pocos casos de personas que usan el AUGE-GES. Sin perjuicio de que se añadieron unas referencias porcentuales, cabe indicar estudios de acceso público a partir de las informaciones que deben enviar las Isapres a la Superintendencia de Salud. Conforme a esos elementos podemos acompañar las siguientes conclusiones estadísticas.

Algunos datos en relación con la cobertura del Régimen GES

De acuerdo al Decreto Supremo N° 3, de 2016, del Ministerio de Salud, que aprueba garantías explícitas en salud del régimen general de garantías en salud, los menores de 2 años son eventuales beneficiarios del Régimen General de Garantías en Salud por los siguientes 24 problemas de salud:

Problemas de salud	Casos Ges informados año 2016		Tasa de Uso en función de Casos GES* Julio 2015 – Junio 2016		
	Isapre	Fonasa	Isapre	Fonasa	Razón Fonasa/ Isapre
2.- Cardiopatías	411	6.271	848,8	3.690,2	4,3



congénitas operables en menores de 15 años					
9.- Disrafias espinales	35	818	51	458,0	9,0
10.- Tratamiento quirúrgico de escoliosis en personas menores de 25 años	145	740	10,4	15,9	1,5
13.- Fisura labiopalatina	77	375	183,6	213,1	1,2
14.- Cáncer en personas menores de 15 años	145	985	18,3	40,9	2,2
15.- Esquizofrenia	300	2.622	9,2	19,3	2,1
19.- Infección respiratoria aguda (IRA) de manejo ambulatorio en personas menores de 5 años	23.383	243.863	9.106,40	30.047,5	3,3
22.- Epilepsia no refractaria en personas desde 1 año y menores de 15 años	346	2.653	45,7	102,4	2,2
30.- Estrabismo en personas menores de 9 años	582	8.423	123,1	546,1	4,4
33.- Hemofilia	42	562	1,9	9,1	4,8
39.- Asma bronquial moderada y grave en personas menores de 15 años	9.015	29.329	1.084,70	1.074,2	1,0
40.- Síndrome de dificultad respiratoria en el recién nacido	369	2.413	752,9	1.415,5	1,9
49.- Traumatismo cráneo encefálico moderado o grave	266	14.463	7,7	108,6	14,2
50.- Trauma ocular grave	148	16.568	4	126,3	31,8
51.- Fibrosis quística	7	42	0,1	0,2	1,5
55.- Gran quemado	77	811	2,2	6,0	2,7
57.- Retinopatía del prematuro <sup>3</sup>	91	9.278	144,9	1.080,5	7,5
58.- Displasia broncopulmonar del prematuro <sup>4</sup>	143	3.587	240,8	382,9	1,6
59.- Hipoacusia neurosensorial bilateral del prematuro <sup>5</sup>	95	8.381	165,3	930,4	5,6

<sup>3</sup> Acceso: Todo Beneficiario Prematuro, de menos de 1.500 gramos o menor de 32 semanas de gestación al nacer.

<sup>4</sup> Acceso: Todo Beneficiario Prematuro, de menos de 1.500 gramos al nacer o menores de 32 semanas de gestación.





65.- Displasia luxante de caderas <sup>6</sup>	684	98.513	1.263,10	59.730,3	47,3
68.- Hepatitis crónica por Virus Hepatitis B	93	292	2,8	1,9	0,7
69.- Hepatitis C	85	278	2,6	2,3	0,9
77.- Tratamiento de hipoacusia moderada en personas menores de 4 años	44	124	32,3	28,9	0,9
78.- Lupus eritematoso sistémico	450	1.342	11,7	9,8	0,8
<b>Total</b>	<b>37.033</b>	<b>452.733</b>			
<b>Total Régimen GES80</b>	<b>191.484</b>	<b>2.971.590</b>			

Tasa de uso: expresa la razón entre el número de casos GES de la población objetivo definida en la Garantía de Acceso del Decreto Supremo vigente por cada 100.000 beneficiarios, en un período determinado, con excepción de las Disrafias Espinales, Fisura Labiopalatina y Prematurez, en las que se usó la población estimada de Recién Nacidos.

(\*A partir de Julio 2012 la fuente de datos es el archivo de solicitudes de acceso a la GES. Considera las solicitudes de acceso del periodo aceptadas y con fecha de aceptación por la Isapre y, que fueron aceptadas por el beneficiario o cotizante.

Fuente: Superintendencia de Salud (2018). Boletín estadístico Año 2016. VII.- Casos GES del Sistema Isapre y Fonasa y Superintendencia de Salud (2018). Casos GES (AUGE) acumulados a junio de 2017. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-channel.html>.

Si se suman los casos GES informados por Fonasa e Isapres, la cantidad de casos GES que pudo tener como eventuales beneficiarios a los menores de 2 años asciende a 489.766 casos, que equivale a un 15% del total de casos GES informados por los 80 problemas de salud cubiertos (3.163.074). Respecto de los 24 problemas de salud indicados, un 8% fue informado por las Isapres y un 92% por Fonasa, mientras que respecto de los 80 problemas de salud, un 6% fue informado por las Isapres y un 94% por Fonasa.

Respecto a las prestaciones por Garantías Explícitas en Salud (GES) otorgadas por las Isapres, por sexo y tramos de edad, la Superintendencia de Salud, para el año 2017, reporta lo siguiente:

Tramos de edad	Sexo masculino	Sexo femenino	Total	Distribución porcentual
<=4	135.627	110.214	245.841	2%

<sup>5</sup> Acceso: Todo Beneficiario Prematuro nacido a contar del 1° de julio de 2005 con menos de 1.500 gramos al nacer o menor de 32 semanas de gestación.

<sup>6</sup> Acceso:

- Todo beneficiario durante el tercer mes de vida, tendrá acceso a radiografía de caderas.
- Todo Beneficiario Recién Nacido o lactante menor de 1 año.



5-9	146.561	125.825	272.386	2%
10-14	95.077	67.808	162.885	1%
15-19	122.231	115.101	237.332	2%
20-24	137.943	128.586	266.529	2%
25-29	189.845	182.288	372.133	3%
30-34	201.561	237.179	438.740	4%
35-39	229.641	239.311	468.952	4%
40-44	265.655	259.601	525.256	5%
45-49	366.604	379.726	746.330	7%
50-54	534.101	531.107	1.065.208	9%
55-59	668.736	715.594	1.384.330	12%
60-64	767.424	816.430	1.583.854	14%
65-69	704.895	655.125	1.360.020	12%
70-74	549.792	491.431	1.041.223	9%
75-79	329.004	306.246	635.250	6%
80-84	163.870	154.342	318.212	3%
85 y +	99.014	86.632	185.646	2%
<b>Total</b>	<b>5.707.581</b>	<b>5.602.546</b>	<b>11.310.127</b>	<b>100%</b>

Fuente: Superintendencia de Salud (2018). Boletín Estadístico Año 2017. III.- Prestaciones de Salud del Sistema Isapre. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-channel.html>.

En este orden de ideas, cabe señalar que la cartera de beneficiarios en el sistema de Isapres en diciembre de 2017 es el siguiente:

Tramos de edad	Sexo masculino	Sexo femenino	Total	Distribución porcentual
0 - 14	347.919	331.807	679.726	20%
15 - 19	112.974	105.052	218.026	6%
20 - 24	144.932	105.594	250.526	7%
25 - 29	204.860	139.234	344.094	10%
30 - 34	203.978	144.962	348.940	10%
35 - 39	184.665	138.745	323.410	10%
40 - 44	157.576	126.121	283.697	8%
45 - 49	130.723	109.679	240.402	7%
50 - 54	111.663	98.351	210.014	6%
55 - 59	89.155	87.144	176.299	5%
60 - 64	64.153	64.877	129.030	4%
65 - 69	40.804	39.657	80.461	2%
70 - 74	24.842	25.847	50.689	1%
75 - 79	13.178	15.353	28.531	1%
80-84	7.023	9.025	16.048	0%
+ de 84	5.406	8.230	13.636	0%
Sin clasificar			133	0%
<b>Total</b>	<b>1.843.851</b>	<b>1.549.678</b>	<b>3.393.662</b>	<b>100%</b>

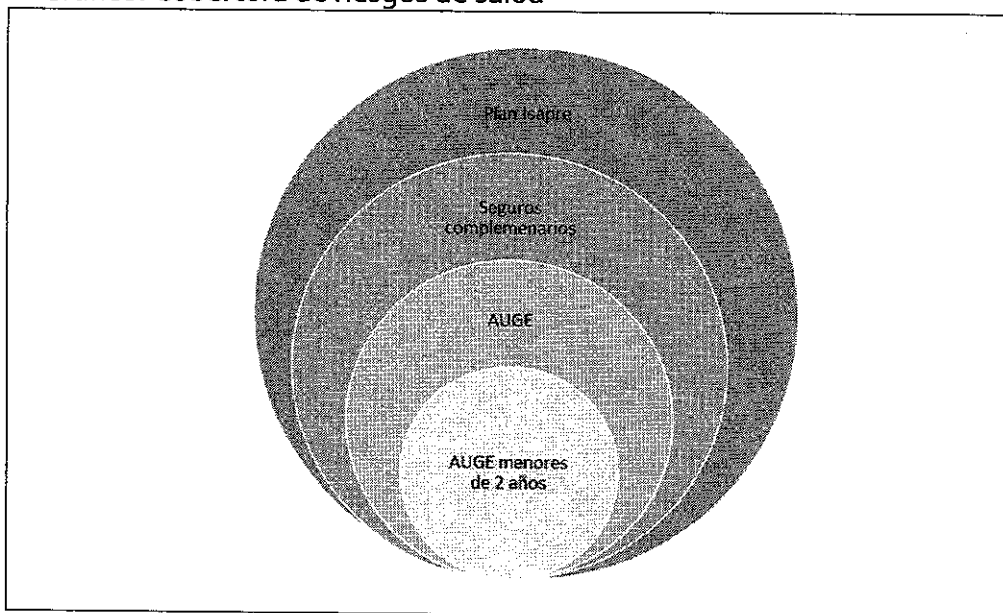
Fuente: Superintendencia de Salud (2018). Boletín Estadístico Año 2017. II.- Cartera de Beneficiarios del Sistema Isapre. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-channel.html>

37.- El examen estadístico da cuenta del uso porcentualmente menor de casos. Sin embargo, hay dos cuestiones que desestiman el argumento de fondo en orden a la escasa relevancia del efecto AUGE-GES sobre la estimación de los precios del plan por la vía de la aplicación de la tabla de factores de riesgo. La primera es conceptual y la segunda es la factual.

La conceptual es que la Isapre confunde los planos del argumento. El hecho de que pocos utilicen el AUGE no implica que pocos paguen por el AUGE. Por mandato legal, todos pagan por esa cobertura y simplemente el argumento hay que desestimarlos porque confunde riesgo con realidad. Si el precio del plan de salud es independiente de su siniestralidad, no es relevante el número de personas que efectivamente hagan uso de esa cobertura. Ya dejó de ser riesgo para ser realidad.

Un análisis conceptual de cómo se genera la duplicidad del mismo riesgo la podemos encontrar en el siguiente gráfico que revela cómo se produce ese efecto.

Gráfico: Cobertura de riesgos de salud



38.- Pero aún más relevante que el plano conceptual es la descripción factual del comportamiento económico de las estimaciones de los costos, según el seguimiento de las enfermedades cubiertas por el AUGE-GES.

De acuerdo a información reportada por la Superintendencia de Salud, el año 2018, en el caso de las Isapres abiertas, "la tasa de uso GES fue de 19% de la demanda esperada, es decir que una de cada 5 personas lo utilizó. La siniestralidad, a su vez, alcanzó al 45,2%, es decir que por cada 100 pesos de ingresos GES, el costo directo por prestaciones de las mismas fue de 45 pesos.

De esta forma, en el año 2018 las Isapres abiertas recaudaron \$487.870 millones por concepto de primas GES, lo que representa un aumento de 6,4% con



respecto al año 2017 (20,6% entre los años 2016-2018), mientras que el costo por prestaciones GES, fue de \$220.754 millones, 8% más que el año anterior (17,2% entre 2016 y 2018)".<sup>7</sup> El ente fiscalizador concluyó que "las Isapres cobran por concepto de precio GES en los planes de salud de las personas es superior a los costos en que incurren ellos por las prestaciones, aun cuando a eso le podamos incluir también otras situaciones como los gastos de administración y ventas relacionados".<sup>8</sup>

En consecuencia, tanto en el nivel teórico como en el práctico hay sobrevaloración del riesgo.

#### IV.- Aplicación al caso concreto.

39.- Del estudio de los criterios interpretativos hemos decidido ratificar los elementos configuradores de la vulneración constitucional de derechos tal cual se realizó en la STC 3227. Para ello, realizaremos un examen concreto de los elementos propios del caso para después aplicar las mismas consecuencias antes enunciadas.

40.- En el caso del requirente relativo a la causa rol 7437, la aplicación de la tabla de factores aludida en relación a un nuevo cotizante deriva en el siguiente incremento del plan:

<b>Requerimiento</b>	<b>7437</b>
<b>Precio base</b>	2,01
<b>Factor grupo familiar</b>	3,35
<b>Precio anterior (UF)</b>	3,633
<b>Precio nuevo (UF)</b>	7,756
<b>Aumento porcentual del precio del plan</b>	<b>113,5%</b>

41.- La descripción anterior da cuenta de un incremento porcentual del precio del plan de 113,5%. Lo anterior, no dice relación con la incorporación de una nueva carga como si fuera un mero integrante al cual deba aplicarse un costo per cápita del plan. El examen hay que realizarlo en función de la estructura de riesgos y, a lo largo de esta disidencia, hemos descrito como se sobre valorizan riesgos vitales, que son consustanciales a un plan de salud. Dicho incremento no responde a necesidades de seguridad social. No obedece a cuestiones que son claves en la primera etapa de la vida. Es un ejercicio aritmético que no es sensible ni al ingreso ni egreso al segmento etéreo de los dos años de edad. Al ingreso porque se asume como si fuere una incorporación de una carga en cualquier etapa de la vida en circunstancias que el AUGE-GES subsidia de modo significativo los riesgos vitales en un momento esencial para el desarrollo de las personas. Y tampoco es sensible al

<sup>7</sup> Superintendencia de Salud (19.07.2018). Superintendencia de Salud informa que utilidades de las Isapres ascienden a \$64.392 millones. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/prensa/672/w3-article-18490.html>.

<sup>8</sup> *Ibíd.*



egreso del segmento etéreo porque la Isapre entendió que los factores de riesgos, claramente disminuidos después de los dos primeros años por un tiempo variable pero significativo, la llevó a congelar ese precio del plan. Asumió que la STC 1710 implicaba congelar y no derogar, según los mandatos claramente indicados en la misma sentencia.

El costo exacto del plan es un asunto de legalidad, pero la desproporción denunciada es la razón del acogimiento.

42.- En consecuencia, a partir de la descripción de los incrementos desproporcionados del plan de salud que se deducen por aplicación del artículo 199 del DFL N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006 "cabe estimar la inaplicabilidad del precepto reprochado "por vulnerar el artículo 19, numeral 2°, de la Constitución al discriminar a los menores de dos años de edad en la estimación de un régimen contractual de salud que los incorpora como nuevos beneficiarios del plan de salud de su madre, considerando la contingencia de los riesgos de salud de un modo desproporcionado en sí mismo y carente de justificación en cuanto a la modalidad de incremento de los cobros por riesgos relativos a contingencias mortales o de alto impacto en la calidad de vida de los menores de edad, ya cubiertos por el legislador. Adicionalmente, se estima vulnerado el derecho a elegir el sistema de salud de la elección de los cotizantes, consignado en el artículo 19, numeral 9° inciso final de la Constitución. Todo lo anterior, por cuanto en este caso el aumento de los costos se realiza estimando variables no objetivas y discriminatorias, que, especialmente configuradas en el artículo 199 del aludido DFL N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud le permite a la Isapre, mediante el precio del plan, escoger unilateralmente a sus cotizantes, sobre la base de una discrecionalidad contractual incompatible con su condición de contrato de orden público respecto de un derecho constitucional como el de protección de la salud, especialmente de los más vulnerables. Y, finalmente, se estima vulnerado el derecho de propiedad de la cotizante, reconocido en el artículo 19, numeral 24° de la Constitución, en cuanto los efectos económicos de no considerar las variables propias de seguridad social del derecho a la salud dentro de su contrato le implica pagar a la requirente un costo variable que no podemos estimar pero que supera con largueza aquel costo legítimo y razonable propio de estimar un nuevo beneficiario dentro del plan de salud" (STC 3227, c. 55°).

### PREVENCIÓN

Los Ministros señora María Luisa Brahm Barril (Presidenta) y señores Cristián Letelier Aguilar y Miguel Ángel Fernández González concurren, además, al rechazo del requerimiento de inaplicabilidad, teniendo especialmente en consideración:

1°. Que, la cuestión sometida a decisión de esta Magistratura no alcanza a configurar un conflicto de constitucionalidad, como lo confirman casos -anteriores y posteriores a este requerimiento- decididos por los Tribunales Superiores de



Justicia, mediando o no acciones de inaplicabilidad y habiéndose o no acogido las intentadas, lo cual no arranca de una mera constatación factual donde la determinación de competencias entre Altas Magistraturas, más que con coherencia y fundamentación, se terminaría definiendo por la premura con que alguna de ellas decida abordar el asunto sometido a su conocimiento. Máxime, si se trata, como en la especie, de un asunto de indudable interés general y de singular complejidad, pues concurren derechos fundamentales de los contratantes, y con secuelas que, siempre, exceden el caso particular, sino que se funda en una recta comprensión de cómo debe ser aplicada la preceptiva legal para que resulte ajustada a la Constitución, en el marco de nuestra sentencia Rol N° 1.710, de los demás precedentes de esta Magistratura en sede de inaplicabilidad en la materia y definiendo rigurosamente nuestra competencia y la de los Tribunales Superiores de Justicia;

2°. Que, desde esta perspectiva, la cuestión subyacente a la gestión pendiente y, por ende, al requerimiento de autos, dice relación con el ajuste del precio del plan de salud, mediante la aplicación de un factor multiplicador, por la incorporación de una nueva persona a la relación contractual existente entre el afiliado y la Institución de Salud Previsional;

3°. Que, aun antes de los debates acerca de constitucionalidad, legalidad o arbitrariedad, es evidente que no puede subsistir el mismo valor de un plan de salud si se incorpora una nueva persona a la cobertura prevista en él. Al mismo tiempo, resulta igualmente obvio que es inadmisibles que se produzcan cobros dobles o múltiples sin causa justificada, por ejemplo, a raíz de la aplicación de las reglas vinculadas con el AUGGE-GES. Tal y como lo plantea el voto de mayoría en la sentencia Rol N° 3.227.

Ni lo uno ni lo otro, en cualquier caso, está en la discusión de este tema ni podría estarlo, pues ambas hipótesis quedan descartadas –como se ha dicho– con base en la Constitución, la ley y la razonabilidad más elemental, sin que sea necesario impetrar inaplicabilidad para que los Tribunales Superiores o la Superintendencia de Salud en sede de arbitraje o mediación, así lo constaten, adoptando las medidas conducentes para reparar una u otra injusticia, en cada caso concreto, pues la preceptiva legal vigente en la materia impide esas dos acciones igualmente carentes de razonabilidad;

4°. Que, lo que se debe resolver, entonces, es si la utilización de un determinado factor –en este caso, por incorporación de un recién nacido al plan– resulta arbitraria o ilegal porque, como es por todos sabido, su aplicación no entraña siempre un aumento del precio, ya que, al contrario, puede conducir a bajarlo, lo cual explica, por ejemplo, la dictación por parte de la Superintendencia de Salud de la Circular IF N° 317, de 18 de octubre de 2018, que instruye a las ISAPRES aplicar la reducción del precio por cambio de factor etario en la ejecución de los contratos de salud previsional, cuyos efectos han sido diferidos en el tiempo;



5°. Que, la aplicación de la tabla de factores sólo redundará en reclamo por parte del afiliado cuando importe incremento del precio del plan y, de ser planteado así, procederá resolver, entonces, si tal alza es ilegal o arbitraria, lo cual es de competencia de los tribunales ordinarios o especiales que integran el Poder Judicial en cada caso concreto, pues exige una rigurosa determinación y evaluación de los antecedentes específicos de cada caso, en relación con la situación particular del afiliado y sus cargas;

6°. Que, adicionalmente, cabe reconocer que resultaría fácil, porque permitiría configurar un sistema indiscriminado y prácticamente automático para acoger recursos de protección u otras acciones o recursos administrativos en contra de alza de planes de salud por aplicación de factores multiplicadores, sostener que se ha derogado la preceptiva legal que sustentaba la tabla de factores. Ello evita que se deba examinar la particularidad de cada caso, probablemente supliendo una decisión legislativa omitida por años.

Sabemos, al contrario, que la sentencia Rol N° 1.710 se limitó a declarar inconstitucionales cuatro de los cinco numerales que contenía el inciso tercero del artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, derogando algunos de los parámetros - probablemente insuficientes- que el legislador daba a la autoridad administrativa para regular, precisamente, la tabla de factores, pero dejando subsistente, en esa disposición y en varias otras de la misma ley, aquel mecanismo adecuatorio, como lo ratifican los Roles N° 976 y 3.227;

7°. Que, peor aún, se ha pretendido dotar a nuestra sentencia de un efecto más extensivo, como que de ella se debería seguir que lo pretendido fue, efectivamente, derogar la utilización de factores multiplicadores, o sea, ese pronunciamiento no sólo tendría efecto derogatorio, sino que configuraría una especie de prohibición absoluta para emplear ese mecanismo, en la determinación del precio del plan de salud.

Seguir esta concepción importa riesgos que es preciso desechar de plano. Por una parte, porque transforma a esta Magistratura en legislador positivo, pues, junto al efecto derogatorio, se atribuye a la sentencia expedida en conformidad al artículo 93 inciso primero N° 7° de la Constitución genuina potestad legislativa y de la más trascendente que puede dictarse, como es la que contiene una prohibición absoluta que ni siquiera podría ser adoptada por el legislador; y, de otra, quien así lo entienda invade la competencia del Tribunal Constitucional porque, fácticamente, hace inaplicable todas las normas legales que regulan la tabla de factores, facilitando que, sin detenerse en las complejidades de cada caso, se estime cualquier multiplicación como desproporcionada y, por ende, arbitraria;

8°. Que, lo cierto, es que esa herramienta para ajustar el precio del plan de salud se encuentra vigente y sujeta a la preceptiva legal y administrativa vigente (Compendio de Normas Contractuales de la Superintendencia de Salud), correspondiendo a la Judicatura Ordinaria resolver si su utilización, en un contrato determinado, ha sido ilegal -precisamente, porque no respeta aquella normativa- o



arbitraria, si es que, no obstante situarse en los contornos definidos por la ley y el contrato respectivo, no puede sustentarse razonablemente.

9°. Que, en definitiva, la pregunta que cabe formular es si requieren los Tribunales Superiores de Justicia de la inaplicabilidad del artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, o de otras normas de ese cuerpo legal para resolver los recursos de protección deducidos por afiliados que estimen ilegal o arbitraria el alza del precio del plan de salud por aplicación de un factor multiplicador, a raíz de la incorporación de un nuevo beneficiario.

10°. Que, en definitiva:

- El mecanismo consistente en multiplicar el precio base por factores previstos en el contrato de salud, para determinar el precio del plan, se encuentra contemplado en el artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, y confirmado en su vigencia por la larga jurisprudencia de esta Magistratura, en sede de constitucionalidad e inaplicabilidad;

- Ese artículo regula, en diversos aspectos, el contenido y utilización de la tabla de factores, impidiendo que ella quede al arbitrio de las partes contratantes;

- El artículo 189 del DFL N° 1 establece, además, que las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos en el contrato, pero –de acuerdo con el inciso segundo literal c)- *"(...) deberá establecerse en qué condiciones, durante la vigencia del contrato, se incorporarán los nuevos beneficios, señalándose, precisamente, la forma como se determinará la cotización adicional que se cobrará por ellos"*; y

- El artículo 197 inciso primero confiere al afiliado el derecho a requerir que la Institución de Salud Previsional le ofrezca un nuevo plan si varía la composición de su grupo familiar.

11°. Que, en consecuencia, cabe desestimar el requerimiento de inaplicabilidad porque la aplicación de la tabla de factores, en el caso sub lite, debe ajustarse tanto a la Constitución como a la ley y, en una situación específica, puede incurrirse en ilegalidad o arbitrariedad, por lo que los afectados se encuentran en situación de acudir, mediante recursos de protección u otros arbitrios procedentes, a impugnar el alza que se derive de la multiplicación, cuya resolución es competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, sin que se configure un conflicto de constitucionalidad en la aplicación de la preceptiva legal impugnada.

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, la disidencia el Ministro señor Gonzalo García Pino, y la prevención el Ministro señor Miguel Ángel Fernández González.





000122  
Ciento veinte y dos

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.  
Rol N° 7437-19-INA.

*M. Luisa Brahm*  
Sra. Brahm

*Iván Aróstica*  
Sr. Aróstica

*Juan José Romero*  
Sr. Romero

*Gonzalo García*  
Sr. García

*Cristián Letelier*  
Sr. Letelier

*Nelson Pozo*  
Sr. Pozo

*María Pía Silva*  
Sra. Silva

*Miguel Ángel Fernández*  
Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y por sus Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, señora María Pía Silva Gallinato, y señor Miguel Ángel Fernández González.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.