



2020

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Sentencia

Rol 7585-2019

[30 de marzo de 2020]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 DEL MINISTERIO DE SALUD, DE 2006

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO
EN AUTOS CARATULADOS “SCHUMILOW CON ISAPRE BANMÉDICA S.A.”,
SEGUIDOS ANTE LA TERCERA SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE
VALPARAÍSO, BAJO ROL 14.028-2019.

VISTOS:

Con fecha 9 de octubre de 2019, la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 199, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Salud, de 2006, en los autos caratulados “Schumilow con Isapre Banmédica S.A.”, sobre recurso protección que conoce la Corte de Apelaciones de Valparaíso, bajo el Rol N° 14.028-2019.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto impugnado dispone:

“Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud

(...)

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.”.

De la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Expone la requirente que se sustancia una acción de protección deducida contra Isapre Banmédica S.A., por el acto ilegal y arbitrario que, enuncia, habría cometido ésta al aumentar el precio del factor de riesgo del grupo familiar al incorporar al hijo de la recurrente de protección como carga, precio que incide en el valor del precio final del plan de salud complementaria que paga mediante cotización mensual.



Argumenta que la improcedencia de dicho precio viene dada por el cambio legal que significó la STC Rol N° 1710-10, que derogó por inconstitucionalidad los numerales 1 a 4 del inciso tercero de la Ley N° 18.933, hoy contenidos en el artículo 199 del cuerpo legal ya anotado.

Por ello, expone, la acción de protección dio a conocer a la Corte de Apelaciones en primera instancia, que la Isapre recurrida, para determinar el valor final por la incorporación de su hijo, aplicó un factor de riesgo del grupo familiar obtenido de la tabla de factores elaborada conforme al procedimiento ya declarado inconstitucional.

En virtud de lo expuesto, indica que se producirían las siguientes vulneraciones constitucionales:

Igualdad ante la ley, artículo 19 N° 2 de la Constitución. Expone que la aplicación del precepto legal, en cuanto permitiría el uso de una tabla de factores elaborada en base a los numerales que fueron derogados, favorecería un trato discriminatorio en contra del menor que se incorpora como beneficiario o carga. Lo anterior, ya que se trata de un factor que la madre no puede controlar y que lo incorpora al sistema de salud considerando el valor de los riesgos propios de su condición de un modo desproporcionado y carente de justificación, en cuanto a la modalidad de incremento. Más, cuando varias de sus contingencias de salud son consideradas en el precio GES.

Protección a la salud y de elegir libremente el sistema de salud, sea estatal o privado, artículo 19 N° 9 de la Constitución. Igualmente, en cuanto con la aplicación del art. 199 se permite el uso de la tabla de factores, se generaría un aumento desproporcionado del precio del plan de salud, vulnerando un principio inspirador de la seguridad social, pues a mayor riesgo debe proveerse de mayor cobertura. Asimismo, el nuevo precio podría tornar difícil para la parte afiliada continuar en la Isapre recurrida, obligándola a cambiarse de Isapre o de sistema de salud, permitiendo a la recurrida escoger unilateralmente a sus cotizantes, mediante la fijación del precio utilizando factores que fueron declarados inconstitucionales.

Derecho de propiedad, artículo 19 N° 24 de la Constitución. Refiere que el precio que cobrará la Isapre recurrida aumentará desproporcionadamente, superando el valor razonable de incorporar un nuevo beneficiario, cuyos principales riesgos ya han sido considerados en el valor GES del plan de salud, todo lo cual podría implicar una carga injustificada que lesionaría el patrimonio de la recurrente.

Por lo expuesto solicita que sea acogido en todas sus partes el requerimiento deducido.

De la tramitación del requerimiento de inaplicabilidad

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 16 de octubre de 2019, a fojas 39, disponiéndose la suspensión del procedimiento. A su turno, en resolución de fecha 6 de noviembre del mismo año se declaró admisible, a fojas 44.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las demás partes de la gestión pendiente, no fueron evacuadas presentaciones dentro de plazos.

De la vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 21 de enero de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y alegatos por Banmédica S.A., de la abogada Camila Barros Toledo, adoptándose acuerdo en Sesión de Pleno de igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

I. CONFLICTOS JUDICIALES REFERIDOS A MODIFICACIONES UNILATERALES A CONTRATOS DE SALUD CON ISAPRE

PRIMERO. Desde el año 1992 que existen sentencias favorables a los afiliados de ISAPRE respecto a modificaciones contractuales unilaterales por parte de las aseguradoras. Inicialmente, la discusión estaba centrada en **modificaciones en las coberturas de los planes de salud**, las cuales comenzaron a ser declaradas ilegales (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia rol N° 565, 6 de abril de 1992). En esa época, la Corte Suprema consideraba que las ISAPRE tenían la facultad legal de modificar unilateralmente el precio de un plan de salud inalterado en su cobertura en la medida de que el alza en el precio *“implique realmente un superior costo en las prestaciones de salud ya pactadas”*. (Corte Suprema, sentencia rol N° 21, de 1993) [énfasis agregado].

Asimismo, se puede aseverar que, al menos desde el año 2000, la Corte Suprema comienza a considerar que *“(...) el ostensible incremento del valor del plan de salud del recurrente (...) no aparece justificado en los hechos ni encuadrado en la*



norma legal en que pretende asilarse, pues, como se dijo, no significa una simple revisión o adecuación de dicho plan, sino que una alteración fundamental del precio del mismo, por lo que resulta conducente estimarlo como un acto arbitrario de la recurrida, que efectivamente perturba y amenaza gravemente la garantía constitucional del derecho de propiedad establecido en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República del año 1980". (Corte Suprema, sentencia rol N° 276, 28 de marzo de 2000) [Énfasis agregado].

SEGUNDO. EL PRIMER REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD ANTE ESTA MAGISTRATURA. En un contexto en el que la jurisprudencia de las Cortes frente a los diversos recursos de protección interpuestos no era uniforme, el año 2007 se interpone el primer requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Dicha acción impugnaba la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 – actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud, la que fue acogida por la STC 976, de 26 de junio de 2008.

TERCERO. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA PARTE DE LA REGULACIÓN LEGAL REFERIDA A LA TABLA DE FACTORES. Luego de dos años, la STC 1710, de 6 de agosto de 2010, declaró la inconstitucionalidad de una parte del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 – actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud.

CUARTO. RECURSOS DE PROTECCIÓN POR ALZA EN EL PRECIO DE LA COBERTURA GES. En una primera etapa, la jurisprudencia de la Corte Suprema era reticente a acoger los reclamos basados en la circunstancia recién mencionada. En efecto, la Corte Suprema había señalado, de manera unánime, que el alza de precios se encontraba regulado por la autoridad y, por ende, no había una decisión arbitraria por parte de las ISAPRE. Así, a modo ilustrativo, lo afirmaba la SCS 11.996-2014, de 20 de junio de 2014.

En una segunda etapa, a partir de la sentencia de la Corte Suprema rol N° 55.446-2016, de 6 de abril del año 2017, se comienza a declarar que el alza en el precio de la cobertura GES por parte de las ISAPRE constituía un acto arbitrario. Esta nueva postura se basaba en considerar que el aumento en la prima no tenía correspondencia con el gasto efectivo derivado de la atención de patologías GES, ya que dicho gasto constituía sólo un 36% del total de los recursos que las ISAPRE recaudaban por concepto de cobertura GES. Por ende, el aumento en la prima GES resulta arbitrario, y vulnera el derecho de propiedad del afiliado.



QUINTO. ALZAS EN EL PRECIO DEL PLAN POR PARTE DE LAS ISAPRE DEBIDO A LA INCORPORACIÓN DE UNA NUEVA CARGA. CAMBIO (RELATIVO) DE DOCTRINA DE ESTE TRIBUNAL EN LA MATERIA.

La Corte Suprema, previo al año 2018, había rechazado los recursos de protección presentados contra las ISAPRE por el aumento en el precio de los planes de salud como consecuencia de la incorporación de una nueva carga. La Corte Suprema, en sentencia rol N° 14.289-2016, de 31 de marzo de 2016, había indicado que la variación del monto del precio que paga el afiliado se ajustaba al marco legal. Dicha Corte afirmaba, además, que la STC 1710-2010 que había declarado la inconstitucionalidad de una parte de la tabla de factores no tenía como efecto impedir a las ISAPRE modificar el precio del contrato de salud en razón de la incorporación de una nueva carga familiar (menor de dos años).

Sin embargo, la situación cambió luego de la sentencia rol N° 3227 dictada por este Tribunal Constitucional, el 4 de septiembre de 2018, la que acogió un requerimiento de inaplicabilidad que impugnaba la aplicación de la totalidad del artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2006, del Ministerio de Salud (ex artículo 38) subsistente después de la STC 1710 que declaró la inconstitucionalidad y consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico de sólo una parte de dicho artículo (el artículo 38 ter). Es decir, la STC 3227 tuvo como efecto el acogimiento por parte de las Cortes de justicia de recursos de protección frente a un alza en el precio del plan de ISAPRE de una afiliada debido a la incorporación de una nueva carga (menor de dos años).

Durante el corto período de tiempo que ha precedido a la dictación de la presente sentencia, la cual revierte el fallo de este Tribunal antes citado (STC 3227), se ha recurrido por dos vías diferentes en contra de alzas en el precio del plan por la incorporación de un nuevo hijo:

(i) interponer un recurso de protección ante una Corte de Apelaciones para –en el intertanto– solicitar ante este Tribunal la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas legales que sustentaban la actuación de las ISAPRE y que, en definitiva, posibilitaban a las Cortes de Apelaciones o a la Corte Suprema acoger el recurso de protección y, con ello, dejar sin efecto el aumento del plan derivado de la incorporación de una nueva carga menor de dos años; y

(ii) hacer lo mismo, pero sin necesidad de accionar de inaplicabilidad ante este Tribunal, en el entendido que la doctrina de la STC 3227 (unido posiblemente a consideraciones prácticas derivadas del número de causas que suelen existir año a año en este ámbito) impedía aplicar una ley aún vigente, la que servía de fundamento para aumentar válidamente el precio del plan por la incorporación



de una nueva carga menor de dos años (generalmente, un nuevo hijo recién nacido o por nacer).

Con la actual integración de este Tribunal Constitucional, esta Magistratura revierte la doctrina emanada de la STC 3227 y, conforme al precedente asentado desde la reciente sentencia Rol N° 5795-18, de 17 de octubre de 2019, se rechazará la inaplicabilidad de la norma legal que brindaba sustento a alzas de planes de salud privada (ISAPRE) debido a la incorporación de una nueva carga.

SEXTO. No obstante lo indicado, este fallo por rechazar no constituye una innovación respecto de causas previas sobre ISAPRE concernientes a cambios o ajustes de precio a planes de salud. En efecto, la STC 2337 (de octubre de 2013), y que fue la última sentencia sobre la materia antes de la STC 3227, rechazó el requerimiento en virtud de consideraciones afines al presente fallo e incompatibles con la última que estuvo por acoger.

En el requerimiento de la causa rol 2337 se reclamaba por el reajuste al alza del precio base del plan de salud convenido con la ISAPRE, el que se consideraba por la actora como arbitrario y abusivo y, por ende, incompatible con la garantía que prohíbe a la ley discriminar arbitrariamente y que, como consecuencia, daba lugar a la vulneración de otros derechos constitucionales, como el derecho a la salud y a la seguridad social, entre otros. El fundamento principal del voto de minoría (por acoger) consistió en reprochar las bases mismas del sistema de salud privado.

El fallo (voto de mayoría por acoger) en la causa rol 3227 siguió la misma línea argumentativa central de crítica global al sistema de salud privado. En este último caso no se reclamaba por el reajuste del precio base, sino por el mayor valor cobrado por el plan debido a la incorporación como carga adicional de un niño menor de dos años. Sin embargo, repetimos, en ambas causas la fundamentación esencial descansó en un reproche constitucional al diseño legal del sistema de salud privado. Cualquiera sea la hipótesis específica, la infracción a la Constitución resultará inevitable de acuerdo con el razonamiento de los votos por acoger en dicha causa.

II. NO SE AFECTAN LOS DERECHOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONALMENTE

SÉPTIMO. En lo que sigue, este Tribunal rechazará los argumentos relativos a la afectación de la igualdad ante la ley 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) a la seguridad social (art. 19 N° 18), y al derecho de propiedad (art. 19 N° 24).

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

OCTAVO. La doble fuente de arbitrariedad en la que se funda la posición a favor de acoger el requerimiento. La infracción a esta garantía constituye el núcleo esencial en el que descansa la argumentación de aquellas posturas a favor de acoger requerimientos de esta naturaleza. Al respecto, es posible identificar dos tipos de líneas argumentativas. La primera dice relación con un tipo de argumentación común y abstracta aplicable a cualquier causa perteneciente a esta familia de casos. La segunda, es una específica a aquellas causas en las que la discusión por el alza en el precio del contrato de seguro de salud privado se da en el contexto de la incorporación como carga de una persona menor de dos años.

NOVENO. Acerca de la primera fuente de discriminación arbitraria. A continuación, iremos develando, paso a paso, en qué consiste la supuesta discriminación arbitraria alegada por quienes han estado por acoger este tipo de requerimientos y cuáles son –según nuestro parecer– los problemas que presentan.

Para comenzar, debe reconocerse que en el caso en cuestión el aumento del precio del plan no se produce, en lo sustantivo, por la aplicación de la tabla de factores de riesgo, sino justamente por la incorporación de un nuevo beneficiario al plan. No resulta discriminatorio, a juicio de este Tribunal, que se debe pagar en forma adicional por incorporar a un nuevo beneficiario (carga) al plan de salud.

Aceptándose como obvio el hecho de que la incorporación de un nuevo beneficiario (carga) al plan de salud hará aumentar el precio final pagado por el cotizante afiliado, el reproche concreto pareciera dirigirse a la aplicación de las normas legales que permiten calcular el precio del plan distinguiendo diversos tramos de edad. 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, dado la incidencia de dicho rango etario en el costo de provisión de salud.



Hasta aquí, cuesta imaginarse en qué puede consistir la infracción constitucional. De hecho, este Tribunal estima que no hay tal.

La postura por acoger presenta el argumento de la siguiente manera. Primero, reconoce lo obvio: “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” (STC 3227, c. 19º). Luego, nos da a entender que lo que es racional desde un punto de vista de una actividad económica de aseguramiento no lo es desde una perspectiva de seguridad social. Es decir, sería constitucional que por la prestación del servicio de aseguramiento el precio cobrado refleje los distintos riesgos, pero sería inconstitucional cuando lo asegurado es la salud de las personas. En palabras textuales se afirma que lo exigido en la sentencia de inconstitucionalidad (STC 1710) es que “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. 20º).¹

Esta crítica al uso de un sistema de seguro de salud privado (por regulado que este sea) es complementaria a aquella en virtud del cual se infringiría el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social (ambos tratados, a menudo, de manera conjunta).

DÉCIMO. A la causa de vulneración constitucional precedentemente aludida, la cual tiene la aptitud de ser argumentada para todo caso, con independencia de la hipótesis concreta de conflicto entre cotizante e ISAPRE, se ha agregado como una **segunda fuente de arbitrariedad**, en casos como los referidos a la incorporación de nuevas cargas menores de dos años, la doble contabilidad de costos. Utilizando las palabras de la STC 3227, en su considerando 55º, también vulnera el artículo 19, Nº 2º, de la Carta Fundamental este régimen contractual “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” (énfasis agregado).

La STC 3227 argumentaba que “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 [-GES]” (c. 45º),

¹ Lo recién mencionado facilita, además, la comprensión de por qué se dice que lo constitucionalmente reprochable no es la tabla de factores de riesgo misma, sino los efectos discriminadores (a mayor riesgo, mayor precio) que su aplicación produce (ver STC 3227, c. 21º y ss.).

ítem adicional que los afiliados solventan al realizar el pago total. Por lo tanto, el mayor valor asociado al tramo de los menores de dos años, dado el mayor riesgo involucrado y, consiguientemente, el mayor desembolso incurrido en la ISAPRE para la cobertura de las contingencias de salud, no se verifica. Por el contrario, se dice, estaríamos en presencia de “una doble contabilidad del riesgo en contra de los intereses de los nuevos nacidos” (c. 53º), lo cual transforma en arbitrario el incremento marginal diferencial entre el primer tramo y el que le sigue. Como se dice textualmente por parte de quienes han estado por acoger, la ISAPRE “no debe cobrar por un riesgo que no cubre lo que configura un enriquecimiento injusto” (c. 47º).

De acuerdo con la explicación que se desarrollará a continuación, la argumentación referida a esta segunda fuente de arbitrariedad no es correcta.

A.- No existe arbitrariedad porque, como regla, el gasto de los menores de 2 años es superior al del resto de los afiliados de las ISAPRE

Los datos que siguen, correspondientes a una de las ISAPRE, son ilustrativos de lo que acontece con el resto de las ISAPRE requeridas en acciones de inaplicabilidad. Los guarismos varían, pero la afirmación se confirma.

1) A diciembre de 2018, los afiliados menores de 2 años representaban el 3% del total de los afiliados de la ISAPRE. Esos afiliados generaron un 5,2% del total del gasto en prestaciones ambulatorias y hospitalarias del año 2018. Es decir, un 73% más.

2) El gasto *per capita* de los menores de 2 años es un 51% superior al gasto *per capita* del resto de los afiliados.

B.- El GES no cambia las cifras anteriores, pues cubre muy poco en relación a los menores de 2 años

1) El GES no constituye una cobertura amplia, sino restringida a las patologías específicas incluidas (80) y a las canastas de prestaciones predeterminadas para ellas.

2) Del total del gasto en prestaciones para los menores de 2 años, el gasto en prestaciones GES representa sólo un 4,9%. Es decir, más de un 95% de lo que una ISAPRE gasta en prestaciones para menores de 2 años no corresponde al GES.

3) Del total del gasto en prestaciones GES, sólo un 2,9% corresponde a prestaciones para menores de dos años. Es decir, más de un 97% del gasto en prestaciones GES no corresponde a menores de 2 años.

4) Del total del gasto en prestaciones GES para menores de 15 años, sólo un 26,9% corresponde al gasto en prestaciones para menores de 2 años.

C.- Finalmente, sería equivocado hacer comparaciones, a este respecto, con FONASA

El mecanismo de funcionamiento de FONASA no es comparable al de las ISAPRE, ya que este último sistema sólo tiene como ingreso las cotizaciones de sus afiliados.

En cifras gruesas al año 2015, de acuerdo con información pública, se aprecia que el 27% de los ingresos de FONASA provienen de cotizaciones de sus afiliados, y el 73% de los ingresos de FONASA provienen de aporte fiscal. Es decir, sólo 1 de cada 4 pesos que gasta FONASA provienen de las cotizaciones de sus afiliados.

UNDÉCIMO. Por lo expuesto anteriormente, 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. De la misma forma, no existe la “doble contabilidad de riesgo” ni el “enriquecimiento injusto” señalado en la STC 3227 para justificar la arbitrariedad en la aplicación de la tabla de factores.

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

DUODÉCIMO. 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. 3º).

DECIMOTERCERO. 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 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 proveen una red de salud, entre las cuales las personas pueden elegir dónde acceder a las “acciones de salud” (artículo 19, N° 9, inciso cuarto).

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 la Constitución, sino que puede resultar inevitable si se atiende a la capacidad económica.

DECIMOCUARTO. 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 expresadas en normas infra-constitucionales.

DECIMOQUINTO. Esta Magistratura no comparte el sentido 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 la sustitución del modelo imperante.

Desde esta perspectiva, un sistema de precios parcialmente desregulado sería incompatible 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 la cita del voto por acoger en la sentencia indicada y que apoya tal postura se colige, a contrario sensu, que las opciones legislativas para países de nivel intermedio como el nuestro son más limitadas, identificándose como opción constitucionalmente inaceptable el actual modelo de salud privada chileno, el cual tiene un específico respaldo constitucional, independiente de los deseos o aspiraciones que cada uno pueda tener. No obstante lo cual, estamos en presencia de materias cuya regulación es materia de ley simple, correspondiendo al Congreso Nacional su modificación, y no a la construcción de “garantías jurídico-institucionales” por parte del Tribunal Constitucional o de otras magistraturas nacionales (c. 6º).

DECIMOSEXTO. Como puede apreciarse, esta argumentación de vulneración del derecho a la protección de la salud (art. 19 Nº 9º) y a la seguridad social (art. 19 Nº 18) resulta en 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.

C.- NO SE INFRINGE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROPIEDAD (19, Nº 24º)

DECIMOSÉPTIMO. La postura a favor de la declaración de inaplicabilidad estima que se vulnera el derecho de propiedad de quien cotiza en razón de

consideraciones ya analizadas (y descartadas) previamente por este Tribunal respecto del funcionamiento del sistema de salud privado.

Efectivamente, se alega que el pago efectuado “superaría con largueza aquel costo legítimo y razonable propio de estimar un nuevo beneficiario dentro del plan de salud” al no considerarse apropiadamente –según ellos- “las variables propias de seguridad social del derecho a la salud dentro de su contrato” (STC 3727, c. 55°).

En consecuencia, las mismas razones para desestimar las alegaciones respecto de una supuesta discriminación arbitraria o vulneración a otros derechos constitucionales permiten, igualmente, fundamentar el rechazo a la pretensión de la parte requirente sobre el particular.

DECIMOCTAVO. Sin perjuicio de lo señalado, en una sentencia anterior, precisamente tratándose del derecho a la protección de la salud, este Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse en el sentido de que él no es absoluto, amén de que los detrimentos o menoscabos en el patrimonio no bastan para dar por establecida una infracción al derecho aludido por parte del legislador (Rol N° 1266, considerandos 23°, 24° y 29°).

En este sentido, la existencia de pérdidas patrimoniales que puedan existir no basta para estimar que se ha vulnerado el derecho de propiedad establecido en el artículo 19, N° 24°, de la Constitución.

DECIMONOVENO. Finalmente, tal como se señaló en el voto por el rechazo de la STC 3227 y se asentó 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 su Isapre y, en consecuencia, se restringiera la libertad de elección del cotizante, pareciera que el efecto inconstitucional se radica en las normas de la Ley de Isapres relativas a las preexistencias (artículos 189 N°5 letra g) y h), y 190 N°6 del DFL N°1, de 2005) aquellas que pueden producir un efecto inconstitucional. Lo anterior no ocurrió, ni fue invocado, en este caso concreto.

EN CONCLUSIÓN Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, 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:

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL, DE FOJAS 1. OFÍCIESE.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS AL REQUERENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los MINISTROS SEÑORES GONZALO GARCÍA PINO, DOMINGO HERNÁNDEZ EMPARANZA, NELSON POZO SILVA y DE LA MINISTRA SEÑORA MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, quienes estuvieron por acoger el requerimiento deducido a fojas 1, por las siguientes razones:

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 requirente acciona ante esta Magistratura en el contexto en que la institución de salud a la que está afiliada la recurrente de protección 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.

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 dicho 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 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. 145°)” (STC 3227, c. 23°).

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 N° 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. 146°) (...) Que, todo lo anterior, redunda 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. 25°, 27° y 29°).

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. 32°).

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. 136°)" (STC 3227, c. 38°).

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 9°, 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. 155°);/ 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 9°, 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. 39° y 40°).

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 étéreo. 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 étéreos 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 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 congénitas operables en menores de 15 años	411	6.271	848,8	3.690,2	4,3
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 craneo 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 ²	91	9.278	144,9	1.080,5	7,5
58.- Displasia broncopulmonar del prematuro ³	143	3.587	240,8	382,9	1,6
59.- Hipoacusia neurosensorial bilateral del prematuro ⁴	95	8.381	165,3	930,4	5,6
65.- Displasia luxante de caderas ⁵	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
Total	37.033	452.733			

² Acceso: Todo Beneficiario Prematuro, de menos de 1.500 gramos o menor de 32 semanas de gestación al nacer.

³ Acceso: Todo Beneficiario Prematuro, de menos de 1.500 gramos al nacer o menores de 32 semanas de gestación.

⁴ Acceso: Todo Beneficiario Prematuro nacido a contar del 1º de julio de 2005 con menos de 1.500 gramos al nacer o menor de 32 semanas de gestación.

⁵ 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.



Total Régimen GES80	191.484	2.971.590
----------------------------	----------------	------------------

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%
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%
Total	5.707.581	5.602.546	11.310.127	100%

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%
Total	1.843.851	1.549.678	3.393.662	100%

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)".⁶ 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".⁷

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 7585, la aplicación de la tabla de factores aludida en relación a un nuevo cotizante deriva en el siguiente incremento del plan:

Requerimiento	7585
Precio base	2,10
Factor grupo familiar	4,40
Precio anterior (UF)	2,845
Precio nuevo (UF)	10,02
Aumento porcentual del precio del plan	252,2%*

*El aumento del monto del precio del plan también tiene como causa el incremento del precio base del plan desde 1,10 UF a 2,10 UF, por cambio de plan.

41.- La descripción anterior da cuenta de un incremento porcentual del precio del plan de 252,2%. 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

⁶ 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>.

⁷ Ibíd.



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 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 AUGE-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 previsual, 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.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

RoI N° 7585-19-INA



SRA. BRAHM

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y los Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato y señor Miguel Ángel Fernández González.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el País.

Se certifica que el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza concurre al acuerdo pero no suscribe por haber cesado en funciones.

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