

Santiago, diecisiete de febrero de dos mil once.

VISTO:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus motivos Cuarto al Séptimo, que se eliminan.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que don Samuel Alejandro Ramos Carrasco ha deducido recurso de protección contra la Isapre Banmedica S.A. por el acto que considera ilegal y arbitrario consistente en el anuncio de la recurrida de que el valor de su plan de salud denominado TOTAL PLATA 31N (NBAG31), se incrementaría en su precio final de 2,859 Unidades de Fomento a 3,417 Unidades de Fomento, en razón de su adecuación conforme al factor etéreo, situación que vulnera las garantías que la Constitución Política de la República le reconoce en los números 2º, 9º y 24º de su artículo 19.

Expone el recurrente que el contrato de salud se celebró con la Isapre recurrida el día 1 de febrero de 2010 y que a él se incorporó la tabla de factores de edad y sexo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 ter de la Ley 18.933.

Argumenta, enseguida, que el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 6 de agosto de 2010, dictada en la causa rol N° 1710-10-INC, publicada en el Diario Oficial el día 9 del mismo mes y año, declaró inconstitucional y derogó los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del inciso tercero del aludido artículo 38 ter, norma que facultaba a las Isapres para aplicar tablas de factores de edad y sexo, adecuando periódicamente el valor de los contratos de salud.

Expresa que, en consecuencia, al momento de despachar la Isapre la carta en que se le comunicaba la modificación que impugna -la que aparece datada el 21 de septiembre de 2010 y que fue recibida en su domicilio el día 30 de ese mismo mes-, ya se encontraba derogada la norma que le permitía a la recurrida ejercer la facultad de modificar unilateralmente el contrato de salud en razón del factor etéreo, razón por la cual su actuar, además de arbitrario, es ilegal, toda vez que la derogación de una disposición legal afecta a todos los contratos vigentes, encontrándonos en el caso en particular ante una inconstitucionalidad de origen de la norma y, por tanto, de invalidez de lo acordado por las partes en razón del contenido de tal precepto legal.

Solicita, en definitiva, que se deje sin efecto la referida alza a su plan de salud y se ordene a la Isapre recurrida mantener en plena vigencia y en las mismas condiciones dicho plan, dejándose sin efecto la modificación del factor etéreo correspondiente a un 26,09% impuesta por la recurrida, con expresa condena en costas;

**SEGUNDO:** Que informando a fojas 20, Isapre Banmedica S.A. expone que el incremento denunciado como arbitrario corresponde en realidad al cumplimiento de lo establecido en el contrato de salud suscrito entre las partes, en relación a la variación de la tabla de factores.

Explica que en el contrato de salud previsional, suscrito por la parte recurrente, se estipuló que corresponde a la Isapre ajustar el precio del plan de salud, de acuerdo a la variación de la tabla de factores de sexo y edad contenida en el mismo, al cumplimiento del tramo de edad correspondiente.

Sostiene que la variación respecto de los tramos de edad se contiene en una tabla que se encuentra incorporada al contrato y plan de salud, pudiendo aumentar o disminuir el precio de éste y que, de hecho, en el caso concreto del recurrente, al aplicar la señalada tabla a sus beneficiarios Lidia Macarena García Pacheco y Ariel Ramos García, el factor aumenta de 0.80 a 1.50 respecto del primer beneficiario y disminuye de 0.60 a 0.50 respecto del segundo.

Argumenta que el aumento del precio del plan de salud del recurrente es el resultado de la estipulación contractual citada, la cual fue conocida previamente por éste, por lo que mal puede hablarse de un reajuste infundado y arbitrario, puesto que los factores para dicho ajuste fueron autorizados por la parte recurrente al momento de contratar el plan de salud previsional, añadiendo, a continuación, que la situación que se objeta, de modo alguno da cuenta de un reajuste o aumento del valor del plan de salud por los mayores costos en que la Isapre incurre para otorgar las prestaciones que el plan de salud conlleva, sino que se relaciona únicamente con un ajuste individual que afecta a los beneficiarios del recurrente por aplicación del factor de edad, operación que es genérica, puesto que está contenida en todos los planes de salud de las Isapres, es conocida previamente por los afiliados al momento de contratar y no depende de ningún otro factor que no sea sexo y edad del cotizante y de sus beneficiarios, de lo que concluye que la actuación que se impugna mediante la presente acción cautelar se ajusta perfectamente a la normativa legal y contractual vigente;

TERCERO: Que conforme al mérito del proceso se hallan establecidos los siguientes hechos:

1.- Que el recurrente suscribió el plan de salud TOTAL PLATA 31N (NBAG31), el 1 de febrero de 2010, según se desprende del certificado extendido por la propia institución recurrida con fecha 5 de octubre del año pasado, que rola a fojas 4.

2.- Que con fecha 21 de septiembre de 2010 Isapre Banmedica S.A. elaboró una presentación mediante la cual comunicaba al recurrente que no obstante su decisión de no incrementar el precio base del plan de salud convenido, se produciría una variación del precio de su plan de salud TOTAL PLATA 31N (NBAG31), con motivo del cambio de edad suyo y/o de sus beneficiarios, conforme a lo suscrito en su contrato y a la tabla de factores del referido plan?, informándole, además, que las personas que tendrían variación en el rango de edad correspondían a doña Lidia Macarena García Pacheco, cambio de factor 0,80 al factor 1,50 y don Ariel Alexis Ramos García, cambio de

factor 0,60 a 0,50, por lo que como consecuencia de lo anterior a partir del mes siguiente del cumplimiento de su anualidad, esto es, en enero de 2011, se modificaría su cotización mensual, incrementando su precio final de 2,859 Unidades de Fomento a 3,417 Unidades de Fomento.

3.- Que por sentencia de 6 de agosto de 2010, publicada en el Diario Oficial el día 9 del mismo mes y año, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, los cuales, en consecuencia, fueron derogados;

CUARTO: Que a la época de la suscripción del contrato que vincula a los interesados, la normativa aplicable a tal convención era la contenida en la Ley N° 18.933. Dicho texto, en su artículo 29, disponía que los afiliados al régimen que establece la Ley N° 18.469 -que regula el ejercicio del derecho constitucional a la salud y crea un régimen de prestaciones de salud- que opten por aportar su cotización para salud a alguna institución ?deberán suscribir un contrato de acuerdo a lo establecido en esta ley?.

La Ley N° 18.933, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 1990, es parte de una tendencia legislativa destinada a limitar progresivamente la libertad de las Isapres para establecer las condiciones del contrato y del ajuste de su precio, libertad que les era reconocida prácticamente sin restricciones en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 1981, del Ministerio de Salud, que establecía en su artículo 14 que los trabajadores debían suscribir ?un contrato? con una Isapre que elijan, en el que las ?partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud?.

Tales progresivas regulaciones tienden a otorgar garantías al cotizante en el entendido que se trata de un servicio público desarrollado por particulares, como son las acciones de salud contenidas en la Constitución Política de la República y que, por lo mismo, en su establecimiento debe respetarse el conjunto de principios que emanan de la Ley Primera relacionados con la supremacía constitucional, su

jerarquía superior, aplicación directa, interpretación conforme a ella e imposibilidad de invocar sus disposiciones para limitar las garantías que contempla, así como el efecto derogatorio de las normas pretéritas que están en contradicción con ella.

En consecuencia, la interpretación de los pactos celebrados entre los cotizantes y las instituciones de salud previsional no puede regirse únicamente por los criterios que para ese fin dispone el derecho común, puesto que no se trata de una relación nacida de una plena autonomía privada. Para tales efectos debe considerarse, también, la vigencia de las facultades de ejercicio que han sido otorgadas a las Isapres conforme al criterio evolutivo de la legislación que regula la actividad de dichas instituciones a la luz de los señalados principios y parámetros contenidos en la Carta Fundamental;

QUINTO: Que en el D.F.L. N° 1, publicado el 24 de abril de 2006, que fijó el texto refundido coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763 de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, el artículo 38 ter pasó a ser el actual artículo 199 que, previa derogación de los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en lo que interesa, eliminó las pautas a las que debía sujetarse la Superintendencia para fijar, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las mencionadas tablas de factores, según conceptos de edad, sexo y condición del cotizante o de sus cargas, debiendo considerarse, entonces, que la legislación vigente en la actualidad, ni siquiera regula la manera de establecer una tabla de factores;

SEXTO: Que sin entrar a ponderar los factores de hecho que esgrime el recurrido para adecuar ¿convencionalmente? el plan de salud, lo cierto es que el artículo 38 ter de la Ley 18.933, vigente a la fecha de celebración del contrato que vincula a los intervinientes, establecía: ¿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.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;

2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;

3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan.

4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.

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 38?

SEPTIMO: Que como se ha señalado en los motivos anteriores, los numerales 1º, 2º, 3º y 4º de la disposición legal precedentemente transcrita fue declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de agosto de 2010. De esta forma y según lo dispone el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución Política de la República, la mencionada disposición legal ¿se entenderá derogada desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo?, publicación que se cumplió con fecha 9 de agosto de 2010;

OCTAVO: Que en tal virtud y teniendo en consideración que la disposición legal del artículo 38 ter de la ley 18.933, en cuanto establecía parámetros o pautas de discriminación por sexo y edad, ha sido declarada contraria a la Carta Fundamental, por atentar en contra de garantías que la mencionada sentencia expresa, de manera que no ha sido una nueva expresión de voluntad del legislador la que ha modificado una determinación anterior, sino que se le ha privado de efecto por atentar en contra del ordenamiento constitucional de nuestro país y, que en el caso que se nos plantea mediante el presente recurso de protección, estamos en presencia de un contrato de salud previsional suscrito entre las partes en conflicto en este procedimiento, el cual contempló entre sus cláusulas la habilitación a la Isapre para adecuarlo, entre otros rubros, producto de la mayor edad del cotizante y sus beneficiarios, facultad que a la luz de lo señalado precedentemente, ha quedado sin base de sustento legal;

NOVENO: Que, por lo tanto, el aumento de precio que la Isapre pretendió imponer al plan de salud de la recurrente, sobre la base de

aplicar la tabla de factores prevista por la norma legal declarada inconstitucional y, por lo mismo, derogada, carece también de todo fundamento legal, ya que si bien la Isapre, antes de la derogación, podía aplicar esa tabla de factores porque la ley lo permitía; en septiembre del año de 2010, fecha del envío de la comunicación por parte de la recurrida, la ley ya no contemplaba tal posibilidad pues las normas pertinentes habían sido derogadas y privadas de todo efecto, producto de la publicación efectuada en el Diario Oficial, con fecha 9 de agosto del año pasado, de la sentencia de inconstitucionalidad antes citada.

Los efectos en el tiempo de la referida sentencia y, en particular, la forma en que lo decidido podía afectar a los contratos de salud vigentes a la fecha de su publicación, fueron tratados en ella. Al respecto el Tribunal Constitucional - reconociendo la vigencia del principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad - estimó necesario aclarar los efectos de la derogación de las disposiciones centrales del artículo 38 ter de la ley 18.933, de manera tal que en el considerando 170 de su fallo prescribió la regla siguiente: ¿Que, sin embargo, hay que considerar la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea. A diferencia de, por ejemplo, un contrato de compraventa, el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante. De hecho, ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (en un marco de razonabilidad y proporcionalidad). Lo mismo autoriza a que, si cambia el marco jurídico aplicable nada menos que por una declaración de inconstitucionalidad, entonces cambien también -hacia el futuro- las cláusulas del contrato?;

DECIMO: Que lo anterior es coherente con lo afirmado por el Tribunal Constitucional, en su considerando 154 que señala: ¿Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el



contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a la personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga en seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público?.

En el sentido expresado, esta Corte comparte lo razonado por el Tribunal Constitucional, especialmente considerando la naturaleza de servicio público que importan las prestaciones de salud que satisfacen los Institutos de Salud Previsional. A lo anterior se agrega el carácter de tracto sucesivo del Contrato de Salud Previsional, aspecto que precisamente habilitaba a modificarlo en el tiempo. De esta forma, el ordenamiento jurídico que rige el Contrato de Salud Previsional, constituye el marco legislativo que dirige la convención y, por lo antes expuesto, conforma un conjunto de normas de orden público.

De este modo los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley 18.933, gira en torno a la naturaleza de servicio público de la prestación de salud, a la característica de tracto sucesivo del contrato de salud, a la preeminencia del carácter de orden público de la normas reguladores del contrato de salud y al objeto del contrato, esto es, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad social;

UNDECIMO: Que, en este orden de ideas, la declaración de inconstitucionalidad representa una alteración al marco jurídico del contrato de salud, lo que obliga a que los efectos posteriores del contrato deban adecuarse a ese cambio, puesto que, al estar frente a contratos en que se encuentre mitigado el principio de autonomía de la voluntad, cuyas normas son de orden público, por cuanto se trata de una actividad de servicio público, en el sentido material y tradicional del término, las modificaciones al estatuto normativo que lo rige producen efecto in actum, tanto para los contratos antiguos como los futuros. Lo anterior es de absoluta lógica en atención al antecedente

que la fuente de la facultad de la Isapre para reajustar, por aplicación de las tablas de factores elaboradas por ellas, provenía de la ley y no de la autonomía de la voluntad de las partes;

DUODECIMO: Que, sobre la base de todo lo anterior y considerando que los contratos de salud anteriores a la fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional deben conformarse a los efectos causados por la inconstitucionalidad, cabe concluir que éstos contratos de salud no pueden ser objeto de alzas por aplicación de las tablas de factores de edad y sexo pues carecen de validez jurídica, toda vez que la columna vertebral del sistema de reajustabilidad por aplicación de tablas de factores estaba regulado en las disposiciones derogadas por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, habiendo desaparecido las normas jurídicas que habilitaban a las Isapres para aplicar tablas de factores elaboradas en virtud de las instrucciones generales fijadas por la Superintendencia de Salud, es de rigor que éstas pierdan validez pues las normas que las sustentaban desaparecieron del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, las Isapres están impedidas de alzar sus precios por cambio de edad o según sexo, en atención al hecho que la derogación eliminó las normas que son necesarias para, precisamente, elaborar las tablas de factores.

DÉCIMO TERCERO: Que, en consecuencia, el contrato de salud previsional suscrito entre las partes en conflicto en estos antecedentes contempló entre sus cláusulas una habilitación a la Isapre para adecuarlo, entre otros rubros, por la mayor edad del cotizante y/o de sus beneficiarios, facultad que ha quedado sin base de sustento legal y, aún más, que adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito, al contravenir el derecho público chileno, por hallarse en contradicción con la Carta Fundamental, por lo que la pretensión de la Isapre Banmedica S.A. de incrementar el valor de la cotización mensual del plan de salud suscrito por el recurrente, TOTAL PLATA 31N (NBAG31), de 2,859 Unidades de Fomento a 3,417 Unidades de Fomento, resulta ilegal y vulnera la garantía que la Constitución

Política de la República asegura al actor en el número 24º de su artículo 19, al verse obligado el afiliado a desembolsar injustificadamente una suma superior a la que mensualmente entera por su plan de salud, por lo que el recurso de protección deberá ser acogido.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, se revoca la sentencia de trece de diciembre de dos mil diez, escrita a fojas 30 y siguientes y en su lugar se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 5 y se decide que el valor de la cotización mensual del plan de salud TOTAL PLATA 31N (NBAG31), se mantiene respecto del recurrente en el monto ascendente a la suma de 2,859 Unidades de Fomento.

Se previene que los Ministros Sra. Egnem y Sr. Jacob, concurren a la decisión sin compartir el razonamiento décimo tercero de este fallo y en razón de sus demás fundamentos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pedro Pierry Arrau.

Rol N° 566-2011.

Pronunciado por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Juan Araya E., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S. y Sr. Roberto Jacob Ch.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a diecisiete de febrero de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.