Santiago, veinticuatro de febrero del año dos mil once.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, pero se suprime desde su fundamento sexto a duodécimo.

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

PRIMERO: Que doña Amalia Zanolli Radical ha deducido recurso de protección contra la Isapre Colmena Golden Cross S.A., por el acto que considera ilegal y arbitrario consistente en el reajuste injustificado del precio que paga por las Garantías Explícitas en Salud (GES), cuya cobertura deben contemplar obligatoriamente los planes de salud que mantengan las instituciones de salud previsional con sus afiliados.

Expone que mediante carta remitida por la Isapre, fue informada que en el mes de febrero de 2010 se publicó en el Diario Oficial el DS N° 1 del Ministerio de Salud y de Hacienda, que aprueba las nuevas Garantías Explícitas en Salud. Por este motivo, indicaba la comunicación, a contar del 1° de julio de 2010 se incorporarían a su contrato Nuevas Condiciones de Salud Garantizadas hasta llegar a 69 las enfermedades que se incluirán en el denominado Plan Auge.

Sostiene que el acto por el cual la recurrida pretende reajustar su plan de salud es arbitrario, desde que ha ejercido de manera antojadiza la facultad legal otorgada por el artículo 206 del D.F.L. N°1 de Salud del año 2005, puesto que, no ha explicitado los factores que tuvo en consideración para aumentar el precio que cobra por las GES en más de un cien por ciento (100%) ?desde 0,150 a 0,330 Unidades de Fomento- si sólo ha sumado trece nuevas patologías de las cincuenta

y seis ya existentes antes de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 1 del mes de febrero de 2010.

Añade que la facultad de modificar el precio de las prestaciones GES establecida en la ley, no puede ser entendida como una facultad meramente potestativa, sino que las Isapres deben dar la información adecuada que expliquen el incremento.

Expresa que la actuación que reprocha, afecta su derecho de propiedad al asumir el mayor valor económico que experimentará su plan de salud sin conocer cómo se llegó a determinar el nuevo precio que se le impone. Asimismo, acusa la infracción de la garantía prevista en el inciso final del número 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues este mayor costo de su contrato de salud puede significar ser desplazado del sistema de salud privado;

SEGUNDO: Que es preciso examinar, primeramente, la normativa que regula el asunto sometido a la decisión de esta Corte a través de este amparo constitucional.

A este respecto, cabe consignar que las denominadas Garantías Explícitas en Salud fueron incorporadas a nuestra legislación mediante la Ley N° 19.966, de 3 de septiembre de 2004. Dichas prestaciones dicen relación con el acceso, calidad, protección financiera y oportunidad respecto de un determinado número de enfermedades o ?problemas de salud? cuya atención se asegura a toda la población.

El precio que las Isapres cobran por las GES está regulado en el inciso cuarto del artículo 205 del DFL N° 1 de Salud. Este precepto dispone: ?El precio a que se refiere este Párrafo (`De las Garantías Explícitas del Régimen General de Garantías en Salud?), y la unidad en que se pacte, será el mismo para todos los beneficiarios de la Institución de Salud Previsional, sin que pueda aplicarse para su determinación la relación de precios por sexo y edad prevista en el contrato para el pl an complementario y, salvo lo dispuesto en el artículo 207, deberá convenirse en términos claros e independiente del precio del mencionado plan (plan de salud complementario)?. En relación a lo expresado, cabe tener presente que el artículo 189 letra a) del citado texto normativo dispone que los contratos de salud

deberán contener como mínimo las Garantías Explícitas en Salud, siendo el plan de salud complementario a éstas;

TERCERO: Que, enseguida, el artículo 206 prescribe que las Instituciones de Salud Previsional están obligadas a asegurar las G arantías Explícitas en Salud, a contar del primer día del sexto mes siguiente a la fecha de publicación del decreto que las contemple o de sus posteriores modificaciones.

Agrega la disposición, que la Institución de Salud Previsional deberá informar a la Superintendencia de Salud, dentro de los noventa días siguientes a la publicación del mencionado decreto, el precio que cobrará por las Garantías Explícitas, el cual se expresará en unidades de fomento o en la moneda en curso legal en el país y que se podrá cobrar desde el mes que entre en vigencia el decreto o al cumplirse la respectiva anualidad. Si nada dice, se entenderá que ha optado por mantener el precio;

CUARTO: Que, como se puede advertir, la determinación exacta del valor que efectúa cada Isapre para las Garantías Explícitas en Salud, no tiene otras limitaciones legales que las descritas anteriormente, esto es, que se cobre el mismo valor a todos los beneficiarios y que sea independiente del precio del plan de salud complementario;

QUINTO: Que, en este orden de ideas, no es posible dejar de recalcar que las Instituciones de Salud Previsional, en cuanto se les ha reconocido la facultad de participar en el ámbito del servicio público de protección a la salud de sus afiliados -derecho cuyo goce se encuentra asegurado constitucionalmente-, deben procurar que su participación en dicho proceso no implique la imposición a sus cotizantes y beneficiarios de condiciones que afecten el legítimo ejercicio de un derecho esencial como es el acceso a las acciones de protección de la salud;

SEXTO: Que conforme al planteamiento expuesto, el contrato de salud se cimenta sobre fundamentos constitucionales, circunstancia que trae aparejado el deber del Estado de velar por el acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo, garantizando que la ejecución de

tales acciones, sea que se presenten a través de instituciones públicas o privadas, se lleven a cabo en la forma y términos que establecen tanto las normas legales y administrativas que rigen la materia, disposiciones de orden público que, por tanto, deben ser interpretadas y aplicadas con sujeción a las exigencias previstas en la Carta Política;

SEPTIMO: Que, asimismo, resulta manifiesto la mayor vulnerabilidad en que se hallan los afiliados frente a las Instituciones de Salud Previsional al momento de decidir si perseveran o no en sus contratos de salud, antes las nuevas condiciones de contratación que les impone las entidades privadas de salud. De este modo, no es aceptable invocar por uno de los contratantes la autonomía de la voluntad para defender estipulaciones o el simple uso de una facultad que la legislación les ha entregado si, en los hechos, significará para la contraparte no acceder con plenitud a un derecho que le está garantizado por la Carta Fundamental, puesto que se está ante un contrato doblemente limitativo de la autonomía de la voluntad del afiliado, por tratarse de un acuerdo por adhesión y dirigido;

OCTAVO: Que, en el contexto expuesto, estando habilitadas las Instituciones de Salud Previsional para determinar unilateralmente el precio de las prestaciones relativas a las Garantías Explícitas en Salud, cabe colegir que dicha facultad que por ley se les otorga, sólo estará revestida de legitimidad cuando obedezca a una variación sobre la base de criterios objetivos de razonabilidad, servicio público y determinada en el costo de la cobertura de que se trata, que no importe, por este solo hecho, mayor lucro para una de las partes;

NOVENO: Que con fecha 27 de febrero de 2010 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 1, de 2010, de los Ministerios de Salud y Hacienda, que agregó diez nuevas patologías en el régimen de las Garantías Explícitas en Salud, además de incluir nuevos grupos de prestaciones para problemas de salud que ya se encontraban contemplados en los decretos anteriores.

En consecuencia, no podría cu

estionarse que este mayor valor alegado por las Isapres tiene como contrapartida una mejoría en las prestaciones correlativas; sin embargo, ello no es suficiente para excluir el reproche de arbitrariedad que se atribuye al incremento del precio de las garantías aseguradas (GES), según se pasará a indicar;

DECIMO: Que, en efecto, del texto de la carta enviada por Isapre Colmena Golden Cross S.A. a la recurrente, en lo pertinente, sólo se da a conocer que ?a partir del 1° de julio de 2010 se agregan nuevas enfermedades, las que sumadas a las anteriores -56- llegan a un total de 69?. Como consecuencia de lo anterior, continúa la carta, el precio GES aumentará desde 0,150 UF hasta 0,330 UF mensual.

Así, frente a un incremento del ciento veinte por ciento (120%) del costo de estas Garantías Explícitas, la recurrida ha proporcionado a su afiliada una información claramente insuficiente, la cual no permite a esta cotizante siquiera vislumbrar si esa alza ?porcentualmente significativa- corresponde a una aplicación razonable de la aludida facultad, por cuanto se apoyaría en mayores gastos que no se pormenorizan y que por consiguiente no son comprobables.

Esta sola circunstancia importa falta de motivación que justifica acoger la acción de amparo constitucional interpuesta, puesto que omite participar al afiliado de la forma cómo se descompone el alza y la proporcionalidad del mismo, como de los elementos que le permitan discernir la legitimidad de la acción de la Isapre. En efecto, la ausencia de fundamento, que impide instar por su revisión de manera informada, priva al afiliado de uno de sus derechos esenciales y por lo tanto la actuación deriva en arbitraria, por estar desprovista de sustento;

UNDECIMO: Que el planteamiento explicado en el motivo precedente no se desvanece con el informe presentado por la Isapre Colmena Golden Cross a fojas 53. En él, argumenta que para el cálculo final del nuevo precio GES tuvo en consideración antecedentes como el ?Estudio de Verificación del Costo Esperado Individual Promedio por Beneficiario del Conjunto Priorizado de Problemas de Salud con Garantías Explícitas 2009? (2 de diciembre de 2009) elaborado por

Bitrán y Asociados a instancias del Ministerio de Salud, en cumplimiento a lo ordenado en los artículos 14 y 15 de la Ley N° 19.966, además de su cartera propia y la evo lución de los costos de las patologías GES.

Según el informe mencionado, el costo del aumento de cobertura de las Garantías Explícitas en Salud para las Isapres sería, para el año 2010, de 3,47 unidades de fomento anuales por beneficiario, monto que dividido por doce meses, daba un valor de 0,289 unidades de fomento mensuales.

Con el propósito de explicar la razón que llevó a la Isapre Colmena Golden Cross a fijar un valor de 0,330 unidades de fomento mensual por beneficiario, esto es, superior al determinado por las autoridades, entrega un cúmulo de cifras y datos que pueden resultar plausibles en el financiamiento en los mayores gastos que debe solventar, derivados de la ampliación de las Garantías Explícitas en Salud, pero esa información no fue proporcionada a la recurrente.

En todo caso, uno de los factores que arguye la Isapre para explicar el incremento del precio impugnado, es, a lo menos, sorprendente. Manifiesta que los ingresos provenientes de los cobros de cotizaciones de las Garantías Explícitas en Salud (GES) deben sumarse a la totalidad de los ingresos de las Isapres, las que quedan obligadas a pagar Impuesto al Valor Agregado (IVA) sobre el total de los ingresos que perciben por concepto de cotizaciones de salud, incluidas las GES, quedando sólo eximidas de tal impuesto el monto correspondiente al siete por ciento (7%) del máximo de la remuneración imponible, que corresponde actualmente a una cotización de 4,529 unidades de fomento, encontrándose, lo que exceda de dicho límite, gravado con la tasa del Impuesto al Valor Agregado.

Atendido, continúa la recurrida, que una gran parte de sus afilia
dos ha contratado planes de salud que tienen un valor superior a las 4,529 unidades de fomento, lleva a que el precio que tienen que pagar por las GES (que se suma a la cotización de salud, superando el límite exento de impuesto) se encuentra gravado con IVA. Por tanto, asevera

la recurrida, parte del total de lo cobrado no será destinado a cubrir prestaciones médicas, pero le es ineludible considerar ese costo tributario en la fijación del precio que cobrará a sus afiliados. Añade que dicho costo ha sido determinado mediante cálculos contables y corresponde a 0,0327 unidades de fomento promedio por beneficiario al mes, el cual carga indistintamente a todos sus afiliados, afectando incluso a aqu e9llos cuyo planes de salud tengan valores que no excedan el tope legal de siete por ciento (7%) de cotizaciones, instaurando mediante ese ejercicio una inédita solidaridad tributaria entre sus cotizantes;

DUODECIMO: Que, así las cosas, la información entregada por la Isapre no sólo no subsana la falta de publicidad que se ha anotado, sino que genera aun mayor incertidumbre acerca de cómo ella estimó los diversos costos a que alude para determinar el precio exacto que iba a fijar por la mayor cobertura de las Garantías Explícitas en Salud e, incluso, sobre si procedía considerar algunos de esos importes en la determinación del precio GES;

DECIMO TERCERO: Que lo razonado resulta aún más evidente, si se revisan los nuevos precios que cobrarán por las Garantías Explícitas en Salud las diversas Instituciones de Salud y que fueron informadas a la Superintendencia del ramo. Asumiendo que, no obstante dicha cobertura comprende patologías y prestaciones idénticas, los precios pueden variar en las distintas Isapres debido a factores como las características peculiares que presentan sus carteras de clientes y sus prestadores, surgen igualmente diferencias de precio entre una y otra que son de una magnitud porcentual tal, que se torna imperioso transparentar la actividad de las Isapres a través de la entrega de información accesible a sus afiliados, quienes son los que finalmente deberán soportar el mayor costo que se les obliga a pagar.

Cabe tener presente que el contrato de salud no da origen a una cuenta de capitalización individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados no van sumándose a un fondo al que puedan acudir cada vez que requieran de una cobertura, sino que ingresan al patrimonio de la Isapre. De esta característica, se sigue, sin dejar de reconocer la

validez de pretender una ganancia razonable, que las instituciones privadas de salud no pueden subordinar el cálculo del precio a pagar a la consecución de un fin de lucro;

DECIMO CUARTO: Que en este caso concreto, al no estar suficientemente explicada la mayor suma que se cobra a la recurrente resultante de las incorporación de nuevas prestaciones al régimen de las Garantías Explícitas en Salud, sólo cabe concluir que la utilización de la facultad que confiere el artículo 206 del DFL N° 1 de Salud, de 2005, carece d e una justificación razonable y, en esa medida, no aparece revestida de legitimidad, pues no es posible dilucidar si el nuevo precio se ajusta al costo que conlleva la ampliación de la cobertura.

Dicha arbitrariedad importa afectar directamente el derecho de propiedad de la recurrente, protegido por el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado importa una disminución concreta y efectiva en el patrimonio de ésta, al tener que soportar una injustificada carga derivada del mayor costo de su contrato de salud, circunstancia que, además, incide en que el derecho de afiliación se torne de difícil materialización, puesto que si los aumentos hacen excesivamente gravosa la permanencia en el sistema, el interesado puede verse compelido a trasladarse al sistema estatal de salud. Todo, sin atender a factores de cautividad por edad o patologías ya declaradas por el afiliado;

DECIMO QUINTO: Que acorde con lo que se ha señalado, el recurso de
be ser acogido, por las razones consignadas en los motivos que preceden.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veintiséis de octubre de dos mil diez, escrita a fojas 104, decidiéndose que se acoge el recurso de protección interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 9 y, en consecuencia, se deja sin efecto el aumento del precio de las Garantías Explícitas en Salud efectuado por

la Isapre recurrida.

Se previene que la Ministro señora Egnem no comparte el contenido de la oración final del fundamento séptimo que inicia con la frase: ?De este modo??, el motivo octavo, los párrafos cuarto y quinto del motivo undécimo, y sendos párrafos segundo de los considerandos décimo tercero y décimo cuarto.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Jacob.

Rol Nº 9044-2010.

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 veinticuatro de febrero de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.