En lo principal: interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **Primer otrosí:** solicita suspensión del procedimiento judicial. **Segundo otrosí:** providencia urgente. **Tercer otrosí:** acompaña documentos. **Cuarto otrosí:** acompaña certificación. **Quinto otrosí:** solicita se traiga a la vista expediente en que incide el requerimiento.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
INGRESADO
19 FEB 2019
12:53 hrs.
CHILE

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

María del Pilar Juárez Hübner, abogado, domiciliada en calle Nueva York N° 33, piso 6, Santiago, en representación convencional de **Andrea Carolina Santander Muñoz**, ingeniero comercial, domiciliada en Camino del Cerro Alto 10.041, depto. 204, Lo Barnechea, Santiago, a S.S.E. respetuosamente digo:

Vengo en interponer requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las letras m) y n) del artículo 170 y respecto del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud, de 2006, por ser contrarios a los números 2, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en razón de los argumentos de hecho y fundamentos de derecho que a continuación expongo.

Al efecto, solicito a este Iltmo. Tribunal que declare inaplicables los preceptos mencionados, que inciden en los autos sobre recurso de protección caratulados "Santander Muñoz, Andrea Carolina con Isapre Colmena Golden Cross S.A.", rol de ingreso de la Excma. Corte Suprema N° 2599-2019, los cuales se encuentran actualmente con un recurso de apelación pendiente ante dicho Excmo. Tribunal.

ANTECEDENTES

La gestión judicial pendiente sobre la cual incide el presente requerimiento, consiste en un recurso de protección, dirigido en contra de Isapre Colmena Golden Cross S.A. Dicho recurso, dice relación con el acto arbitrario e ilegal cometido por la Isapre recurrida, por cuanto aplicó un precio improcedente por la inclusión de un recién nacido, como carga en el contrato de salud de la recurrente. En efecto, la

improcedencia de dicho precio viene dada por el cambio legal que significó la sentencia de este Excmo. Tribunal Constitucional, de fecha 6 de agosto de 2010, dictada en la causa rol N° 1710 -10 -INC, publicada en el Diario Oficial de fecha 9 de agosto de 2010, que derogó, por inconstitucionalidad, los numerales 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, denominada Ley de Isapres, hoy contenidos en el artículo 199 del DFL N°1 del Ministerio de Salud, del año 2006.

Como este Excmo. Tribunal bien sabe, las disposiciones derogadas de la referida ley son las que se referían a las reglas conforme a las cuales las isapres debían elaborar las tablas de factores que utilizan para determinar los precios de los contratos de salud.

En efecto, este Excmo. Tribunal Constitucional declaró en su sentencia que el mecanismo derogado es discriminatorio, especialmente en contra de las mujeres, los adultos mayores y los **niños menores de dos años**, y que por tanto no se aviene a la Constitución.

Pues bien, en este caso, mediante el Formulario Único de Notificación de fecha 24 de septiembre de 2018, la Isapre, para determinar el precio a cobrar por la nueva carga, aplicó un factor de riesgo, obtenido precisamente de una tabla de factores elaborada conforme al procedimiento ya declarado inconstitucional.

Atendido lo anterior, presentamos el recurso de protección ya señalado, a fin que la I. Corte de Apelaciones pusiera freno a esta ilegalidad y arbitrariedad. Dicha acción fue acogida por la Iltma. Corte de Apelaciones; no obstante, el fallo fue apelado por la Isapre.

La I. Corte de Apelaciones, para acoger el recurso de protección, señaló:

"Que los 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 base del sistema de reajustabilidad por aplicación de tablas de factores estaba regulada en disposiciones derogadas por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, habiendo desaparecido las normas jurídicas que habilitaban a las Isapres para aplicar tablas de factores elaboradas en virtud de instrucciones generales fijadas por la Superintendencia de Salud, éstas han perdido vigor, pues las normas que las sustentaban desaparecieron del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, por iguales razones, las Isapres están impedidas de alzar sus precios por incorporación de una nueva carga legal por un evento natural, como es el nacimiento de un hijo,

atendido a que la derogación eliminó las normas que son necesarias para, precisamente, elaborar las tablas de factores. (Considerando sexto)

Más adelante, en el mismo considerando sexto, la I. Corte continúa señalado:

...aunque las tablas de riesgo no estén derogadas, se estimará que no pueden ser aplicadas por las Isapres porque no existe el procedimiento para aplicarlas, toda vez que quedaron derogadas las normas que se referían al marco de aplicación. Por ello, la pretendida alza del costo del valor de un plan de salud por la incorporación de un hijo recién XHYGHJVELX nacido como nueva carga legal, es una facultad que ha quedado sin base de sustento legal".

Agrega el fallo en el considerando octavo, lo siguiente:

"Que de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto no cabe sino concluir que el actuar de la Isapre recurrida es, por una parte, ilegal, en tanto la facultad contractual y legal quedó sin sustento en la propia ley en virtud de la derogación declarada por el Tribunal Constitucional, que, por contravenir el derecho público chileno, adolece también de objeto ilícito, según lo ha declarado la Corte Suprema. Por otra, es arbitrario, en tanto no resulta razonable insistir en normas válidas pero que han perdido eficacia en virtud del pronunciamiento expulsatorio del Tribunal Constitucional;"

El fallo continúa argumentando que el alza del plan de salud de la recurrente, vulnera el N°2 del artículo 19 de la Constitución, discriminando a los menores de dos años de edad; y vulnera asimismo la garantía del N° 9 del artículo 19 de la Constitución por cuanto el aumento de los costos se realiza bajo variables no objetivas y discriminatorias, que permiten a la Isapre escoger a los cotizantes unilateralmente, lo cual es incompatible con la condición de contrato de orden público del instrumento que los vincula. Finalmente, se estima vulnerado el derecho de propiedad, del N° 24 del art. 19 de la Constitución, en cuando a los efectos económicos del alza.

El considerando octavo de la sentencia termina indicando que en este mismo sentido falló Corte Suprema en recurso de protección 58.873-2016 (recurso en el cual esta abogado era parte).

Por las consideraciones señaladas, la Corte acogió el recurso de protección, declarando que para la determinación del precio por la incorporación como carga en el contrato de salud de la actora, la recurrida deberá abstenerse de multiplicar el precio base del plan por el factor de riesgo.

No obstante lo anterior, la recurrida apeló del fallo, argumentando que el mismo incurría en una errónea interpretación de la sentencia de este Excmo. Tribunal, recaída en causa rol 1710-2010, señalando que carecería de toda lógica jurídica atribuir de ilegal y arbitraria la actuación de la Isapre, pues se estaría desnaturalizando el contrato de salud. Agrega que la conclusión del fallo implicaría incorporar "infinitas cargas de salud", pagando un menor valor que el establecido en la legislación vigente.

La apelante continúa señalando que las consecuencias de la derogación por parte de este Excmo Tribunal en 2010, únicamente se referiría a la imposibilidad de las isapres de aplicar las variaciones contenidas en la tabla de factores, pero no a no aplicarla. Señala que tanto este Excmo. Tribunal, como la Excma. Corte Suprema y la Superintendencia de Salud habrían interpretado la derogación de los numerales 1 a 4 del del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en este mismo sentido, y que no fue la intención de este Excmo. Tribunal que las cargas del contrato no pagaran el precio que señala la ley y el contrato.

Termina el recurso señalando que la tabla de factores no ha sido derogada ni invalidada, que Isapre Colmena no ha incurrido en ningún acto ilegal o arbitrario, y que no existen vulneración de garantías constitucionales.

FUNDAMENTOS DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

Por medio del presente requerimiento, venimos en solicitar a este Excmo. Tribunal que declare inaplicables, por inconstitucionalidad, las normas de la ley 18.933, hoy contenidas en el DFL N°1 del Ministerio de Salud, del año 2006, que se refieren a las tablas de factores, y a la obligación de las isapres de aplicarlas.

En efecto, este Excmo. Tribunal, derogó las normas que se refieren a las reglas conforme a las cuales se deben elaborar las tablas de factores. Como

consecuencia de la sentencia de este Tribunal Constitucional, resulta que actualmente no existe una forma legal y que se avenga a la Constitución de elaborar las tablas de factores que las Isapres utilizan para determinar los precios de los contratos de salud, y de las cargas. Respecto a las tablas de factores existentes, éstas se elaboraron conforme a un procedimiento viciado, que pugna con la Constitución Política de la República, y que de acuerdo con el Tribunal Constitucional, es discriminatorio.

Tomando estos argumentos, fue acogido el recurso de protección en que incide el presente requerimiento. Sin embargo, atendido que el recurso de apelación de la recurrida se basa principalmente en que las tablas de factores no han sido derogadas en sí mismas, y que existen otras normas que se refieren a su aplicación, la cual sería obligatoria para la Isapre, solicitamos por medio de este requerimiento, que se declaren inaplicables dichas normas, que son las siguientes, contenidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud, de 2006:

- Letra m) del artículo 170, ubicado en el Libro III denominado "Del Sistema Privado de Salud Administrado por las Instituciones de Salud Previsional", prescribe que para los fines de este libro se entenderá la expresión "precio base", por el precio asignado por la Institución a cada plan de salud. Agrega la norma que se aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan y que el precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores.

- Letra n) del mismo artículo 170, que señala que se entiende por la expresión "tabla de factores" por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Agrega la norma que "Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según

corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan".

- Artículo 199, dispone que 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. Añade la regla que 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 -sigue- 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. A continuación, el artículo indica, en lo que interesa, que en el marco de lo señalado, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen, pero que, 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.

Dichas normas, S.S.E, han quedado sin aplicación, al haberse derogado los numerales 1 a 4 del inciso tercero del artículo 199, pues son precisamente las que se refieren al mecanismo conforme a las cuales se deben elaborar las tablas de factores. Al respecto, debe señalarse que entendemos perfectamente que las tablas de factores, en sí mismas, no fueron derogadas; sin embargo, es claro que las normas que se refieren a ellas quedaron actualmente vacías de contenido y sin aplicación práctica, mientras no se establezca un procedimiento legal para su elaboración.

Lo anterior queda meridianamente claro si se lee con mediana atención el fallo de este Excmo. Tribunal Constitucional, que señala que dicho mecanismo es discriminatorio, refiriéndose precisamente a los menores de dos años, como es el

caso del recurso de protección en que incide este requerimiento, presentado al aplicarse la tabla de factores elaborada conforme a un procedimiento inconstitucional para determinar el precio a cobrar por la inclusión de un recién nacido al contrato de salud.

Con la derogación de dichos preceptos, la facultad de fijar los precios de los planes de salud, entre otros, en virtud de la edad del cotizante ha quedado sin sustento legal alguno.

No obstante, como siguen vigentes los demás preceptos que se refieren a las tablas de factores, es posible que la Excma. Corte Suprema fundamente su fallo en dichas normas y en base a ello rechace el recurso de protección, tal como ha ocurrido en casos anteriores. Por lo tanto, solicitamos que éstos se declaren inaplicables, de modo que no pueda fundamentarse el fallo de la Excma. Corte Suprema en dichas normas.

Por lo demás, los tribunales ya han fallado en este sentido: ***"Empero, aunque las tablas de riesgo no estén derogadas, sucede que no pueden ser aplicadas por las Isapres porque no existe el procedimiento para aplicarlas, toda vez que quedaron abrogadas las normas que se referían al marco de aplicación..."*** (considerando 6° de sentencia dictada por la I. Corte de Apelaciones en causa rol 766-2012, confirmada por la Excma Corte Suprema, causa en que la suscrita era parte). En forma posterior a esta sentencia, se dictaron muchas otras en el mismo sentido.

El fallo dictado en el recurso de protección en que incide este requerimiento, alude a la sentencia dictada en causa rol 58.873-2016 de la Excma. Corte Suprema, causa en que también esta abogado era parte, respecto de la cual también se presentó un requerimiento de inaplicabilidad ante S.S.E. (rol N° 3227-16). Dicho requerimiento, muy similar al actual, fue acogido por este Excmo. Tribunal Constitucional (se acompaña el fallo en otrosí).

Resolviendo el requerimiento señalado, entre otros argumentos, este Excmo. Tribunal invocó un argumento económico que nos parece relevante destacar, respecto de la sobrevaloración de los riesgos que afectan a los menores de 2 años. En efecto, S.S.E. señaló que dichos riesgos están considerados dos veces respecto de estos menores, ya que *"buena parte de las patologías cubiertas por el*

plan AUGE tienen como público objetico a los menores de edad, especialmente a los recién nacidos, siendo posible atribuir en exclusiva a ellos 17 riesgos específicos" (considerando cuadragésimo cuarto). De modo 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..."*(considerando cuadragesimoquinto). A este respecto, en el plan de salud existe un pago adicional que se debe realizar a la Isapre por el Plan Auge-Ges, respecto de todos los beneficiarios...(considerando cuasdragesimosexto). "Por ende, el título de cobro que la Isapre tiene respecto de los beneficiarios recién nacidos no puede provenir de dos fuentes..." (considerando cuadragesimoseptimo)

El fallo termina declarando la inaplicabilidad del artículo 199 del DFL N° 1 del Ministerio de Salud, de 2006, *"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".

En fin, todo lo señalado, S.S.E., apunta en definitiva a que el precio del contrato de salud, debe estar determinado conforme a un procedimiento que se avenga a la constitución, tal como queda claro del fallo de primera instancia del recurso de protección. El hecho que no exista ese procedimiento en la ley, no es argumento para que se siga aplicando el procedimiento que existe actualmente, obtenido a partir de normas declaradas inconstitucionales.

En consecuencia, solicitamos que se declare la inaplicabilidad, por inconstitucionalidad de los preceptos legales mencionados en el cuerpo de este escrito, por cuanto inciden en el recurso de protección individualizado, ya que la Excma. Corte Suprema podría basarse en dichas normas al resolver el recurso de apelación pendiente. Por su parte, la aplicación de dichas normas en la resolución del referido recurso resultaría inconstitucional, pues implicaría la vulneración de las siguientes garantías fundamentales:

1. **Violación del derecho de igualdad ante la ley** establecido en el art. 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

De acuerdo a lo fallado por este Excmo. Tribunal, la aplicación de los preceptos legales denunciados implica la utilización de un mecanismo discriminatorio en contra del recién nacido, favoreciendo una diferencia que es arbitraria y constituye de por sí una discriminación. Reiteramos en este punto lo señalado por este Excmo. Tribunal Constitucional en el considerando centesimoquincuagesimoquinto de la sentencia, de 6 de agosto de 2010: ***"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"***

2. **Violación del derecho de propiedad,** establecido en el art. 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.

La aplicación de dichos preceptos, si redunda en el rechazo del recurso de protección, implicaría que el precio que se cobrará por la nueva carga atente

directamente contra el derecho de propiedad, pues de aplicarse el precio que pretende la Isapre, mi representada sufrirá una merma directa de su patrimonio, para costear dicho precio. Además existe el derecho de propiedad sobre el contrato de salud, el cual está regulado por normas de orden público, y en consecuencia mi representada tiene derecho a que el precio por las cargas se determine en base a normas vigentes, y no en base a normas que se encuentran derogadas. Por la vía de la aplicación de los preceptos no derogados, pero que se refieren a las tablas de factores, se lograría el mismo efecto que este Excmo. Tribunal quiso evitar al derogar los preceptos 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter ce la ley de Isapres.

Además, esta merma al patrimonio se repetiría mensualmente, por todos los años que el hijo sea carga de la requirente.

En este sentido, el derecho de dominio no sólo puede ejercerse sobre bienes corporales, sino también sobre derechos, entre otros, el derecho de propiedad que tenemos sobre todos los derechos y beneficios que emanan del contrato de salud y de las normas de orden público que lo rigen.

3. **Violación del derecho a elegir el sistema de salud, sea estatal o privado,** consagrado en el inciso final del Nº 9 del artículo 19 de la Constitución.

Este derecho, lo ejerció mi representada al elegir el sistema privado de salud, suscribiendo un contrato de salud. La aplicación de dichos preceptos, si redunda en que se aplique la tabla de factores, por la inclusión de un hijo al contrato de salud, viola a todas luces ese derecho. En efecto, ello hará prácticamente imposible mantener el plan de salud, pues significa una cantidad mensual que es altísima. De allí que cabe preguntarse qué ocurrirá frente a los reajustes anuales que aplica la Isapre, o bien qué ocurrirá si tiene otro hijo: sencillamente le resultará imposible tener un plan de salud.

EN CONSECUENCIA, en base a lo expuesto, y para evitar que resulten vulnerados derechos fundamentales establecidos en la Constitución, solicito que se declare la inaplicabilidad de los preceptos legales ya denunciados.

POR TANTO,

SOLICITO A S.S.E., que tenga por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto de las letras m y n del artículo 170 y respecto del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud, de 2006, por ser contrarios a los números 2, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y que inciden en los autos sobre recurso de protección caratulados "Santander Muñoz, Andrea Carolina con Isapre Colmena Golden Cross S.A.", rol de ingreso de la Excma. Corte Suprema N° 2599-2019, admitirlo a tramitación y en definitiva, acogerlo, por resultar su aplicación en dicho procedimiento contrarios a los números 2, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

PRIMER OTROSÍ: Solicito a S.S.E., tenga a bien decretar la suspensión del procedimiento seguido ante la Excma. Corte Suprema bajo el rol de ingreso N° 2599-2019, por cuando resulta inminente la dictación de la sentencia, la cual podría basarse en los preceptos cuya inaplicabilidad solicitamos decretar en estos autos. Esta suspensión resulta necesaria para evitar el perjuicio irreparable que se derivaría de la dictación de una sentencia sobre la base de preceptos contrarios a la Constitución Política de la República.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a S.S.E. tenga a bien resolver en forma urgente la petición del primer otrosí, atendido que la Excma. Corte Suprema en cualquier momento dictará sentencia en los autos sobre los cuales recae este requerimiento.

TERCER OTROSÍ: Solicito a S.S.E. tener por acompañada copia de la sentencia dictada por S.S.E. en causa rol 3227-16, así como sentencia de la Excma. Corte Suprema, en causal rol 58873-2016.

CUARTO OTROSÍ: En cumplimiento de lo señalado en el artículo 47 a) de la Ley N° 17997, solicito a S.S.E. tener por acompañado certificado emanado de la Excma. Corte Suprema.

QUINTO OTROSÍ: Para un mayor conocimiento de S.S.E. respecto de la gestión judicial pendiente en que incide este requerimiento de inaplicabilidad, solicito que se traiga a la vista los autos sobre recurso de protección caratulados "Santander Muñoz, Andrea Carolina con Isapre Colmena Golden Cross S.A.", rol de ingreso de la Excma. Corte Suprema N° 2599-2019.

SEXTO OTROSÍ: Solicito a S.S.E. tener presente que en virtud del escrito de patrocinio y poder presentado en autos, patrocino el presente recurso, señalando como mi domicilio el ubicado en calle Nueva York N° 33, piso 6, Santiago, y correo electrónico mpjuarez@uhc.cl

M. del Pilar Juárez H
14045325-0