

C.A. de Santiago

Santiago, nueve de octubre de dos mil veinte.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que comparece doña **DANIELA BEATRIZ PIÑA ARAVENA**, ingeniera civil industrial, con domicilio en Av. Diego de Almagro 4765, comuna de Ñuñoa, quien interpone acción de protección de garantías constitucionales en contra de **ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A.**, por el acto que estima ilegal y arbitrario consistente en aplicar la tabla de factor de riesgo o de grupo familiar por concepto de su hijo, cobrando así un precio improcedente por su inclusión en el contrato de salud.

Expone que con 22 de junio del presente año, la recurrida le comunicó el alza del precio de salud por la incorporación en el contrato de salud de su hijo no nacido como carga. Agrega que por medio de la notificación del Formulario Único de Notificación, la recurrida comenzaría a aplicar un valor adicional por la incorporación de su hijo aplicando un factor de riesgo y normas legales que fueron derogadas por el Tribunal Constitucional el año 2010.

En cuanto a las garantías constitucionales que estima vulneradas, arguye que el actuar de la recurrida infringe aquellas consagradas en el artículo 19 números 2, 24 y 9 inciso final.

En virtud de lo antes expuesto, solicita se acoja la presente acción de protección y ordenar se deje sin efecto el Formulario Único de Notificación, que se restituyan los cobros ilegales y arbitrarios realizados, y que para determinar el precio a pagar por el nuevo beneficiario, debe abstenerse de multiplicar el precio base por factor alguno, con costas.

Segundo: Que evacua informe María Bernardita Donoso Asenjo, en representación de la Isapre Colmena Golden Cross S.A. quien indica no haber incurrido en conducta arbitraria o ilegal alguna.

Alega que el nuevo monto del plan de salud se convino conforme a un acto jurídico bilateral, donde la recurrente suscribió el FUN, con pleno conocimiento de sus efectos, y en ejercicio de su libertad contractual, donde por lo demás ejerció su derecho a la libre elección del sistema de salud, al optar por incorporar a su nueva carga al contrato de salud, por lo que la recurrente consintió en el cambio del precio, y aceptó sus efectos.



Indica que no es efectivo que su parte se vea imposibilitada de aplicar la tabla de factores, y en consecuencia multiplicar los factores de riesgo de cada integrante del plan familiar por el precio base del contrato de salud; ya que el sentido y alcance de la derogación de los cuatro numerales del art. 38 ter de la ley N° 18.933 únicamente le imposibilita a aplicar las variaciones que corresponden a la tabla de factores, es decir no se pueden efectuar ni aumentos ni rebajas, como lo determinó la Excelentísima Corte Suprema en el fallo 566 – 2011; lo que no implica que se hayan dejado de aplicar las tablas de factores al incorporar nuevas cargas y determinar el aumento del precio que corresponde por este hecho.

Alega que la derogación normativa no dejó sin efecto el factor de riesgo en sí, existiendo numerosas normas en que aún se alude a este, tales como el art. 170, letra m) del DFL N° 1 de 2005, que señala que el precio final del plan de salud se obtiene de multiplicar el precio base por el factor que corresponda al afiliado conforme a la tabla de factores; o los artículos 199 y 203 N° 2, en un sentido similar, lo que le lleva a concluir la vigencia en el ordenamiento jurídico de las tablas de factores por las que se determina el precio final de los planes de salud.

Expone que no es racional sostener que la Isapre debe soportar la incorporación de nuevas cargas a un contrato de salud, sin percibir la retribución económica que la ley establece; y descarta el carácter arbitrario o ilegal del cobro, reiterando que la suscripción del FUN para incorporar la carga al contrato de salud fue un acto voluntario de la recurrente; y que el aumento del precio resulta razonable atendidas las nuevas prestaciones que deberá solventar.

Cita al particular sentencia rol 14557 – 2017 de la Excelentísima Corte Suprema, en la que conociendo sobre esta materia determinó que el procedimiento para ajustar el valor del precio base se ajustó a la ley, estableciendo la aplicabilidad de la tabla de factores en aquellos casos en que se incorpora una nueva carga legal al contrato de salud.

En base a lo expuesto, alega que no se han conculcado las garantías Constitucionales invocadas en el recurso, y pide su rechazo, con costas.

Tercero: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de



resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.

Luego, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia, por un lado, de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

Cuarto: Que el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 sobre la materia prescribe en la letra m) del artículo 170, ubicado en el Libro III denominado “Del Sistema Privado de Salud Administrado por las Instituciones de Salud Previsional”, para los fines de ese libro se entenderá la expresión “precio base”, como 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.

Quinto: Que, por su parte, el artículo 199 del mismo cuerpo legal, dispone que para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la que aplicará 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 y que dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Sexto: Que el Tribunal Constitucional derogó por ser inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, permaneciendo, sin embargo, vigente la norma según la cual las Isapres serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen, sin que puedan variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos a un determinado plan de salud y sin que pueda alterarse la tabla para quienes se incorporen a él.

Séptimo: Que, 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 y 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 aplicando las referidas tablas de factores, atendido a que la derogación eliminó las normas que son necesarias para, precisamente, elaborar las tablas de factores.

Octavo: Que de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, no cabe sino concluir que el actuar de la Isapre recurrida es, por un lado, 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. De otro lado, es arbitrario, en tanto no resulta razonable insistir en normas válidas pero que han perdido eficacia en virtud del pronunciamiento expulsatorio del Tribunal Constitucional.

Noveno: Que, en cuanto a las garantías vulneradas, el actuar de la recurrida, vulnera el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política de República, por cuanto discrimina a los menores de dos años de edad, atendida la circunstancia que, al ser incorporados como nuevos beneficiarios del plan de salud de sus padres, se considera la contingencia de los riesgos de salud de un modo desproporcionado en sí mismo y carente de justificación.

Asimismo, se estima vulnerado el derecho a escoger el sistema de salud de elección de los cotizantes, previsto en el artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental, por cuanto el aumento de los costos se realiza considerando



variables no objetivas y discriminatorias, que permiten 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 es la protección de la salud, siendo evidente que este sistema de fijación de valores de nuevas cargas tiende a dejar sin la alternativa de elegir el sistema de salud al que se desea pertenecer.

Finalmente, el acto materia del recurso vulnera el derecho de propiedad de la recurrente, reconocido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, en cuanto a que los efectos económicos de no considerar las variables propias de seguridad social del derecho a la salud, dentro del contrato, implica pagar por parte de la requirente un costo variable que no puede precisarse, pero que supera con largueza aquel costo legítimo y razonable propio de estimar un nuevo beneficiario dentro del plan de salud, viéndose obligada a desembolsar injustificadamente una suma superior a la que normalmente entera por su plan de salud disminuyendo ciertamente en esa proporción su patrimonio.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se acoge** el recurso deducido a favor de doña **DANIELA BEATRIZ PIÑA ARAVENA**, en contra de Isapre Colmena Golden Cross S.A., en cuanto se declara que, para la determinación del precio por la incorporación como carga en su contrato de salud del hijo de la actora, la recurrida debiera abstenerse de aplicar al precio base del plan, el factor de riesgo previsto en el artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005.

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Book, quien fue de opinión de rechazar el recurso, en virtud de los argumentos que siguen:

1° Por lo pronto, cabe consignar que el efecto y alcance de la declaración de inconstitucionalidad a que se alude en el recurso, se traduce en la imposibilidad de modificar al alza el precio del plan de salud, a raíz de cambios en el tramo etario. Efectuada esa precisión, debe destacarse enseguida que continúa vigente el artículo 189, letra c) del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, norma que obliga a las instituciones previsionales a incorporar en los contratos respectivos la forma de modificación de las cotizaciones y aportes con motivo de la “incorporación o



retiro de beneficiarios legales del grupo familiar”. Aparte de lo indicado y en consonancia con la regla antes citada, también continúa en vigor el artículo 199 del mismo Decreto con Fuerza de Ley, según el cual -para la determinación del precio del plan de salud-, “la institución deberá aplicar a los precios base...el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo con la tabla de factores”, regla que prácticamente repite lo contenido en el artículo 170, letra m) del mismo texto legal.

2° Por consiguiente, la legislación que rige en la actualidad permite todavía la aplicación de una tabla de factores para determinar el precio del contrato de seguro de salud, cuando se incorpora una nueva carga. Esta circunstancia excluye la ilegalidad y arbitrariedad atribuidas, dado que la ISAPRE se ha sujetado a un procedimiento previsto en la ley y para un caso en que ella lo permite.

3° El planteamiento de la recurrente conduce en los hechos a una suerte de congelamiento del valor del plan de salud, dado que pretende mantener su precio, pese a la incorporación de una nueva carga que – evidentemente-, debe importar un incremento de los costos. A mayores beneficios, mayor precio. Así funciona el sistema privado de salud, hasta ahora.

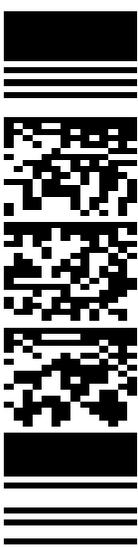
Regístrese y archívese en su oportunidad.

N°Protección-57153-2020.

Pronunciada por la **Tercera Sala de esta Itma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora Adelita Ravanales Arriagada, conformada por la Ministra señora Jenny Book Reyes y la Abogada Integrante señora Carolina Coppo Diez.



SHHIDHCXHWY



Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Adelita Ines Ravanales A., Jenny Book R. y Abogada Integrante Carolina Andrea Coppo D. Santiago, nueve de octubre de dos mil veinte.

En Santiago, a nueve de octubre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>