

C.A. de Copiapó

Copiapó, veintinueve de junio de dos mil veintiuno.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que, con fecha 22 de marzo de 2021, comparece don Jaime Andrés Novoa Bustamante, cédula de identidad 13.625.780-3, abogado, domiciliado en calle San Martín 553, oficina 502, comuna y ciudad de Concepción, quien presenta recurso de protección a favor de doña Sylvia Andrea Araya Lara, cédula Nacional de Identidad N° 13.995.729-6, trabajadora, domiciliada en Calle Baquedano, N° 3010, población Olivar Valle, Vallenar, Región de Atacama, y en contra de Isapre Banmedica S.A, representada por su Gerente General don Javier Eguiguren, cuya profesión y estado civil ignora, ambos domiciliados en Calle Apoquindo N° 3600, Piso 3, Las Condes, Santiago, Región Metropolitana, por los actos ilegales y arbitrarios cometidos por dicha Isapre, al pretender aplicar un precio improcedente, en su contrato de salud, por la incorporación de su hijo recién nacido, como carga de la recurrente.

Respecto de los actos ilegales y arbitrarios consisten en que con fecha 17 de marzo de 2021, la recurrente concurrió a inscribir como carga a su hijo aún no nacido, toda vez que el médico tratante le indicó que la fecha de parto sería el día 01 de Mayo del año en curso, sin embargo, en dicho momento se encontró con la determinación que la Isapre recurrida había pretendido cobrar un precio por su incorporación, que era del todo improcedente, pues se había determinado éste, mediante la aplicación de tablas de factores establecidas en normas derogadas por parte del Tribunal Constitucional.

Señala que los citados actos ilegales y arbitrarios denunciados constituyen privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales que el artículo 19 de la Constitución Política señala en su N° 2, referido a la igualdad ante la ley, N° 24, referido al derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales y N° 9 inciso final, consistente en el derecho a elegir el sistema de salud, sea estatal o privado.

Expresa que esos derechos y garantías constitucionales resultan afectados por el precio que la Isapre pretende cobrar por la nueva carga, violando la Ley 18.933.



Menciona que ante la amenaza de que su hijo quedara sin cobertura de salud, se vió obligada a suscribir el formulario presentado por la Isapre, el cual incluye precios obtenidos en forma ilegal y arbitraria, como lo pasa a explicar.

Señala que la Isapre, al incorporar a su hijo aún no nacido como carga dentro del contrato de salud que mantiene vigente, ha cobrado un precio que ha sido determinado en forma ilegal y arbitraria, esto es, de 5.218 UF a 7.9440 UF. En efecto, el precio base del plan ha sido multiplicado por un factor que no sólo es extremadamente alto, sino que además ha sido obtenido mediante la aplicación de normas derogadas por parte del Tribunal Constitucional. El plan de salud de su representada, subiría casi al doble sin justificación ni fundamento alguno, pues no le han indicado cómo realizaron dicho cálculo. No resulta aceptable bajo ningún aspecto el precio ofrecido por la Isapre y se vio obligada a suscribir el formulario únicamente para no dejar sin cobertura de salud a su hijo que está por nacer.

Agrega que la recurrida no tiene derecho a cobrar un precio acorde a un cambio legal que ha significado la declaración de inconstitucionalidad efectuada por parte del Tribunal Constitucional, respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, derecho que no puede conculcarse por la Isapre.

Aduce que el actuar de la Isapre resulta arbitrario e ilegal, por cuanto no tiene ningún fundamento legítimo, desde que la norma que le sirve de sustento fue derogada por el Tribunal Constitucional. Al efecto, transcribe jurisprudencia citada y de la Excelentísima Corte Suprema.

Alega una violación del derecho de igualdad ante la ley, puesto que el cobro de un precio excesivo por incorporar a un contrato de salud como carga a un no nacido o a un recién nacido, implica una diferencia que es arbitraria y constituye de por sí una discriminación. Más cuando, conforme se ha señalado, la estimación de costos ha sido establecida sin un parámetro real y objetivo.

Alega además, una violación del derecho a elegir el sistema de salud, sea estatal o privado, dado que la actuación de la Isapre de aumentar los costos utilizando variables no objetivas y discriminatorias alejadas del derecho de seguridad social hacen que este derecho se vea afectado al permitir que la Isapre fije un precio de tal onerosidad que se hace imposible de costear a la parte recurrente.



Refiere que existe una violación del derecho de propiedad, al asumir un costo que carece de razonabilidad y no se condice con la seguridad social.

Pide, se declare que para la determinación del precio de la nueva carga, la Isapre deberá abstenerse de multiplicar el precio base del plan por el factor de riesgo, ya que este ha sido obtenido de acuerdo a normas declaradas inconstitucionales e inexistentes en el escenario jurídico actual, o de la forma que esta Corte determine, con expresa condenación de costas.

Acompaña como fundamento a su recurso: **1.** Copia del Formulario Único de Notificación emitido por la ISAPRE BANMEDICA S.A., de fecha 17 de Marzo 2021, a nombre de doña SYLVIA ANDREA ARAYA LARA que da cuenta de la incorporación de su hijo no nacido. **2.** Certificado de afiliación de la parte recurrente, de fecha 20 de Marzo 2021.

SEGUNDO: Que, el 26 de mayo último, se evacuó informe por la recurrida a través de don Omar Matus de la Parra Sardá, abogado, en representación de Isapre Banmédica S.A., quien indica que el Recurso de Protección no es la vía idónea para resolver el asunto objeto de estos autos, pues como bien es sabido, presenta una naturaleza cautelar y de emergencia, y a través de un procedimiento sumarísimo, busca evitar el daño que se pudiere originar por actos u omisiones ilegales o arbitrarias respecto del legítimo ejercicio de derechos, taxativamente señalados por el constituyente, y que presentan el carácter de indubitados. Es del caso que, en la especie, no estamos frente a la presencia de un derecho indubitado por parte de la recurrente. Muy por el contrario, se trata de la invocación de derechos discutidos que dicen relación con una controversia clara: la exigencia por parte de la parte recurrente de obligar a Isapre Banmédica S.A. de no cobrarle precio alguno por la incorporación al contrato de salud de su beneficiario recién nacido y/o la exigencia de la disminución del monto a pagar por la incorporación del beneficiario.

Señala que resulta improcedente la interposición de un recurso de protección cuando existe un procedimiento administrativo regulado por ley ante la Superintendencia de Salud y que se encuentra destinado a resolver las controversias entre los cotizantes, Isapres y prestadores de salud. En efecto, este procedimiento, se encuentra regulado en los artículos 117 y siguientes del D.F.L. N° 1, de Salud del año 2005, correspondiendo al



Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, conocer de todas aquellas controversias existentes entre Isapres y afiliados, en su calidad de Juez Árbitro. A su vez, cabe indicar que la Superintendencia de Salud, en uso de sus atribuciones y facultades legales, ha dictado normas e instrucciones precisas en esta materia, ordenando su efectivo cumplimiento, siendo dicha entidad la competente para conocer de estos asuntos que resultan ser de carácter técnico.

Expresa que la determinación del precio a pagar por el plan de salud al momento de incorporar una beneficiaria recién nacida, no deviene de un actuar arbitrario o ilegal de Isapre Banmédica S.A., ya que la determinación y el cobro de la cotización, luego de la incorporación de la carga se hizo conforme el contrato y la ley. En consecuencia, la recurrente debe usar los recursos que la ley le concede, ante la autoridad competente según se ha señalado precedentemente, para solicitar el pronunciamiento al conflicto.

Aduce una ausencia de ilegalidad y arbitrariedad del objeto del recurso materia de autos, puesto que el vínculo entre Isapre Banmédica S.A. y la recurrente, no sólo se rige por el contrato de salud, sino además por una serie de disposiciones legales, normas e instrucciones de la Superintendencia de Salud que, en su versión actual, regulan específicamente la entrega de los beneficios en salud desde las Isapres a los cotizantes. Al efecto transcribe el DFL N° 1, de Salud del año 2005 en su artículo 189, 184, 170, letras m) y n) y 199.

Menciona que como se puede observar, la norma citada fue derogada parcialmente por la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en el mes de agosto del año 2010, fallo que derogando los numerales 1 a 4 del artículo 199 (antiguo 38 ter de la ley N° 18.933) no cuestionó la constitucionalidad de las demás normas que confirman la existencia de las tablas de factores vigentes a esa fecha; a todas ellas, hace referencia en su informe, como disposiciones plenamente vigentes y aplicables al caso de autos.

Explica que el precio que paga la recurrente, no ha sido calculado ni impuesto por su mandante de manera ilegal, menos antojadiza, por el contrario, la cotización a pagar por la parte recurrente, se determinó y se cobra respetando íntegramente las cláusulas del contrato suscrito por ella,



vigente entre las partes y de acuerdo a las normas y disposiciones legales existentes y que regulan la relación con su actual Isapre.

Refiere que la Superintendencia de Salud, reconoce expresamente la existencia y plena aplicación de las disposiciones legales en comento, en especial la forma de determinar la cotización de salud a pagar, por lo que en uso de sus facultades interpretativas, impartió en el mes de octubre de 2018 y de diciembre de 2019, nuevas instrucciones a las Isapres, a través de la emisión de dos Circulares, cuyo objetivo es ajustar las normas administrativas que regulan la tabla de factores sólo en cuanto a la prohibición de crear nuevas tablas de factores y a la reducción de precio por cambio de factor etario de beneficiarios ya incorporados en su respectivo plan de salud, a saber: 1) Circular IF/N° 317 de fecha 18 de octubre del año 2018 y la Circular IF/N° 343 de fecha 11 de diciembre del año 2019.

Precisa que a las Isapres se le imparte la instrucción de ajustar las normas administrativas que regulan la tabla de factores y establece la prohibición de crear nuevas tablas, pero en ningún caso señala que las tablas ya existentes quedan sin efecto.

Agrega que el Tribunal Constitucional, con fecha 7 de noviembre de 2019, a propósito de una acción de inaplicabilidad deducida en contra de la norma contenida en el artículo 170 del DFL N°1 de 2005 del Ministerio de Salud y a propósito de un recurso de protección por la misma materia de autos, según fallo que acompaña, establece que la existencia de las tablas de factores no se encuentra derogadas y su aplicación para efectos del cálculo del precio, incluso en el caso de incorporación de un recién nacido al plan de salud, no es contrario a las garantías constitucionales, motivo por el cual rechazó el referido requerimiento.

Solicita, finalmente, tener por evacuado el informe de recurso de protección, rechazando el recurso en virtud de los argumentos expuestos.

Acompaña a su informe: **1.-** Formulario único de notificación, **2.-** Antecedentes contractuales, **3.-** Sentencia INA6767-2019 dictada por el Tribunal Constitucional de fecha 7 de noviembre de 2019

TERCERO: Que, se trajeron los autos en relación y se procedió a la vista del recurso el día 11 de junio último, sin la presencia de los abogados de ambas partes. En la oportunidad, la causa quedó en estado de estudio, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.



CUARTO: Que, el recurso de protección tiene por finalidad el amparo de los derechos constitucionales que son objeto de esta acción de tutela, cuando por acción u omisión ilegal o arbitraria, se amenace, prive o perturbe su ejercicio, debiendo adoptarse las medidas de carácter urgente tendientes al restablecimiento del derecho y a la debida protección del afectado. De este modo, este tribunal debe examinar si de los antecedentes proporcionados por las partes se produce lesión a los derechos constitucionales de la recurrente, conculcados por actuaciones u omisiones ilegales o arbitrarias.

Por lo anterior y atendida la especial naturaleza del recurso de protección, para que pueda prosperar es indispensable que quien lo intente acredite la existencia de un derecho actual que le favorezca, que esté claramente establecido y determinado y que corresponda a uno de aquéllos a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política de la República, como asimismo que los hechos en que se hace consistir la arbitrariedad o ilegalidad estén comprobados y que con estos hechos hayan producido y estén actualmente produciendo perturbación, privación o amenaza en el ejercicio legítimo de las garantías y derechos que la Carta Fundamental asegura a todos los ciudadanos.

QUINTO: Que, como claramente aparece de los antecedentes esgrimidos por ambas partes, el acto que motiva el recurso es el alza del plan de salud que la actora tiene contratado con la Isapre Banmedica, producto de la incorporación de su hijo recién nacido como beneficiario a dicho plan. En consecuencia, no existe controversia respecto de los hechos que originan la acción de protección, limitándose la cuestión debatida a determinar si el establecimiento del nuevo precio del plan de salud de la recurrente, con motivo de la incorporación de un nuevo beneficiario, constituye una actuación ilegal o arbitraria que vulnera su garantía fundamental de igualdad ante la ley, el derecho a elegir su sistema de salud, sea estatal o privado o su derecho de propiedad.

SEXTO: Que en la situación planteada, se ha resuelto en nuestros Tribunales 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



NIVBIVZLTH

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. De esta forma, 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” (Considerando Sexto de fallo de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 41.338-2019). Este mismo criterio ha sido sustentado por la Excma. Corte Suprema, en recurso de protección Rol N°58.873-2016, en sentencia de 3 de octubre de 2018.

SEPTIMO: Que, debe establecerse las consecuencias jurídicas que emanan de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 6 de agosto de 2010, en causa 1710-10-INC, publicada en Diario Oficial de 9 de agosto de 2010, que declaró la inconstitucionalidad y en consecuencia derogó los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (actual artículo 199 del DFL 1, de 2006), norma que facultaba a las Isapres para aplicar tablas de factores de edad y sexo, a fin de determinar el valor de los contratos de salud, la que ha sido declarada contraria a la Constitución, por lo que la norma ha quedado sin sustento legal. El Capítulo IV de la sentencia, considerando centésimo quincuagésimo quinto, establece: “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 con la Constitución”.

Que desaparecido las normas jurídicas que autorizaban a determinar los precios, conforme a la edad del cotizante o de sus beneficiarios, las mismas han perdido validez, y adolecen de nulidad absoluta por objeto ilícito por contravenir el derecho público chileno, lo que trae como consecuencia que cualquier alza en el plan de salud, sea considerada ilegal y arbitraria lesionando ciertamente las garantías constitucionales invocadas por la recurrente.



OCTAVO: Luego, del informe de la recurrida, se advierte que conoce el fallo del Tribunal Constitucional del año 2010 referido en el considerando anterior, lo que no impidió a la recurrida el imponer a la recurrente, el alza del plan de salud por incorporar a su hijo recién nacido como beneficiario. Con lo expuesto, se advierte que la recurrida ejecutó el alza del plan de salud a la afiliada de 5,218 Unidades de Fomento a 7,9440 Unidades de Fomento, como lo hizo saber en el Formulario Unico de Notificación. Esta alza de plan de salud, resulta ser arbitraria, en tanto no resulta razonable insistir en normas válidas pero que han perdido eficacia en virtud del pronunciamiento del Tribunal Constitucional antes citado y la jurisprudencia sostenida por la Excma. Corte Suprema, que amenazan y perturban ciertamente las garantías invocadas por la recurrente.

NOVENO: Que establecida la perturbación en las garantías constitucionales invocadas por la recurrente, ésta se hace consistir en la determinación del precio por la incorporación de un recién nacido al plan del salud de la recurrente, no puede fijarse de conformidad a la denominada tabla de factores, como ya se ha expresado en virtud del fallo del Tribunal Constitucional sobre la materia, y el hacerlo, constituye una conducta ilegal que vulnera la garantía del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, al obligar a la cotizante a desembolsar injustificadamente una suma superior a la que mensualmente pagaba por su plan de salud; y amenaza la garantía del inciso final del numeral 9 del mismo artículo, pues el aumento del costo que supone el mayor precio pone en entredicho el derecho a optar por el sistema de salud que se prefiera, por lo que tal proceder habilita a acoger el recurso intentado y adoptar las medidas conducentes al restablecimiento del imperio del derecho, al infringir la norma constitucional establecida en el artículo 19 en sus N°24 y N°9 de la Constitución Política.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, **SE ACOGE**, con costas, el recurso de protección interpuesto por don Jaime Andrés Novoa Bustamante, a favor de doña Sylvia Andrea Araya Lara y en contra de Isapre Banmedica S.A, representada por su Gerente General don Javier Eguiguren, y en consecuencia se declara que Isapre Banmedica, deberá mantener las



condiciones del Plan de Salud anteriores al alza por la incorporación del hijo de la recurrente como carga, dejando sin efecto el alza del plan de salud de la recurrente materia de este recurso.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Redacción de la Abogada Integrante señora Verónica Álvarez Muñoz.

N°Protección-56-2021.

En Copiapó, veintinueve de junio de dos mil veintiuno, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.





NVBJVZLTH

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Copiapó integrada por Ministra Aida Osses H., Ministro Suplente Rodrigo Miguel Cid M. y Abogada Integrante Veronica Alvarez M. Copiapo, veintinueve de junio de dos mil veintiuno.

En Copiapo, a veintinueve de junio de dos mil veintiuno, 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 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>