

0000001

UNO



EN LO PRINCIPAL: Deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Solicita se traiga a la vista el expediente. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita suspensión del procedimiento. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Acompaña documento que indica; **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Asume Patrocinio y Poder e informa correo electrónico.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Francisco Javier Campos Gavilán, abogado, cédula nacional de identidad 16.590.863-5, apoderado de la parte en causa en trámite que se requiere de inaplicabilidad, domiciliado para estos efectos en calle Don Carlos 2939, oficina 208, comuna de Las Condes, Santiago, a VS. Excma. respetuosamente expongo:

Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República, vengo a interponer requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, respecto de la disposición contenida en el artículo 190, numeral 6, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2006, del Ministerio de Salud, conforme se argumentará más adelante.

GESTIÓN PENDIENTE:

La gestión judicial pendiente sobre la cual incide el presente requerimiento es la apelación del recurso de protección caratulado PAULINA MARÍA GUTIÉRREZ TENORIO/ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A., Rol CS 119238 - 2023, seguido ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, y que se encuentra pendiente de fallo.

En el caso en cuestión, se presentó un recurso de protección a favor de Paulina María Gutiérrez Tenorio, contra ISAPRE Colmena Golden Cross S.A., por el abogado Francisco Javier Campos Gavilán. La señora Gutiérrez Tenorio, según consta en el



expediente, buscaba mejorar su cobertura de salud y costos a través de un cambio de su antigua ISAPRE Banmedica a la ISAPRE Colmena Golden Cross S.A. en octubre de 2022. En la declaración de salud necesaria para el cambio, la Sra. Gutiérrez Tenorio, de buena fe, no declaró una cirugía ginecológica asociada a la endometriosis que se realizó con éxito en 2010, ya que consideró que esta afección había sido superada y, por lo tanto, no necesitaba ser declarada.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo del caso en sentencia Rol N° 4.162-2023, determinó que la endometriosis es una condición de salud crónica que la Sra. Gutiérrez Tenorio había estado manejando durante varios años, y que incluso se había sometido a una cirugía para tratarla antes de su afiliación a ISAPRE Colmena Golden Cross S.A. La Corte sostuvo que la Sra. Gutiérrez Tenorio no podía alegar error justificado, ya que habría ocultado intencionalmente su condición de salud preexistente en la declaración. Además, dicha Corte sostuvo que la ISAPRE incluso tendría derecho a terminar el contrato de salud debido a este incumplimiento.

NORMA LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD ES SOLICITADA:

Se solicita la declaración de inaplicabilidad del artículo 190, numeral 6, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2006, del Ministerio de Salud, que señala:

“6.- Enfermedades o condiciones de salud preexistentes no declaradas, salvo que se acredite justa causa de error.

Para los efectos de esta Ley, se entenderá que son preexistentes aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. Tales antecedentes de salud deberán ser registrados fidedignamente por el afiliado en un documento

denominado Declaración de Salud, junto con los demás antecedentes de salud que requiera la Institución de Salud Previsional. La Declaración de Salud deberá ser suscrita por las partes en forma previa a la celebración del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. La Declaración de Salud forma parte esencial del contrato; sin embargo, la falta de tal declaración no lo invalidará, pero hará presumir de derecho que la Institución de Salud Previsional renunció a la posibilidad de restringir la cobertura o de poner término a la convención por la omisión de alguna enfermedad o condición de salud preexistente.

Sin perjuicio de lo anterior, la Institución de Salud Previsional estará obligada a concurrir al pago de prestaciones por enfermedades o condiciones de salud preexistentes no declaradas, en los mismos términos estipulados en el contrato para prestaciones originadas por enfermedades o condiciones de salud no preexistentes cubiertas por el plan, si se acredita que la omisión se debió a justa causa de error o cuando haya transcurrido un plazo de cinco años, contado desde la suscripción del contrato o desde la incorporación del beneficiario, en su caso, sin que el beneficiario haya requerido atención médica por la patología o condición de salud preexistente. En estos casos, tampoco procederá la terminación del contrato de salud.

Se presumirá la mala fe si la Institución probare que la patología o condición de salud preexistente requirió atención médica durante los antedichos cinco años y el afiliado a sabiendas la ocultó a fin de favorecerse de esta disposición legal. En estos casos, la Institución de Salud Previsional podrá poner término al contrato, en los términos señalados en el artículo 201;”

FUNDAMENTOS DE LA INAPLICABILIDAD SOLICITADA Y AFECTACIÓN DE LA NORMA:

El presente requerimiento surge de haberse constatado que, por la vía de la aplicación de la norma citada se establecería un deber amplio y sin límites de tiempo respecto de la obligación de los afiliados de declarar toda patología médica que una

persona haya sufrido durante el curso de su vida, aun cuando se haya recuperado totalmente de ella. De este modo, la norma legal que se solicita su inaplicabilidad no establecería un parámetro objetivo necesario para determinar cuál es el límite en que las Isapres pueden excluir la cobertura por preexistencia.

La norma citada establece en primer lugar una definición de "preexistencia", entendida como cualquier enfermedad, patología o condición de salud que el afiliado ya conozca y que haya sido diagnosticada médicamente antes de la firma del contrato con la institución de salud o antes de la incorporación del beneficiario al plan de salud.

Para registrar estas preexistencias, se emplea un documento denominado "Declaración de Salud", que el afiliado debe completar de manera fidedigna. Este documento es esencial para la formalización del contrato, aunque la ausencia de tal declaración no invalida el contrato. En lugar de eso, la norma interpreta que la institución de salud ha renunciado a su derecho de limitar la cobertura o de terminar el contrato por la omisión de una declaración de preexistencia.

Hay dos circunstancias en las que la institución de salud debe cubrir las prestaciones por enfermedades o condiciones de salud preexistentes no declaradas:

1. Si el afiliado puede demostrar que la omisión se debió a un error justificado. En este caso, la institución de salud debe proporcionar la cobertura en los mismos términos que se aplicarían a las enfermedades o condiciones de salud no preexistentes cubiertas por el plan.
2. Si han pasado cinco años desde la firma del contrato o la incorporación del beneficiario, siempre y cuando el beneficiario no haya requerido atención médica por la enfermedad o condición preexistente durante ese tiempo.

La norma también establece una presunción de mala fe en el caso de que la institución de salud pueda demostrar que el afiliado requería atención médica por la enfermedad o condición preexistente durante los cinco años desde la firma del contrato o la incorporación del beneficiario y que, a sabiendas, ocultó esta

información. En este caso, la institución de salud tiene derecho a terminar el contrato, siguiendo los términos estipulados en el artículo 201.

Aplicando la normativa al caso en conocimiento, mi representada no se encontraría protegida por las causales que contempla la norma en favor de los afiliados. Aunque su enfermedad fue tratada hace once años, el cambio de Isapre que tuvo lugar hace solo un año no cumple con el período de cinco años exigido por la normativa, ya que este plazo se cuenta a partir de la suscripción del contrato o de la incorporación del beneficiario. Por ende, la falta de un criterio objetivo que defina hasta qué punto la Isapre puede ejercer esta facultad resulta en la paradoja de que si mi representada hubiera cambiado de Isapre inmediatamente después de recibir el alta médica, y once años después hubiera reaparecido esta enfermedad, la nueva Isapre no podría alegar la exclusión de cobertura, ya que estaría sujeta a la protección legal de cinco años.

En opinión de este requirente, la amplia facultad de la Isapre, sin sujeción a plazo alguno, de rescindir el contrato de salud por no haber declarado una enfermedad preexistente constituye una infracción a diversas garantías constitucionales. Por ende, la aplicación de la norma citada en el presente caso vulnera las garantías constitucionales contempladas en los numerales dos, nueve y veinticuatro del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En cuanto a la garantía establecida en el artículo 19 N° 9 de nuestra Constitución Política, en relación al derecho de protección de la salud y de libre elección del sistema de salud, sea este estatal o privado, esta afectación se fundamenta en que la aplicación de la norma obliga a que una persona deba declarar cualquier enfermedad que haya tenido en el transcurso de su vida, incluso si la ha superado y no ha requerido de tratamiento ulterior, sin límite temporal. Esto conlleva el riesgo de que, si en los próximos cinco años aparece una enfermedad

relacionada, la Isapre pueda excluirle de cobertura y privarle totalmente del derecho de propiedad sobre su contrato de salud y de la seguridad social asociada, como ocurre en el caso de mi representada.

En forma consecuente se considera que el legislador ha incumplido su deber de especificidad y determinación en la amplia facultad que se ha establecido para excluir de cobertura a los afiliados que no hayan declarado una preexistencia. Dicha facultad se ha establecido sin un criterio o parámetro objetivo que mantenga la equidad sustancial de los riesgos en el contrato de salud a propósito de la existencia de una enfermedad no declarada cuando ha transcurrido un plazo razonable que permita entender que la enfermedad ha sido superada. Este plazo podría ser el de prescripción general de 5 años, al que alude indirectamente el mismo artículo 190 n° 6 citado en su inciso final cuando hace referencia a la presunción de mala fe para aquellos casos en que la persona decide ocultar su enfermedad y no tratar la misma para evitar ser expulsada del sistema.

En este sentido, se hace necesario que exista un parámetro objetivo como es la de un plazo desde que la enfermedad fue dada alta o tratada. No cumple con este requisito de objetividad la alusión a la buena fe que contempla la norma, puesto que queda sujeta a la interpretación subjetiva del juzgador que resuelve el conflicto, además de obligar a judicializar cada caso.

La fundamentación constitucional y de orden público del contrato de salud previsional se halla en el artículo 19, N° 9°, de la Carta Fundamental, que reconoce el derecho de los ciudadanos a elegir libremente el sistema de salud al que desean acogerse. En consonancia con la coherencia del sistema de valores, principios y preceptos, es irrefutable que todas las normas legales que regulan el contrato de salud deben orientarse a garantizar el goce real y efectivo de este derecho. Esto implica permitir que las personas se afilien libremente a un sistema de Isapre,

estableciendo un límite de tiempo objetivo tras el cual se entiende que una enfermedad ha sido superada².

Es imperativo tener en cuenta el aspecto político de este asunto, consagrado en la discusión de los proyectos de ley en trámite (boletines 11572 y 6930 de la Cámara de Diputados), que buscan poner fin a la situación de cotizantes cautivos o discriminados en los costos de sus planes de salud. Por tanto, se propone que ninguna Institución de Salud Previsional establezca restricciones a los cotizantes o beneficiarios en sus planes de salud, prohibiendo toda discriminación relativa a edad, género, patología u otra similar.

En el caso específico de mi representada, es importante resaltar que estaba inscrita en el sistema de Isapres cuando se realizó su cirugía en 2010. Sin embargo, en 2022, y debido a la nueva normativa respecto del uso de la tabla de factores, decidió cambiar de Isapre, ya que era la única forma de acceder a un plan de salud con la nueva tabla de factores, en conformidad con la normativa de la Superintendencia de Salud. De este modo, si se aplicara la normativa legal cuya constitucionalidad se cuestiona, el mero hecho de haber superado una enfermedad once años atrás la convertiría en una paciente cautiva de su anterior Isapre, sin posibilidad de cambio. Esto supondría una privación de la garantía constitucional establecida en el artículo 19, número 9, respecto a la elección del sistema de salud.

Con respecto a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, contemplada en el numeral dos del artículo 19 de la Constitución Política de la República, la aplicación de la denunciada expresión favorecería un trato discriminatorio en contra de aquellos cotizantes de isapre que poseen enfermedades preexistentes y que quedarían en situación de cautivos. Este impacto afectaría principalmente a las personas de mayor edad, ya que es normal que una persona, a medida que envejece, desarrolle enfermedades que, incluso después de superarlas, debería estar siempre

obligada a declararlas sin límite alguno. Podría incluso llegar la situación de que una persona sea excluida de cobertura respecto de un tratamiento que superó en su infancia y respecto del cual exista una enfermedad nueva que aparezca cincuenta años más tarde.

Por último, en relación con el derecho de propiedad protegido por el numeral veinticuatro del artículo 19 de la Constitución Política de la República, si se aplicara la norma cuestionada, mi representada se vería impedida de obtener cobertura médica para una enfermedad que requiere de protección económica. En su lugar, se vería forzada a financiar con sus propios fondos dicha cobertura médica. Esto implica una carga injustificada que perjudica seriamente el patrimonio de la recurrente y podría, en última instancia, privarle de la propiedad de su contrato de salud, afectando su ejercicio del derecho a la seguridad social¹.

POR TANTO , de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 Nos 2, 9 inciso final y 24, 92 y 93 N°6 de la Constitución Política de la República y artículos 79 y siguientes de la 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicito a S.S. Excma. tener por interpuesto requerimiento de inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente ante la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, caratulado PAULINA MARÍA GUTIÉRREZ TENORIO/ISAPRE COLMENA GOLDEN., Rol CS 119.238-2023, admitirlo a tramitación y declarar, en definitiva, declarar inaplicable la disposición contenida en el artículo 190, numeral 6, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2006, del Ministerio de Salud, en la causa pendiente ya singularizada, por cuanto su aplicación infringe lo dispuesto en los numerales dos, nueve y veinticuatro del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

PRIMER OTROSÍ : Solicito a SS. Excma., que para un mejor conocimiento de la gestión judicial pendiente en que incide este requerimiento de inaplicabilidad,

solicito que se traiga a la vista los autos sobre el recurso de protección caratulados PAULINA MARÍA GUTIÉRREZ TENORIO/ISAPRE COLMENA GOLDEN, rol de ingreso de la Excelentísima Corte Suprema: 119.238-2023 acompañando el expediente seguido en primera instancia.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el N°3 del artículo 32 de la ley Orgánica Constitucional y considerando que en el caso de marra se encuentra pendiente para fallar, solicito a SS. Excma. decretar la suspensión del procedimiento en el juicio pendiente ante la Excma. Corte Suprema de Justicia.

TERCER OTROSÍ: Solicito a S.S.E., tener por acompañado certificado actualizado y emanado por parte de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, a la fecha, que da cuenta del estado de la causa pendiente a fallo e informa sobre las menciones exigidas por la ley.

CUARTO OTROSÍ: Solicito a S.S.E. tener presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión asumo personalmente el patrocinio del presente recurso, conforme mandato judicial suscrito con firma electrónica avanzada, que se acompaña a esta presentación. Se informa correo electrónico para efectos de notificación al correo: fjcampos@tresalerces.cl