

Santiago, 26 de junio de dos mil ocho

VISTOS:

Con fecha dos de octubre de dos mil siete, doña Silvia Peña Wasaff interpuso un requerimiento para que este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Constitución, declare la inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en el recurso de protección que aquélla ha deducido en contra de la Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, del que actualmente conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, por cuanto, a su juicio, la aplicación de dicha norma legal vulnera los derechos asegurados en los numerales 2°, 9° y 24° del artículo 19 de la Constitución.

Procede, desde luego, insertar la norma legal impugnada, la cual dispone textualmente lo siguiente:

"Artículo 38 ter.- 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.

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 señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

- 1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;*
- 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;*
- 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;*

4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;

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.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. 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.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Provisional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38."

SÍNTESIS DEL REQUERIMIENTO

Como antecedente del recurso de protección en que incide la presente acción de inaplicabilidad, la

requirente señala que aquél tiene por objeto impugnar el aumento, de 7,40 a 9,40 UF mensuales, del precio del plan de salud contratado por ella con la mencionada Isapre, incremento que configuraría, a su juicio, un acto arbitrario e ilegal.

La actora hace presente que, para justificar dicha alza, la Isapre ING Salud esgrimió las dos razones que se resumen a continuación:

- A) El aumento del costo promedio de las acciones de protección de la salud de todos los afiliados al sistema; y
- B) La variación que, en su caso particular, se produjo durante la última anualidad en la edad de los beneficiarios, la cual es uno de los factores de riesgo que contempla el sistema para determinar el precio del respectivo plan de salud.

Hace notar que esta última es la razón argüida por su Isapre, misma que se derivaría de la aplicación del artículo 38 ter de la ley del ramo, circunstancia que motiva la interposición de la presente acción de inaplicabilidad, ya que el alza del precio base del plan de salud infringiría la regulación legal vigente en la materia, por lo que corresponde que el conflicto planteado a su respecto sea resuelto en la respectiva sede judicial.

Explicando la cuestión de fondo suscitada en su requerimiento, la accionante fundamenta la declaración de inaplicabilidad que pide pronunciar a este Tribunal en que la aplicación del citado artículo 38 ter, en el caso preciso *sub lite*, vulneraría las garantías constitucionales siguientes:

- A. La igualdad ante la ley, asegurada a todas las personas en el artículo 19, N° 2, de la Constitución.

En el punto, argumenta que el legislador habría establecido una diferencia arbitraria al autorizar a las

Isapres para ajustar los precios de los contratos de salud vigentes considerando como factores la edad y el sexo de los beneficiarios. En su opinión, a pesar de que ese contrato constituya una modalidad del homónimo de seguro, en este caso el legislador, apartándose de las características esenciales de aquel tipo de convención, permitiría que el alza de valor del plan de salud, incorporado al contrato respectivo, se justifique en hechos que son absolutamente involuntarios para el beneficiario, como son los dos recién nombrados. En su lugar, la peticionaria manifiesta que la ley debió establecer que el incremento del valor del contrato de salud fuese determinado tomando en consideración la exposición voluntaria del beneficiario a conductas de alto riesgo para la salud, las que, de manera directa y efectiva, encarecen los costos de la atención pertinente, como serían, por ejemplo, los hábitos de fumar o de beber en exceso.

Prosigue aseverando que, desde un "aspecto ético", la norma legal cuestionada también resultaría arbitraria pues atentaría contra la justicia. En este sentido, expresa que no sería justo que, por el solo hecho de llegar a la vejez, se la obligue a pagar más por su plan de salud, menos todavía si se considera que, según expresó en estrados, ella ha pagado siempre las cotizaciones mensuales respectivas, precisamente para poder acudir a las prestaciones incluidas en él cuando necesite hacerlo.

Recuerda, por último, que el problema de discriminación arbitraria que genera la norma, fue objeto de discusión durante la tramitación de la Ley N° 20.015, que aprobó el precepto impugnado, incorporándolo a la Ley N° 18.933. Al respecto, útil es insertar un pasaje de los anales oficiales respectivos, transcrito por la requirente en su presentación -fojas 9 de autos-: ■

"Para hacer frente a la discriminación que se genera entre la población activa y la pasiva se requiere establecer mecanismos de solidaridad

intergeneracionales. Por ejemplo, acumular recursos durante la juventud con el fin de financiar los planes de salud en la etapa pasiva; crear mecanismos para que los jóvenes financien los planes de salud del adulto mayor o que las isapres, que están iniciando acciones para generar fondos de reserva, contribuyan al financiamiento de un mejor plan, como asimismo establezcan el otorgamiento de premios a la permanencia, con la condición de que el cotizante se someta a un sistema de control preventivo de salud. (...)"

B. El derecho a la protección de la salud, garantizado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución.

Luego de afirmar que este atributo esencial sería una aplicación específica de la garantía de igualdad ante la ley en el ámbito tutelar de la salud, la requirente aduce que las notas que caracterizan tal protección son la libertad de elección del sistema y la igualdad de acceso al régimen escogido por el beneficiario.

Pormenorizando esta objeción al mérito constitucional de la norma tachada, manifiesta que el artículo 38 ter supone "una fuerte cortapisa" a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud por el que optaron al celebrar el respectivo contrato, siendo el aumento creciente de su precio una forma indirecta de obligarlas a salir del sistema privado de salud, vulnerándose de esta forma, además, la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de ella; y

C. El derecho de propiedad, reconocido por el artículo 19, N° 24, de la Ley Fundamental.

La requirente expone que la aplicación de la norma legal de que se trata en la causa judicial pendiente y que ha sido invocada en estos autos, podría vulnerar dicha garantía constitucional por dos razones. La primera, consistente en que, al permitir el aumento del precio de los planes a raíz de la edad, se privaría al afectado del derecho a gozar del sistema privado de salud, el cual sería un derecho inmaterial susceptible de

apreciación pecuniaria; y la segunda, pues, atendido lo anterior, se impediría también a los afectados disfrutar de los beneficios que les otorga el respectivo plan de salud, los cuales se encuentran incorporados a su patrimonio, dejando a cada uno de ellos como *cotizante cautivo*, sin que se prevea la existencia de una contraprestación en beneficios, equivalente al aumento del precio referido.

TRAMITACIÓN

La Primera Sala de esta Magistratura, por acuerdo fechado el 23 de octubre del año 2007, declaró admisible la acción deducida y ordenó la suspensión del procedimiento en que incide.

Elevados los autos al Tribunal Pleno, éste confirió traslado del requerimiento a los órganos constitucionales interesados y a la Isapre ING Salud S.A., en su calidad de parte recurrida en la gestión judicial pendiente invocada. Además, y acogiendo una petición formulada por esta última Institución en el escrito en que evacuó sus observaciones, el Tribunal consultó la opinión de la Superintendencia de Salud respecto del asunto que le ha sido planteado.

OBSERVACIONES AL REQUERIMIENTO FORMULADAS POR ISAPRE ING SALUD S.A.

En la primera parte de su escrito, de fecha 3 de diciembre de 2007, la Isapre aludida plantea, como cuestión previa, la inadmisibilidad del requerimiento deducido ante esta Magistratura, atendido que el precepto legal impugnado no resultaría decisivo para decidir el asunto de fondo que sirve de base a este proceso, según lo exige el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política.

Sobre el particular, la referida Institución de Salud Previsional afirma que el artículo 38 ter, cuya constitucionalidad es la objetada en el caso de autos, no formaría parte del conjunto de leyes incorporadas a la relación contractual existente entre ella y la señora

Silvia Peña Wasaff, iniciada en el año 1997 y modificada en los años 1998 y 1999.

A los efectos de demostrar tal afirmación, hace presente que dicho artículo fue incorporado al ordenamiento jurídico en virtud de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial, en su edición del día 17 de mayo del año 2005, vale decir, más de siete años después de suscrito el contrato con la recurrente. Añade que, por disposición explícita del artículo 2° de dicha ley, el aludido artículo 38 ter no puede ser aplicado a los contratos de salud suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia, como es el que liga a la requirente.

En lo que respecta a las tablas de factores que se utilizan para determinar las alzas en el precio del plan incorporado en ellos, la sociedad añade que la misma norma legal aclara que se mantendrán en vigor las tablas que estos contratos contengan hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto. Puntualiza que ninguna de estas situaciones ha ocurrido respecto de la requirente.

Hace notar, en este punto, que al contrato suscrito con la señora Peña Wasaff se le aplica la regulación contenida en el artículo 38, inciso quinto, de la Ley N° 18.933, modificado por la Ley N° 19.381, de 1995, el cual dispone lo siguiente:

“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre”.

Sostiene, además, que el párrafo 8.2.2 del contrato de salud firmado con la requirente establece que *“el precio del Plan también se ajustará cada vez que ocurra un cambio en el tramo de edad y/o en el tipo de beneficiario, según se clasifique en la tabla de factores relativos por sexo, edad y tipo de beneficiario. La modificación del precio del plan por estas causas se hará efectiva en la anualidad inmediatamente siguiente en que se produzca el o los cambios respectivos y se registrará en el FUN que se emita con motivo de esta modificación”* (fs. 51).

En razón de lo anterior, la entidad concluye que la regulación del alza del precio del plan de salud de que se trata emanaría de la tabla de factores convencionalmente pactada, acuerdo que se perfeccionó antes de que entrara en vigencia el artículo 38 ter. Siendo así, plantea, de acogerse la pretensión de la requirente, ella no tendría incidencia en el fallo del recurso de protección pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4972-07, pues dicha acción cautelar debe ser resuelta con sujeción a las reglas legales vigentes al momento de la celebración de la convención respectiva.

En relación con el capítulo de inaplicabilidad planteado por la actora en relación con la vulneración de la igualdad ante la ley, Isapre ING Salud S.A. manifiesta que, conforme a lo expresado en el libelo, lo que estaría llamado a resolver este Tribunal es si el sexo y los tramos de edad de un cotizante constituyen parámetros de diferenciación justos en el caso concreto *sub lite*, y si es o no razonable que se trate igual a todos los individuos de un mismo sexo y a los que se hallan dentro de un rango de edad específico. Añade que, en uno y otro caso, se trata de determinar el mérito constitucional de las tablas de factores que se aplican con el objeto de definir, sobre la base del precio base, el costo final del plan singular del beneficiario correspondiente.

Pormenorizando el asunto recién resumido, hace presente, además, que el requerimiento de autos ignora que el contrato de salud en nuestro ordenamiento jurídico opera de modo distinto al sistema de administración de fondos de pensiones, es decir, que no da origen a una cuenta de capitalización individual, pues se configura sobre la base de un régimen de seguro, en virtud del cual el afiliado transfiere sus riesgos a la Isapre con la que contrata, de manera que sus cotizaciones no van integrándose a un fondo al que se pueda acudir cada vez que se requiera de una prestación.

De lo anterior se sigue, a juicio de quien hace la presentación en comentario, que el legislador, al regular el método para determinar el precio a pagar por el plan de salud, realiza una estimación del riesgo asociado a determinados factores que, por definición, no pueden ser subjetivos, es decir, referidos a la condición particular o singular de cada afiliado, sino que, necesariamente, han de ser evaluados con sujeción a parámetros objetivos como la edad, el sexo y la condición de cotizante o de carga que tenga el afiliado correspondiente.

Añade que, a diferencia de cuanto sucede en otros textos constitucionales, en nuestra Carta Fundamental no se imponen al legislador criterios determinados para establecer diferencias o igualaciones entre las personas. Por ende, cabe deducir que aquél se encuentra habilitado para acudir a cualquier parámetro, incluyendo los que se impugnan en este caso, siempre que lo haga de manera justificada, como ocurriría en la norma que se cuestiona en la especie.

Finalmente, la Isapre discurre acerca de las consecuencias de la inaplicabilidad que, eventualmente, pudiera ser declarada respecto del artículo 38 ter impugnado, destacando que ello llevaría a despreciar la evolución que ha experimentado la legislación en la materia y, que a su juicio, acarrearía efectos aun más nocivos que los que produce la pervivencia de aquella

norma. Consiguientemente, argumenta que volvería a primar la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el respectivo contrato para definir el valor del plan en el tiempo, despreciándose los esfuerzos desplegados en el tiempo por el legislador, para establecer regulaciones que han tendido a limitar el ejercicio de esa misma voluntad y, sobre todo, la de las Instituciones de Salud Previsional.

En razón de lo anterior y fundada en la doctrina que se desprendería de algunas sentencias de este Tribunal, que cita en su escrito, ING Salud S.A. pide a esta Magistratura Constitucional ponderar la conveniencia de la decisión que adopte al resolver la acción deducida en autos.

En cuanto a que el precepto legal impugnado contravendría el derecho a la protección de la salud, la Isapre explica que, sin perjuicio de la causal de inadmisibilidad planteada en su presentación como cuestión previa y que alcanza a todo el requerimiento, éste sería inadmisibile, además, por otro motivo, pues la requirente estaría intentando fundar el quebrantamiento de la garantía asegurada en el artículo 19, N° 9, de la Constitución, en la situación en que se encuentra el denominado "*cotizante cautivo*", en circunstancias que ella no presenta tal condición en la actualidad.

Lo anterior lleva a dicha institución a sostener que lo buscado por la actora, en realidad, y apartándose de lo dispuesto en el numeral 6° del inciso primero del artículo 93 de la Carta, es que esta Magistratura efectúe un control abstracto de constitucionalidad, según el numeral 7° de aquel precepto fundamental, cuestión que resulta ajena a la inaplicabilidad de un precepto legal, pronunciada en un caso singular.

Luego afirma que, bajo cualquier circunstancia, el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no se opone a la libertad reconocida por el Código Político a la requirente para elegir el sistema de salud al cual desee

acogerse, porque el inciso final de su artículo 19, N° 9, tampoco contempla el derecho de los interesados a escoger, sin limitación alguna, el sistema de salud al que quieran incorporarse, ni les garantiza la permanencia indefinida y a todo evento dentro del régimen inicialmente seleccionado por ellos. Aduce que el derecho a elegir el sistema de salud supone que la persona involucrada cumpla los requisitos y condiciones que le permitan incorporarse a él, pues, de lo contrario, dicho atributo esencial no se incorpora a su patrimonio ni puede reclamarse después el incumplimiento correlativo. Agrega que lo mismo se aplica para permanecer en el sistema privado de salud, siendo una de las exigencias establecidas por el legislador para perseverar en el respectivo plan que el afiliado cubra el precio respectivo, lo que se aviene con lo prescrito tanto por la Constitución y la ley cuanto con lo pactado entre las partes.

Por último, objetando lo argumentado por la requirente en el sentido que la aplicación, en el caso *sub lite*, de la norma legal impugnada vulneraría el derecho de propiedad, la Isapre ING Salud S.A. hace presente que, tal como lo expuso al referirse a la pretendida contravención del derecho fundamental asegurado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución, tanto en estos autos de inaplicabilidad como en los relativos al recurso de protección en que aquéllos inciden, la requirente no ha acreditado que, actualmente, sufra vulneración del ejercicio de su derecho a optar por incorporarse a un sistema de salud determinado. Por ello, tampoco se advierte cómo el precepto legal impugnado podría haber infringido, en el caso singular que motiva esta causa, el derecho de propiedad que existiría sobre aquel derecho.

En todo caso, afirma la entidad que la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 a la resolución de este asunto tampoco produciría lesión del derecho de

propiedad de la señora Peña, atendido que, para reclamar la titularidad de un derecho, es necesario cumplir los requisitos que la ley impone al efecto. Contrastando ese supuesto con la situación de la requirente, deduce que lo pretendido por ésta sería continuar obteniendo las prestaciones que le permitan acceder a las acciones de salud que la Carta Fundamental le asegura, pero sin cumplir con una obligación elemental, cual es pagar el precio contractualmente pactado con su Isapre, exigencia que es respetuosa de la Constitución y de la ley en la forma de determinación y en el cálculo del monto pertinente.

Finalmente, hace hincapié en que sólo existirían derechos adquiridos allí donde ha operado un modo idóneo para hacerlos nacer e incorporarlos al patrimonio de su titular. Por eso, mientras no se perfeccione la operación de un modo de adquirir válidamente ejercido, lo único que el interesado posee es una mera expectativa, es decir, la aspiración o pretensión de llegar a ser titular del respectivo derecho, lo que, en la especie, sería aplicable para analizar y decidir la *litis* planteada.

INFORME DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD

Tal informe, contenido en el Oficio Ord. SS N° 4847, de 14 de diciembre de 2007, fue expedido en cumplimiento de la resolución del Tribunal que rola a fojas 254 de autos. En él, el Superintendente sostiene la constitucionalidad de las normas legales relativas a la tabla de factores prevista en la legislación en vigor y cuya aplicación, en el caso concreto de la señora Peña Wasaff, se pretende prohibir a través de la acción de autos.

En síntesis, señala que dicha tabla, a la que actualmente se refiere el artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 2.763, de 1979, de la misma Secretaría de Estado, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, considera *a priori* el riesgo que

presentan los beneficiarios del sistema privado de salud según su sexo y edad a lo largo de la vigencia del contrato, de acuerdo a datos estadísticos. En otros términos, explica que los dos factores aludidos son objetivos y que, medidos en grandes conjuntos para inferir probabilidades, permiten determinar o predecir el mayor o menor riesgo de gasto de la industria pertinente. Consecuentemente, deduce que "el ajuste de precios que permite la ley se justifica en el contexto de una industria que se asemeja a la de los seguros y que, a la vez, es parte del sistema de seguridad social". Por esta característica de ese régimen, resulta necesario que la regulación legal reconozca, de una parte, los principios de no discriminación y solidaridad, y, de otra, que no pierda de vista "el carácter privado de la relación y la posibilidad de lucro involucrados".

Agrega, abundando en el mismo tópico, que no se trata de que el sexo y la edad sean parámetros caprichosos, arbitrarios o indemostrables como factores a considerar para determinar el gasto en salud que, en el tiempo, tendrá que asumir una Isapre. Antes y por el contrario, sostiene que, con tales argumentaciones, lo que procede es desestimar la vulneración eventual de la igualdad ante la ley que alega la requirente.

En cuanto al quebrantamiento del artículo 19, N° 9, de la Constitución, el órgano fiscalizador aduce que la tabla de factores en nada afecta el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, pues se trata de un mecanismo de ajuste de precio por riesgo, el cual dice relación con el goce de la prestación.

En lo que se refiere a la libertad para elegir el sistema de salud, la Superintendencia añade que lo prohibido por la Constitución en el inciso quinto o final del N° 9 del artículo 19, *"es la existencia de todo monopolio estatal para las prestaciones de salud, estando vedado para la ley y toda autoridad imponer un sistema único de salud brindado por el Estado ni impedir u*

obstaculizar que los particulares ofrezcan esas prestaciones, en la forma y condiciones que señale la ley”.

Por otra parte, argumenta que el ordenamiento jurídico permite la actividad privada en materia de sistemas de salud, por lo cual *“seguir al extremo el argumento de la requirente implicaría que una persona que no percibe ingresos y, en consecuencia, no puede pagar un precio para acceder a un plan, podría alegar que la ley que exige la cotización es inconstitucional”.* Agrega, en análogo orden de ideas, que *“pretender que una Isapre se obligue para siempre a otorgar los mismos beneficios, como legalmente está dispuesto hoy en día, pero que a cambio no pueda variar los precios, significaría que estamos afectando precisamente la norma constitucional que la requirente invoca, ya que implicaría que dichas instituciones no pudieran financiarse y desaparecerían, quedando sólo el sistema estatal de salud”.*

Finalmente, la Superintendencia de Salud sostiene que la regulación legal sobre la tabla de factores no viola la garantía del derecho de propiedad de la requirente, de momento que aquélla está incorporada al contrato de salud celebrado por la señora Peña, por lo que ella conoce o debe conocer las consecuencias que conlleva su aplicación.

VISTA DE LA CAUSA

Habiéndose traído los autos en relación, el día 6 de marzo de 2008, se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de la abogada requirente y del abogado representante de la Isapre ING Salud S.A.

CONSIDERANDO:

I.- PROBLEMA SOMETIDO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

PRIMERO. Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Constitución, es atribución exclusiva de esta Magistratura resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la

inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación, en cualquier gestión concreta que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

SEGUNDO. Que el artículo 93 referido expresa, en su inciso undécimo, que, en tal caso, "la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto", agregando que "corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley";

TERCERO. Que el problema cuya solución incumbe a este Tribunal se refiere, primordialmente, al derecho asegurado, a todas las personas, en el artículo 19, N° 9, de la Carta Política, circunstancia que justifica reproducirlo aquí:

"El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado."

CUARTO. Que el texto del artículo 38 ter, cuyo mérito constitucional ha sido impugnado en estos autos, fue reproducido en la parte expositiva del presente fallo, lo que no ha ocurrido, en cambio, con otra disposición relacionada con él, esto es, el artículo 2° del mismo cuerpo legal, motivo que justifica insertarlo a continuación:

"Artículo 2°.- Para los fines de esta ley se entenderá:

- i) La expresión "cotizante cautivo", para los efectos de lo dispuesto en los artículos 44 ter y 45 bis, por aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de alguno de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional;*
- k) La expresión "plan de salud convenido", "plan de salud", "plan complementario" o "plan", por cualquier beneficio o conjunto de beneficios adicionales a las Garantías Explícitas relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad contempladas en el Régimen General de Garantías en Salud;*
- m) La expresión "precio base", por el precio asignado por la Institución a cada plan de salud. Se aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan. 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; y*
- n) 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. 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.”;

QUINTO. Que el artículo 38 ter de la ley N° 18.933, ya transcrito, regula los cinco grupos de materias siguientes:

A) A las Instituciones de Salud Previsional, en cuanto a la facultad de elaborar la tabla de factores y fijar el precio del plan de salud, puntualizando que para ello deben aplicar, al precio base, el factor que corresponde al beneficiario, con sujeción a la tabla incorporada el respectivo contrato de salud;

B) A la Superintendencia de Salud, órgano estatal que, mediante instrucciones de aplicación general, fija la estructura de la tabla de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición del cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar, estando obligada a ceñirse para ello a las reglas que previene el inciso tercero del artículo 38 ter;

C) Nuevamente a la Superintendencia señalada, habilitándola para establecer, cada diez años, la diferencia máxima entre el factor mayor y el menor según el sexo del cotizante;

D) A las Instituciones de Salud Previsional, esta vez facultándolas para fijar libremente los factores, dentro de las restricciones contenidas en el precepto examinado, no pudiendo variarlos mientras los beneficiarios se encuentren adscritos a la misma tabla,

ni alterarlos con relación a quienes se incorporen a ella, a menos que la modificación consista en disminuir los múltiplos o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, cambio que requiere autorización previa de la Superintendencia de Salud; y

E) A cada plan de salud singular o concreto, precisando que él tendrá incorporado tan sólo una tabla de factores;

SEXTO. Que, con sujeción a lo prescrito en la letra m) del artículo 2, para determinar el costo del plan de salud contratado por un cotizante singular, debe multiplicarse el precio base por el factor que corresponda al afiliado concreto, de conformidad con la tabla de factores cuya estructura fija la Superintendencia y los factores integrantes de la cual son determinados por la Isapre respectiva con sujeción a los términos enunciados al respecto en la letra n) de aquel precepto legal;

SEPTIMO. Que es preciso tener presente que la Superintendencia de Salud, materializando el deber que le impone el precepto legal impugnado, a través del oficio circular N° 6, de fecha 2 de junio de 2005, intitulado "Imparte Instrucciones sobre la Estructura de las tablas de Factores de los Planes de Salud Complementarios", dispuso la estructura de la tabla referida y, además, fijó la diferencia máxima entre el factor mayor y menor, en los términos que se transcriben enseguida:

"La relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, para el período comprendido entre el 1 de julio de 2005 y el 1 de julio de 2015";

OCTAVO. Que cumpliendo lo señalado en la normativa descrita en los considerandos precedentes, la Isapre requerida reajustó el valor del plan de salud contratado con la accionante, elevando el factor 3,0 al factor 3,5,

es decir, y en su sentido natural y obvio, aumentando la cantidad que multiplicada por el precio base permite determinar el costo a pagar por un cotizante singular y concreto. Síguese de lo explicado que el método de reajuste de tal plan en el caso de un determinado contrato de salud contempla la aplicación de un múltiplo, es decir, de una cantidad que contiene a otra varias veces y exactamente, de modo que la operación matemática respectiva no se efectúa con sujeción a un porcentaje normativamente preestablecido y delimitado. De la comparación del método fundado en múltiplos, por un lado, con el basado en porcentajes acotados, de otro, fluye que el primero habilita a la Isapre para elevar el costo del plan de salud en términos superiores a los que permitiría el segundo;

NOVENO. Que, de lo razonado precedentemente, resulta pertinente ahora concluir, en síntesis y prácticamente, que la requirente cuestiona el mérito constitucional del precepto legal impugnado, en la hipótesis que le sea aplicado en la gestión pendiente invocada en autos, por dos de los aspectos que esa disposición regula, a saber:

A) La parte de dicho precepto que permite a su Institución de Salud Previsional fijarle un nuevo precio del plan de salud, aplicando al precio base el factor de rigor, multiplicado según lo autorizado por la Superintendencia en la tabla correspondiente. Este listado o nómina considera rubros tales como el género y la edad, distinción esta última que, en la situación singular de la requirente, ella estima constitucionalmente insostenible.

Al respecto, útil es recordar la aclaración que la accionante estampó en su requerimiento:

“Si bien en el recurso de protección interpuesto se reclama tanto en contra del aumento del precio base, como del aumento adicional que resulta de aplicar el nuevo tramo de factores, la razón que motiva la

interposición del presente recurso es sólo la relativa a la aplicación de la tabla de factores."(fs. 2);

B) La parte del precepto que autoriza a su Institución de Salud Previsional a determinar libremente los factores de la tabla homónima, sin otra limitación que la contenida en el inciso tercero de tal norma legal, facultad que, al ser ejercida, específicamente en relación con el contrato de salud de la accionante, se ha traducido en una diferencia desmedida entre el factor menor y el mayor de la tabla incorporada a esa convención. Consiguientemente, al cumplir 60 años de edad, la aplicación de la regla descrita ha permitido un alza desproporcionada del factor que afecta a la requirente y, a raíz de ello, del costo de su plan de salud. Lo expuesto, atendida la disminución lógica de sus ingresos, secuela del envejecimiento natural de la persona, la ha dejado en la imposibilidad de pagar y, con ello, de mantenerse en el sistema de salud por el cual había optado. Finaliza sosteniendo que lo ocurrido es contrario a lo asegurado en la Constitución, precisamente, en cuanto vulnera el derecho que le asiste a la libre elección del sistema de salud, garantizado en el artículo 19, N° 9, inciso quinto o final de aquélla;

DECIMO. Que, de lo expuesto, cabe concluir que el asunto preciso sometido a la decisión de esta Magistratura consiste en determinar si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, de ser aplicado, en el sentido de la alegación referida a la tabla de factores en los términos explicados en los considerandos anteriores, en la causa rol N° 4972-2007, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, produce o no los efectos contrarios a la Constitución aducidos por la requirente, a saber, el quebrantamiento de la igualdad ante la ley, del derecho a la libre elección del sistema de salud y del derecho de propiedad, asegurados en los numerales 2º, 9º y 24º del artículo 19 de la Constitución, respectivamente;

II.- CARÁCTER DECISIVO DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

UNDECIMO. Que es preciso examinar, primeramente, lo alegado por la requerida, en el sentido a que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, a raíz de lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 20.015, no sería aplicable al contrato de salud de la requirente, racionio que fundamenta que ese precepto legal, cuyo mérito constitucional se halla cuestionado, no formaría parte del régimen normativo que rige al contrato de salud de la accionante. Por tanto, arguye que tampoco tendría la calidad de precepto decisorio de la gestión pendiente invocada, circunstancia que impediría a esta Magistratura decidir el fondo del requerimiento de autos;

DECIMOSEGUNDO. Que, para decidir la cuestión planteada, resulta necesario recordar lo argumentado por la requirente en el punto controvertido:

“Siendo una de las razones que motiva el recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, precisamente la arbitrariedad que supone el ostensible e inexorable aumento de precio de los planes de salud a medida que las personas envejecen, de la sola lectura del texto transcrito (se refiere al artículo 38 ter) se desprende que la norma impugnada resulta directamente aplicable para resolver la cuestión debatida en dicha gestión pendiente”. (fs. 5).

Prosigue ella aseverando en aquel libelo que:

“Para que tal garantía sea realmente efectiva y no tenga carácter meramente declarativo, las personas tienen que tener la posibilidad real de optar y de permanecer a lo largo del tiempo en el sistema que eligieron cuando eran más jóvenes, sin que con el paso de los años se las fuerce a salir de él por la vía indirecta de subir, año tras años y en una proporción cada vez mayor, la cotización mensual a que está condicionado el mantenimiento del plan elegido, lo cual es tanto más grave si se tiene en cuenta

que este desmesurado aumento de precio coincide con la etapa de la vida en que la persona cesa en su vida laboral activa, hecho que, por regla general, trae aparejado una reducción considerable de sus ingresos."(fs. 10);

DECIMOTERCERO. Que el artículo 2º de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2005, preceptúa lo siguiente:

"Tratándose de contratos en curso a la entrada en vigencia de esta ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto.";

DECIMOCUARTO. Que, el análisis del artículo 2º citado, permite desprender las conclusiones siguientes:

- A. Que él se aplica a los contratos de salud en curso de ejecución al 17 de mayo de 2005, cual es el caso de la requirente; y
- B. Que las tablas de factores incorporadas a tales convenciones continúan en vigor hasta que el afiliado opte por alguna de las posibilidades siguientes:

Primera, aceptar un plan alternativo al que el beneficiario tiene con su Isapre, para lo cual es necesario que, con antelación, la respectiva Institución de Salud Previsional se lo ofrezca, habiéndole incorporado alguna adecuación a la convención vigente; o

Segundo, que el cotizante contrate un nuevo plan de salud, distinto del que lo ligaba con su Isapre a la fecha de entrar a regir el artículo 38 ter;

DECIMOQUINTO. Que las alternativas enunciadas en el razonamiento anterior coinciden en subordinar la decisión del afiliado a las iniciativas de su contraparte contractual, alterando así la tabla de factores

utilizable para el cálculo del precio base del plan de salud correspondiente;

DECIMOSEXTO. Que si bien es clara la incidencia del artículo 2º comentado en la controversia *sub lite*, no es menos cierto que se trata de cuestiones de mera legalidad, relacionadas con la vigencia de la ley en el tiempo, cuyo esclarecimiento no se halla dentro de la órbita de atribuciones de esta Magistratura, razón que resulta suficiente para desestimar lo alegado por la requerida.

Efectivamente y corroborando la doctrina que fluye de la jurisprudencia constante de este Tribunal en el punto, se inserta en seguida la sentencia de fondo, enrolada con el N° 796, en cuyo considerando vigesimoséptimo se afirma lo siguiente:

“Que el tipo de controversia caracterizado en el razonamiento precedente es de aquellos que, según el criterio sostenido por la jurisprudencia de este Tribunal, así como por la de los tribunales superiores de justicia, corresponde dilucidar a los jueces del fondo, por tratarse de un conflicto de mera legalidad, que debe resolverse de conformidad a las normas pertinentes a la vigencia de las leyes contenidas en el Código Civil. Por consiguiente, no le corresponde a esta Magistratura expedirse acerca de un conflicto de aplicación de normas legales cuya resolución ha de hacerse por los tribunales competentes de acuerdo a las preceptivas pertinentes de ese rango normativo”;

III.- INAPLICABILIDAD Y GESTIÓN PENDIENTE

DECIMOSEPTIMO. Que el requerimiento de inaplicabilidad constituye un control concreto de constitucionalidad, pues al pronunciarse sobre él esta Magistratura lo hace sobre el mérito constitucional del precepto legal impugnado, determinando si, de ser aplicado en la gestión pendiente aducida, puede producir o no y en el caso singular *sub lite*, efectos contrarios a

la Constitución. Esta característica singulariza y distingue la acción de inaplicabilidad vigente, por un lado, de su homónima contenida en el texto constitucional que regía con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 20.050, de 2005, de otro;

DECIMOCTAVO. Que, con el propósito de ratificar lo recién expuesto, cabe insertar lo aseverado, por ejemplo, en la sentencia pronunciada por esta Magistratura en la causa rol N° 596, cuyo considerando séptimo se reproduce a continuación:

“Que, en resoluciones anteriores, como las contenidas en los roles N° 478, 546, Capítulo I, 473, 517 y 535, este Tribunal ha precisado en sus consideraciones la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad y sus diferencias con la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, destacando especialmente la constatación de que de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, como se dijo, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior”;

DECIMONOVENO. Que el carácter concreto y no abstracto del requerimiento de inaplicabilidad y de la sentencia de esta Magistratura que lo decide son de efectos necesariamente acotados a las partes respectivas, debiendo ser desestimada toda pretensión de extenderlos a otras gestiones pendientes, sean semejantes o análogas,

porque hacerlo involucraría infundirle las cualidades de abstracción y generalidad que singularizan al pronunciamiento de inconstitucionalidad, *erga omnes*, de cierta disposición legal;

VIGESIMO. Que, en armonía con lo recién explicado, la resolución acertada del asunto concreto de autos exige conocer y ponderar los hechos y otros rasgos característicos de la gestión pendiente invocada, porque ellos son el presupuesto de la acción de inaplicabilidad, cuestión sobre la cual ha llamado la atención este Tribunal, una ilustración de cuya jurisprudencia es el considerando octavo de la sentencia recaída en la misma causa rol N° 596, ya citada:

“Que lo expresado deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto *sub lite*, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional.”;

VIGESIMOPRIMERO. Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye el imperativo de resumir y ponderar los hechos del caso específico y singular que ocupa al Tribunal, antecedente fáctico que se resume a continuación:

- A) La requirente es una mujer que, recientemente, cumplió sesenta años de edad;
- B) Ella está afiliada, desde 1997, a la Institución de Salud Previsional requerida;
- C) Conforme lo previene expresamente en su escrito la Isapre ING Salud S.A.:

“En el caso del contrato suscrito con la recurrente, en 1997, y conforme a lo que en ese

entonces ocurría en la materia, se incorporó a su contrato una tabla de factores, en virtud de la autonomía de la voluntad amplia de que gozábamos las partes, y que correspondió a la contenida en el plan de salud particular N° 3400, suscrito por la señora Peña.

Posteriormente, se convinieron por las partes dos modificaciones contractuales -en ambos casos, con anterioridad a la ley N° 20.015- que implicaron cambios voluntarios en el plan de salud. La primera, el 2 de octubre de 1998, en virtud de la cual la señora Peña sustituyó el plan de salud particular N° 3400, incorporándose al plan Máximo N° 2500; y la segunda, efectuada el 9 de diciembre de 1999, en virtud de la cual la señora Peña sustituyó el plan Máximo N° 2500, incorporándose al Plan Todo Familia B N° 2700, y que corresponde a su plan actualmente vigente" (fs. 50 vuelta);

D) Que, de conformidad con lo dispuesto en la Circular N° 036, de 22 de julio de 1997, de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, sección "Adecuación de Contratos", los planes de salud no podrán estimarse equivalentes, pues dicha normativa precisa que "se entenderá que planes de salud alternativos en condiciones equivalentes" son aquellos planes de salud, uno o más, que mantienen con el plan vigente del cotizante una relación de igualdad, ya sea en el precio o en las prestaciones y beneficios pactados". En el presente caso, no sólo cambió el precio de cada plan de salud, sino que también la cobertura de los beneficios respectivos;

E) Mediante carta enviada el 31 de julio de 2007, la requerida informó a la señora Peña Wasaff que el costo de su plan sería reajustado en los términos que se detallan en seguida:

- La tabla de factores, incorporada al contrato de salud de la requerida, consultaba una diferencia de 4,5 veces entre el factor menor y el mayor,; y que

- Al cumplir 60 años, el factor que le era aplicable había pasado del múltiplo 3,0 al múltiplo 3,5, lo que se tradujo, en la práctica, en un aumento del costo de su plan de salud de 7,4 a 9,4 Unidades de Fomento mensuales, sin que ello le significara mayores o mejores beneficios;

F) Que habiendo la requirente solicitado reconsideración por aquel aumento recibió respuesta, el 6 de septiembre de 2007, fechada el 3 de septiembre del mismo año, comunicándole el rechazo de tal petición; y

G) Que, en razón de lo anterior, el 21 de septiembre de 2007 dedujo ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección impugnando “el acto ilegal y arbitrario de aumentar injustificadamente y unilateralmente el precio de mi actual plan de salud, de 7,40 a 9,40 UF mensuales, poniéndome en la disyuntiva, para el caso de que rechace dicho aumento de precio, de allanarme a aceptar otros planes que suponen una fuerte disminución de los beneficios pactados, o bien, poner fin al contrato, lo cual constituye privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 números 2,9 y 24, de la Constitución, esto es, la igualdad ante la ley, el libre e igualitario acceso a la protección de la salud y el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, respectivamente”, recurso que constituye la gestión pendiente aducida en estos autos;

IV.- NATURALEZA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

VIGESIMOSEGUNDO. Que, el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución, proclama que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, principio matriz del sistema institucional vigente del cual se infiere, con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que se aseguran en

su artículo 19. El mismo precepto, esta vez en su inciso cuarto, impone al Estado el deber de servir a la persona humana y de promover el bien común, para lo cual ha de contribuir, es decir, concurrir con otros a la realización de esa finalidad esencial, con pleno respeto a los derechos y garantías declarados en la Carta Fundamental. Por último, el inciso final del artículo comentado, obliga al Estado a dar protección a la población y a asegurar la participación, con igualdad de oportunidades, en la vida nacional;

VIGESIMOTERCERO. Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;

VIGESIMOCUARTO. Que, en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y privados, en ejercicio de la competencia y facultades, respectivamente, que les han conferido la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos;

VIGESIMOQUINTO. Que, con sujeción al artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución, todos los valores,

principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía;

VIGESIMOSEXTO. Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica. Acertadamente, se ha escrito (Francisco J. Laposta: "Los Derechos Sociales y su Protección Jurídica. Introducción al Problema", en Jerónimo Betegón **et. al**, (coordinadores): **Constitución y Derechos Fundamentales**, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2004) pp. 299 y 301), que en tales derechos:

"El núcleo normativo es que el sujeto tiene un título para exigir que se entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre tales derechos encontramos la prestación de un servicio (educación, salud, protección del riesgo, etc.).

(...)

Desde un punto estructural, los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles o políticos. En particular, no es correcto afirmar sin ningún tipo de matización que los derechos sociales son siempre derechos de prestación, mientras que los llamados derechos civiles o políticos no lo son. Entre los derechos civiles más básicos encontramos también derechos de

prestación como el derecho a un juicio imparcial. (...) Incluso la pura seguridad jurídica de la persona y los bienes, que da lugar a un derecho humano primario y antiquísimo, quizás el más antiguo, exige la previa instauración de lo que se ha considerado un bien público originario: El Estado y la ley.”;

VIGESIMOSEPTIMO. Que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando (como lo hace Francisco J. Laposta, *cit.*, pp. 304-305) que poner en duda su “practicabilidad” de realización, es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización;

VIGESIMOCTAVO. Que la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho Contemporáneo se halla abundante y certeramente configurada, testimonio de lo cual son los pasajes siguientes, extraídos de una obra bien conocida:

“Lo que tienen en común estos derechos no es tanto su contenido, esto es, la esfera de la vida social a que se refieren, sino más bien la posición jurídica que otorgan a su titular. De esta forma, los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de éste en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación”. Reencarnación Carmona Cuenca: **El Estado Social de Derecho en la Constitución**, Consejo Económico y Social, España (2000) p. 150. Abundando en idéntico tópico se ha escrito que los derechos sociales son “Derechos de prestación (...) que suponen una

acción positiva, normalmente de los poderes públicos, aunque también pueden ser los particulares más excepcionalmente, para ayudar a la satisfacción de necesidades básicas, que no pueden ser resueltas por la propia y excesiva fuerza del afectado (...).” Gregorio Peces-Barba Martínez: **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General** Universidad Carlos III, Madrid (1999) pp. 460;

VIGESIMONOVENO. Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea;

TRIGESIMO. Que si bien la doctrina y jurisprudencia comparadas han señalado que los derechos sociales requieren la concretización legal de su contenido, también han realzado que la Constitución establece, en relación con ellos, un núcleo esencial, indisponible por el legislador. En tal sentido, se ha afirmado que:

“Existen derechos de contenido social que están regulados en las Constituciones, desde luego en la nuestra como (alude a la Española de 1978) derechos fundamentales directamente exigibles. Es el caso, por ejemplo, de la enseñanza básica declarada en el artículo 27.4 como obligatoria o gratuita. Aun dentro del ámbito del Capítulo III del Título Primero de la Constitución, dedicado a los principios rectores de la política social y económicas, se encuentran derechos de carácter social que formulan estándares mínimos que, desde luego, tienen que ser respetados por leyes y pueden ser directamente invocados: las vacaciones periódicas retribuidas (artículo 40.4), el régimen público de la seguridad social para todos los ciudadanos que ofrezcan prestaciones “suficientes” ante situaciones de

necesidad, especialmente en el caso del desempleo (artículo 41), se refiere a prestaciones que tienen que sea necesariamente atendidas. No puede no existir una política de protección a la salud (artículo 43), etc". (Santiago Muñoz Machado: **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**, Madrid, Editorial Thomson-Civitas (2004) p. 1026);

TRIGESIMOPRIMERO. Que, en idéntico sentido, imperativo es la jurisprudencia de esta Magistratura contenida, por ejemplo, en los considerandos 16º y 17º de la sentencia Rol N° 237:

"Que, el artículo 2º del proyecto de ley dispone que: "El Sistema de Salud de las Fuerzas Armadas asegura a sus beneficiarios el derecho al libre e igualitario acceso a la medicina curativa y, además, al personal en servicio activo, el derecho a la asistencia médica preventiva.", debiendo confrontarse esta disposición con lo que establece en el inciso segundo del numeral 9º del artículo 19 de la Constitución Política, el cual señala que "El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo;

Que, de conformidad con lo expresado, debe reconocerse que, al señalar el citado artículo 2º del proyecto que el sistema que se configura da acceso a la asistencia medica preventiva solamente al personal en servicio activo, esta dejando sin esta atención al personal pasivo, el cual no tendría, de esta manera, un acceso igualitario a las acciones de prevención en materia de salud que reconoce la Carta Fundamental en el numeral 9 de su artículo 19. Esta omisión que se observa en el texto del proyecto en análisis, obliga a hacer presente la necesidad de su debida complementación";

TRIGESIMOSEGUNDO. Que, del mismo modo, esta Magistratura no puede dejar de enfatizar que el derecho a la protección de la salud, en cuanto derecho social en los términos antes explicados, se halla sustancialmente ligado a otros atributos esenciales asegurados en nuestro Código Político, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica, todos los cuales deben ser tutelados y promovidos para infundir al ordenamiento la legitimidad ya aludida. Ilustra este sentido de contexto y espíritu lo dispuesto en el considerando 9º de la sentencia Rol N° 220:

“El Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas. Lo hace directamente a través de su poder público para cautelarlas de acciones de terceros y reconoce el derecho a la protección de la salud conforme al artículo 19, N° 9º, con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas.”;_

TRIGESIMOTERCERO. Que, a propósito de la dignidad humana y de los derechos que emanan de ella, términos tan cercanos a la necesidad de infundir realidad a los derechos sociales asegurados en nuestra Carta Fundamental, la doctrina ha afirmado:

“Estos principios y valores se encarnan en disposiciones concretas, como lo son los artículos 1, 4 y 5 de la Ley Suprema. Estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de la Constitución” (Eugenio Valenzuela Somarriva, **Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional**, Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 31 (2006) pp. 18-19). En otras palabras, “la finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la

garantía de la libertad y dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la Ley Fundamental debe orientarse siempre a aquella meta suprema" (**Id.**, p. 28);

TRIGESIMOCUARTO. Que, aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos;

TRIGESIMOQUINTO. Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella. En este sentido, pertinente es recordar la reflexión de autorizada doctrina, en uno de cuyos libros se lee que esa cualidad de la Ley Suprema:

"apareja necesariamente estar dotada de fuerza normativa para operar sin intermediación alguna, y obligación (para todos los operadores gubernamentales y para los particulares en sus relaciones "inter privados") de aplicarla, cumplirla, conferirle eficacia, no violarla -ni por acción ni por omisión-" Germán Jr. Bidart Campos: El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 88-89;

TRIGESIMOSEXTO. Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución;

TRIGESIMOSEPTIMO. Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes;

TRIGESIMOCTAVO. Que, en semejante orden de ideas, habiéndoles reconocido el Poder Constituyente a las Instituciones de Salud Previsional, como manifestación del principio de subsidiariedad, la facultad de

intervenir en el proceso de satisfacer el derecho constitucional a la protección de la salud de sus afiliados, en los términos contemplados en el precepto respectivo, ellas deben, siempre y en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquél cuya satisfacción les ha sido reconocida y está amparada por la Carta Fundamental, no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, con sujeción a lo previsto en el artículo 19, N° 26, de la Carta Política;

TRIGESIMONOVENO. Que, como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, N° 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole;

V.- SUPREMACÍA SOBRE CONVENCIONES ENTRE PARTICULARES

CUADRAGESIMO. Que el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible;

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que lo razonado resulta aun más evidente en los casos en los que la relación convencional

entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional, sea directo o indirecto pero inequívoco, como medio a través del cual uno de ellos, en cuanto manifestación del principio de subsidiariedad articulado en el Código Político, da satisfacción al ejercicio legítimo de derechos esenciales, en este caso de la contraparte, como sucede con el contrato de salud, celebrado entre una Institución de Salud Previsional y un particular determinado, respecto del atributo asegurado a este último en el artículo 19, N° 9, inciso final, de la Carta Política;

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que el planteamiento expuesto ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. En tal sentido, pueden ser consultadas las obras siguientes José Luis Cascajo: "La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales", **Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, (1988); Juan María Bilbao Ubillos: "Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado", **Ed. McGraw-Hill**, Madrid, (1997); y Juan María Bilbao Ubillos: "La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a los Particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", **Centro de Estudios Políticos y Constitucionales**, Madrid, (1997). En la doctrina chilena pueden ser nombrados Eduardo Aldunate Lizana: "El efecto de irradiación de los derechos Fundamentales", en Juan Carlos Ferrada Bórquez (coordinador) **La Constitucionalización del Derecho Chileno**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2003) pp. 13-38; Humberto Nogueira Alcalá: "Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales", Santiago, Ed. Librotecnia (2007) pp. 260 ss.; José Ignacio Martínez Estay: "Los Particulares como Sujetos Pasivos de los Derechos Fundamentales: La Doctrina del Efecto Horizontal de los Derechos" **Revista Chilena de Derecho**, número especial, (1998) pp. 89 ss.; Gonzalo Aguilar Carvallo y Cristián Contreras Rojas: "El efecto horizontal de los derechos humanos y su

reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, XIII **Revista Ius et Praxis** N° 1 (2007) pp. 205 ss.; y Juan Manuel Acuña: “Contribuciones de la Jurisdicción Constitucional para la Eficacia Jurídica de los Derechos Sociales en la Experiencia Comparada”, **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal constitucional**, N° 6 (Julio-Diciembre 2006) pp. 3 - 28.;

CUADRAGESIMOTERCERO. Que, por último, el derecho a la protección de la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19, N° 9, de la Carta Fundamental, es, para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría contemplar estipulaciones que, directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, *de facto*, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados en esa disposición suprema;

VI.- BASE CONSTITUCIONAL DEL CONTRATO DE SALUD

CUADRAGESIMOCUARTO. Que, al tenor de lo que se ha demostrado, resulta nítido que el contrato de salud se erige y desenvuelve sobre una base cierta de jerarquía constitucional y de orden público, cualidades que presuponen su incorporación y vigencia en toda convención de esa especie;

CUADRAGESIMOQUINTO. Que tal base constitucional, como se ha dicho, es de orden público, razón por la cual resulta irrenunciable y ha de ser incorporada en todo contrato de salud, desprendiéndose de ella los efectos siguientes:

A) que la Constitución asegura a todas las personas, con certeza suma y legítima, el derecho a la protección de la salud a través de las acciones respectivas;

B) que el Estado cautela el acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo;

C) que al Estado le corresponde, además, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la protección de la salud;

D) que es deber del Estado garantizar también la ejecución de tales acciones sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley; y

E) que cada cotizante puede elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

Por supuesto, todas esas secuelas emanan de preceptos vinculantes sea para el Estado o con respecto a los particulares involucrados, como ya fue demostrado;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que existe una correlación directa y evidente entre las características resumidas en el razonamiento anterior, de modo que se integran armónicamente en el derecho reconocido, configurando la plenitud del ejercicio asegurado por el Poder Constituyente. Síguese de lo puntualizado que la materialización, cabal y efectiva, del atributo aludido exige, entre otros deberes, la conducta diligente del Estado en la protección del acceso libre e igualitario de los cotizantes a las correspondientes acciones de salud, coordinándolas y controlándolas para que cumplan sus objetivos;

CUADRAGESIMOSEPTIMO. Que, desde el punto de vista expuesto y para la decisión del caso *sub lite*, merece realce el derecho a elegir el sistema de salud público o privado a que decida acogerse el beneficiario correspondiente. Así es, pues debe tenerse presente que tanto uno como otro sistema se validan en la medida que subsista, durante el contrato, el derecho a la libre elección, sea para perseverar en él, ponerle término,

cambiar de Isapre o trasladarse del sistema privado al público o viceversa;

CUADRAGESIMOCTAVO. Que, ilustrativas en cuanto al rol que le compete al Estado como a los privados en lo relativo a la protección de la salud, son las observaciones que el miembro de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Jorge Ovalle Quiroz, efectuó en ella al sostener que:

“no se puede privar a los particulares del cumplimiento de la obligación en la medida que les sea posible garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud. Concuera en que se diga que el Estado tiene la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud” (CENC, 192^a, 23 de marzo de 1976, p. 13).

(...)

En otras palabras, la libertad de los que se dedican a la salud puede verse restringida por el Estado, en razón de que a éste se otorga el derecho de coordinar las distintas acciones, como son, naturalmente las de planificar y normar. Sin perjuicio de la libertad del sector privado -denominación que, por cierto, habría que modificar- de concurrir con el Estado al cumplimiento de los objetivos de promoción, proteger, recuperar y rehabilitar la salud. Algo habría que decir, porque aquí no se está frente a un deber del Estado, sino al derecho que tiene éste de coordinar, cuando esa coordinación sea necesaria (CENC 192^a, p. 14);

CUADRAGESIMONOVENO. Que, corroborando lo expuesto, se justifica también insertar lo resuelto por este Tribunal en el considerando trigésimoprimer de la sentencia rol N° 98, fechada el 15 de febrero de 1990:

Que este Tribunal previene que el sistema de prestaciones de salud y su administración contemplado en el Título V, "Del Régimen

Previsional y de Seguridad Social", de este proyecto de ley, es sin perjuicio del derecho de cada persona a elegir el sistema de salud que desee acogerse y que la Constitución Política le asegura en el inciso final del N° 9° de su artículo 19;

VII.- RESOLUCIÓN DEL REQUERIMIENTO DE AUTOS

QUICUAGESIMO. Que, en el marco de las argumentaciones y antecedentes expuestos, pasa ahora esta Magistratura a decidir la cuestión que le ha sido planteada, para lo cual estima preciso recordar que la requirente solicita a esta Magistratura declarar inaplicable el artículo 38 ter de la Ley 18.933, en la gestión pendiente invocada, en cuanto dispone:

A) Que su Institución de Salud Previsional pueda fijar el costo del plan de salud conforme a la tabla de factores incorporada a su contrato de salud, la cual considera dos rubros: edad y sexo; y

B) Que su Institución de Salud Previsional esté habilitada para determinar unilateralmente los factores de cada tabla, sin tener otros límites que aquellos que se contemplan en el inciso tercero del precepto legal impugnado y que, en la especie, han permitido a esa Institución que la tabla de factores incorporada a su contrato de salud contemple una diferencia entre el factor menor y el mayor de 4,5 veces, contexto en el cual, al cumplir 60 años de edad, haya aumentado desproporcionadamente a su respecto el factor que le ha sido aplicado, elevándose de 3,0 a 3,5. En la práctica, esta facultad de la Isapre requerida se ha traducido en que el costo del plan de la accionante aumente, desde 7,4 a 9,4 UF mensuales, sin que ello implique mayores o mejores beneficios en la protección de su salud;

Se analizará y resolverá, separadamente, cada uno de esos capítulos;

1. MERITO CONSTITUCIONAL DE LA TABLA DE FACTORES

QUINCAGESIMOPRIMERO. Que, de conformidad a lo previsto en el precepto legal impugnado, la Superintendencia de Salud, mediante instrucciones de general aplicación, debe establecer, cada diez años, la estructura de la tabla de factores, fijando los rangos de edad, en lo que, tal como aseveró dicha Institución a esta Magistratura en el informe que allegó a los autos, sólo considera criterios objetivos de riesgo;

QUINCAGESIMOSEGUNDO. Que, estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común o general vigencia, la diferencia que ella importa en sí, por los rangos de edad que establece, no puede ser calificada por esta Magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria. En esa medida, la alegación de la requirente dirigida en contra del precepto legal impugnado en cuanto, en el caso *sub lite*, autoriza a su Institución de Salud Provisional para aplicar la tabla de factores, a los efectos de determinar el valor de su plan de salud, debe ser rechazada y así será declarado;

2. MERITO CONSTITUCIONAL DE LOS FACTORES

QUINCAGESIMOTERCERO. Que toda persona, institución o grupo está llamado a respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, incluyendo aquellos particulares a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido la facultad de dar satisfacción al legítimo ejercicio de dichos atributos esenciales, tal como sucede a propósito de las Isapres respecto a la ejecución de las acciones de protección de la salud de sus afiliados, no siendo admisible que, con base en el principio de la autonomía de la voluntad manifestada contractualmente, tales derechos sean menoscabados, renunciados ni afectados en su esencia;

QUINCAGESIMOCUARTO. Que, aplicando la estructura de tabla de factores establecida por la Superintendencia de Salud en conformidad a lo dispuesto en el precepto legal

impugnado, ese órgano estatal ha fijado libremente los factores para la tabla incorporada al contrato de la requirente, con sujeción a las limitaciones legales y administrativas de rigor, estableciendo entre el factor menor y el mayor de ellos un rango de 4,5 veces. Consiguientemente, al cumplir 60 años de edad, la requirente pasó del factor 3,0 a otro igual a 3,5, cambio que se tradujo en un alza del costo de su plan de salud de 7,4 a 9,4 UF mensuales;

QUINCAGESIMOQUINTO. Que, si bien la Isapre, al establecer los factores de la tabla incorporada al contrato de salud de la requirente, parece haberse atendido a las normas legales y administrativas que rigen tal operación, no puede tampoco olvidarse que, en las estipulaciones de ese contrato de salud, tienen que ser respetados y promovidos los atributos que integran el derecho a la protección de ella, asegurado a la señora Peña Wasaff en el artículo 19, N° 9, de la Carta Fundamental. Ciertamente, este efecto de la supremacía no puede quedar condicionado, diferido o supeditado a lo que preceptúen tales normas porque se hallan subordinadas a lo mandado en la Constitución;

QUINCAGESIMOSEXTO. Que el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular *sub lite* significa que, tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales, tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurado en aquélla;

QUINCAGESIMOSEPTIMO. Que, consiguientemente, no cabe sino concluir que toda facultad que por ley se otorgue a las Isapres de fijar libre o discrecionalmente un factor para incorporarlo a dichas contrataciones debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales, deducción lógica que, si

fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución;

QUINCAGESIMOCTAVO. Que el examen de constitucionalidad de la atribución que el artículo 38 ter, en relación con el artículo 2º, ambos de la misma Ley N° 18.933, otorgan a la Isapre requerida para establecer, libremente, los factores de la tabla aplicable a la requirente, debe constatar si se respetan las exigencias de orden público contenidas en el artículo 19, N° 9, del Código Político, pues en el evento contrario cabe pronunciar su inaplicabilidad para el caso concreto y singular de autos;

QUINCAGESIMONOVENO. Que, en el ejercicio de la facultad legal señalada en el razonamiento anterior, la Isapre debe observar, entre otros atributos afines asegurados a la requirente, el derecho a la libre elección del sistema de salud, público o privado, al que ella resuelva acogerse. Esta obligación implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema;

SEXAGESIMO. Que, en el contexto expuesto, la tabla de factores incorporada al contrato de salud de la requirente, cuyos elementos han sido determinados libremente por la requerida, considera la evolución de ellos a lo largo de las distintas etapas del ciclo vital, avanzando desde el factor 1,00 hasta factor 4,00, siendo menester puntualizar que el último de los factores citados se eleva hasta 4,5. Por eso, al cumplir la requirente 60 años de edad, el factor que le es aplicable aumentó de 3,00 a 3,50, variación que, multiplicada con referencia al precio base, origina un incremento en el costo del precio de su plan de salud desde 7,4 a 9,4 UF mensuales;

SEXAGESIMOPRIMERO. Que la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, no lo está en lo relativo a su magnitud, la que oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00, facultando así a la Isapre para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente. Esta circunstancia, al cumplir la requirente sesenta años de edad, le ha irrogado un alza del factor 3,00 a 3,50 y el aumento, ya señalado, del precio base de su plan de salud. Deviene insostenible, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado. Este, por mandato de la Constitución y con sujeción a lo ya demostrado, debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, v. gr., al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse;

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que, en el caso concreto y singular *sub lite*, al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las Instituciones de Salud Previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria. Aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta *litis* precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, N° 2, de la Constitución;

SEXAGESIMOTERCERO. Que, sin perjuicio de lo recién aseverado, es también base constitucional y de orden

público del contrato de salud la prevista en el artículo 19, N° 9, de la Carta Política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse. Acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefutable que todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado, no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia;

SEXAGESIMOCUARTO. Que, en el ejercicio de su competencia, esta Magistratura ha comprobado que el rasgo *inter partes*, casuístico, concreto y singular que hoy caracteriza al pronunciamiento de la inaplicabilidad de un precepto legal permite, al evaluar los hechos configurativos de la gestión pendiente invocada, concluir que ese precepto puede ser constitucionalmente irreprochable en abstracto pero que, confrontado con tales hechos específicos, resulta patente su pugna con lo asegurado en la Carta Fundamental. Ese es exactamente el sentido y alcance relativo y delimitado al caso, decidido en estos autos;

SEXAGESIMOQUINTO. Que lo señalado en el razonamiento anterior se manifiesta particularmente en el caso *sub lite*, pues la libertad de elegir el sistema de salud al que se desea estar afiliado queda restringida o impedida si, como en el caso de la señora Peña Wasaff, se está

frente a una cotizante cuya situación previsional es desmedrada, producto de las inestabilidades que experimentó durante su vida laboral activa, tal como ella lo argumenta en estrados. Así, la aplicación del factor específico objetado en este caso a otro caso diferente, desde el punto de vista previsional, puede no provocar la lesión al derecho fundamental en la protección de la salud que ha sido constatada en estos autos;

SEXAGESIMOSEXTO. Que, por último, la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores es consistente con lo razonado, bastando para demostrarlo recordar que la Corte Suprema decidió, en la sentencia recaída en la causa rol N° 4.321-2002, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recaída en la causa rol N° 3.656-2002, lo siguiente:

“3º) Que es efectivo que el citado inciso tercero del artículo 38 de la ley N° 18.933, faculta a la Isapre recurrida para revisar los contratos de salud y adecuar sus precios, prestaciones convenidas y la naturaleza y monto de sus beneficios; pero también lo es que dicha facultad exige una razonabilidad en sus motivos, vale decir, que la revisión responda a una real variación de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan, debiendo provenir, por tanto, esa alteración, de la introducción, por ejemplo, de nuevos tratamientos o tecnología que se apliquen y que modifiquen en forma sustancial las respectivas prestaciones, pudiendo el afiliado optar por mantener el plan, asumiendo la diferencia en el precio, cambiarlo por otro alternativo o, por último, desahuciarlo para afiliarse a otra Isapre o al sistema estatal.”
“De acuerdo a lo expuesto, la facultad de que goza la recurrida debe ser aplicada en forma restrictiva y por motivos que justifiquen plenamente una efectiva revisión y adecuación de los precios, a lo que cabe añadir que, en todo caso, el contrato de salud, al igual que

cualquier contrato, requiere para ser modificado de la voluntad de ambas partes, voluntad que tratándose del afiliado no resultaría del todo válida, pues ya sea por razones de edad o por la ocurrencia de antecedentes de salud, se vería forzado a aceptar la adecuación efectuada por la Isapre, desde que su posibilidad de contratar con otra institución de salud aparecería restringida significativamente;

“4º) Que la parte recurrida señala en su informe los criterios que tuvo en vista para alzar los precios del plan de salud del recurrente; pero ellos no justifican, en concepto de esta Corte, tal alza, por cuanto no dicen relación con las situaciones aludidas en el fundamento anterior y que serían las únicas en cuya virtud podría haber actuado válidamente, toda vez que la Isapre se limita a manifestar que el aumento en los precios del plan obedeció a un alza promedio en el costo de salud por afiliado y a un aumento de los recursos destinados al pago del subsidio por incapacidad laboral, circunstancias que, por lo demás, no consta fehacientemente que se hubiesen producido;

5º) Que, de lo expresado, se sigue que la actuación de la recurrida ha resultado arbitraria y con ello ha vulnerado la garantía del N° 9, inciso final, del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que consagra el derecho de una persona a elegir el sistema de salud que ella desea, opción que puede verse afectada, ya que por lo excesivo de los costos estaría obligada esa persona a incorporarse al sistema estatal de salud.”.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 19, N° 2, N° 9, N° 24 y N° 26, 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución; y en los artículos 2º, 38 y 38 ter de la Ley N° 18.933, así como en los artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura,

SE DECLARA:

QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 Y SIGUIENTES SÓLO EN CUANTO LA TABLA DE FACTORES CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, INCORPORADA AL CONTRATO DE SALUD DE LA REQUERENTE CELEBRADO POR ELLA Y LA ISAPRE ING SALUD S.A., PARA DETERMINAR EL COSTO DE SU PLAN DE SALUD, ES INAPLICABLE EN LA CAUSA ROL DE INGRESO N° 4972-2007, DE LA QUE CONOCE ACTUALMENTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, POR SER CONTRARIA A CUANTO LE ASEGURA EL ARTÍCULO 19, N° 9, DE LA CONSTITUCIÓN.

DÉJESE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN FOJAS 27 DE ESTOS AUTOS.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento en todas sus partes, en atención a las siguientes consideraciones:

I. La Constitución no prohíbe que los particulares que proveen un bien o servicio esencial modifiquen unilateralmente, dentro de límites fijados por la autoridad competente, el precio que cobran por el bien o servicio que producen.

1 Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, tal como ha sido explicado en la parte expositiva de esta sentencia, establece las bases legales dentro de las cuales cada Isapre puede determinar o modificar unilateralmente el precio de un plan de salud. El artículo impugnado autoriza a adicionar a los precios base, que se determinan en conformidad a lo regulado en otros preceptos de la misma ley, con valores que deben calcularse en función a una tabla de factores, mismos que deberán estructurarse en conformidad a instrucciones de la Superintendencia respectiva. En conformidad al precepto en cuestión, esos factores han de ser el sexo y la edad del beneficiario y su calidad de cotizante o carga. La edad debe considerarse según

rangos que la propia ley determina de un modo general y que las instrucciones de la Superintendencia deben detallar. Además de otras reglas especiales, el artículo 38 ter agrega que la tabla de un determinado plan no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, limita a una la tabla de factores que puede incluir cada plan y a dos las que pueda ofrecer simultáneamente cada Isapre y prohíbe establecer nuevas tablas en períodos inferiores a 5 años;

- 2 Que, como puede apreciarse de la sola lectura de la regla impugnada y referida en el considerando anterior, en ella se consagra un derecho en favor de las Isapres, que consiste en la facultad de fijar o aumentar unilateralmente el valor de sus planes de salud, al mismo tiempo que regula y restringe esa facultad, la que sólo puede ejercerse dentro de los márgenes que la propia ley determina. En caso alguno podría estimarse que esta fórmula legislativa, por el solo hecho de permitir la alteración unilateral pero regulada de un precio, resulte contraria a la Carta Fundamental. Esta no prohíbe, en precepto alguno, que la ley permita la modificación unilateral del precio de un contrato dentro de ciertos límites y márgenes establecidos por el propio legislador. Esta fórmula es, por lo demás, habitual en los contratos dirigidos de tracto sucesivo, que típicamente vinculan a privados que proveen un bien esencial de consumo masivo que satisface necesidades básicas, algunas de las cuales, como la educación, la salud, el transporte y los servicios esenciales, como la electricidad o el agua potable, constituyen, además, consumos que satisfacen derechos constitucionales. Conforme a criterios de economía social de mercado, el Estado ha dejado de producirlos por sí mismo y permite, conforme al principio de subsidiariedad, que los provean los particulares por precio y ganancia, aunque regulada.

Ello no es contrario a la Constitución, la que no obliga al Estado a proveer esos bienes y servicios básicos. Para obtener que los particulares produzcan y provean tales bienes esenciales, lo habitual es que la ley permita alzar los precios unilateralmente al proveedor, dentro de ciertos límites que se establecen por la autoridad en base a cálculos acerca de las alteraciones en los costos de producción del bien o servicio que el particular provee. Si la autoridad no permitiera al proveedor alzar unilateralmente los precios y exigiera para ello la concurrencia de la voluntad del usuario, nadie se interesaría en proveer estos bienes o servicios de consumo masivo que resultan necesarios para satisfacer derechos constitucionales, toda vez que los costos de producirlos y proveerlos sí cambian. La participación de los privados en proveer estos bienes -que la Carta Fundamental no prohíbe- se haría imposible. El alza unilateral en el precio de los contratos sólo podría estimarse como prohibida en un esquema constitucional que prohibiera la participación de los privados en la provisión de bienes y servicios públicos, lo que ciertamente no hace nuestra Carta Fundamental. En consecuencia, la Constitución no prohíbe la alteración unilateral pero regulada en el precio de un bien esencial, aunque tales bienes o servicios faciliten el goce de derechos constitucionales. Si ello es así, resta examinar si el modo de permitir el alza de precio resulta en una discriminación arbitraria, como alega la requirente, o si la magnitud en el alza viola algún otro derecho constitucional;

II. Los criterios fijados por el legislador para regular el alza unilateral de los precios no establecen una discriminación arbitraria.

3 Que, más precisamente que impugnar la posibilidad misma de que el legislador autorice a la Isapre respectiva a alterar unilateralmente el precio de su

plan de salud, la requirente ha estimado que las reglas precisas que regulan esas alzas, contenidas en el artículo 38 ter de la Ley 18.993, vulneran determinados preceptos de la Carta Fundamental, los que serán objeto de análisis en lo que sigue;

- 4 Que, en primer lugar, la requirente ha estimado que la aplicación del artículo 38 ter al juicio que sostiene con la Isapre ING, infringe la igualdad ante la ley, consagrada en el numeral 2º del artículo 19 de la Carta Fundamental. Funda esta alegación en el hecho de que su plan aumente en razón de la edad y del sexo del beneficiario. Así, alega que se vulnera el principio de igualdad si para un mismo beneficio en cobertura de salud se cobra una prima distinta y más alta, por el hecho de ser más vieja y/o de ser mujer;
- 5 Que efectivamente el artículo 38 ter establece la edad y el sexo entre los factores que pueden autorizar la variación en el precio de un contrato de seguro de salud. También es efectivo, como lo alega la requirente, que esos dos factores no son conductas que dependan de la voluntad del asegurado, sino característica adscrita, la del sexo, o circunstancia de transcurrir inexorable en el caso de la edad. Con todo, no podría estimarse que las diferencias que se hagan a partir de ellas sean arbitrarias, que es el modo de diferenciar que prohíbe la Carta Fundamental. En efecto, lo prohibido por ella no es que el legislador haga diferencias, sino que las haga arbitrariamente, lo que significa sin fundamento razonable, ya sea producto del minusvalor de un determinado grupo social de poco poder o prestigio, ya sea por puro azar o capricho. Por el contrario, permitir que se mute el precio de un contrato de seguro de salud en razón de la edad del beneficiario dice directa y congruente relación con datos estadísticos acompañados a estos autos y no objetados

ni discutidos, los que acreditan que el bien asegurado, que son los gastos en salud, varía según la edad de las personas. De igual modo está acreditado que los costos promedios en salud cambian entre hombres y mujeres de una misma edad. Mal podría estimarse entonces que el legislador actúa por puro prejuicio, afán de dañar o capricho cuando permite a los privados que sean proveedores de seguros de salud alzar, dentro de ciertos márgenes, los precios que cobran por un mismo seguro destinado a cubrir los costos de salud, según cambien dos factores que, según prueba bien establecida, son precisa y claramente determinantes en el riesgo que se asegura, cual es el de los gastos médicos de una persona. La razonabilidad es patente si se considera que se trata de una actividad sujeta a competencia regulada de mercado, donde todos, Isapres y asegurados, actúan con miras a maximizar sus beneficios, en que los seguros no son solidarios, sino individuales, y que no funciona como una cuenta de ahorro individual, sino como seguro anual. Ciertamente que puede discutirse si estas características son las más adecuadas o justas, pero no nos parece posible sostener que ninguna de ellas haya quedado prohibida por la Carta Fundamental;

- 6 Que no obsta a la conclusión anterior el argumento de la requirente en el sentido de que los factores de edad y sexo no son los únicos decisivos en la determinación del riesgo de incurrir en costos de salud, pues hay otros como los hábitos alimentarios o de consumo de alcohol o el hecho de ser el cotizante más o menos sedentario o fumador, propios de cada persona y que sí dependen de su conducta voluntaria. Sin duda que tiene razón la requirente en que estos factores son relevantes en estimar los costos futuros probables de salud de una persona, pero la ausencia de ellos en la fijación del precio -ciertamente pueden ser decisivos en si contratar o no un determinado

plan- no transforma en irracional la decisión de hacer variar el valor a pagar según la edad y sexo, pues esos dos factores han probado ser estadísticamente determinantes en los costos de salud de una persona. La falta de atención a otros factores en la determinación del precio no transforma en irracional que la ley disponga que los mismos aumenten o disminuyan según la edad o el sexo del asegurado, pues, según ya se ha dicho, está acreditado que estos factores sí inciden en el riesgo de incurrir en costos médicos;

III. No existe elemento alguno que permita sostener que la magnitud en el alza que autoriza la ley implique una discriminación arbitraria.

7 Que si los elementos que permiten variar el precio son razonables, pues resultan determinantes en el costo de salud de una persona, la magnitud del alza autorizada por la ley tampoco puede ser tachada de inconstitucional, pues no existe elemento alguno en autos que permita calificarla de arbitraria. El informe evacuado por la Superintendencia de Salud ha acompañado a estos autos una serie de documentos y cálculos actuariales que muestran que la tabla que permite el alza de los precios viene determinada por una idéntica proporción en la variación de los costos de salud según los riesgos que se presentan estadísticamente por sexo y edad. La requirente no ha objetado estos cálculos ni ha aportado antecedentes que permitan dudar de su autenticidad o que no sean idóneos para determinar con precisión los costos y riesgos de salud que determinan la magnitud en la variación de los precios. Más allá de estos márgenes legales, autorizados por el artículo 38 ter impugnado, no le corresponde a esta Magistratura determinar si la específica alza determinada por la Isapre en el caso de la requirente fue legal o arbitraria, pues ello es

precisamente la materia del recurso de protección que han de resolver los jueces del fondo;

IV. El precepto legal impugnado no vulnera el derecho a la protección de la salud.

8 Que también la requirente ha alegado que la aplicación a su caso del artículo 38 ter impugnado infringe la norma contenida en el numeral 9º del artículo 19 de la Constitución, en cuanto ella prescribe que “[e]l Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”, el que concluye garantizando que “[c]ada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.” Alega la requirente que las continuas alzas de los costos de su plan, coincidentes con la etapa de su vida en que la persona cesa en su vida laboral activa, constituyen, en su caso, una fuerte cortapisa a la libertad de elegir y permanecer en el plan de salud por el que optó al celebrar el contrato;

9 Que las alegaciones anteriores deben ser igualmente desechadas. En primer lugar, por cuanto la Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos a hacerlo por un precio inalterable. La obligación impuesta al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que la Constitución sí establece, es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud. Si bien existe una relación entre aquella obligación -impuesta sólo al Estado- y que dice relación con las acciones de salud y el derecho que se pretende, que se refiere al modo de financiarse el acceso a esas actividades de salud, la

diferencia entre ambas resulta evidente, tanto desde el punto de vista del sujeto obligado y titular del derecho, como especialmente de la naturaleza de la obligación constitucional y el derecho que se pretende, ya que es distinta una prestación de salud que el seguro destinado a cubrir todo o parte del costo de la misma;

10 Que tampoco se ve de qué modo la autorización legal a modificar el precio de un contrato de seguro de salud pueda afectar el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse. Los derechos a elegir que la Constitución asegura no conllevan la garantía de que el precio del bien esté al alcance de todos. No puede sostenerse que la Carta Fundamental que nos rige consagre el acceso igualitario a seguro de salud, independiente de la capacidad de pago de la persona. Tal independencia entre un bien y su acceso universal e igualitario se ha logrado respecto de ciertas prestaciones de salud, a través del Plan Auge, sistema de gratuidad que la Constitución permite, pero que no hace obligatorio y menos para los contratos con Isapres, que no son prestaciones de salud, sino sistemas para cubrir los riesgos económicos de ese bien;

11 Debe entonces desecharse la pretensión de estar afectado el derecho a la protección de la salud, pues ningún precepto constitucional relativo a ella garantiza acceder a un seguro destinado a cubrir los costos de salud, independiente de la capacidad de pago de quien pretende el bien y menos a mantener indefinidamente el que se pacta por un período determinado;

12 Que también debe desestimarse el argumento en análisis, pues la requirente no acreditó encontrarse en la situación económica desmedrada que podría impedirle pagar el precio que se le cobra y así

privarla del derecho, del que alega ser titular, de permanecer, por el mismo precio, en el plan de salud que escogió. Como resulta evidente, acoger la pretensión de la requirente y mantenerle el precio, no obstante el aumento en el riesgo, implica, en un sistema privado de seguros de salud como el que rige a los afiliados a ese sistema, cargar a otros con los costos de salud de la requirente, otros que, en la especie, pueden aun ser más pobres o más viejos que ella, lo que, de ser así, redundaría en mayor inequidad;

V El precepto legal impugnado no infringe el derecho de propiedad, ni la libertad de elegir un sistema de salud.

13 Que, por último, la requirente alega que la aplicación del precepto legal impugnado infringe su derecho de propiedad, pues el aumento del costo puede llegar a privarla de su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que es un bien incorporal ya incorporado a su patrimonio. Para desechar este argumento baste con considerar que la requirente nunca tuvo ni tiene derecho de propiedad sobre un precio en un contrato de tracto sucesivo. Desde luego, debe tenerse presente que este tipo de contratos tienen una duración indefinida, que el asegurador no puede ponerle término unilateral, a menos que haya incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, y que, en cambio, el asegurado puede desahuciar una vez transcurrido un año de vigencia, todo ello según lo dispone el artículo 38 de la Ley 18.933. La obligación del asegurador de mantener el plan para el asegurado tiene, como contrapartida, la autorización a modificar el precio, dentro de márgenes fijados por la ley y la autoridad, y conforme a factores como la edad y el sexo, que son los que hacen variar los costos de salud que quedan asegurados. Mal podría decirse entonces que la asegurada que reclama haya tenido nunca derecho de propiedad para que no se le variara el precio a la fecha de terminación y renovación de su seguro. Menos

podría argumentarse un derecho de propiedad de la requirente sobre el precio, en condiciones que, al pactar originalmente su seguro de salud le era permitido a la Isapre modificar tanto los beneficios como el precio de los contratos con menos limitaciones y restricciones que las que la legislación que ella impugna establecen. Tampoco la ley le ha concedido propiedad sobre un determinado precio, sino que, por el contrario, autorizó a las Isapres a alterarlo unilateralmente, a condición de que se sujetaran a una serie de restricciones, que fueron aumentando en el tiempo;

VI. Los particulares que proveen bienes o servicios esenciales para el goce de un derecho constitucional están obligados a hacerlo en conformidad a la ley.

14 Que los particulares que proveen un bien o servicio que resulta, como el de la especie, esencial para el goce de un derecho constitucional, están obligados a hacerlo en conformidad a la ley. El legislador está llamado a regular estas actividades económicas de manera más intensa que otras a fin de asegurar los derechos del consumidor y particularmente el goce de sus derechos fundamentales. En la especie, el legislador lo ha hecho. Precisamente el artículo 38 ter limita la autonomía de la voluntad de la parte poderosa en este contrato, estableciendo reglas precisas para la determinación del precio del contrato;

15 Que, a no dudarlo, estas regulaciones legislativas son siempre perfectibles, pero esa es tarea del legislador y no de los jueces. A los encargados del control constitucional de las normas nos corresponde invalidar o inaplicar esas regulaciones legales cuando las existentes violan la Constitución, y las impugnadas, según creemos haber demostrado, no lo hacen. A juicio de estos disidentes, no es tarea de esta Magistratura

enjuiciar cuán equitativo resulta que los particulares produzcan y provean bienes esenciales, tampoco que el legislador haya decidido que el sistema privado de Isapres, siempre voluntario para el usuario, no contenga reglas de solidaridad, más allá de la típica de los seguros. El alza que produce en los costos de salud el envejecimiento de las personas es un hecho inevitable. Así, no estamos llamados por esta vía a juzgar la sabiduría del resultado que han producido tales opciones políticas y hechos inevitables, cual es de que el legislador, dentro de ciertos márgenes, permita al proveedor de seguros de salud alzar los precios de ellos sin consentimiento de su contraparte. Todas esas decisiones ya fueron adoptadas por el legislador, quien autorizó expresamente a esas entidades a subir esos precios, sin la voluntad del afiliado. Consta en el debate de la ley impugnada que, para decidir del modo en que lo hizo, tuvo presente un conjunto de consideraciones relativas a la variación de los costos de la salud, mercados de seguros y desarrollo nacional, que corresponden típicamente a un análisis de mérito que el sistema democrático que nos rige radica en el legislador y que este Tribunal no está llamado a revisar y menos a sustituir. Tampoco está llamado este Tribunal a juzgar si las específicas alzas que ha padecido la requirente se ajustan o no a la ley, pues ello es tarea de los jueces del fondo;

16 Que los jueces no estamos llamados a determinar en cada caso que se nos presenta, cuál sea la contribución equitativa que cada proveedor de bienes y servicios debe hacer al goce de los derechos constitucionales de los usuarios. Sin precios generales y comunes, la equidad entre los usuarios, cuyos pagos al proveedor aseguran un régimen general de precios, se hace imposible. Si en una actividad como ésta se sustituyera una regulación general de precios por una particular basada en la equidad de

cada caso, se haría imposible para los particulares llamados a proveer esos servicios proyectar o calcular las ganancias que el sistema les autoriza y que constituye el aliciente de su participación. A menos, entonces, que existan antecedentes claros que determinen que el legislador ha infringido la Constitución al establecer las bases para la fijación de los precios, no es tarea de los jueces alterarlos;

17 Que, a mayor abundamiento, acoger el presente requerimiento implica alterar un contrato libremente pactado, modificando su valor o precio, el que ha sido establecido por una de las partes, en conformidad a la ley. La modificación del precio de un contrato implica, como lo ha declarado esta Magistratura, afectar el derecho de propiedad de los contratantes. Como tuvo oportunidad de establecer en el considerando 67° de la sentencia de fecha 10 de febrero de de 1995, (causa rol 207) *"... la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados. Esa confianza se ve naturalmente disminuida si el legislador, con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son más desfavorables que aquéllas con las cuales quién los*

realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones.”

La certeza jurídica ponderada en esa oportunidad por esta Magistratura naturalmente no sólo se puede ver afectada cuando es el legislador quien altera las cláusulas de un contrato válidamente celebrado;

18 Que, si bien esta Magistratura ha aceptado con posterioridad que el legislador pueda alterar el precio de un contrato, lo ha hecho razonando que ello sólo puede ser hecho expresamente por el legislador, y siempre que se verifiquen estrictamente una serie de requisitos constitucionales, mismos que no se encuentren presentes en esta causa. Así, en el considerando 16º de la sentencia de fecha 6 de marzo de 2007, causa rol 505, este Tribunal consideró que el precio de un contrato formaba parte de la propiedad de los contratantes, razonando al efecto que *“16. Que también es claro que el deudor de un precio establecido por contrato **también tiene, respecto de su cuantía, una especie de propiedad. ...**”*

Al razonar acerca de la legitimidad de que el **legislador** pudiera alterar el precio del contrato, la misma sentencia, en su considerando 19º razonó que *“el hecho que no haya impedimento para que el legislador pueda regular o limitar la propiedad sobre cosas incorporales de origen contractual, no implica desconocer las peculiaridades de esta especie de propiedad a la hora de establecer su aptitud de ser limitada. La circunstancia que un derecho se origine en un contrato privado, y no en la disposición de una ley, naturalmente hará más improbable justificar la limitación del mismo en razón de la función social de la propiedad, por así exigirlo el interés nacional o público. **Esta dificultad obligará a examinar, y a hacerlo intensamente, cómo el legislador (ya que otro no podría hacerlo) justifica su acto de limitar, con reglas heterónomas, los derechos que nacieron de un***

pacto entre privados.” Por último, en el considerando 23º del mismo fallo se razonó que: ***“Por el contrario, legitimar cualquiera regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de este derecho fundamental”.***

El fallo que hemos citado en el considerando anterior no fue unánime. En esa oportunidad, tres Ministros de este Tribunal consideraron que, ni aún reuniéndose esos exigentes requisitos, resultaba posible al legislador alterar el precio de un contrato. Acoger el presente requerimiento, a nuestro juicio, conlleva alterar judicialmente el precio de un contrato, sin que se verifiquen los exigentes requisitos constitucionales examinados en esa oportunidad;

19 Que, en consecuencia, debe concluirse que la aplicación del precepto legal contenido en el artículo 38 ter en el juicio que sostiene la requirente con la Isapre ING Salud S.A. que ya ha sido individualizado, no resulta contraria a la Carta Fundamental.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, quien estuvo por desechar el requerimiento de inaplicabilidad, teniendo presente exclusivamente las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Que el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”;*

SEGUNDO: Que la misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimeros que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal*

declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;

TERCERO: Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente; y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

CUARTO: Que en cuanto a los dos primeros requisitos, ellos ciertamente se dan en estos autos. En efecto, en lo relativo a la existencia de una gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial, en este caso ello se produce como consecuencia de la tramitación de un recurso de protección, que actualmente conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, autos Rol N° 4972-07. A su turno, la acción de inaplicabilidad ha sido presentada por la propia parte recurrente de la acción de protección;

QUINTO: Que, sin embargo, si bien en este expediente de inaplicabilidad se invoca un precepto legal determinado, como es el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, es del caso tener presente que, como se fundamentará, no se trata de una disposición que diga relación o deba ser considerada por el tribunal en la resolución del asunto que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago;

SEXTO: Que, en efecto, como se ha expresado, uno de los supuestos fundamentales para la procedencia de la acción de inaplicabilidad es la circunstancia de que la aplicación del precepto legal -tanto de carácter sustantivo como adjetivo, en su caso, dado que la norma no distingue al efecto- sea "*decisivo*" para la resolución de la gestión pendiente o de un asunto, en los términos que establece el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República. En otras palabras, el precepto legal que se impugna por la requirente de inaplicabilidad debe ser considerado en el razonamiento que pronuncie el sentenciador o servirle de fundamento, situación que no se produce en la especie;

SEPTIMO: Que, como ha señalado este mismo Tribunal, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, "*lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución*". (Rol N° 472/2006. En el mismo sentido roles N° 809 y 831, ambos de 2007). De lo que se trata en definitiva es de efectuar "*un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna, para decidir la gestión*" (Roles N° 688/2006 y 809/2007). Así, la exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que "*la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto*", no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. En otras palabras, "*en sede de inaplicabilidad, el*

Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución” (sentencia de 27 de julio de 2006, Rol 480, considerando 27º). Como se ha indicado por la doctrina autorizada, “por intermedio de la acción de inaplicabilidad, la parte cuestiona la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales decisivos para la resolución del asunto y la sentencia de inaplicación libera al juez del sometimiento al imperio de la ley” (Gómez B., Gastón, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, p. 669). En otras palabras, el requisito constitucional en cuanto a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar “decisivo” en la resolución de un asunto “supone un análisis muy exhaustivo por parte del Tribunal para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez habrá necesariamente de acudir a la aplicación de la norma legal para decidir la gestión” (Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, ponencia a XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2006, p. 22). En suma, el precepto legal debe ser considerado por el juez al momento de resolver el asunto, ya sea que diga relación con aspectos de carácter procedimental o de fondo;

OCTAVO: Que el precepto legal que se solicita inaplicar es el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, modificado por el artículo 1º N° 15 de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2005, y que dice relación con los tablas de factores que deben tomarse en consideración para la modificación de

los planes, particularmente vinculados al sexo y edad de los beneficiarios;

NOVENO: Que, sin embargo, el inciso final del artículo 2º de la aludida Ley N° 20.015, expresa -en su primera parte- que "tratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de la ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto";

DECIMO: Que consta de los antecedentes acompañados a estos autos que el contrato de salud fue suscrito en octubre del año 1997, habiéndose incorporado al mismo los derechos y deberes impuestos por el ordenamiento vigente, entre los cuales obviamente no se encontraba el artículo 38 ter de la Ley, en los términos actualmente vigentes, que como se ha señalado sólo fue incorporado el año 2005, esto es, casi siete años después de haberse suscrito el contrato;

DECIMOPRIMERO: Que, como se ha señalado precedentemente, por aplicación del artículo 2º de la Ley N° 20.015, el artículo 38 ter en cuestión no resulta aplicable a los contratos de salud suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia -como expresamente el que motiva esta acción- a menos que el cotizante afiliado opte expresamente por su aplicación, lo que no ha acaecido. Obviamente las modificaciones contractuales efectuadas en octubre de 1998 y diciembre de 1999 no han podido ciertamente incorporar el aludido precepto legal, de modo que este último no puede formar parte de la relación contractual producida entre la institución de salud previsional y la afiliada. Tampoco puede estimarse que la proposición de aumento de los costos del plan -y que precisamente motiva la acción de protección, que es la gestión pendiente- importe aceptar un plan alternativo ni menos un plan de salud distinto, en los términos que señala el aludido artículo 2º de la Ley N° 20.015;

DUODECIMO: Que si bien consta en autos, a fs. 26, que *“para el solo efecto de pronunciarse sobre su admisibilidad, este Tribunal estima que el precepto legal impugnado podría resultar decisivo en la gestión judicial singularizada”*, ello no es óbice para que, una vez debidamente conocidos y ponderados los antecedentes fácticos y escuchadas las alegaciones de las partes, esta Magistratura rechace en definitiva la acción de inaplicabilidad por estimar que no concurre alguno de sus presupuestos constitucionales. Así por lo demás se sentenció recientemente en los autos Rol N° 1033-2008, al concluirse que un determinado precepto legal impugnado no podía tener aplicación decisiva en la resolución del asunto;

DECIMOTERCERO: Que todo lo razonado no significa en modo alguno validar o legitimar el actuar de la entidad de salud previsional, lo que debe ser determinado soberanamente por el tribunal que conoce de la acción de protección, teniendo presente este disidente la reiterada doctrina sostenida por la Corte Suprema en cuanto a que la facultad de revisar el monto de un plan *“debe entenderse condicionada a un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos, para que se mantenga una verdadera equivalencia entre las obligaciones contractuales de ambas partes”* (Rol N° 3902-2007). Se trata, en definitiva, que la facultad de las isapres para -en su caso- adecuar los planes de salud se ejerza de manera razonable y equitativa, preservando así el debido equilibrio en las contraprestaciones de los contratantes;

DECIMOCUARTO: Que, así las cosas, en opinión de este disidente, la disposición legal que se impugna no puede resultar aplicable al caso de autos, desde que la afiliada no ha optado expresamente por aceptar un plan alternativo como tampoco ha contratado un plan de salud distinto al convenido el año 1997;

Redactaron la sentencia los Ministros señores José Luis Cea Egaña y Hernán Vodanovic Schnake. Redactó la primera de las disidencias el Ministro señor Jorge Correa Sutil y la segunda, su autor, Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol 976-07-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larraín Cruz.