

Punta Arenas, ocho de octubre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Sebastián Andrés Vera Meneses, abogado, deduce acción de protección en favor de don Jorge Fernando Vera Capkovic, chileno, jubilado, con domicilio en calle José Urbano Baeriswyl N°01230 de esta ciudad, contra ISAPRE CONSALUD S.A., representada legalmente por Harald Chutney Vallejos o quien haga sus veces, le suceda o reemplace, ambos domiciliados en Pedro Montt N° 890, Punta Arenas, denuncia como acto arbitrario e ilegal el haber aplicado un precio improcedente en su contrato de salud, constituyendo privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías establecidas en los numerales 2, 9 y 24 de la Constitución Política de la República.

En cuanto a los hechos señala encontrarse afiliada a la Isapre Consalud S.A. desde el 01 de marzo de 1992, con el contrato de salud denominado "Plan de Salud Especial 100" que tiene una cotización pactada de 5,070 UF Mensuales, sin considerar el precio del Ges.

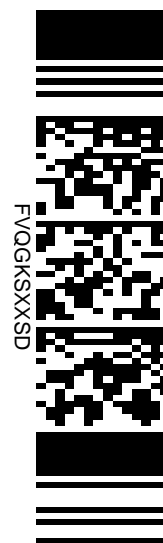
Argumenta que se cobra de manera permanente y hasta la actualidad un valor sujeto a una tabla de factores de riesgo derogada por el Tribunal Constitucional, de ello resulta una diferencia mensual en favor del recurrente que, al menos, se deberá considerar a partir de agosto de 2010, fecha en que se declara la inconstitucionalidad.

Esta declaración de inconstitucionalidad altera el marco jurídico del contrato de salud, y siendo estos contratos dirigidos, en los cuales se ha mitigado el principio de la autonomía de la voluntad, las modificaciones al estatuto normativo producen efectos en el acto, tanto para los contratos antiguos como para los futuros. Plantea que aunque las tablas de riesgo no estén derogadas, no pueden ser aplicadas por las ISAPRES, ya que quedaron derogadas las normas que se referían al marco de aplicación.



Este actuar significa una discriminación por edad y sexo, que ha dejado de ser legal, la que ha debido costear la parte recurrente, disminuyendo, en esa proporción, su patrimonio. Y atendido que es un contrato de tracto sucesivo, va renovándose mes a mes el cobro excesivo que se acusan ilegales y arbitrarios, por lo que el plazo para accionar debe contarse a partir de cada mes.

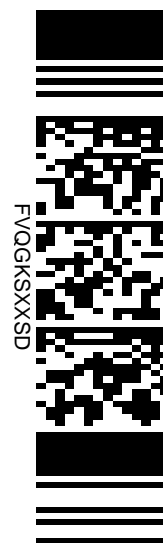
Arguye que, habiendo sido derogadas las normas jurídicas que permitían determinar los precios conforme a la edad o sexo del cotizante, o de sus cargas, han perdido validez, y consecuentemente estamos frente a un enriquecimiento sin causa por parte de la recurrida y además frente a nulidad absoluta por objeto ilícito pues, al ser normas de orden público, por contravenir el derecho público chileno. Con fecha 4 de septiembre del año 2018, el Tribunal Constitucional acogió un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 199 del D.F.L. 1 de 2005 del Ministerio de Salud, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del DL 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, que permite a las ISAPRES mediante el precio del plan, determinar el precio que los afiliados deberán pagar mediante una tabla de factores de libre determinación. En dicha sentencia, se determinó que correspondía declarar la inaplicabilidad de utilizar la tabla de factores de riesgo "como criterio que garantice la seguridad social del derecho de salud, como impedimento a la doble contabilidad de riesgos en contra de los menores de edad recién nacidos y como elemento contractual que ingresa el ordenamiento con la Sentencia ROL 1710-2010 de esta magistratura (Tribunal Constitucional)." (Párrafo quincuagésimo cuarto). La sentencia en comento declaró que la aplicación de la tabla de factores conforme el artículo 199 resultaba vulneradora del artículo 19, numeral 2° de la Constitución, en cuanto discrimina a los



menores de dos años de edad en la estimación de un régimen contractual de salud que los incorpora como nuevos beneficiarios de plan de salud de la madre al considerar la contingencia de los riesgos de salud de modo desproporcionado y carente de justificación; además señaló que afectaba el derecho de elegir el sistema de salud a elección de los cotizantes garantizado en el artículo 19, numeral 9°, inciso final de la Constitución en razón de que el aumento de costo de que es aplicado por parte de las ISAPRES se realiza a través de variables no objetivas y discriminatorias y que adicionalmente declaró que la aplicación del mencionado artículo 19 vulneraba el derecho de propiedad de la parte recurrente, reconocido en el artículo 19 numeral 24° de la Constitución, en cuanto al no aplicarse las variables propias de la seguridad social del derecho de salud le implicarían pagar un costo que "con largueza supera aquel costo legítimo y razonable propio de estimar un nuevo beneficiario dentro del plan de salud".

Alega que la Excelentísima Corte Suprema, ha resuelto ya en varios de sus fallos, que el actuar de la ISAPRE resulta arbitrario, desde que lo obrado, esto es, la aplicación de la tabla de factores para determinar el valor del plan de salud implica una disminución concreta y efectiva en el patrimonio de la actora, al tener que soportar una injustificada carga derivada del mayor costo de su contrato de salud, vulnerando el artículo 19 número 24 de la carta magna, así como lo establecido en el artículo 19 número 9, inciso final del mismo cuerpo legal, limitando, en los hechos, el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse. Una de dichas causas es la rol 9169-2019.

Precisa que las garantías constitucionales vulneradas son la igualdad ante la ley, derecho a elegir el sistema de salud y derecho de propiedad. Agrega que, además, se debe tener presente que los contratos de



salud, van relacionados a la seguridad social, lo cual los deviene en un "concesión" que realizó el Estado de Chile, cuando creó las ISAPRES, de manera que es una especie de extensión de un deber del estado.

Solicita se acoja el presente recurso y:

- 1.- Declarar que la ISAPRE no debe cobrar un precio excesivo y discriminatorio por el plan de salud de la parte recurrente, debiendo abstenerse de multiplicar el precio base del plan por el factor de riesgo, ya que éste ha sido obtenido de manera arbitraria e ilegal, contraviniendo la Constitución en relación a la vulneración de las garantías consagradas en los numerales 2, 9 y 24 del artículo 19 de aquella.
- 2.- Ordenar la devolución del dinero pagado en exceso por la diferencia mensual de UF desde que la parte recurrente suscribió el contrato de salud hasta la rebaja efectiva de su cotización de salud, o la suma que se estime.
- 3.- Condenar en costas a la recurrida por los perjuicios causados.

Que, no habiendo evacuado la isapre recurrida el informe que le fuera solicitado, se ordenó prescindir del mismo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurso de protección ha sido instituido como una acción constitucional que tiene por objeto evitar posibles consecuencias dañosas derivadas de actos u omisiones ilegales o arbitrarios produzcan en el afectado una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de las garantías constitucionales que se protegen con este arbitrio jurisdiccional a fin de restablecer el imperio del derecho y otorgar la debida protección al recurrente.

Se trata de una acción constitucional de naturaleza cautelar que fue incorporada a nuestra legislación como una garantía jurisdiccional, con el propósito de servir

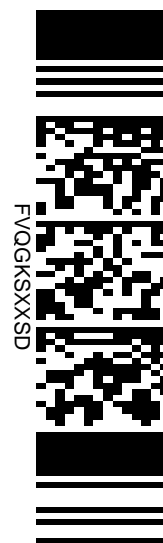


de remedio rápido, expedito, pronto y eficaz frente a ostensibles o manifiestas violaciones a derechos fundamentales taxativamente señalados en el artículo 20 de la Constitución y que puedan establecerse sumariamente, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben adoptar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amenace o moleste dicho ejercicio, siendo requisito indispensable demostrar la existencia de dicho acto u omisión, así como la forma en que se están vulnerando los derechos invocados.

Conforme a su naturaleza y claro objetivo, no genera, en sentido técnico, un juicio ni se persigue con su interposición establecer la responsabilidad civil, penal, infraccional o administrativa del ofensor. Por tanto, no se concibe respecto de una contienda civil entre partes ni da origen a un proceso penal o administrativo, es decir, no se aplica para discutir cuestiones de lato conocimiento respecto de las cuales el legislador ha establecido los procedimientos idóneos para que sean debatidas y resueltas.

SEGUNDO: Que, en consecuencia, para que proceda el recurso se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se compruebe la existencia de la acción u omisión reprochada, esto es, que efectivamente el recurrido ha realizado el acto (hecho) o incurrido en la omisión que se le atribuye; b) Que dicha acción u omisión pueda estimarse arbitraria o ilegal de acuerdo al mérito de los antecedentes; c) Que de la misma se siga un directo inmediato atentado en contra de una o más de las garantías constitucionales invocadas y protegibles por esta vía, en términos que se prive, perturbe o amenace el ejercicio de un derecho indubitado y no disputado del afectado, que se encuentre expresamente garantizado y amparado en el artículo 19 del texto constitucional y, por último, d) Que la Corte se encuentre en situación



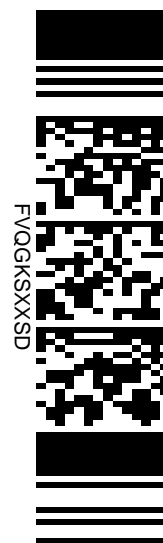
material y jurídica de otorgar la protección pedida, esto es, si se encuentra en condiciones de adoptar alguna medida para proteger la garantía vulnerada.

TERCERO: Que, el acto estimado ilegal y arbitrario consiste en la aplicación de una tabla de factores, en razón de edad y sexo, establecida por una norma derogada, de lo cual deriva -en definitiva- un plan de mayor valor en razón de la edad, al menos desde agosto de 2010, fecha en que el Tribunal Constitucional derogó la tabla de factores.

CUARTO: Que, la recurrida al informar, reconoce la aplicación de la tabla de factores, más plantea, primero, inexistencia de derechos indubitados; segundo, la falta de idoneidad de la acción de protección para impugnar normas legales; tercero, el sustento de la pretensión en una hipótesis equivocada, esto es que la tabla de factores se encuentra derogada y por último, extemporaneidad.

QUINTO: Que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Auto Acordado sobre recurso de protección, esta acción constitucional debe interponerse ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionaren privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticia o conocimiento cierto de los mismos.

SEXTO: Que, es un hecho indiscutido la fórmula del cálculo del precio del plan de salud, en que la ISAPRE multiplica el precio base por el valor asignado en la tabla de factores de acuerdo a rangos de edad, sexo y si es un cotizante o una carga, más el valor asignado al GES.



SEPTIMO: Que, como lo ha resuelto reiteradamente la Jurisprudencia, en materia de recursos de recursos de protección semejantes, a saber: C S. Sentencia 5 mayo 2021. Rol 27.028-2021; C S. Sentencia 22 marzo 2021. Rol 138.340- 2020; C S. Sentencia 25 febrero 2020. Rol 2.618-2020, entre otros, y dado el problema a dilucidar, cual es, determinar, si la aplicación de la tabla de factores de riesgo a efectos de fijar el valor del plan de salud respecto de una carga médica del afiliado, constituye o no un acto ilegal o arbitrario, cabe tener presente que los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 38 ter de la Ley N°18.933 fueron declarados inconstitucionales por la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de agosto de 2010. De esta forma y según lo dispone el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución Política de la República, la mencionada disposición legal "se entenderá derogada desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo", publicación que se cumplió con fecha 9 de agosto de 2010.

OCTAVO: Que, concordante con la argumentación vertida por nuestro máximo tribunal, en el considerando séptimo de la causa Rol 27.028-2021, "la disposición legal del artículo 38 ter de la ley 18.933, en cuanto establecía parámetros o pautas de discriminación por sexo y edad, ha sido declarada contraria a la Carta Fundamental, por atentar en contra de garantías que la mencionada sentencia expresa, de manera que no ha sido una nueva expresión de voluntad del legislador la que ha modificado una determinación anterior, sino que se le ha privado de efecto por atentar en contra del ordenamiento constitucional de nuestro país y, que en el caso que se nos plantea mediante el presente recurso de protección, estamos en presencia de un contrato de salud previsional suscrito entre las partes en conflicto en este procedimiento, cuyo valor final fue determinado



precisamente tras la aplicación de la tabla de factores de riesgo a la carga médica, la que ha quedado sin base de sustento legal”.

NOVENO: Que, es el caso de citar también el considerando octavo del mismo fallo, en cuanto sigue analizando que “de tal manera, el valor que la ISAPRE pretendió imponer al plan de salud de la recurrente, sobre la base de aplicar la tabla de factores a la carga médica mujer, prevista por la norma legal declarada inconstitucional y, por lo mismo, derogada, carece también de todo fundamento legal, puesto que, si bien la ISAPRE, antes de la derogación, podía aplicar esa tabla de factores porque la ley lo permitía, a la fecha de la suscripción del Formulario Único de Notificación (F.U.N.)”-el año 2015- “mediante el cual incorpora a la referida carga médica, la ley ya no contemplaba tal posibilidad, pues, las normas pertinentes habían sido derogadas y privadas de todo efecto, producto de la publicación efectuada en el Diario Oficial con fecha 9 de agosto del año 2010, de la sentencia de inconstitucionalidad antes citada.”

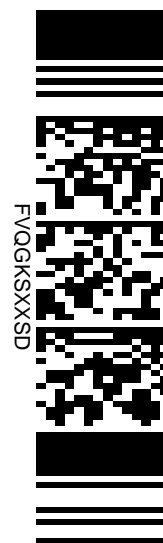
DÉCIMO: Y avanza el fallo del Tribunal supremo en su motivo noveno: “Que lo anterior es coherente con lo afirmado por el Tribunal Constitucional, en su considerando 154 -y también refrendado por la Excma. Corte Suprema- que señala: “Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada ISAPRE no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a la personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público. “En el



sentido expresado, se comparte lo razonado por dicho Tribunal, especialmente considerando la naturaleza de servicio público que importan las prestaciones de salud que satisfacen los Institutos de Salud Previsional. De esta forma, el ordenamiento jurídico que rige el Contrato de Salud Previsional, constituye el marco legislativo que dirige la convención y, por lo antes expuesto, conforma un conjunto de normas de orden público. "De este modo, los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley 18.933, giran en torno a la naturaleza de servicio público de la prestación de salud, a la característica de tracto sucesivo del contrato de salud, a la preeminencia del carácter de orden público de la normas reguladoras del contrato de salud y al objeto del contrato, esto es, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad social."

UNDÉCIMO: Que, por último, en el caso de autos, igual como en aquel resuelto por la Corte suprema, expresado en el considerando décimo, resulta evidente que la declaración de inconstitucionalidad significa una alteración al marco jurídico del contrato de salud. Se trata de un contrato dirigido por el legislador, "en que se encuentra mitigado el principio de autonomía de la voluntad, cuyas normas son de orden público, por cuanto se trata de una actividad de servicio público, en el sentido material y tradicional del término," por lo que "las modificaciones al estatuto normativo que lo rige producen efecto in actum, tanto para los contratos antiguos como los futuros."

Este razonamiento desecha la argumentación de la ISAPRE recurrida, de no ser el recurso de protección la vía idónea para solucionar el presente conflicto, y resulta de toda lógica en atención al antecedente que la fuente de su facultad de las ISAPRE para reajustar, por



aplicación de las tablas de factores elaboradas por ellas, provenía de la ley y no de la autonomía de la voluntad de las partes.

DUODÉCIMO: Que, en conclusión, -tal cual siguen los motivos Undécimo y Duodécimo- no procede aplicar a estos contratos de salud las tablas de factores de edad y sexo pues carecen de validez jurídica, toda vez que las disposiciones que la regulaban fueron derogadas por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, habiendo desaparecido las normas jurídicas que habilitaban a las ISAPRES para aplicar tablas de factores elaboradas en virtud de las instrucciones generales fijadas por la Superintendencia de Salud, es de rigor que éstas pierdan validez pues las normas que las sustentaban desaparecieron del ordenamiento jurídico.

DÉCIMO TERCERO: Que, de este modo, la aplicación de la tabla de factores de riesgo a efectos de fijar el valor del plan de salud respecto de un afiliado es una facultad que ha quedado sin sustento legal, aún más, que adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito, al contravenir el derecho público chileno y contradecir la Carta Fundamental, de tal modo que la pretensión de la ISAPRE recurrida, resulta ilegal y vulnera las garantías que la Constitución Política de la República asegura a la actora en el número 2° y 24° de su artículo 19, al verse obligada a pagar mensualmente, por el precio base de su plan de salud un valor aumentado por la aplicación de una tabla de factores de riesgo que considera su edad, conclusión que definirá el destino del presente recurso de protección.

DÉCIMO CUARTO: Que, en coherencia con el razonamiento décimo cuarto precedente, la pretensión debiera ventilarse en el procedimiento adecuado a sus contenidos.

DÉCIMO QUINTO: Que, la actora ha obtenido en todo lo que es propio de la acción constitucional y evidentemente



la resistencia de la recurrida la ha dejado en la extrema necesidad de accionar para vencerla, de modo que es consecuente basarse en el principio tras la normativa sobre costas y otorgárselas.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, se resuelve:

I. SE ACOGE el recurso de protección deducido en favor de don Jorge Fernando Vera Capkovic contra de ISAPRE CONSALUD S.A., solo en cuanto se dispone que la recurrida deberá abstenerse de multiplicar el precio del plan base de salud por los factores de riesgo referidos por la recurrente.

II. Se condena en costas a la ISAPRE recurrida, regulándose las personales en la suma de \$150.000.- (ciento cincuenta mil pesos); las que se tendrán por aprobadas si las partes no la objetaren dentro de tercero día de ejecutoriado el fallo. Vencido dicho término, la recurrida deberá solucionarlas, mediante emisión de vale vista bancario, a nombre de la parte recurrente o de su apoderado con poder suficiente al efecto; o bien a través de depósito o transferencia electrónica, en la cuenta bancaria que señale la parte recurrente, no admitiéndose pagos o depósitos en la cuenta corriente jurisdiccional.

Dese cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 14 del referido Auto Acordado.

Comuníquese, Regístrese y archívese oportunamente.

Rol Protección N°1001-2021.-





FVQGKSXXSD

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Punta Arenas integrada por Ministro Marcos Jorge Kusanovic A., Fiscal Judicial Pablo Andres Miño B. y Abogada Integrante Sonia Joanna Zuvanich H. Punta arenas, ocho de octubre de dos mil veintiuno.

En Punta arenas, a ocho de octubre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.