

RECURSO DE APELACIÓN

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO

MARIA BERNARDITA DONOSO ALARCÓN, abogado, en representación, según consta en autos, de **ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A.**, en el Recurso de Protección **Rol N° 42076-2019**, deducido por **MONTSERRAT MARCHANT LIRA**, a **V.S. Itma.**, respetuosamente digo:

Dentro de plazo, interpongo **recurso de apelación** en contra de la **sentencia** dictada en estos autos, por la que **V.S. Itma.** procedió a **acoger** el recurso de protección interpuesto por **MONTSERRAT MARCHANT LIRA**, resolviendo que **Isapre Colmena Golden Cross S.A.** proceda para la determinación del precio de la nueva carga incorporada por la recurrente, abstenerse de multiplicar el precio del plan base del plan de salud por el factor de riesgo.

Apelamos, en razón de que los **argumentos** contenidos en el **fallo** que se impugna, y que para el caso concreto que nos ocupa, incurren en una **errónea interpretación** de los efectos de la **sentencia** del **Tribunal Constitucional** recaída en la causa **Rol N° 1710-2010**, que declaró **inconstitucionales y derogó** los número **1, 2, 3 y 4** del **inciso tercero** del **artículo 38 ter** de la **Ley N° 18.933**, y, por lo tanto, son **agravantes para los derechos de mi representada**, toda vez que **carece de toda lógica jurídica** atribuir de **ilegal y arbitrario** la actuación de **mi representada** en cuanto determinar el **nuevo precio final** de un **Plan de Salud** por la **INCORPORACIÓN** de un **nuevo beneficiario** a un **Contrato de Salud**, mediante el procedimiento de **multiplicar el precio base del Plan por el factor de riesgo de la nueva carga** adicionada al **Contrato de Salud**, toda vez que resolver de dicha manera significaría **desnaturalizar derechamente** el **contrato de salud**, porque en base a la referida **argumentación** que se reclama, la **Isapre** quedaría obligada a cubrir a todas las cargas que el cotizante incorpore después de su afiliación, **sin que el cotizante o afiliado quede obligado a pagar el adicional que significa ésta nueva cobertura o contraprestaciones que recibirá.**

La **sentencia** que se **reclama**, **omite derechamente** el hecho de que para determinar el **precio total o final del plan de salud** se debe aplicar precisamente lo que señala la normativa vigente, en particular, la letra m) del artículo 170 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que dispone imperativamente:

*«Artículo 170.- Para los fines de este Libro se entenderá: 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,**»*

La misma idea reitera la norma del artículo 199 del DFL N°1 de año 2005 y la Circular IF 116 de 21 de Abril de 2010 de la Superintendencia de Salud.

Justamente se debe **multiplicar su precio base por la SUMA de los factores de riesgo que correspondan al afiliado y sus beneficiarios** y, en consecuencia, **si no se aplica o adiciona el factor de riesgo de la nueva carga incorporada al plan de salud, SU VALOR O PRECIO POR LA INCORPORACIÓN COMO NUEVO BENEFICIARIO NO SERÁ LA ESTABLECIDA POR LA LEY VIGENTE; BAJO ESTA LÓGICA SE PODRÍAN INCORPORAR INFINITAS CARGAS DE SALUD, SIEMPRE PAGANDO UN MENOR VALOR QUE EL QUE ESTABLECE SEGÚN TEXTO VIGENTE EL LEGISLADOR.-**

Entonces, debemos enfatizar y recordar, **S.S. ltma.**, que las **consecuencias de la derogación** de los **numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter** de la **Ley N° 18.933**, y que han sido reiteradamente señaladas por la **jurisprudencia** y la **Superintendencia de Salud**, corresponden a que las **Isapres únicamente se ven imposibilitadas** de aplicar las **VARIACIONES** contenidas en la **Tabla de Factores**, esto es, referidos a los **cambios etarios** para **adecuar o alzar los precios** de los **planes de salud**, y, en ningún caso, tiene el efecto pretendido por la **sentencia** que se impugna, esto es, de **NO APLICAR LA TABLA DE FACTORES para calcular el precio final del contrato de salud**. De entenderse la sentencia del Tribunal Constitucional como lo hace la sentencia recurrida, se liberaría a la

cotizante de su obligación correlativa de pagar el valor correspondiente por la carga nueva que incorporó a su contrato de salud, lo que evidentemente, contradice abiertamente la naturaleza u objeto del contrato de salud, esto es, medularmente, un acuerdo escrito firmado entre el afiliado y la Isapre, en el que se establecen los **derechos y obligaciones** de ambos, relativos a los **beneficios y coberturas de salud** que recibirá el **afiliado y sus cargas** y, como contraprestación, **su precio** correspondiente, según el **Plan de Salud** contratado.

Tanto el **Tribunal Constitucional**, como la **Excma. Corte Suprema**, e incluso la **Superintendencia de Salud**, han interpretado de la misma manera la derogación de los numerales **1, 2, 3 y 4** del **inciso tercero** del **artículo 38 ter** de la **Ley N° 18.933**, en el sentido de que no se pueden efectuar **las variaciones**, de la tabla de factores; sin embargo, nunca fue la intención del Tribunal Constitucional que la derogación de los numerales ya mencionados tuviera el efecto de que las cargas que se incorporaran a los Contratos de Salud no pagaran el precio que en la Ley y el contrato se estipula, que es justamente lo que se pretende con el recurso interpuesto.

En efecto, para ello debemos indicar que la **Excma. Corte Suprema** en **variadas sentencias**, entre ellas, la pronunciada en el recurso de protección, número de ingreso Corte Suprema **Rol N° 566-2011**, es claro al señalar que **únicamente** las **adecuaciones o alzas de los precios de los planes de salud por aplicación del cambio y/o variaciones del tramo etéreo contenido los factores de riesgo**, quedaron sin sustento legal por la derogación del Tribunal Constitucional, pero en ningún caso se estableció que se dejó de aplicar la referida tabla de factores para determinar el nuevo precio que corresponde pagar por la incorporación de nuevas cargas o beneficiarios al contrato o plan de salud, como se presente instaurar en la sentencia que se impugna.

Para ello, en la **citada sentencia**, la **Excma. Corte Suprema** determinó lo siguientes en sus Considerandos Noveno y Duodécimo:

*“**NOVENO:** Que, por lo tanto, **el aumento** de precio que la Isapre pretendió imponer al plan de salud de la recurrente, sobre la base de aplicar la tabla de factores prevista por la norma legal declarada inconstitucional y, por lo mismo, derogada, carece también de todo fundamento legal, ya que si bien la Isapre, antes de la derogación,*

podía aplicar esa tabla de factores porque la ley lo permitía; en septiembre del año de 2010, fecha del envío de la comunicación por parte de la recurrida, 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 pasado, de la sentencia de inconstitucionalidad antes citada. Los efectos en el tiempo de la referida sentencia y, en particular, la forma en que lo decidido podía afectar a los contratos de salud vigentes a la fecha de su publicación, fueron tratados en ella. Al respecto el Tribunal Constitucional - reconociendo la vigencia del principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad - estimó necesario aclarar los efectos de la derogación de las disposiciones centrales del artículo 38 ter de la ley 18.933, de manera tal que en el considerando 170 de su fallo prescribió la regla siguiente: Que, sin embargo, hay que considerar la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea. A diferencia de, por ejemplo, un contrato de compraventa, el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante. De hecho, ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (en un marco de razonabilidad y proporcionalidad). Lo mismo autoriza a que, si cambia el marco jurídico aplicable nada menos que por una declaración de inconstitucionalidad, entonces cambien también -hacia el futuro- las cláusulas del contrato.”

“DUODECIMO: Que, sobre la base de todo lo anterior y considerando que los contratos de salud anteriores a la fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional deben conformarse a los efectos causados por la inconstitucionalidad, **cabe concluir que éstos contratos de salud no pueden ser objeto de alzas por aplicación de las tablas de factores de edad y sexo pues carecen de validez jurídica, toda vez que la columna vertebral del sistema de reajustabilidad por aplicación de tablas de factores estaba regulado en las disposiciones 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.

*En consecuencia, **las Isapres están impedidas de alzar sus precios por cambio de edad o según sexo, en atención al hecho que la derogación eliminó las normas que son necesarias para, precisamente, elaborar las tablas de factores.***

(LO DESTACADO Y SUBRAYADO ES NUESTRO)

Luego, en virtud de la mencionada **derogación** del **Tribunal Constitucional**, existen también diversas **resoluciones** de la **Superintendencia de Salud** en el sentido de **no aplicar** actualmente las **VARIACIONES** correspondientes a las **tablas de factores** para los efectos de **modificar o adecuar los precios de los planes de salud**, sin embargo, dichas instrucciones es **sólo en ese orden**, y no como pretende **erróneamente** la **sentencia** que se reclama en cuanto a que **tampoco no se aplique la tabla de factores a las incorporaciones de las nuevas cargas.**

Lo anterior, como ya se sabe, **porque se obligaría a la Institución de Salud Previsional a no cobrar el precio que por ley vigente se establece para todas las nuevas cargas de salud**, lo que es insostenible y además **desnaturaliza** el contrato. Por lo demás, ello provocaría también una diferencia arbitraria entre la situación de la recurrente y de las demás personas adscritas al sistema privado de salud, colocando a la actora en una situación privilegiada, pagando menos que el resto de las personas en su misma realidad, sin que exista un motivo plausible para ello. Incluso dependiendo el caso, puede quedar pagando un valor inferior al 7% legal, que es el mínimo según la ley, lo que resulta ilógico e injusto, carente de razonabilidad y por sobre todo ilegal.

En efecto, tales **resoluciones**, señalan:

“Que, al respecto, se debe hacer presente que mediante un fallo del 6 de Agosto de 2010, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1,2,3 y 4 del inciso 3º del artículo 38 ter de la Ley 18.933, actualmente contenido en el artículo 199 del D.F.L. Nº 1 de 2005, de Salud, cuyo texto regulaba la estructuración de la tabla de factores por sexo y edad.

*Lo anterior, significa que quedaron erradicadas del ordenamiento jurídico las normas que facultaban la **modificación del precio por efecto del cambio de tramo etario***

de alguno de los beneficiarios del contrato y, si bien, el citado fallo dejó subsistentes las normas que reconocen la existencia de las respectivas tablas, los efectos descritos precedentemente implican que quedaron congelados los factores que estaban vigentes en los contratos al momento de la dictación del fallo.”

(LOS SUBRAYADOS Y DESTACADOS SON NUESTROS).

Asimismo, en concordancia con lo resuelto por la **Excma. Corte Suprema** y la **Superintendencia de Salud**, debemos reiterar a **S.S.Itma.** que la **derogación** de los número **1, 2, 3 y 4** del **inciso tercero** del **artículo 38 ter** de la **Ley N° 18.933**, **NO invalidó ni derogó la Tabla de los factores de riesgo**, como se pretende establecer en la **sentencia** que nos ocupa, pues subsisten numerosas normas que se refieren a su existencia, entre ellos, los **artículos 170, Letra m) y 199, inciso primero**, ambos del **DFL N° 1** del **Ministerio de Salud**.

De este modo, como podrá apreciar **V.S. Itma.**, podemos establecer claramente que por la **derogación** del **Tribunal Constitucional** de los número **1, 2, 3 y 4** del **inciso tercero** del **artículo 38 ter** de la **Ley N° 18.933**, **NO SE ERRADICÓ la aplicación de la tabla de factores y/o riesgos para la incorporación de nuevas cargas o beneficiarios a los planes de salud**, sino que únicamente **anuló** la posibilidad de adecuar o alzar los precios de los planes de salud por la **VARIACIÓN** de los mismos.

En definitiva, lo que se podría considerar como prohibido es el incremento de la cotización del contrato de salud por aumento de la suma de factores en un contrato vigente, pero no se puede considerar como prohibido que una persona acepte voluntariamente, sin vicio de consentimiento alguno, pagar una determinada cantidad de dinero por la cobertura de salud de su hijo, ordenándose que tal cobertura no tenga como contraprestación la establecida en la legislación vigente: el derecho constitucional de protección de la salud nunca ha sido entendido por ningún tribunal ni ley chilenos como un derecho de acceso gratuito que deba proporcionar el Estado o un particular; a menos que se trate de situación de indigencia, en cuyo caso FONASA tiene la obligación otorgar las prestaciones correspondientes.

Es por ello, que Isapre **COLMENA GOLDEN CROSS S.A.** no ha incurrido en **NINGÚN acto ilegal o arbitrario que enmendar por la vía constitucional que**

constituye este recurso de protección, toda vez, que **mi representada** en la aplicación de la **tabla de factores de riesgo** en el procedimiento de determinación del precio final del plan de salud de la recurrente, por la **incorporación de una nueva carga o beneficiario**, se **ajustó estrictamente** a la **normativa legal y contractual** que **la faculta** y que, asimismo, correspondió una **aplicación razonable y verificable** de la **referida facultad**, **NO existiendo** con ello **ninguna vulneración** a las garantías constitucionales contenidas en nuestra **Carta Fundamental**.

POR TANTO,

SIRVASE S.S. ILTMA. se sirva tener por interpuesto el presente **recurso de apelación** en contra de la **sentencia** dictada en autos, concederlo y ordenar se eleven los autos a la **EXCMA. CORTE SUPREMA** para que, conociendo del mismo, revoque el fallo apelado y proceda a rechazar este recurso de protección por improcedente, con costas.