



FISCALÍA



ORD. SS/N° **548**

ANT.: Requerimiento de algunas isapres, del Pdte. de la Asociación Gremial de Isapres y de su Director Ejecutivo, en orden a cómo actuar frente al fallo del Tribunal Constitucional relativo a las tablas de factores.

MAT.: Expone criterios del Tribunal Constitucional en la citada sentencia y formula aclaraciones en relación con el proceso de adecuación período julio de 2011 a junio de 2012.

SANTIAGO, **18 MAR 2011**

DE: SUPERINTENDENTE DE SALUD

A : SR. PRESIDENTE Y SR. DIRECTOR EJECUTIVO ASOCIACIÓN GREMIAL DE ISAPRES Y GERENTES GENERALES DE ISAPRES

Atendido que varias instituciones de salud previsional, al mismo tiempo que el Presidente y el Director Ejecutivo de la respectiva asociación Gremial, han solicitado instrucciones respecto a cómo actuar frente a lo dictaminado por el Tribunal Constitucional en el fallo que declara la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley N°18.933, actual artículo 199 del DFL N°, de Salud, de 2005, esta Superintendencia viene en manifestar lo siguiente:

- 1.- Como es de público conocimiento, mediante una sentencia publicada en el Diario Oficial del 9 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional declaró

inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del antiguo artículo 38 ter de la ley N°18.933, actual artículo 199 del DFL N°1 de Salud de 2005, por considerarlos incompatibles con las garantías constitucionales que consagran el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección a la salud y el derecho a la Seguridad Social.

- 2.- Para arribar a esa decisión, el Tribunal consideró que: *"...la nueva modificación a la Ley N° 18.933, verificada en el año 2005, por efecto de la Ley N° 20.015 (D.O. de 17.05.05), incorporó el artículo 38 ter, ...sin que el legislador determinara razonablemente las relaciones y tramos entre los distintos factores"* (considerando septuagésimo cuarto), lo que, a su juicio, significa que *"...la evolución legislativa antes referida da cuenta de que de la prohibición expresa de la discriminación y de la consideración de la edad y del sexo como factores determinantes del precio, se pasó a la permisividad de ambos criterios y, en consecuencia, al respaldo a la discriminación basada en ellos"* (considerando septuagésimo quinto).

Por este motivo, en el referido fallo el Tribunal Constitucional sostuvo: *"...los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 ...son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental"* (considerando centésimo cuadragésimo cuarto).

Al respecto, cabe señalar que en su considerando centésimo cuadragésimo quinto, dicho fallo indica que tales preceptos *"...son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo"*.

- 3.- Para dar solución al vacío normativo que generó la derogación de las normas reseñadas, la propia sentencia, refiriéndose a los organismos encargados de adoptar las medidas de reemplazo, sostuvo que *"...la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo"*.
- 4.- En tal contexto, cabe recordar que parte del reproche de inconstitucionalidad formulado en el fallo está referido a la intervención de esta Superintendencia en la definición de la estructura de las tablas, como se consigna en el considerando centésimo vigésimo tercero, que dispuso que el resguardo del derecho a la protección de la salud es de reserva legal y *"...debe estimarse inconstitucional la"*

parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados”.

- 5.- Asimismo, el Tribunal Constitucional consideró digna de reproche la participación de las propias Isapres en la fijación de los factores etarios, al sostener que, *“...en consecuencia, no se han fijado directamente por la ley “las condiciones” que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación, sino que, lo que ha hecho el legislador, es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores”* (considerando centésimo quincuagésimo tercero).
- 6.- El fallo del Tribunal Constitucional dio lugar a diversas interpretaciones legales, sin embargo, la Excm. Corte Suprema, en fallos del 28 de enero y del 17 de febrero pasados, al resolver recursos de apelación en causas de protección en contra de las Isapres Consalud y Banmédica, por aplicación de las tablas de factores, adoptó el criterio del Tribunal Constitucional, zanjando definitivamente las discusiones que existían en esta materia, sosteniendo que la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 199 ter, y su consecuente derogación, impide a las isapres modificar el precio por cambio de tramo etario, por cuanto esa facultad contemplada en el contrato ha quedado sin sustento legal.
- 7.- Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, las entidades requirentes deben tener presente que la facultad de revisión de los contratos se mantiene vigente, tal como lo expuso el considerando quincuagésimo tercero del fallo, cuando señala: *“...dado que el artículo 38 bis al que alude el artículo 38 ter no se encuentra sujeto al examen de constitucionalidad de autos, el pronunciamiento de esta Magistratura no puede recaer sobre el precio base cuya determinación aquél regula, sino sobre los factores resultantes de las respectivas tablas”.*
- 8.- Con todo, cabe considerar que las revisiones anuales constituyen una facultad para las Isapres y no una imposición legislativa, por lo que las instituciones deberán analizar, en cada caso, la conveniencia de ejercer dicha atribución en las actuales circunstancias.

En el evento que las instituciones procedan a adecuar los precios de los planes de salud, deberán ajustarse a lo declarado por el Tribunal Constitucional en su fallo de inconstitucionalidad y a sus interpretaciones posteriores en los fallos de inaplicabilidad del artículo 199 del DFL N°1 de Salud, de 2005, teniendo presente, al mismo tiempo, lo sostenido al respecto por la Corte Suprema.

9.- Finalmente, cabe señalar que con fecha 16 de marzo en curso, el Gobierno envió un proyecto de ley al Congreso, cuyo principal objetivo es eliminar el vacío legal existente en la materia, proponiendo una tabla única, ajustada a los criterios del Tribunal Constitucional.

Saluda atentamente a Ud.



LUIS ROMERO STROOY
SUPERINTENDENTE DE SALUD

FRV/AMV/MABL

DISTRIBUCIÓN:

- Pdte. Asociación Gremial de Isapres
- Director Ejecutivo Asociación Gremial de Isapres
- Isapres
- Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud
- Fiscalía
- Oficina de Partes