

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY DE ISAPRES: MITOS Y REALIDADES DE UN FALLO HISTÓRICO

*Santiago Montt y José Luis Cárdenas*¹

El presente artículo analiza la sentencia Rol 1710-10-INC, dictada por el Tribunal Constitucional, intentando desentrañar su verdadero sentido y alcance, el que, en opinión de los autores, ha sido bastante tergiversado. Además, analiza los posibles efectos colaterales de dicha sentencia, considerándola un punto de inflexión en la historia del Derecho Constitucional Económico chileno.

1. Introducción

La sentencia Rol 1710-10-INC (en adelante la Sentencia 1710), dictada el 6 de agosto de 2010 por el Tribunal Constitucional (en adelante el TC),² declaró inconstitucional los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres) cuyo texto, refundido, coordinado y sistematizado, se encuentra en el D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud (DFL 1).

La Sentencia 1710 es probablemente el punto cúlmine del profundo cuestionamiento judicial tanto al mercado de los seguros privados de salud regulados³ como a sus proveedores, las Instituciones de Salud Previsional (Isapres)⁴.

¹ Santiago Montt O., Abogado (Universidad de Chile), LLM y JSD, Yale University, y MPP, Princeton University, Director del Centro de Regulación y Competencia (hasta marzo de 2011), Universidad de Chile.

José Luis Cárdenas T., Abogado (Universidad de Chile), LLM y Doctor en Derecho de la Universidad de Freiburg (Alemania). Académico invitado de la Facultad de Derecho y la Facultad de Medicina, Universidad de Chile.

² Ver <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1479>

³ En nuestro país también existe un mercado de seguros privados de salud no regulados, que comprende típicamente a los seguros de salud complementarios y catastróficos. Estos seguros son proveídos por compañías de seguros y no por Isapres.

⁴ Solo en la Corte de Apelaciones de Santiago ingresaron, durante 2010, 7.368 recursos de protección contra las Isapres (81% del total de ingresos), referidos a las adecuaciones de los precios base, representando un alza del 18% respecto del año 2009. Ver <http://diario.latercera>.

Como es sabido, dicho mercado ha sido impactado, por un lado, por miles de sentencias recaídas en acciones de protección seguidas ante las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema y, por el otro, por un sinnúmero de sentencias dictadas en procesos de inaplicabilidad seguidos ante el TC⁵.

Todas estas acciones de carácter constitucional han apuntado al corazón mismo del negocio de las Isapres: el precio que estas están autorizadas a cobrar a los afiliados por los planes de salud contratados. Los pronunciamientos jurisdiccionales en cuestión han tenido y van a seguir teniendo –*ceteris paribus*– un efecto directo esperable en la rentabilidad del negocio de las Isapres, al acotarse, por un lado, las posibilidades de estas para traspasar al precio base del plan de salud las variaciones de sus costos y, por el otro, ajustar dicho precio base conforme al perfil de riesgo del afiliado.

La Sentencia 1710 se relaciona con la denominada *Tabla de Factores* de los contratos de salud que, junto con el *precio base*⁶ de éstos, son los elementos legalmente establecidos para determinar el precio final aplicable a cada caso en concreto⁷. De acuerdo a nuestra legislación –artículo 170 letra n) del DFL 1–, la *Tabla de Factores* se define como

[A]quella 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

com/2011/01/30/01/contenido/pais/31-57815-9-recursos-contras-isapres-representan-un-81-del-total-de-acciones-en-los.shtml.

- 5 En torno al 20% de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2010 se refirieron al artículo 38 ter de la Ley de Isapres (actual artículo 199 del DFL 1), que se relacionan con la denominada *Tabla de Factores*, según la información disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/busca_eras. El panorama para el año 2011 no pareciera ser diferente.
- 6 Según el artículo 170, letra m), frase primera, DFL 1, el *Precio Base* de un plan de salud es el “[A]signado por la Institución a cada plan de salud”, indicándose, además, en su frase segunda, que “[s]e aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan”.
- 7 Es decir: $P_f = P_b * F_r$. Donde: P_f es el *Precio Final* a pagar por el cotizante por un plan de salud; P_b es el *Precio Base* del respectivo plan de salud; y, F_r es la *Factor de Riesgo*, incluido en el respectivo plan de salud.

no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.

Desde la perspectiva de los seguros de salud, la *Tabla de Factores* se enmarca dentro de las denominadas *primas ajustadas por riesgo*, esto es, aquellas que varían “de acuerdo al gasto esperado en salud de cada individuo o de la probabilidad de enfermarse y es calculada usando un índice de riesgo basado en variables tales como sexo, edad y estado de salud”.⁸ El fundamento de este sistema es simple. Dejando de lado por un momento los mecanismos de solidaridad y/o subsidios cruzados, las Isapres, como cualquier otro negocio, deben cobrar a cada afiliado una cantidad superior al costo esperado que ese afiliado tendrá en términos de prestaciones de salud a pagar por la Isapre. Los costos esperados dependen de una serie de factores que se denominan, en general, *perfil de riesgo* del afiliado.

Este artículo presenta un breve comentario sobre la Sentencia 1710 que, con fundamento constitucional, restringió la libertad regulatoria del Congreso y las autoridades administrativas en el uso de un sistema de primas ajustadas por riesgos en el ámbito de la salud y la seguridad social. El mismo consta de dos partes. En la primera parte revisamos atentamente el contenido de esta sentencia. Nuestro objetivo es establecer el correcto alcance de la misma en el marco del proceso de reforma legal de la Ley de Isapres actualmente en curso. Como es sabido, hoy se discute en el Congreso la denominada *Ley Corta II*, que “[i]ntroduce criterios de razonabilidad y solidaridad en lo que respecta a las tablas de factores y a la determinación del precio base de los contratos de salud”⁹.

Concretamente, nos abocamos a *desmitificar* cuatro *mitos*¹⁰ complejos que circulan en nuestro medio sobre el alcance de la Sentencia 1710, **los que pueden condicionar peligrosamente la discusión parlamentaria, llevándola a extremos no insinuados por el TC en su decisión, con efectos nocivos en términos del bienestar social. Estos mitos son los siguientes:** (a) que el artículo 38 ter de la Ley de Isapres *define el contenido* de la denominada *Tabla de Factores*;

8 Ver, por todos, Vargas, Verónica, “Una metodología para ajustar y compensar las diferencias de riesgo entre el sistema público y privado de salud en Chile”, 2005, <http://www.economia.uahurtado.cl/pdf/publicaciones/e-24.pdf>, p. 2.

9 Ingresada el 16 de marzo de 2011, Boletín N° 7539-II.

10 En su cuarta acepción: “Persona o cosa a las que se atribuyen cualidades o excelencias que no tienen, o bien una realidad de la que carecen”, RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, 22 Edición.

(b) que dicha Tabla habría sido *derogada*¹¹ por la Sentencia 1710; (c) que se prohibió discriminar entre hombres y mujeres para efectos de la determinación del precio final de un plan de salud¹²; y (d) que el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (actual artículo 199 del DFL 1) vulnera materialmente ciertos derechos fundamentales.

La discusión de los mitos nos lleva a un análisis y crítica de la realidad de la Sentencia 1710 en la segunda parte de este artículo: la decisión del Tribunal se fundó en el viejo concepto de reserva legal. La discusión académica se ha centrado en la igualdad y la seguridad social, pero ha pasado por alto este punto crucial del fallo que conviene revisar con mayor atención. En nuestro concepto, la Ley de Isapres, que establecía una forma de desregulación parcial de los precios que las Isapres estaban autorizadas a cobrar, poseía densidad normativa de sobra para pasar los *tests* exigidos por nuestra Constitución. La afirmación de que los precios desregulados violan el principio de la reserva legal resulta así una peligrosa inversión de este principio liberal destinado a proteger al ciudadano de la arbitrariedad administrativa.

Concluimos señalando algo que uno de nosotros ya afirmó, citando al juez norteamericano Holmes, en un comentario anterior: “los grandes casos producen mal Derecho”¹³. En definitiva, la Sentencia 1710, en tanto declaración de inconstitucionalidad, debe ser leída, interpretada y aplicada desprovista de sus mitos y, en tanto fallo, debe ser considerada un precedente complejo en materia de reserva legal, debiendo mantenerse su fundamento y raciocinio estrictamente vinculado a los hechos del caso, sin que pueda ser invocado en otros mercados distintos a los del seguro privado de salud regulado (*potencial efecto colateral*).

2. Desmitificando algunos mitos relativos a la Sentencia 1710

11 Ver diario *La Nación*, 2 de junio de 2010, “Al abolir el 38 ter, podría interpretarse que ya no existe ninguna regulación del precio de la Isapre”, aseguró el Ministro de Salud Jaime Mañalich, (<http://www.lanacion.cl/derogacion-de-tabla-de-factores-apuraria-ley-corta-de-isapres/noticias/2010-06-01/224248.html>); diario *La Tercera*, 17 de febrero de 2011, “Suprema impide que Isapre aplique tabla de factores después de su derogación”, disponible en: <http://latercera.com/noticia/nacional/2011/02/680345790-9-suprema-impide-que-isapre-aplique-tabla-de-factores-despues-de-su-derogacion.shtml>

12 Ver diario *La Nación*, 10 de agosto de 2010, “[...] luego de analizar la sentencia con Andrés Romero, ex fiscal del Ministerio de Salud ‘y uno de los redactores de la ley de reforma’; con Ulises Nancuante, ex intendente de Seguros y con Manuel Inostroza, ex superintendente de Salud, llegaron a la conclusión de que ninguna fórmula ‘podrá discriminar por sexo’ [...]” (<http://www.lanacion.cl/noticias/site/artic/20100809/pags/20100809233923.html>)

13 Montt Oyarzún, Santiago, “Sistema de Isapres y Constitución”, en *El Mercurio*, A2, 7 de junio de 2010.

Shore recientemente ha escrito sobre la conexión entre políticas públicas y mitos. Según explica, las políticas proveen un soporte estructural, una narrativa, que justifica, unifica y tonifica la acción pública:

[Q]ue las políticas, al igual que los mitos, proveen un ‘plan de acción’. Como los mitos, las políticas públicas ofrecen narrativas retóricas que sirven para justificar –o condenar– el presente, y algo más usual, para legitimar a quienes están en posiciones de autoridad establecidas. Como los mitos, las políticas a su vez proveen de medios para unificar el pasado y el presente, de tal manera que otorguen coherencia, orden y certeza a las acciones a menudo incoherentes, desorganizadas e inciertas del gobierno. Finalmente, como los mitos, las políticas también proveen una zona de alianza, una manera de unir a la gente en pro de una meta o finalidad común y un mecanismo para definir y mantener las fronteras simbólicas que nos separan a ‘nosotros’ de ‘ellos’¹⁴.

No cabe duda que la Sentencia 1710 constituye un golpe a una determinada forma de hacer política pública en el ámbito de la salud. El Tribunal ha criticado el enfoque individualista del seguro privado en tanto pilar del sistema de seguridad social de la salud de los grupos más acomodados en Chile. Ahora bien, el lenguaje utilizado por el Tribunal es más expansivo que el alcance concreto que los Ministros de la mayoría quisieron dar a su propia sentencia. Consideramos en definitiva esencial desmitificar algunos mitos de la citada decisión jurisdiccional.

2.1. Primer mito: el artículo 38 ter de la Ley de Isapres define el contenido de la *Tabla de Factores*

El primer mito a tratar aquí se refiere más bien a la ley que a la sentencia del TC y dice relación con la falsa noción que el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (actual 199 del DFL 1) define el contenido de la *Tabla de Factores*. Dicha norma, que fue parcialmente declarada inconstitucionalidad por la Sentencia 1710, dispone lo siguiente:

Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de

¹⁴ Shore, Chris, “La antropología y el estudio de la política pública: Reflexiones sobre la ‘formulación’ de las políticas”, en *Antípoda: Revista de Antropología y Arqueología*, N° 10, (Universidad de los Andes) 2010, p. 32.

Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente [esto es, precios base], 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, y 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 Previsional 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 197. (Lo destacado por los autores es la parte declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional).

Un análisis del contenido normativo de este artículo demuestra que el mismo no regula el contenido sino solamente la arquitectura básica de la Tabla. En efecto, el inciso primero se refiere a la forma del cálculo del *precio final* (P_f) aplicable a cada contrato de salud, es decir, al resultado de multiplicar el Precio Base (P_b) por la Tabla de Factores (F_r). En términos matemáticos, $P_f = P_b * F_r^{15}$.

Por su parte, el inciso segundo de la norma en análisis confiere a la Superintendencia de Salud (en adelante la Superintendencia) la *potestad normativa* para fijar 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.

De conformidad a lo anterior, el inciso tercero, numerales 1 a 3, fija el marco dentro del cual la Superintendencia puede fijar la citada estructura. Tales numerales establecen claramente que la discrecionalidad de la Superintendencia se refiere únicamente a la determinación de los *rangos de edad*, excluyendo cualquier otro elemento de la Tabla.

Seguidamente, el numeral 4 del inciso tercero mandata a la Superintendencia para fijar, cada diez años, la *relación máxima* entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo (*relación máxima*). Sin perjuicio de lo anterior, la *relación máxima* quedó fijada a nivel legal en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015¹⁶, norma que dispone que “La relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo

15 Ver, nota 6.

16 Cuerpo normativo que incorporó el artículo 38 ter a la Ley de Isapres.

38 ter que se agrega a la ley N° 18.933 será, para el primer decenio contado desde la vigencia de la presente ley, de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres”. Dicha relación máxima rige hasta el 1 de julio de 2015.

Cabe notar que, en ejercicio de la potestad normativa mencionada, la Superintendencia dictó el 2 de junio de 2005 la Circular N° 6 que “Imparte Instrucciones sobre la Estructura de las Tablas de Factores de los Planes de Salud Complementarios”¹⁷. Concretamente, dicha Circular estableció la estructura de la *Tabla de Factores* por grupos de edad. Se trata de una matriz que tiene por filas los grupos de edad y por columnas, las categorías de cotizante masculino, cotizante femenino, carga hombre y carga mujer. Para efectos de normalización (sin ningún impacto sustantivo), la estructura de la Superintendencia determinó el grupo de referencia o factor de riesgo 1,0, el que correspondió al “cotizante masculino para el grupo de edad comprendido entre los 30 y 34 años”.

Conforme a este análisis de texto, es fundamental destacar que, así como el artículo 38 ter no dio contenido a la Tabla de Factores, la Circular N° 6 tampoco lo hizo. Por lo demás, así lo reconoce expresamente el punto 2.2 de la misma. Ni siquiera la *relación máxima* entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla fue fijado por la Superintendencia en la Circular N° 6, pues, como hemos indicado, dicha relación quedó establecida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 (hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y 14 veces, en el caso de los hombres).

En el esquema regulatorio que analizamos, son las Isapres las que dan contenido a las *Tablas de Factores*. El precio que pueden cobrar las Isapres es parcialmente desregulado pues las empresas en cuestión mantienen la libertad de cobrar lo que estimen pertinente –mediante la determinación del precio base y de los factores de la tabla de factores– en el marco de las restricciones a que hace referencia el artículo 38 ter de la Ley de Isapres. En materia de los factores, así lo indica expresamente el inciso 4° de la norma analizada: las Isapres “serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen”. El principio en juego no es otra cosa que la regla general de la economía de mercado: cada empresario es libre de determinar sus precios, principio que es conveniente y que hemos adoptado como política pública porque, en la medida en que el mercado sea competi-

¹⁷ http://www.supersalud.gob.cl/normativa/571/articles-908_recurso_1.pdf. En relación a la base técnica utilizada por la Superintendencia, véase Cid P., Camilo y Muñoz V., Alberto, “Estructura de la Tabla de Factores de Riesgo del Plan Complementario del sistema Isapre”, Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud, 2005, http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-1061_recurso_1.pdf

tivo, los empresarios se ven obligados a fijar precios tan bajos como puedan (en competencia perfecta, el precio resulta así ser igual al costo marginal, $P = CM$).

De este modo, cuando los mercados de seguros funcionan apropiadamente, las empresas compiten por proveer mejores servicios por precios más bajos (y no compiten por quien se queda con una mejor cartera de clientes o *riesgos buenos*). Para ello, en ausencia de solidaridad y/o subsidios cruzados, las empresas deben poder cobrar a cada cliente al menos su costo futuro esperado en pagos de prestaciones de salud ($P = CM$).

Mientras mayor precisión tenga una Isapre en esta determinación, más benignos serán los factores que establezca para los afiliados. Ahora bien, si la Isapre se equivoca a favor del afiliado (esto es, fija el factor muy bajo dado el perfil de riesgo), el conjunto de los potenciales afiliados beneficiados que están en dicha situación se cambiará a esa Isapre para aprovechar el diferencial (pagan menos de lo que cuestan). Igualmente, si la Isapre se equivoca en contra del afiliado, la categoría completa de afiliados respectiva se fugará a otra empresa en busca de mejores factores. Este fenómeno se denomina *selección adversa* en la literatura de los seguros y su fundamento es la mayor información que tienen los asegurados sobre su propia salud que la que tiene la aseguradora.

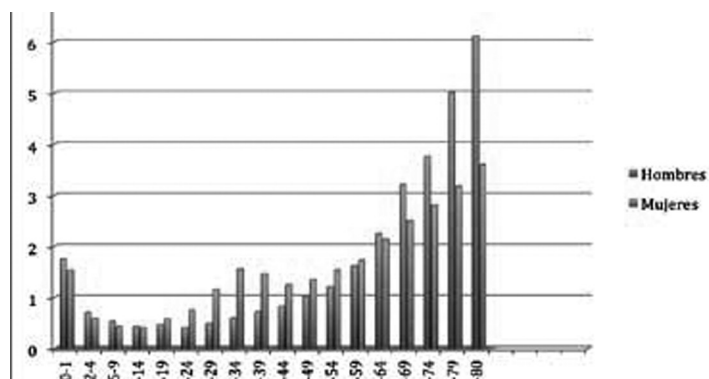
En cuanto a las restricciones regulatorias, como hemos visto, el artículo 38 ter de la Ley de Isapres solo permite que las Isapres compitan por factores que estén definidos conforme a tres dimensiones: grupos de edad, género y condición de carga. Cada Isapre tiene entonces la presión competitiva por dar con las proyecciones de costos más precisas para cada grupo respectivo a fin de generar los factores de riesgo más *benignos* en el contexto de las limitaciones definidas en la ley.

El punto de partida, entonces, para toda Isapre que quiere fijar sus precios competitivamente, es basarse en la curva de costo estadístico de la población para cada rango de edad y diferencia de sexo¹⁸. Es importante notar que la economía de la salud muestra que esta curva no es muy diferente entre distintos países y que, en síntesis, las mujeres son, durante casi toda su vida, más caras que los hombres y que los costos de salud aumentan progresivamente con la edad (salvo durante los primeros dos años de vida). El siguiente cuadro grafica

¹⁸ Ver Cid P., Camilo y Muñoz V., Alberto, "Evaluación de las Tablas de Factores en comercialización de las Isapres abiertas", Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud, 2008, http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-4379_recurso_1.pdf

esta realidad de los gastos de salud:

Evolución de la Curva de Gasto



Fuente: Superintendencia de Salud (2007).

A modo de ejemplo, reproducimos a continuación una *Tabla de Factores* completada por una Isapre con los factores de riesgo de su elección, sobre la base de la arquitectura de la Ley de Isapres y de la *estructura* de grupos de edad definida por la Superintendencia. Nótese que, en esta tabla, la *relación máxima* es de 9.45 para el cotizante masculino, y de 8.18 para el cotizante femenino.

Tabla de Factores Completada por una Isapre

Grupos de Edad	Cotizante Masculino	Cotizante Femenino	Carga Hombre	Carga Mujer
0 A MENOS DE 2 AÑOS	1,75	1,75	1,75	1,75
2 A MENOS DE 5 AÑOS	0,95	0,80	0,95	0,80
5 A MENOS DE 10 AÑOS	0,65	0,55	0,65	0,55
10 A MENOS DE 15 AÑOS	0,55	0,55	0,55	0,55
15 A MENOS DE 20 AÑOS	0,60	0,70	0,55	0,65
20 A MENOS DE 25 AÑOS	0,60	1,40	0,55	1,15
25 A MENOS DE 30 AÑOS	0,80	2,15	0,60	1,55
30 A MENOS DE 35 AÑOS	1,00	2,65	0,75	1,90
35 A MENOS DE 40 AÑOS	1,25	2,55	0,90	1,75
40 A MENOS DE 45 AÑOS	1,35	2,25	1,00	1,55
45 A MENOS DE 50 AÑOS	1,60	2,45	1,20	1,70
50 A MENOS DE 55 AÑOS	1,80	2,70	1,35	1,90
55 A MENOS DE 60 AÑOS	2,40	3,00	1,85	2,05
60 A MENOS DE 65 AÑOS	3,10	3,50	2,65	2,50
65 A MENOS DE 70 AÑOS	3,60	3,70	3,30	3,00
70 A MENOS DE 75 AÑOS	4,20	3,80	3,95	3,50
75 A MENOS DE 80 AÑOS	4,80	4,50	4,50	4,50

80 Y MÁS AÑOS	5,20	4,50	5,20	4,50
---------------	------	------	------	------

Fuente: Superintendencia de Salud

Finalmente, cabe agregar que la *Tabla de Factores* así definida por cada isapre pasa a formar parte del contrato de salud celebrado con el afiliado (artículo 170, letra n del DFL 1). Es decir, la Tabla de Factores es un instrumento regulatorio que además pasa a formar parte del estatuto contractual que une a la Isapre con el afiliado.

Mito desmitificado: El artículo 38 ter de la Ley de Isapres *no define el contenido* de la denominada Tabla de Factores. Dicha disposición solo establece una cierta arquitectura básica, estableciendo además la potestad normativa de la Superintendencia para fijar su *estructura*, pero sin incluir factor de riesgo alguno. Son las Isapres las que dan contenido a sus *Tablas de Factores*, definiendo los correspondientes *factores de riesgo*, sobre la base de la arquitectura contemplada en el artículo 38 ter, la estructura de grupos de edad definida por la Superintendencia en la Circular N° 6 y la relación máxima contemplada en el artículo 2° transitorio de la Ley N° 20.015.

2.2. Segundo mito: la *Tabla de Factores* fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional

Existe un segundo mito conforme al cual el TC habría declarado inconstitucional la Tabla de Factores –esto es, el uso de factores en la determinación del precio final y el uso de la fórmula $P_f = P_b * F_r$ – proscribiendo su uso en materia de contratos de salud.

Esta idea es equivocada. La parte resolutive de la Sentencia 1710 no declaró inconstitucional la arquitectura básica de la Tabla de Factores contemplada en la Ley de Isapres, sino solo la delegación a la Superintendencia de la determinación de su estructura general por grupos de edad y de la relación máxima, sin la necesaria programación legal (numerales del inciso 3° del artículo 38 ter). Así consta de la parte pertinente de la sentencia citada:

VISTO, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 6°, 19, N°s. 2°, 9° y 18°, 63 y 93, inciso primero, N° 7°, e inciso decimosegundo y 94, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal

Constitucional, SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, SON INCONSTITUCIONALES.

PUBLÍQUESE LA PRESENTE SENTENCIA EN EL DIARIO OFICIAL, FECHA DESDE LA CUAL SE ENTENDERÁN DEROGADOS LOS PRECEPTOS LEGALES DECLARADOS INaCONSTITUCIONALES.

A *contrario sensu*, es posible concluir que los siguientes elementos del marco regulatorio de los seguros privados de salud siguen estando vigentes:

(a) La necesidad de calcular el *precio final* de un plan de salud a partir del *precio base* multiplicado por el correspondiente *factor de riesgo* contenido en la Tabla de Factores del contrato (inciso 1° del artículo 38 ter);

(b) La *relación máxima* establecida en el artículo segundo transitorio del texto aprobado de la Ley N° 20.015: hasta 9 veces en el caso de las mujeres y de 14 veces en el caso de los hombres (vigente hasta el 1 de julio de 2015);

(c) La libertad empresarial de fijación de los factores de riesgo (y del precio final) por parte de las Isapres (inciso 4° del artículo 38 ter).

La situación actual, donde una parte de la norma está vigente y otra parte derogada, es particularmente compleja. ¿Qué debe ocurrir con los contratos de salud mientras no se dicte una ley nueva que se haga cargo de esta situación? En otros términos, ¿qué pasa con las tablas de factores ya aplicadas e incorporadas por las Isapres y los usuarios en los contratos de salud?¹⁹ Tanto el TC como la Corte Suprema han dado una respuesta parcial al afirmar que los precios no pueden *subir* por aplicación de las tablas²⁰. De acuerdo al Tribunal:

[L]a inconstitucionalidad declarada por sentencia de este Tribunal deriva en que el precepto legal viciado quede total, completa y definitivamente erradica-

19 Nos referimos aquí no al instrumento regulatorio Tabla de Factores, sino a las tablas de factores concretas, con los factores de riesgo ya adoptados por las distintas Isapres.

20 No conocemos casos que hayan anulado el precio que *actualmente* cobre una Isapre o la situación excepcional de precios finales que bajen por efectos de la tabla (cuando un niño o niña cumple 2 años).

do del ordenamiento jurídico en vigor, como si no existiese erga omnes desde la referida publicación. Para lo que interesa, entonces, la sentencia de esta Magistratura, recaída en autos Rol N° 1.710, ha venido a afectar a la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto de 2010, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que preveían los N°s 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose²¹.

Por su parte, la Corte Suprema (sala integrada por los Ministros Sergio Muñoz, Juan Araya, Pedro Pierry, Rosa Egnem y Roberto Jacob), en sede recurso de protección Rol N° 566-2011, resolvió, en febrero de 2011, que las Isapres han quedado imposibilitadas de subir los planes por aplicación de la tabla de factores:

[E]l contrato de salud previsional suscrito entre las partes en conflicto en estos antecedentes contempló entre sus cláusulas una habilitación a la Isapre para adecuarlo, entre otros rubros, por la mayor edad del cotizante y/o sus beneficiarios, facultad que ha quedado sin base de sustento legal y, aun más, que adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito, al contravenir el derecho público chileno, por hallarse en contradicción con la Carta Fundamental, por lo que la pretensión de la Isapre Banmédica de incrementar el valor de la cotización mensual del plan suscrito por el recurrente [...] resulta ilegal y vulnera la garantía que la Constitución Política de la República asegura al actor en el número 24° de su artículo 19, al verse obligado el afiliado a desembolsar injustificadamente una suma superior a la que mensualmente entera por su plan de salud, por lo que el recurso de protección deberá ser acogido²².

En nuestra opinión, tanto la argumentación del TC como de la Corte Suprema exceden el ámbito de competencia institucional y procedimental que corresponde a cada órgano. En sede de inaplicabilidad solo puede declararse inaplicable un precepto legal, no pudiendo el Tribunal pronunciarse sobre la situación de contratos

21 Tribunal Constitucional, Rol N° 1552, 28 de octubre de 2010. Dicho criterio ha sido reiterado, cronológicamente, en las sentencias Roles N° 1677-10, 1657-10, 1626-10, 1609-10, 1648-10, 1690-10, 1649-10, 1661-10, 1783-10, 1776-10, 1628-10, 1585-10, 1616-10, 1713-10, 1689-10, 1725-10, 1787-10, 1617-10, 1726-10, 1768-10, 1589-10, entre otras.

22 Anteriormente, este criterio había sido acogido únicamente por el voto de voto de minoría de los Ministros Sergio Muñoz y Margarita Herreros en el recurso de protección Rol N° 4772-2010 del 15 de septiembre de 2010.

en curso. En sede de recurso de protección no puede declararse la nulidad absoluta de una cláusula, pues ello solo es posible en un juicio de lato conocimiento. Por otra parte, el énfasis en la subida de precios no es relevante porque la Tabla de Factores siempre es aplicada para calcular el precio final, incluyendo los períodos en que el precio no sube.

Mito desmitificado: En síntesis, dado que la arquitectura legal de las Tablas de Factores no se encuentra contenida en el inciso 3° numerales 1 a 4 del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, cabe concluir que dicho instrumento regulatorio no fue derogado por la Sentencia 1710. La declaración de inconstitucionalidad se refiere únicamente a la delegación a la Superintendencia de Salud del poder de determinar la estructura de la tabla en lo que respecta al *rango de edad* (numerales 1 a 3 del artículo 38 ter), así como la potestad de dicha Superintendencia de establecer la *relación máxima* cada 10 años (numeral 4 del artículo 38 ter).

2.3. Tercer mito: la Sentencia 1710 prohibió cualquier diferenciación de precios entre hombres y mujeres y/o por edades para efectos de la determinación del precio final

Contrariamente a lo afirmado por el mito, la Sentencia 1710 no prohibió la diferenciación de precios entre hombres y mujeres ni tampoco el cobro diferenciado por tramos de edad²³. Un examen atento de los distintos considerandos del fallo así lo demuestra.

En efecto, en el considerando 145°, situado en el Capítulo IV de la parte considerativa, denominado *la dilucidación del examen de constitucionalidad*, lugar de la sentencia donde realiza la revisión de constitucionalidad propiamente tal, el Tribunal dispuso que “las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, **no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable**” (énfasis agregado). En otras palabras, el uso de factores de trato desigual que se funden en edad o género no son *per se* inconstitucionales a juicio del TC. Su constitucionalidad dependerá de que tengan *base razonable* o que no sean *desproporcionadas*.

Más adelante, en el mismo contexto, el considerando 148° de la Sentencia 1710 manifiesta que:

²³ A diferencia del fallo reciente de la Corte Europea de Justicia, que sí prohibió cualquier forma de diferenciación de precios entre hombres y mujeres en cualquier mercado de seguros. Ver *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and others v Conseil des ministres*, Caso C-236/09, [2011] WLR (D) 67.

[L]a diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual para **igualdades esenciales**, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución).

De estas afirmaciones tampoco se sigue que personas *esencialmente* iguales no puedan ser tratadas en forma distinta. Es más, el propio TC ha explicado anteriormente que igualdades esenciales pueden ser objeto de un tratamiento desigual. En el considerando 60° de la sentencia Rol N° 1273, donde se explicó y aplicó por primera vez en nuestro Derecho²⁴ el concepto de *igualdades esenciales*, el Tribunal señaló que:

[E]stamos en presencia de una igualdad esencial cuando “*personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables*”. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario, y por ende inconstitucional, *tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales*. Además se agrega la denominada “*nueva fórmula*”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, *a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual*. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de *examen de proporcionalidad*, especialmente respecto de una diferencia de trato de *gran intensidad*, para lo cual se requiere que

²⁴ Hay, en todo caso, antecedentes previos de análisis de proporcionalidad al revisar la aplicabilidad de un precepto legal que establecía una discriminación. Ver, por ejemplo, los considerandos 40° y 46° de la sentencia Rol N° 755-2007, aunque difícilmente pueda calificarse lo analizado como una *igualdad esencial*.

aquella persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto. (Énfasis agregado)

El concepto de igualdades esenciales y la *nueva fórmula*²⁵ se enmarcan dentro las construcciones jurisprudenciales de revisión de discriminaciones desarrolladas por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Sobre este punto, en Alemania, el trato desigual no se prohíbe, sino que se gradúa la intensidad de la justificación exigida al factor de trato desigual (*tertium comparationis*) utilizado por la norma²⁶. Es decir, entre más esencial sea la igualdad a que se refiere la situación normativa, más exigente debe ser el *test* de constitucionalidad que se utilice para enjuiciar la diferenciación cuestionada²⁷.

No hay entonces una proscripción radical y frontal del uso de la edad y género como factores de diferenciación en la Ley de Isapres en la Sentencia 1710. Esto lo entendemos, *ex-post*, como consecuencia de dos consideraciones distintas. Primero, edad y género, como vimos anteriormente, son factores que *naturalmente* explican el perfil de riesgo de las personas, esto es, constituyen un dato duro que viene dado por la realidad. Segundo, si bien género puede

25 Comienza con la decisión denominada *Präklusion* del 7 de octubre de 1980 (BVerfGE 55, 72), donde se conceptualizó la *Neue Formel* (nueva fórmula) como *test* para las infracciones al artículo 3 inciso 1° del *Grundgesetz*. La formulación “[...] cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual”, proviene, precisamente de dicha doctrina” (“[...] wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können”). Ver, entre otros, Martini, Mario, “Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung”, en *Jus Publicum*, (Mohr Siebeck) 2008, p. 73; Hesse, K., “Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung”, en *AöR*, 109, 1984, p. 174 y ss; Bethge, NJW, 1991, p. 2391 y ss.

26 El desarrollo dogmático-constitucional alemán comenzó con el estándar del *Willkürverbot* (prohibición de la arbitrariedad); pasando a la *Neue Formel*, que agregó el *test* de proporcionalidad; para llegar, finalmente, a partir del año 1993, a la *Neueste Formel* (nuevísima fórmula = BVerfGE 88, 87, 96), que gradúa el estándar de revisión en base al *tertium comparationis* utilizado en la relación de igualdad; ver, entre otros, Somek, Alexander, *Rationalität und Diskriminierung - Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht*, (Springer Verlag) 2001, p. 344; Dugar, Sunjid, *Der Gleichheitsgrundsatz in Bezug auf das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im deutschen und mongolischen Recht*, (Herbert Utz Verlag GmbH) 2009, p. 32 y ss. Algo estructuralmente similar, se observa en la jurisprudencia norteamericana que distingue entre *strict scrutiny* (escrutinio estricto), *intermediate scrutiny* (escrutinio intermedio) y *rational basis* (sobre base racional); ver, entre otros, Kelso, Randall, “Standards Of Review Under The Equal Protection Clause And Related Constitutional Doctrines Protecting Individual Rights: The ‘Base Plus Six’ Model And Modern Supreme Court Practice”, en *Journal of Constitutional Law*, Vol 4:2, 2002; Wadhvani, J., “Rational Reviews, Irrational Results”, en *Tex. L. Rev.*, 84, 2006, p. 801.

27 Ver, entre otros, Nogueira, Humberto, “Derecho a la Igualdad ante la Ley, la discriminación y acciones positivas”, en *AFDUDC*, 10, 2006, pp. 799-831, donde se indica: “En tal perspectiva, puede sostenerse que mientras sea mayor o más intensa la injerencia en el derecho fundamental y más seguras sean las premisas relevantes, debe ser más estricto el escrutinio en base al principio de proporcionalidad” (p. 817).

ser una *categoría sospechosa*, que amerita un escrutinio más estricto del factor de diferenciación, edad no lo es,²⁸ menos aun en un país como Chile donde los mayores han tenido tradicionalmente mayor poder que los jóvenes²⁹.

Por lo demás, cabe notar que la utilización de los factores de riesgo edad y género para efectos de ajustar primas dentro del contexto de seguros de salud no es exclusivo del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. En efecto, no solo se utiliza en los seguros privados, sino también el sistema AUGE o GES, regulado por la Ley N° 19.966. Así, el Decreto Supremo N° 142 de 2005 del Ministerio de Salud, aprobatorio del “Reglamento del Fondo de Compensación Solidario entre Instituciones de Salud Previsional a que se refiere La Ley N° 18.933” (DS 142), define en su artículo 2° N° 11 el *Modelo de Compensación de Riesgos* que debe utilizarse en el *Fondo de Compensación Solidario*³⁰ en los siguientes términos:

[L]a fórmula mediante la cual se determinan las primas ajustadas por riesgo. Se construye a partir de información para calcular el gasto esperado en salud de cada beneficiario por concepto de las prestaciones cubiertas por las Garantías Explícitas en Salud, durante un intervalo de tiempo determinado, y utilizando sólo al sexo y la edad como variables predictoras.

Seguidamente, el artículo 8, inciso 2°, N° 3 del mismo DS 142, indica que “[e]l modelo de compensación de riesgos se expresará en una tabla de factores de riesgo por grupos de sexo y edad”.

Adicionalmente, existen numerosas otras disposiciones legales en nuestro ordenamiento jurídico que, en distintas materias, distinguen por edad o sexo, y así lo ha reconocido el propio TC. Respecto de criterios étareos, ha indicado:

Que la diferenciación por el criterio de edad no es, en sí misma, jurídicamente reprochable. Desde luego, es usual en el Derecho Público, tratándose,

28 Ver, más abajo, nota 29 y texto acompañante.

29 En Estados Unidos, la edad no es categoría sospechosa y no recibe un escrutinio estricto. Ver. *Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307, 313 (1976) (“[While] the treatment of the aged in this Nation has not been wholly free of discrimination, such persons, unlike, say, those who have been discriminated against on the basis of race or national origin, have not experienced a ‘history of purposeful unequal treatment’ or been subjected to unique disabilities on the basis of stereotyped characteristics not truly indicative of their abilities”).

30 Ver, por todos, Cid, Camilo, Fondo de Ajuste de Riesgo en el Sistema Isapre, http://www.mednet.cl/medios/eventos/economiasalud/docdescarga/Fondo_de_Ajuste_de_Riesgo_entre_Isapres20070427.pdf; por todos, Ibern, Pere, Panel de Expertos para la Evaluación del Fondo de Compensación Solidario entre Isapres, Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud, 2008, http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-4456_recurso_1.pdf.

por ejemplo, de requisitos para ejercer derechos políticos activos y pasivos, o en el derecho privado para ser titular en el ejercicio de determinados derechos. En materia de derecho laboral y de seguridad social, por su parte, el factor edad es inherente a la fijación de requisitos para recibir determinadas prestaciones y ejercer el derecho a la jubilación. Las diferenciaciones señaladas, sin embargo, se ajustan al principio de que la relación jurídica no debe perjudicar al más débil, menos aun si tal condición escapa a la voluntad del afectado, como lo es el hecho de cumplir una determinada edad, lo que resulta observable en el asunto de autos³¹.

Mito desmitificado: La Sentencia 1710 no prohibió la diferenciación de precios finales en los contratos de los seguros privados de salud basados en los factores de edad y género, sino que solo exigió una base racional al factor de diferenciación y, en el caso del género, que no sea desproporcionada.

2.4. Cuarto mito: el artículo 38 ter de la Ley de Isapres vulnera materialmente derechos fundamentales de las personas

Para derribar este cuarto mito es necesario analizar el andamiaje que constituye el reproche de constitucionalidad que realiza la Sentencia 1710 en contra del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. En síntesis, como veremos a continuación, el TC derogó los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso 3° del artículo 38 ter sobre la base de una infracción al principio de *reserva legal*³² y no sobre la base de vulneraciones materiales a los derechos fundamentales.

Ciertamente no puede dudarse que el TC apoyó su argumentación en la dignidad de la persona humana (artículo Iffl de la Constitución), la igualdad ante la ley (artículo 19 Nffl 2), el derecho fundamental a la protección de la salud (artículo 19 Nffl 9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19 Nffl 18)³³. No obstante lo anterior, si se revisa cuidadosamente los considerandos

³¹ Considerando 69° de la sentencia Rol N° 1273-08.

³² Ver, entre otros, Cordero, Eduardo, “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, en *Revista de Derecho*, XXXII, 2009, pp. 409-440; Marshall, “Pablo, Tabla de Factores de la Ley de Isapres y Derechos Fundamentales (Tribunal Constitucional)”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, 2, 2010, pp. 247-264, donde se indica que “[...] el Tribunal tuvo la opción de construir su razonamiento de inconstitucionalidad sin incorporar la afectación sustantiva de derechos fundamentales. Ello podría haber sido logrado limitándose a la constatación de la infracción de la reserva de ley que también es mencionada. Existen, por tanto, razones basadas en distribución de competencias entre órganos estatales que hubieran bastado, según la concepción del Tribunal, para justificar la inconstitucionalidad”.

³³ Ver, Nogueira, Humberto, “Protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-Inc., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de

contenidos en el Capítulo IV de la parte considerativa de la Sentencia 1710, denominado *la dilucidación del examen de constitucionalidad*, se concluye que los cuestionamientos operativos de la sentencia se reducen a la forma e intensidad del reparto de competencias normativas, esto es, quién debe regular (legislador vs. administración) y con qué grados de discrecionalidad.

La referencia específica a la infracción a la reserva de ley la realiza el Tribunal en su análisis de cada uno de los derechos fundamentales que tuvo en consideración al resolver el caso. Así, en relación con la *igualdad ante la ley*, los considerandos 145° y 146° de la Sentencia 1710 realiza un intrincado análisis para conectar razonabilidad con reserva de ley:

[E]n efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 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* [el énfasis es nuestro] que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de “*instrucciones de general aplicación*”, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad.

Que, a mayor abundamiento, como ya constató esta Magistratura [...], resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 [establece *relación máxima*], y con apoyo en el mismo juicio jurídico 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* [el énfasis es nuestro], ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo.

Isapres”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 8, 2, 2010, pp. 763-798.

En materia de igualdad, lo reprochado es, en definitiva, la ausencia de *límites idóneos* impuestos legalmente (amplitud discrecional) para el ejercicio de una potestad administrativa discrecional. Este raciocinio es cuestionable, no solo por la falta de conexión entre razonabilidad y reserva de ley³⁴, sino porque en el caso de la *relación máxima* sí existía programación normativa legal clara y manifiesta. Como hemos visto, el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 fijó la *relación máxima* para el primer período de 10 años, prohibiendo relaciones superiores a 9 veces en el caso de las mujeres y a 14 veces en el caso de los hombres.

En lo que respecta al derecho fundamental a la protección de la salud, el TC igualmente decidió el caso sobre la base de una infracción al principio de reserva legal. El considerando 149° de la Sentencia 1710 dispuso que:

[E]n relación al derecho a la protección de la salud, debe señalarse que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, *no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, pues eso lo define el constituyente.* (énfasis agregado)

Nuevamente se observa que lo cuestionado es el reparto de competencias normativas, esto es, que la Superintendencia sea la llamada a determinar la estructura de la *Tabla de Factores* y, especialmente, que sean las Isapres las que las completen. Que no sea la ley la que acometa tal tarea es, en definitiva, lo reprochado, dado el impacto que la estructura normativa analizada tiene sobre el precio final de un plan de salud. Así se aprecia en el considerando 150°:

Que, como ya se ha señalado, mientras el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 estableció, por el plazo de 10 años contados desde la entrada en vigencia de dicha legislación, la *relación máxima* entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, señalando que ésta iba a ser de hasta 9 veces, en el caso de las

³⁴ Indudablemente, si la actuación administrativa posterior es irracional o desproporcionada podrá ser anulada por ilegal e inconstitucional. Pero afirmar una conexión esencial o inherente entre razonabilidad y reserva de ley carece de fundamento. En otras palabras, la *relación máxima* concreta que se elija entre el factor más bajo y el más alto de cada *Tabla de Factores* puede ser objeto de un análisis de *proporcionalidad* o *razonabilidad*, pero no una norma que habilita a una Superintendencia para fijar la estructura de la *Tabla de Factores*.

mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 le entregó tal definición a la Superintendencia del ramo.

Respecto del grado de discrecionalidad de la Administración, se indica en el considerando 152° que:

[L]os primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en orden a fijar “*las condiciones*” del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales.

La crítica al grado de libertad normativa de la Administración es luego profundizada en el considerando 153°:

Que, en efecto, dichos preceptos permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado... [E]l plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre. A través de este mecanismo, 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*. Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca. (énfasis agregado)

Argumentos adicionales en contra del grado de libertad normativa definido por el artículo 38 ter se encuentran en el considerando 155°:

Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es exponencial, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la *ley no ha*

establecido condiciones o parámetros razonables, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.

El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios *desproporcionados* en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, *el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre.*

Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución. (énfasis agregado)

Se concluye, en los considerandos 157° y 158°, que la amplitud de la discrecionalidad administrativa entregada por la norma analizada colisiona con el derecho fundamental a la protección de la salud y la exigencia de un mínimo de regulación de contenido legal:

Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce *la amplitud no razonable que la disposición en examen permite*, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de “cotizante cautivo” que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional.

Que en relación al número 4 citado, debe agregarse que respecto de la sola formulación del precepto impugnado, sin vinculación con el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, esto es, en su validez como norma permanente habiendo transcurrido el primer período de diez años que este último contempla, cabe la interrogante sobre su conformidad con la exigencia constitucional dispuesta en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 citado. Esto es, como esta Magistratura ya lo ha expuesto, apreciar *si el grado de discrecionalidad que el precepto bajo control le entrega a la Superintendencia de Salud para actuar en la materia referida, corresponde a la envergadura de los bienes jurídicos que su ejercicio abarca o cubre*. En efecto, la forma y condiciones como se prestan las acciones de salud, que es la materia cobijada en la reserva legal que nos ocupa, se refiere a un deber del Estado que está destinado a posibilitar que se cumpla la garantía del derecho a la protección de la salud de las personas. Por lo tanto, sin pretender que el legislador determine en este caso un tipo de actividad administrativa plenamente reglada, como se denomina en doctrina, las referidas *forma y condiciones* de la ejecución de las acciones de salud sí deben *determinarse por la ley con un grado de precisión tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales*. (énfasis agregado)

Finalmente, en relación al derecho a la seguridad social, en el considerando 151° se argumenta la infracción al principio de reserva legal en los mismos términos que los expuestos en materia de igualdad y salud:

Que si el legislador, en el año 2005, fijó en el citado precepto transitorio la determinación de tales márgenes en el entendido de que éstos se hallan dentro de las “materias básicas” de la seguridad social, él mismo *vulneró la Constitución al entregarle su definición a un organismo regulador*, esto es, a la Superintendencia del ramo, en la determinación permanente —específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter bajo control. (énfasis agregado)

Es decir, la estructura argumentativa se repite: la *relación máxima* no puede ser determinada por la Superintendencia sin vulnerarse al mismo tiempo el principio de reserva legal. Asimismo, se concluye en el considerando 159°, en

relación a este derecho fundamental, que:

[E]n relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, *ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial.* (énfasis agregado)

La referencia a la reserva legal y su relevancia en el razonamiento de la Sentencia 1710 puede apreciarse también en las prevenciones de al menos tres ministros. Así, según indica el Ministro Bertelsen en su voto concurrente a la Sentencia 1710:

[L]a consideración de que los preceptos legales declarados inconstitucionales contienen una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido: a) el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y, b) un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

Asimismo, los Ministros Vodanovic y Fernández Fredes (quienes estuvieron por declarar inconstitucional todo el artículo 38 ter de la Ley de Isapres) indicaron en su prevención que:

[A]un para el evento de considerarse (como lo hace este fallo) que un mecanismo de reajuste razonable y proporcionado de los montos de las primas por los contratos de salud previsional no sería en sí mismo inconstitucional, incluso basando tales reajustes en los criterios de sexo y edad de los asegurados, resulta inconcusos para

estos previnientes que *ello sólo podría hacerse por medio de una ley que fijara precisa e inequívocamente la fórmula de reajustabilidad y no encomendando tal facultad a la autoridad administrativa ni mucho menos habilitando a las Isapres para determinar libremente los factores a aplicar con tal objeto*. Por ello, son también inconstitucionales todos los preceptos contenidos en el mencionado artículo que así lo permiten. Lo anterior se basa en el claro tenor del inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 constitucional, en cuya virtud *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. (énfasis agregado)

Mito desmitificado: La Sentencia 1710 reprochó una vulneración al principio de reserva legal (forma e intensidad del reparto de competencias normativas) a partir de cómo se encontraba estructurado el artículo 38 ter de la Ley de Isapres en términos de delegaciones normativas a la Superintendencia de Salud. En estricto rigor, el TC no realizó reproches de vulneraciones materiales a derechos fundamentales. Todo el análisis de constitucionalidad está marcado por una crítica a la forma e intensidad del reparto de competencias normativas, esto es, quién debe regular y con qué grados de discrecionalidad.

Mito reinterpretado por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia de inaplicabilidad Rol 1572 posterior a la Sentencia 1710: Si bien la Sentencia 1710 es estricta y restringida en los fundamentos de la derogación declarada (infracción a la reserva legal y no infracción material a derechos fundamentales), el TC ha continuado expandiendo su visión constitucional en materia de regulación de los seguros privados de salud administrados por las Isapres. No podemos desconocer que el propio Tribunal ha reinterpretado y revivido algunos de los mitos antes criticados, haciendo menos claro el contenido y alcance de su posición sobre la materia.

A partir de la sentencia Rol 1572-09-INA, dictada el 30 de noviembre de 2010 (en adelante la Sentencia 1572), el TC ha sistematizado los reproches de constitucionalidad analizados anteriormente bajo el título “Los estándares fijados en la sentencia de inconstitucionalidad, Rol N° 1710-10”. Concretamente, en el considerando 35° de la Sentencia 1572, el Tribunal ha sistematizado su vi-

sión de fondo de cómo deberían ser regulados los contratos de salud administrados por Isapres:

[L]a tabla de factores debe guardar proporcionalidad en relación a las rentas (STC Rol N° 1710, considerandos 65°, 145° y 146°); por lo mismo, no puede generar un desequilibrio entre el cobro de la cotización y la protección del derecho a la salud (STC Rol N° 1710, considerando 156°); no puede generar un reajuste exponencial y confiscatorio de las rentas del afiliado (STC Rol 1710, considerando 155°); no puede generar la imposibilidad de que el afiliado costee el aumento del precio que su aplicación conlleva (STC Rol N° 1710, considerando 160°); ni dar lugar a alzas que obliguen a los beneficiarios a emigrar del sistema (STC Rol N° 1710, considerando 157°).

En segundo lugar, la relación que dicha tabla establezca entre los distintos factores que la componen, debe tener una fundamentación razonable (STC Rol N° 1710, considerandos 145° y 146°); no puede haber discrecionalidad de la Isapre para determinar los factores de cada tabla (STC Rol N° 1710, considerandos 65° y 145°); tienen que existir límites idóneos, necesarios y proporcionales y, por ende, razonables (STC Rol N° 1710, considerando 145°).

En tercer lugar, en el mecanismo, si bien puede ser complejo, al intervenir distintos actores, el papel del afiliado debe ser esencial, sin que pueda limitarse a aceptar o rechazar lo que la entidad previsional ofrezca (STC Rol N° 1710, considerando 153°; Rol N° 976, considerandos 14° y 15°); no puede haber dispersión en la determinación del precio entre los diferentes intervinientes (STC Rol N° 1710, considerando 153°).

Finalmente, no puede generar tratos desiguales (STC Rol N° 1710, considerandos 148° y 155°) ni considerar factores inherentes a la condición humana (STC Rol N° 1710, considerando 155°).

El Tribunal ha aclarado entonces cuáles son sus directrices de fondo que el futuro Congreso deberá cumplir al momento de establecer la nueva regulación en materia de seguros de salud. Las exigencias son ambiciosas y al mismo

tiempo ambiguas, por lo que imponen desde ya un grado importante de incertidumbre regulatoria al proyecto de ley que ha sido ingresado al Congreso. Ya volveremos sobre estos puntos al revisar el tema central del fallo: la reserva legal.

3. Reserva legal y mercados desregulados: los derechos fundamentales no exigen que los precios sean regulados por ley

La anterior disección de la Sentencia 1710, a efectos de derribar algunos mitos que se han construido en su entorno, nos lleva a realizar aquí un breve análisis de su verdadero *holding*³⁵ o pilar fundamental: el principio de reserva legal y la falta de densidad normativa del inciso 3° numerales 1 a 4 del artículo 38 ter de la Ley de Isapres.

3.1. Reserva legal y control constitucional de la ley

La relación del TC con el principio de reserva legal es problemática. Se trata de una válvula que le permite criticar esquemas regulatorio-administrativos que están fuera de su competencia revisora de leyes.

En todo caso, es importante destacar que el TC reconoció expresamente que su declaración no implicaba una vuelta a los viejos tiempos de la reserva legal absoluta, doctrina que exigía que toda la regulación sustantiva estuviera establecida en la ley³⁶. Por el contrario, la infracción que se constató lo sería al principio de reserva legal en su versión *relativa*, donde únicamente lo esencial debe recibir regulación de rango legal. Así consta en el 123°:

Que, conforme a la Constitución, dicho deber preferente debe llevarse a cabo, además, “en las formas y condiciones que la ley determine”. Ello, sin embargo, no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa, pues la Carta Fundamental establece que sólo “las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social” son materias de ley (artículo 63, N° 4°) y tal razonamiento debe entenderse extendido a la regulación del derecho a la protección de la salud. En tal contexto, tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo

35 El *holding* o “determinación del tribunal de una cuestión legal que es esencial a la decisión del caso”, es el opuesto al *obiter dicta*, o “comentario judicial hecho durante el curso de la deliberación en una decisión judicial”. Ver Bryan A. Garner (ed.), *Black’s Law Dictionary* (2nd Pocket Ed., (West) 2001.

36 Ver Carlos Carmona Santander, “Un nuevo estadio de la relación Ley-Reglamento: El ámbito del reglamento”, en *Revista de Derecho Público*, 63, 2002, p. 154.

a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa³⁷.

La reserva legal –la prohibición que impide al Congreso entregar ámbitos o materias al desarrollo administrativo– es un principio histórico que resulta difícil reconciliar con la arquitectura del Estado regulador del siglo XXI. En la actualidad, la idea de que las políticas públicas deban definirse íntegramente o incluso esencialmente en el Congreso resulta irreal e inconveniente.

Es irreal porque no hay manera de lograr dicho objetivo dada la complejidad de las intervenciones administrativas contemporáneas e inconveniente porque no hay ningún argumento sólido que permita sostener que dicha solución goza de mayor legitimidad democrática o que la normativa del Congreso sea *mejor* que la de la Administración³⁸. En este contexto, una comprensión reforzada de la reserva legal relativa –esto es, el reconocimiento del amplio poder del Congreso para tratar legislativamente solo aquellas materias que estime necesario y en la profundidad que desee, y de entregar las demás al desarrollo del Ejecutivo– es la mejor opción interpretativa general³⁹.

En todo caso, aun asumiendo que nuestro texto constitucional demande una comprensión de la reserva legal en términos algo más estrictos tratándose de la igualdad, salud y seguridad social, nos parece poco persuasiva la queja del TC en el sentido de que la Ley de Isapres no pase la exigencia mínima constitucional de densidad legal. A modo de referencia, la principal reforma en materia de transporte público en la historia de Chile, el Transantiago, se hizo sobre la base de un artículo que no dice nada (artículo 3° de la Ley 18.696), sin recibir objeción constitucional⁴⁰. Por contraste, el actual DFL 1 tiene 232 artículos, que corresponden a 131 páginas tamaño carta, extensión literaria que

37 Ver, también, el considerando 43° de la Sentencia 1572: “Que el tercer estándar que fijó la sentencia Rol N° 1710, es que si bien no estamos frente a un caso de reserva absoluta, pues sólo las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social (artículo 63 N° 4°) pertenecen al dominio legal del derecho a la protección de la salud, el Estado no puede renunciar a que se fijen en la normativa legal la forma y condiciones en que la ley determine el deber preferente del Estado para garantizar la ejecución de las acciones de salud (artículo 19 N° 9°)”.

38 Ver Jerry L. Mashaw, “Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions”, en *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1 1985, p. 81. Como resumen, ver Posner, Eric A. y Vermeule, Adrian, “Interring the Nondelegation Doctrine”, en *University of Chicago Law Review*, 69, 2002, pp. 1721-1722, “[t]he nondelegation position lacks any foundation in constitutional text and structure, in standard originalist sources, or in sound economic and political theory”.

39 El principio debe entenderse de naturaleza variable. Esto es, en ciertos ámbitos la Constitución puede interpretarse en el sentido de exigir reserva legal más estricta. Ejemplo: el Derecho Penal.

40 Sí se quejaron Axel Buchheister y Sebastián Soto, “Transantiago y el Estado de Derecho”, en *Serie Informe Legislativo*, 29, 2009 (Libertad y Desarrollo).

indudablemente constituye un indicador de su densidad normativa.

En nuestro concepto, y como intentaremos mostrar en la próxima sección, el principio de reserva legal sirvió de *chivo expiatorio* en tanto fundamento de la Sentencia 1710, pues sirvió de base para que el TC objetara implícitamente el fondo del esquema regulatorio en cuestión: que las Isapres tienen libertad para fijar los precios conforme a la lógica individualista de los seguros privados. Por lo demás, desde una perspectiva constitucional de fondo, la posición adoptada por la Sentencia 1710 nos parece criticable. Las Isapres atienden solo a un 16% de la población, que corresponde mayoritariamente al sector de mayores ingresos. Nuestro complejo sistema de salud permite que las Isapres hagan descreme del mercado, quedándose con los usuarios ricos, jóvenes y saludables.⁴¹ El siguiente cuadro grafica cómo solo en el décimo decil de la población las personas están mayoritariamente en Isapres:

	Fraction of People in		
	Isapres	Fonasa	
Income Decile	1	1,2%	91,8%
	2	1,9%	90,5%
	3	4,2%	87,6%
	4	7,0%	93,0%
	5	9,7%	79,4%
	6	12,9%	73,1%
	7	19,7%	65,3%
	8	28,3%	55,6%
	9	40,3%	41,7%
	10	61,6%	24,5%

Fuente: Agostini, Saavedra y Willington.

En este contexto, resulta difícil comprender cómo puede ser un problema constitucional que ciertos adultos mayores no puedan pagar su Isapre y deban emigrar a FONASA, cuando la realidad es que dicho sistema público de salud atiende a la gran mayoría de los chilenos, quienes nunca han podido tener otra opción o alternativa. Además, la solución a la que apunta implícitamente el Tribunal –una tarifa más plana–, puede obligar a muchos jóvenes a dejar

⁴¹ Agostini, Claudio A., Saavedra, Eduardo y Willington, Manuel, *Collusion in the Private Health Insurance Market: Empirical Evidence for Chile*, p. 9.

las Isapres para que algunos mayores puedan seguir afiliados⁴². En definitiva, consideramos que, en términos sistémicos, el Derecho Constitucional de la salud y de la seguridad social dice relación con las personas que están en FONASA y solo marginalmente con aquellos privilegiados que pueden pagar una Isapre⁴³.

Esto no constituye una defensa del sistema actual de salud privada en Chile. No cabe duda que el sistema de Isapres tiene graves fallas que requieren pronta solución. La falta de transparencia en el ámbito de los planes de salud (que influye negativamente en el nivel de presión competitiva), los excesos de gastos de venta y la desprotección que afecta a muchas personas mayores con mala condición de salud, son solo algunas de ellas (a modo de ejemplo, la reciente reforma del Presidente Obama en EE.UU. no permite discriminar más de 1:4 veces). A pesar de todas estas fallas, en un sistema democrático, no todos los problemas de política pública necesariamente son materia de Derecho Constitucional. De hecho, normalmente no lo son.

3.2. Reserva legal y desregulación de mercados

Con todo, lo más criticable del fallo dice relación con la impugnación de la densidad normativa de una disposición legal, el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, que define un determinado servicio y entrega la determinación de su precio al mercado.

Como explicamos más arriba, las Isapres, en tanto compañías de seguros, intentan cobrar a cada persona de forma proporcional a su perfil de riesgo. Así como las casas de madera pagan una prima de seguro de incendio más cara que las casas de concreto, las personas con mayor probabilidad de enfermarse o de incurrir en gastos en salud pagan más caro que las personas con buena salud. Ese es el principio básico de un sistema de salud privatizado basado en seguros, donde el Estado ha decidido no subsidiar a los afiliados⁴⁴.

Ahora bien, la evolución histórica de la regulación de las Isapres en nuestro país demuestra que ese principio básico propio de los seguros nos ha ido

42 La pregunta relevante aquí es si esta *transacción* es progresiva o regresiva, dada la riqueza relativa de los jóvenes que salen y los mayores que se quedan (y que, de otra manera, también habrían salido).

43 Esto es ciertamente sin perjuicio de que, en caso que una Isapre particular realice actos ilegales y arbitrarios en contra de un afiliado concreto, entonces habrá una violación de derechos fundamentales.

44 En nuestro sistema de salud, quienes deseen adscribirse a un sistema subsidiado sistémicamente deben cambiarse a FONASA.

paulatinamente pareciendo intolerable desde una perspectiva de justicia distributiva. Hemos exigido entonces que el sistema no se fundamente únicamente en la ciencia actuarial, sino que incorpore elementos de solidaridad y de subsidios cruzados.

Particularmente sensible nos ha resultado el caso de quienes se enferman y aumentan significativamente sus riesgos: hemos determinado entonces que las Isapres no puedan desvincularlos ni aumentarles las primas (eso sí, esto viene dado al costo de que se transformen en afiliados cautivos). Asimismo, existen una serie de patologías, las que integran el GES o AUGE, que también se costean solidariamente, esto es, independientemente del riesgo individual. Al igual que la evolución de la regulación del sistema de AFPs –que en su última gran reforma incorporó un fuerte pilar solidario–, hemos ido progresivamente aumentando el grado de solidaridad de nuestro sistema de seguros privados de salud, lo que ha sido deliberado, discutido y negociado por nuestros órganos democráticos.

En el caso de las Isapres, concretamente, la gran reforma a la salud del año 2005 introdujo importantes limitaciones al principio de los precios desregulados que anima el sistema de contratos de salud administrados por las Isapres⁴⁵. La Tabla de Factores fue uno de los instrumentos introducidos por la “Ley Larga de Isapres”, Ley 20.015, y formó parte de un esfuerzo legislativo por introducir *suavidad* y, por ello, solidaridad, en los esfuerzos diferenciadores de precios de las Isapres. El esquema elegido es explicado por Nancuante y Romero sobre la base de las siguientes reglas:⁴⁶

a) Reglas que aplican a los precios base:

- i. Las Isapres deben informar a la Superintendencia de Salud anualmente el precio base de todos sus planes.
- ii. Las Isapres deben informar anualmente la variación que introducirán a los precios base, variaciones que tienen un mínimo y un máximo.
- iii. Las Isapres no pueden ofrecer rebajas.
- iv. Las Isapres no son libres para ofrecer cualquier plan alternativo.

b) Reglas que aplican a la Tabla de Factores

- i. Las Isapres definen los factores de acuerdo a la estructura de tabla

45 Para un recuento de la reforma, ver Ulises Nancuante Almonacid y Andrés Romero Celedón, *La reforma de la salud*, 2008 (Ediciones UNAB).

46 Lo que se indica a continuación constituye una transcripción casi literal de las reglas explicadas por los autores citados en *ibíd.*, pp. 441-453.

definida por la Superintendencia.

ii. Para definir cada tramo de edad, la Superintendencia debe ceñirse a determinados parámetros (precisamente los que fueron declarados inconstitucionales por el TC).

iii. Las Tablas de Factores adoptadas no pueden alternarse.

iv. Las Isapres solo pueden tener dos tablas de factores (antes de la reforma habían alrededor de 2.500 tablas).

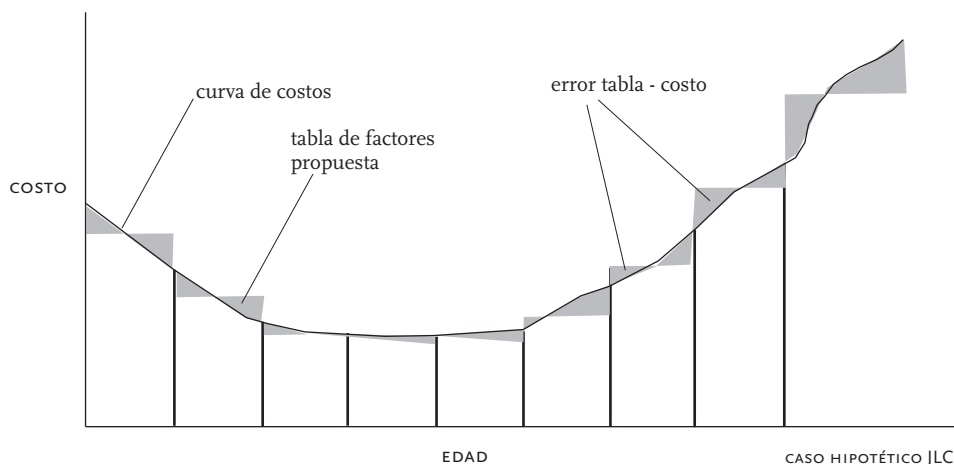
v. Las Isapres pueden crear tablas nuevas cada 5 años.

vi. Las Isapres están obligadas a aplicar el factor que corresponda (no pueden dejar de aplicarlo⁴⁷).

Ahora bien, tal vez la regla más importante es que solo se permite diferenciar precio sobre la base de los factores edad, género y condición de carga. Nada más. Fumadores y no fumadores, obesos y no obesos, entre otras categorías relevantes, todos pagan lo mismo, con lo que los menos riesgosos subsidian a los más riesgosos. Enseguida, la elaboración de rangos de edad implica también una forma leve de subsidio a lo largo del peldaño. Cuando la curva tiene pendiente positiva, quienes están en la primera parte del tramo pagan más de lo que cuestan y subsidian por ende a los que están en la segunda parte (que pagan menos de lo que pagan).

⁴⁷ Conviene tener presente esta norma, en vista que de los últimos fallos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema. El artículo 38 ter de la Ley de Isapres señala:

Las Instituciones de Salud Previsional 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 197.



Fuente: J. Labbé (2005), Departamento de Estudios y Desarrollo, Superintendencia de Salud.

En síntesis, el programa jurídico del Congreso es claro y goza de una importante densidad normativa: precios libres conforme a la lógica de los seguros privados –que implica que las Isapres harán su mejor esfuerzo por cobrar a cada afiliado de acuerdo a su perfil de riesgo– sometidos a una serie de restricciones solidarias basadas en consideraciones de justicia distributiva. La arquitectura de esas restricciones está definida en la ley con detalle en el artículo 38 ter, quedando la Superintendencia de Salud en un papel secundario. Adicionalmente, mayor solidaridad se introduce y se seguirá introduciendo por la vía del plan GES.

Un caso concreto resulta útil para graficar lo que hemos expuesto. Es claro que el legislador no estableció ninguna regla ni limitación específica en materia de diferenciación de primas entre hombres y mujeres (esto es, no hay límites ni restricciones en la ley). El legislador ha permitido expresamente que las Isapres establezcan todas aquellas diferencias de precios entre hombres y mujeres que una lógica empresarial exija cobrar conforme a los distintos perfiles de riesgo. Los límites de diferenciación vienen dados aquí por la naturaleza y las empresas se adaptarán a esta realidad lo mejor que puedan. El punto central que destacamos es que la desregulación parcial de una cierta materia o ámbito no significa que la ley carezca de densidad normativa.

Resulta obvio que los miembros del TC pueden estar en desacuerdo con la falta de solidaridad inter-género que se sigue de la desregulación parcial antes indicada. Pero ese es un problema de fondo y no de reserva

legal. De hecho, esto no tiene nada que ver con el reparto de competencias entre el Congreso y la Administración, sino que se trata directamente de un disgusto respecto a las decisiones sustantivas adoptadas por el Congreso. Al final del día, lo que hemos llamado más arriba *el mito reinterpretado* muestra que el problema del Tribunal –independientemente del fundamento de la Sentencia 1710– es uno ideológico (reproche al resultado final del sistema, esto es, a la evolución del costo del seguro de salud durante el ciclo de vida) y no uno de densidad normativa (ver considerando 35° de la Sentencia 1572).

Esto nos confronta a dos problemas de interpretación constitucional. El primero es que la solidaridad es un problema sistémico y de grados, y los seguros privados administrados por las Isapres sí incorporaban algunos elementos de solidaridad (pocos, pero crecientes, la mayoría gracias al GES). ¿Puede el Tribunal calificar solo la tabla de factores sin analizar el sistema completo? ¿Puede declararse la inconstitucionalidad de un árbol (el artículo 38 ter) sin mirar el bosque, el sistema de salud nacional y el sistema de Isapres?

El segundo problema de interpretación se da ante la posibilidad de tener mercados desregulados cuando hay derechos fundamentales en juego. La Sentencia 1710, especialmente reinterpretada por la Sentencia 1572, arroja una sombra de duda sobre este punto. Por nuestra parte, no compartimos este criterio. Desde una perspectiva de políticas públicas, es perfectamente razonable y apropiado utilizar el mercado como asignador primario, enfocando los mecanismos de redistribución como mecanismos de excepción que solo benefician a aquellos que efectivamente necesitan subsidios para adquirir el mínimo garantizado (esto es, los más pobres).

Estas dos cuestiones están relacionadas la una con la otra. Tratándose de sistemas regulatorios, no debe mirarse un árbol sin observar el bosque. No puede enjuiciarse un instrumento de políticas públicas específico sin analizar el contexto y totalidad de herramientas que lo acompañan en su aplicación efectiva. Y, mirando el bosque, el golpe que el TC asestó a las Isapres, sistema de privilegio dirigido al sector más acomodado de la población, no termina de convencer ni persuadir en tanto declaración de derechos fundamentales.

4. Conclusiones

Mediante la Sentencia 1710, el TC ha formulado una invitación a revisar el actual modelo de seguros privados de salud. Esta invitación está dirigida a abogados, economistas y analistas de políticas públicas, pero fundamental-

mente al Congreso Nacional que deberá ahora reparar, con urgencia, la Ley de Isapres que ha quedado con un importante vacío.

En este artículo nos hemos propuesto aportar algunas observaciones y comentarios que sean de utilidad al proceso legislativo de reforma de la Ley de Isapres. Con ese afán, en nuestro concepto, la Sentencia 1710 permite concluir que una futura reforma al modelo:

1. *Puede seguir utilizando una Tabla de Factores como forma de ajustar las primas (o precio final) por el riesgo del asegurado;*
2. *Puede seguir discriminando por sexo y/o edad para efectos de determinar el precio final de un plan de salud. Solo se exigió una base racional de la discriminación y, en el caso del sexo, que esta no sea desproporcionada;*
3. *Debe elevar la jerarquía normativa de tal regulación (estructura de la Tabla de Factores y la determinación de los factores de riesgo), así como limitar la discrecionalidad regulatoria de la Administración.*

Ahora bien, la Sentencia 1710 y las posteriores *señales* enviadas por el TC sitúan al legislador en una compleja encrucijada: a) optar por un modelo completamente *blindado* contra nuevas *intervenciones constitucionales* (achatando la Tabla de Factores lo más posible; morigerando las discriminaciones por sexo y/o edad; y, elevando toda la regulación a rango legal), lo que, como contrapartida, puede generar ciertas rigideces ineficientes, tal vez compensadas por la seguridad jurídica; u, (b) optar por otro modelo menos *blindado*, más flexible, pero jurídicamente incierto⁴⁸. La tarea no es fácil para el Congreso.

⁴⁸ Regulaciones poco estables en el tiempo (conocido internacionalmente como *regulatory risks*), siempre han sido consideradas como un factor negativo en las decisiones de inversión, pudiendo, en el extremo, desincentivarlas (eventuales pérdidas de bienestar). Ello tendría directa relación con el *costo de capital*: Regulatory risk arises when the interaction of uncertainty and regulation changes the cost of financing the operations of a firm, por todos, Ergas, Henry, *Regulatory Risk, Paper prepared for the ACCC Regulation and Investment Conference*, Manly, 26-27 de marzo de 2001, Draft Version. Ver, entre otros, Dewenter, Ralf, “Regulatorische Risiken in Telekommunikationsmärkten aus institutionsökonomischer Perspektive”, en *Diskussionspapier 64*, (Helmut-Schmidt-Universität), 2007; Gentsoglani, Anastassios, “Regulatory Risk, Cost of Capital and Investment Decisions in the Telecommunications Industry: International Comparisons”, 2004, <http://itseurope.org/ITS%20CONF/berlino4/Papers/Anastassios.pdf>; Knieps, Günter / Weiß, Hans-Jörg, “Reduction of Regulatory Risk: A Network Economic Approach”, en *Discussion Paper 117*, (Institut für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik) 2007.

Para terminar, nos permitimos tomar distancia e intentar mirar esta decisión en un contexto más general. Tenemos la convicción que esta decisión del TC confirma que hemos entrado en una nueva etapa en la historia de nuestro Derecho Constitucional Económico. Sin desmerecer su logro histórico, la era de la *primacía de la persona*, que veía en el Estado un enemigo frente al individuo, ha llegado a su término. En el mundo que nos toca vivir hoy, las disputas constitucionales son habitualmente entre privados, entre ciudadanos/usuarios y empresas, en un contexto de mediación regulatoria del Estado. La primacía de la persona no nos sirve hoy para saber cuál de los privados en disputa debe primar.

Si se nos permite exagerar, se puede afirmar que el Derecho Constitucional Económico de hoy ya no es uno que se centra en el artículo 19 N° 20 a 26 –como solíamos entenderlo hasta hace no mucho–, sino uno primordialmente enfocado en el artículo 19 N° 1 a 19 de la Constitución Política de la República. Ya casi no hay amparos económicos; las protecciones acogidas a favor de las empresas ya no son lo que solían ser.

Parece ser que recién tomamos conciencia de que muchas privatizaciones se estructuraron en un contexto donde no solo las empresas tienen libertades constitucionalmente protegidas, sino donde también los ciudadanos/usuarios tienen derechos fundamentales en juego. Los derechos a la vida, igualdad, salud, seguridad social, entre otros, comienzan hoy a vibrar desde lo profundo de los esquemas regulatorios privatizados, introduciendo una cuota importante de riesgo regulatorio en el funcionamiento de mercados que hasta hace poco parecían pacíficos. La Sentencia 1572, posterior a la 1710, es particularmente clara en recalcar este punto⁴⁹.

49 Ver considerandos 36 a 42, donde el Tribunal Constitucional señala que el contrato de seguro de salud no es un mero contrato privado, sino un contrato especial sujeto a un régimen de orden público. Los considerandos 38 y 39 son especialmente relevantes:

Que, enseguida, el contrato de salud es un contrato sujeto a un régimen de orden público (STC roles 976/2008; 1218/2009; 1287/2009; 1710/2010). Al respecto este Tribunal ha esclarecido la cuestión señalando que esto se justifica, *'pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las 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'* (STC Rol N° 1710, considerando 154°). Asimismo, ha indicado que *'el artículo 19, N° 9°, de la Carta Fundamental es la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud'* (STC Rol N° 1287, considerando 44°), agregando que este contrato *'se erige y desenvuelve sobre una base cierta de jerarquía constitucional y de orden público'* (idem, considerando 45°) y concluyendo que esta base constitucional de orden público *'resulta irrenunciable y ha de ser incorporada a todo contrato de salud'* (idem, considerando 46°; STC Rol N° 976, considerando 45°).

Que, a continuación, este Tribunal ha establecido que el contrato de salud no es un contrato como cualquier otro propio del derecho común. En efecto, ha indicado al respecto que esta relación contractual *"no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad"* (STC Rol N° 1710, considerando 154°). En el mismo sentido, el Tribunal ha indicado que el contrato de salud posee la naturaleza de *"institución de seguridad social, y no de contrato de seguro privado"* (STC Rol N° 1287, considerando 67°; STC Rol N° 1218, considerando 62°).

Esta nueva realidad llegó para quedarse y los regulados tendrán que internalizarlo.

Este nuevo Derecho Constitucional Económico no tiene referentes claros. Vivimos un cambio de paradigma que produce desconcierto. Será deber de la doctrina y de la jurisprudencia ayudar a establecer las bases de un nuevo orden constitucional que sea funcional al rol regulador del Estado y que permita resolver las disputas constitucionales de manera justa, esto es, estableciendo un balance apropiado entre los intereses de los ciudadanos/usuarios, los intereses empresariales y los intereses generales.