

*Seminario El Derecho a la Protección de la Salud frente a los
Tribunales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 28 de Agosto de
2015*



RECURSO DE PROTECCIÓN Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: DESNATURALIZACIÓN DE LA ACCIÓN CAUTELAR

Ángela Vivanco Martínez

Profesora de Derecho Constitucional Facultad de Derecho UC

Vicerrectora Académica Universidad Santo Tomás

1.- Grandes Desafíos jurisprudenciales en Chile actual



2.- Naturaleza del recurso de protección

- El recurso de protección podemos conceptualizarlo, teniendo presente las normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos:
- *“como un derecho fundamental de las personas y una acción constitucional destinada a poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia (Cortes de Apelaciones) a través de un procedimiento efectivo, concentrado y breve, ante actos ilegales o arbitrarios de terceros que amenacen, perturben o priven del legítimo ejercicio de los derechos expresamente mencionados en el artículo 20 de la Constitución, con el objeto de restablecer el pleno imperio del derecho y los derechos de las personas de un modo directo e inmediato”.*

(Humberto Nogueira)

3.- Recurso de protección y derecho a la protección de la salud

- **Ampliación de contenidos del derecho:** Autonomía del paciente, rechazo de tratamientos médicos, criterios de competencia del paciente.
- **Intermediación de los contratos:** Hasta hace poco la intermediación constitucional de los contratos era fundamentalmente desarrollada a través de la interposición de amparo económico e inaplicabilidades. Hoy la tendencia, respecto del contrato de salud, es al planteamiento de recursos de protección donde “se ha recurrido al derecho de propiedad sobre los derechos que emanan de los contratos o la no discriminación arbitraria” **(Enrique Navarro)**.
- **Exigencias de justificación sobre facultades propias del asegurador:** “... se circunscribe a afirmar con cifras y criterios generales que los costos de la institución recurrida para otorgar las prestaciones a que está obligada han aumentado, sin que ello se demuestre o justifique de manera cabal, pormenorizada y racional, **por lo que no puede pretenderse reajustar los precios con los solos antecedentes que se invocan por quien está obligado a brindar por contrato que reviste características de orden público y jerarquía constitucional, las prestaciones de un bien como la salud**”.

(Raúl Mercado Ramírez contra Isapre Vida Tres (Rol N° 8443-2012))

¿Y QUÉ HA PASADO CON EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LOS CONTRATOS DE SALUD?

La rutinización de una acción cautelar.....

- “La sumatoria de demandas individuales aceptadas por los tribunales puede también funcionar como una **caja de resonancia de problemas de política pública que deben ser atendidos por el Estado y contribuir a colocar ciertos aspectos del sistema en la agenda pública.**
- Sin embargo el activismo de los jueces en casos individuales podría también potencialmente provocar distorsiones sobre el sistema de salud, si los tribunales al asegurar determinadas prestaciones o coberturas **no consideran el impacto de sus decisiones sobre el conjunto del sistema, o no valoran adecuadamente las consecuencias de los compromisos presupuestarios que conllevan sus fallos”**
- (V́ctor Abramovich y Laura Pautassi)

4.- Acción de protección y contrato de salud: La desnaturalización de la cautela (A)

- AFECTACIÓN Y LEGITIMACIÓN ACTIVA: “La naturaleza de la afectación del derecho a través del acto u omisión arbitrario o ilegal del tercero, **además de ser directa, debe ser grave y manifiesta**, lo que justifica la procedencia de la acción de protección” (Alejandra Zúñiga).
- **El solo hecho del ajuste del valor del plan se considera infracción a la Constitución y la necesidad que éste sea justificado y razonable, como se consideraba, ha venido a ser reemplazada por el descarte previo de toda explicación y la prohibición de volver a aumentar los costos por las mismas razones.**

Fallo Corte Suprema (7 de enero 2013, causas roles N° 8327-2012 y 8478-2012) (A)

- **La falta de justificación de las alzas:** considera arbitraria (y en consecuencia contrario a la Constitución) la falta de justificación de los aumentos de precios hechos por las Isapres (lo cual es parte de sus fallos desde 2009). Considera que la facultad legal de revisión que poseen las Isapres para adecuar los precios, exige “una razonabilidad en sus motivos, esto es, que la revisión responda a **cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan**”.
- **La facultad de revisión de las Isapres es excepcional:** “la interpretación y aplicación restrictiva de las circunstancias que justifican una revisión objetiva se apoya en el **carácter extraordinario de la facultad de la Isapre** y la particular situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a la nombrada institución a la hora de decidir si se mantienen o no las condiciones de contratación”.

Fallo Corte Suprema (7 de enero 2013, causas roles N° 8327-2012 y 8478-2012) (B)

- “Es en relación con ese contrato de salud que se ha declarado que el alza anual efectuada unilateralmente por la Isapre vulnera las garantías constitucionales del afiliado, de modo que, según se ha dicho, tal proceder resulta arbitrario, por lo que no es posible que se efectúe nuevamente ante iguales supuestos de hecho. No resulta admisible que la Isapre reitere esa misma conducta, **puesto que la protección otorgada por la jurisdicción es permanente y no transitoria**”

Qué ha dicho el Tribunal Constitucional con posterioridad a su fallo de inconstitucionalidad (art 38 ter)

- Las tablas de factores deben reunir un conjunto de características para no ser objeto de reproches de constitucionalidad:
- A) Deben resultar proporcionadas, evitando generar un reajuste exponencial de las cotizaciones del afiliado.
- B) La relación entre los factores que componen las referidas tablas debe ser fruto de una fundamentación razonable, sin que la Isapre pueda determinar los factores de la tabla discrecionalmente.

4.- Acción de protección y contrato de salud: La desnaturalización de la cautela (B)

- Se ha traspuesto la consideración del “afectado”, desde la convicción de vulneración de derechos constitucionales, a la negativa de aceptación de cualquier incremento, moderado o no. **Ello se asocia a una intensa campaña de parte de los abogados dedicados a esos litigios.**

¿ Su isapre le subió el plan ?

Si a usted ya le llegó la carta de su isapre en que se le comunica el alza de su plan de salud, no se quede de brazos cruzados. Si han transcurrido menos de 30 días desde que recibió la carta, usted puede lograr que el alza ¡Quede sin efecto!

En www.concepcionlegal.cl sabemos como ayudarle.

Cientos de clientes nos avalan
Contáctenos al: 41-2247019 en horario de oficina o al 9-73675818 o al 9-54000348.
Escribimos a contacto@concepcionlegal.cl

GAÑE DINERO
CON EL ALZA DEL COSTO DE SU PLAN DE ISAPRE

CONTACTENOS A LA BREVEDAD PARA INTERPONER RECURSO DE PROTECCION EN FORMA GRATUITA

LE ENTREGAMOS EL 10% DE LAS COSTAS PROCESALES OBTENIDAS

ABOGADOS ESPECIALISTAS
7-7967583
e-mail: abogadojudicial@gmail.com

S.O.S ISAPRES

¿ CARTA DE ADECUACIÓN? ¿ TU ISAPRE TE SUBIÓ EL PLAN OTRA VEZ? ¡S.O.S Isapres te defiende! COMPLETAMENTE GRATIS

La tramitación consiste en un recurso de protección que se interpone en las cortes de apelaciones.

- 100% Gratis para usted
- El costo lo paga la Isapre
- Si vas con la carta de adecuación tramita tu recurso nosotros y lleva un Costo de \$30.000 (Doble Registro)

+56-9-78889540
WWW.SOSISAPRES.COM

Demanda ISAPRE

Detén el alza de tu Isapre

Pautas éticas Colegio de Abogados de Chile: Código de Ética (2011)

- **Artículo 13. Prohibición de la sollicitación.** Está prohibido al abogado recurrir a la sollicitación para formar su clientela.
- Se entiende por sollicitación toda comunicación de un abogado relativa a uno o más asuntos específicos, dirigida a un destinatario determinado, por sí o por medio de terceros, y cuyo sentido sea procurar la contratación de sus servicios profesionales.

- *"Nuestro gran incentivo es ganar el recurso de protección que interponemos en la Corte de Apelaciones, pues ella no sólo ordenará a su Isapre a mantener el precio base de su plan de salud, sino que además **la condenará a pagar las costas del juicio.** Las costas que se fijen por la Corte es la manera en que nosotros nos pagamos por nuestros servicios. Es por eso que en el escrito de la acción o recurso de protección, el cliente nos faculta para cobrar y percibir las costas del juicio. Como se verá, el **afiliado no tiene nada que perder, y mucho que ganar**"*

(sitio web dedicado a las demandas contra Isapres)

4.- Acción de protección y contrato de salud: La desnaturalización de la cautela (C)

- **“El recurso de protección es un procedimiento excepcional”** (No sirve este procedimiento para la defensa de cualquier interés, sirve solo para defender y garantizar frente a *acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que afecten derechos fundamentales*. Se aplica sólo cuando existe una amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de un derecho esencial).
- **A abril 2015, 1 de cada 100 cotizantes judicializa su plan de salud – universo compuesto por las Isapres que tienen alza de plan base a la fecha.**
- **La judicialización de Alza de Planes de Salud de las Isapre se mantiene al alza, independiente del porcentaje de adecuación declarada por las instituciones.**

4.- Acción de protección y contrato de salud: La desnaturalización de la cautela (D)

- “... ya habíamos advertido sobre el proceso de desnaturalización del denominado Recurso de Protección como mecanismo de tutela de derechos fundamentales, pasando a ser, en la práctica, un instrumento de control de mera legalidad de la actuación administrativa.-Sin embargo, este fenómeno no sólo se presenta en el ámbito del derecho público, sino que también en el privado, **donde la resolución judicial de complejos problemas entre particulares por la vía de este amparo constitucional, es una cuestión de ordinaria ocurrencia.**—Así será frecuente que los abogados intenten utilizar este procedimiento breve, concentrado y desformalizado para lograr la tutela judicial de sus derechos – cualquiera sea la naturaleza de éstos–, dejando para un momento posterior y en forma subsidiaria la interposición de las acciones ordinarias específicas dispuestas por el ordenamiento jurídico para su conocimiento y resolución”

(Andrés Bordalí Salamanca)

4.- Acción de protección y contrato de salud: La desnaturalización de la cautela (E)

- “Tras los fallos del TC, en particular el de inconstitucionalidad de 2010, los tribunales superiores de justicia comenzaron a generar fallos “tipo” acogiendo los mismos, pero sobre la base de jurisprudencia previa como la ejemplificada recientemente.
- En efecto, como sostiene un medio, al menos el 95% de los más de 50 mil recursos de protección en contra de Isapres, fallados entre enero de 2011 y noviembre de 2012, fueron a favor de los afiliados”

(José Francisco García)

5.- Escenario que se configura luego de estos fallos (A)

- ✓ La prohibición de alzar los precios sólo se aplica a los recurrentes pero importa un **incentivo en la litigación**.
- ✓ Los afiliados a quienes se les suban los precios de sus planes, podrán tener una mayor disposición a presentar recursos de protección en contra de sus Isapres, a objeto de que las Cortes resuelvan para ellos **que las alzas vulneran los derechos constitucionales de los cotizantes**.
- ✓ Si todos los afiliados a Isapres recurrieran y obtuvieran idénticas sentencias, en los hechos **se produciría un congelamiento de precios de los planes de salud**, a pesar de que exista una ley que faculta a las Isapres a subir esos precios. Sin embargo, en teoría, se podrán alzar los precios siempre y cuando **se utilicen otros argumentos**.

5.- Escenario que se configura luego de estos fallos (B)

- ✓ La Corte no admite como fundamentos del alza un “aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificable posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización”.
- ✓ **Surge la pregunta: si no se puede argumentar el alza con el incremento del valor de las prestaciones ni con el aumento en la frecuencia de uso de las mismas, ¿entonces qué parámetros objetivos utilizar?**

6.- Necesidad de legislar, pero también de revisar el uso e interpretación del recurso de protección

- De los fallos y de las dificultades que representan para el marco normativo vigente, **se ha hecho presente la necesidad de legislar desde la sentencia de inconstitucionalidad del TC.**
- A los problemas propios de la lentitud legislativa, se ha sumado el hecho que los fallos dictados en la justicia ordinaria van más allá de las directrices del TC y **complican lineamientos de reajustabilidad propios de la naturaleza del contrato de seguro.**
- Sin embargo, dicha legislación no evitará que el recurso de protección siga siendo utilizado **como un procedimiento rutinario para obtener resultados fáciles y masivos**, invocando la Constitución, pero sin un análisis de vulneración de derechos ni la real afectación de ellos como condición clave de justiciabilidad.
- Tal situación **ha de corregirse con una adecuada reconducción de la acción cautelar y de su tramitación.**