

Santiago, ocho de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos octavo a duodécimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

Primero: Que María Pilar Iturrieta ha deducido recurso de protección en contra de Isapre Consalud S.A., de Isapre Banmédica S.A. y de Isapre Cruz Blanca S.A. por haber, todas ellas, rechazado sin fundamento alguno las solicitudes que les formuló la recurrente para ser admitida tanto ella como su hija de tres años de edad -que padece una fisura labiopalatina unilateral- en calidad de afiliadas a la institución. Estima que dicho acto es arbitrario e ilegal y que ha conculcado las garantías previstas en los números 1, 2 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que pide ordenar a las recurridas que le permitan tanto a ella como a su hija ejercer sus derechos y suscribir el contrato de salud que libremente escoja de acuerdo a sus posibilidades económicas, con costas.

Segundo: Que al informar la Isapre Consalud S.A. señaló que su decisión de no admitir la incorporación de la recurrente no es arbitraria ni ilegal, puesto que el contrato de salud es dirigido y bilateral y la autonomía de la voluntad faculta a ambas partes evaluar la pertinencia



de contratar. Tratándose de las Isapres, agrega, dicha evaluación está determinada por el riesgo que asume al contratar con determinada persona, para lo cual debe contar con la información relevante respecto del estado de salud del interesado contenida en la Declaración Personal de Salud. Añade que esta Declaración se encuentra regulada en la Circular IF/N° 160, de 3 de noviembre de 2011, de la Superintendencia de Salud, en cuyo capítulo I se señala que las Isapres al momento de contratar sólo pueden evaluar el riesgo individual de salud de esa persona y sus beneficiarios utilizando la declaración de salud, y sólo podrán negar la afiliación basadas en dicha evaluación, si así lo decide, agregando el Capítulo II que ambas partes en el contrato de salud actúan en base a la autonomía de la voluntad al momento de decidir si contratan o no, lo que lleva consigo que las Isapres puedan evaluar el riesgo que asumen al contratar con determinada persona. Agrega que en todo caso no ha existido en la especie vulneración de garantías constitucionales. Por lo anterior pide el rechazo del recurso, con costas.

Asimismo, Isapre Banmédica S.A. informó haber rechazado la solicitud de incorporación de la recurrente atendido el riesgo individual de salud que presenta de conformidad con los antecedentes médicos que obran en poder de la Isapre, declarados en la Declaración personal de



Salud y evaluados por la Contraloría Médica de la institución, dado que en dicha declaración se indica como beneficiaria de la actora a su hija de 4 años de edad, declarando que ha sido diagnosticada con fisura labiopalatina unilateral de lado derecho, encontrándose en actual tratamiento y debiendo someterse a cirugías en el mediano plazo. De esta manera indica que no ha incurrido en acto arbitrario ni ilegal dado que una de las finalidades de la declaración de salud es justamente permitir a la Isapre evaluar debidamente el riesgo de salud comprometido y en función del mismo decidir la aceptación o rechazo de la suscripción del contrato; todo ello de conformidad a lo indicado por la Superintendencia de Salud en la Circular IF N° 160 de 3 de noviembre de 2011. Por lo anterior pide el rechazo del recurso, con costas.

Finalmente Isapre Cruz Blanca S.A. presentó su informe señalando que el recurso de protección debe ser rechazado porque no ha mediado acción u omisión arbitraria o ilegal de su parte, puesto que la recurrente pidió su incorporación y la de su hija como carga legal presentando su Declaración de Salud respectiva, la que fue evaluada por la Contraloría Médica de la institución, siendo denegada en razón del riesgo individual de salud que implica, al haber manifestado en ella que su hija padecía Fisura Labio Palatina Unilateral operada, ante lo cual previo a decidir



si contrataba o no con la actora le requirió informes de salud adicionales, aportando tres informes médicos de los años 2014, 2015 y 2017 que dan cuenta de la necesidad de intervenciones futuras. Señala haber actuado conforme lo dispuesto por la Superintendencia de Salud en la Circular IF/160 y los principios y normas que rigen el contrato de salud. Por lo anterior pide rechazar el recurso de protección.

Tercero: Que según se desprende de los antecedentes, en el mes de septiembre de 2017 la actora decidió adscribirse al sistema privado de salud que ofrecen las Isapres en Chile.

Con la finalidad de concretar dicha determinación concurrió el día 8 de septiembre de 2017 a Isapre Banmédica S.A., luego el día 12 del mismo mes y año a la Isapre Cruz Blanca S.A. y, finalmente, al día siguiente, 13 de septiembre, a la Isapre Consalud S.A., solicitando en todas su incorporación como afiliada junto con su hija -de entonces 3 años de edad- que nació con fisura labiopalatina unilateral. En cada Declaración Personal de Salud que hubo de suscribir, la actora dejó constancia de esta situación.

Tras analizar las declaraciones de salud y los demás antecedentes aportados por la recurrente, las tres Isapres rechazaron las solicitudes de incorporación, por estimar que el problema de salud de su hija representaba un alto



riesgo para ellas.

Cuarto: Que lo señalado precedentemente y considerando que la actora intentó obtener su incorporación en tres instituciones diversas, habiendo todas denegado su petición por el mismo motivo, permite establecer para los efectos de la presente acción cautelar que la actora se ha visto, en los hechos, impedida de elegir y adscribirse al sistema de salud privado que ofrecen las Isapres en nuestro país.

Quinto: Que sobre el particular útil resulta señalar que el constituyente del año 1980 al momento de plantearse la configuración de las garantías constitucionales vinculadas a la seguridad social, tuvo en especial consideración que el rol de Estado, en lo atingente al ejercicio del derecho, "debe ser el acceso a dichas prestaciones básicas, las que pueden otorgarse a través de instituciones públicas o privadas" (Acta Comisión Ses. 403ª ficha 2), criterio que encuentra su origen en el oficio remitido por el Ministerio de Salud, de fecha 23 de marzo de 1976, a la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en el que reseñaba que "las personas podrán elegir libremente el sistema estatal o la atención privada, debiendo someterse a las normas que rigen el funcionamiento de cada uno de ellos, según corresponda".

Sexto: Que en este contexto y bajo esas premisas es que la Carta Fundamental diseña la garantía del numeral 9°



del artículo 19 dispone que: "La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. 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. Cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

Séptimo: Que el 24 de abril de 2006 se publicó en el Diario Oficial el D.F.L. N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2763, de 1979 y las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, que en lo que interesa al caso de autos, señala en su artículo 131 que: "El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee



acogerse”.

Octavo: Que de lo que se viene señalando es posible concluir que nuestro sistema jurídico consagra el derecho de las personas a elegir libremente el sistema de salud público o privado al que desee acogerse, y si bien es cierto que se reconoce que la elección del sistema privado se materializa en un contrato de salud con alguna Institución de Salud Previsional -según lo dispone el artículo 184 del D.F.L. N° 1 de 2005, de Salud-, acuerdo que pone de manifiesto la importancia de la concurrencia de las voluntades no sólo de la persona natural sino también de la Institución para perfeccionarlo, no lo es menos que la libertad de contratación de ésta encuentra límite en la esencia del derecho constitucional a elegir libremente el sistema de salud, sea estatal o privado, al que la persona quiera adherirse; prerrogativa de la que no puede privar a su titular sobre la base de la evaluación del riesgo financiero que le representaría la afiliación.

Noveno: Que en el caso de autos, como se ha visto, la especial situación fáctica de que da cuenta el recurso en el sentido que no sólo una sino tres Instituciones de Salud Previsional denegaron, una tras otra, a la recurrente y su hija afiliarse a ellas, todas por el mismo motivo, permite establecer a los efectos de este recurso que con su actuar las recurridas la privaron de poder ejercer legítimamente



su derecho constitucional y legal a elegir libremente el sistema de salud al que desea adscribirse, lo que desde luego torna las negativas en ilegales, por infracción del artículo 131 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 ya citado, y simultáneamente atentatorias contra la garantía del artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República.

Décimo: Que, atendido lo anterior, procede acoger la presente acción cautelar y disponer que la última de las Isapres a la que la actora solicitó su incorporación - Consalud S.A.- deberá incorporarla como afiliada junto con su hija, por cuanto se debe entender a estos efectos que al tratarse de la última de las peticiones de incorporación, es la única manifestación de voluntad en tal sentido que no se ve dejada sin efecto por otra posterior y que, por ende, se encuentra actualmente vigente.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de trece de marzo de dos mil dieciocho y, en su lugar, **se acoge** el recurso de protección deducido por María Pilar Iturrieta en cuanto se ordena a Isapre Consalud S.A. permitir la afiliación a ella de la recurrente y de su hija menor de edad mediante la suscripción del contrato de salud correspondiente al plan



que elija.

Acordada con el **voto en contra** de la Ministra señora Sandoval y de la Abogada Integrante señora Gajardo, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada, en virtud de los fundamentos expresados en ella.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante señora Gajardo.

Rol N° 5293-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sr. Jorge Dahm O. y los Abogados Integrantes Sr. Antonio Barra R. y Sra. María Cristina Gajardo H. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Sandoval por estar en comisión de servicios y la Abogada Integrante señora Gajardo por estar ausente. Santiago, 08 de octubre de 2018.



En Santiago, a ocho de octubre de dos mil dieciocho, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

