

Santiago, nueve de junio de dos mil veinte.

**VISTOS:**

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

**Y se tiene en su lugar, y además, presente:**

**PRIMERO:** Que la recurrente de protección ha reclamado en contra de la negativa de Isapre Colmena Golden Cross S.A. a acceder al cambio de plan de Line Cla 6114 al Adriático 3118 porque el 7% de cotización de salud es inferior al valor que detenta el plan pretendido. Expone que la conducta de la recurrida es contraria a la ley y conculcando con ello las garantías de los numerales 1, 2, 9 y 24 del artículo 19 de nuestra carta Magna.

**SEGUNDO:** Que la sentencia de primer grado rechazó el recurso de protección señalando que si bien no hay lugar a dudas que procede el cambio de plan en las circunstancias que el legislador contempla, el escenario planteado en autos es distinto, puesto que radica en que el valor de la cotización legal del afiliado, el 7% de la recurrente es más bajo que el valor o precio que tiene el plan al que desea cambiarse, lo que constituye una justificación razonable de la determinación de la recurrida.

**TERCERO:** Que de lo antes expuesto fluye que el asunto a elucidar consiste en determinar si resulta lícito a la Isapre negarse a acceder a la solicitud de cambio de plan de la recurrente desde el vigente Line Cla 6114 al propuesto por ésta Adriático 3118.



**CUARTO:** 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 atinente 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. 403<sup>a</sup> 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".

**QUINTO:** Que en este contexto y bajo esas premisas es que la Carta Fundamental diseña la garantía del numeral 9° del artículo 19 que 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”.

**SEXTO:** 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”, agregando en el artículo 156: “Los afiliados podrán, en cualquier momento, optar por ingresar con sus familiares beneficiarios a una Institución de Salud Previsional, en la forma y condiciones previstas por el Libro III de esta Ley”.

**SEPTIMO:** Que de lo que se viene señalando es posible concluir que la regla general, en lo que dice relación con el otorgamiento de prestaciones de salud, es que éstas sean suministradas por entes públicos y que sólo por una decisión voluntaria y expresa del afiliado las mismas puedan ser prestadas por una entidad privada, prestaciones que tienen contenidos mínimos establecidos en la ley, como también las restricciones y límites al ejercicio de las voluntades al interior del contrato.



**OCTAVO:** Que en consecuencia la única manera de optar por el sistema privado de salud es a través de una manifestación expresa de voluntad, la cual se materializa en la suscripción de un contrato de salud con alguna de las Instituciones de Salud Previsional, según lo dispone el artículo 184 del D.F.L. N° 1 de 2005, de Salud.

**NOVENO:** Que la sola existencia de un contrato importa reconocer la concurrencia de dos voluntades, las que tienen como objeto el establecer un vínculo jurídico determinado, el cual será el resultado de un proceso racional de toma de decisiones, pues las partes han evaluado todas las variables que pueden concurrir, sean éstas positivas o negativas.

**DECIMO:** Que lo anterior pone de manifiesto que tanto el futuro afiliado como la Institución Previsional de Salud, han de poder evaluar la pertinencia de contratar, para lo cual resulta lógico sostener que por un lado el primero comparará la cobertura ofrecida en relación al precio, y por otro, la Institución analizará y evaluará el riesgo que asume al contratar.

Para lo anterior la calidad de la información resulta trascendental, y es por ello que se permite a la Institución de Salud el instar por conocer el estado de salud de la contraparte, cuestión que hace a través de la declaración de salud, la que encuentra su regulación en el numeral 6 del artículo 190 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.



**UNDECIMO:** Que cabe señalar que, si bien se le reconoce la libertad de contratación a la Institución, la misma encuentra su límite en la imposibilidad que tiene la entidad de salud privada de proceder a efectuar discriminaciones, a priori, de grupos de personas que no se basen en su estado de salud.

Lo anterior ha sido recogido por la Superintendencia de Salud, la cual por medio de la Circular IF/ N° 160, de 3 de noviembre de 2011, modificada por la Resolución Exenta SS/N° 39, de 10 de enero de 2012, incorporadas en el Compendio de Normas Administrativas en Materia de Procedimientos, dispuso en el Capítulo I, Título I: "Las Isapres, al momento de la suscripción del contrato de salud con un futuro cotizante, sólo pueden evaluar el riesgo individual de salud de esa persona y sus beneficiarios, utilizando para ello la declaración de salud, en la forma indicada en el N°2 de este título, y sólo podrá negar la afiliación, basada en dicha evaluación, si así lo decide. Por lo anterior, las instituciones de salud previsional no podrán excluir de la posibilidad de solicitar la afiliación, a priori, a ningún grupo de personas, basadas en consideraciones tales como el sexo, edad, condición de salud, condición laboral, etnia, preferencia sexual u otras de los futuros cotizantes y/o sus beneficiarios."

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que de lo razonado es posible concluir que las Instituciones de Salud Previsional, en tanto parte de un contrato, cuentan con la facultad de decidir si aceptan o no la oferta de afiliación efectuada por el



particular, siempre y cuando el rechazo encuentre su fundamento en el riesgo individual de salud de esa persona y sus beneficiarios, información que sólo pueden obtener por medio de la declaración de salud.

**DÉCIMO TERCERO:** Que de los antecedentes del recurso aparece que la única razón que consideró la recurrida para denegar el cambio de salud solicitado fue la capacidad financiera de la actora, al estimar que no estaba en condiciones de pagar un plan de salud cuyo valor fuese superior al equivalente al 7% su cotización de salud, cuestión que no justificó de modo alguno y que no es un argumento plausible a estos efectos toda vez que la ley no hace referencia a dicho aspecto para negar una modificación del plan de salud, a mayor abundamiento es preciso agregar que es un hecho público y notorio que las Isapres, cuando se incorpora una carga legal o médica por el afiliado, cursan sin reparo el cobro adicional aun cuando el valor del plan de salud, dado el número de beneficiarios, supere el monto de la cotización de salud obligatoria, sin cuestionar la capacidad económica de éste, lo que resulta incoherente con el actuar que ha manifestado ante la actora.

**DÉCIMO CUARTO:** Que en virtud de lo razonado, la decisión del órgano recurrido de negarse al cambio de plan solicitado por la actora deviene en arbitraria, pues carece de fundamento e ilegal al argüir un supuesto que no contempla el legislador. Además, infringe la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 2 de la



Constitución Política de la República, toda vez que representa una discriminación respecto del resto de la población que en iguales condiciones de salud y condiciones económicas puede optar a dicho plan.

Por estas consideraciones, de conformidad con lo que dispone 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 dieciséis de octubre de dos mil diecinueve, y en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido por el abogado Carlos García de la Huerta a favor de la Francisca María Salazar Vega en contra de Isapre Colmena Golden y en consecuencia se dispone que la recurrida deberá acceder al cambio de la recurrente al plan de salud denominado Adriático 3118.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Sandoval.

Rol N° 33.331-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sr. Carlos Aránguiz Z., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G., y Sr. Julio Pallavicini M. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar con permiso y el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica. Santiago, 09 de junio de 2020.







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

