

Santiago, veintidós de septiembre de dos mil veinte

Vistos:

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

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

Primero: Que doña Carolina Lagos Aguirre dedujo recurso de protección en contra de Isapre Cruz Blanca por haber rechazado su solicitud para ser admitida en calidad de afiliada, sobre la base que declaró tener enfermedades preexistentes, en concreto que fue operada de un tumor renal encapsulado en agosto de 2019, lo cual dice que constituye un acto 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 la recurrida suscribir el contrato de salud que libremente escoja, de acuerdo a sus posibilidades económicas, con costas.

Segundo: Que, conforme lo ha declarado anteriormente esta Corte en los autos Rol N° 10.170-2019 y 10.686-2019, lo expuesto precedentemente 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.

Tercero: 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 del 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^a 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".

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

Quinto: 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”.

Sexto: 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.

Séptimo: Que, en ese mismo orden de ideas, conviene destacar que la entidad prestadora, la Isapre, no puede negar su voluntad de afiliar a una persona, por razones que la legislación no la autoriza. En efecto, conforme lo dispone el inciso primero de la letra g) del artículo 189 del citado DFL: "Para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que norma esta ley, las personas indicadas en el artículo 184 deberán suscribir un contrato de plazo indefinido, con la Institución de Salud Previsional que elijan.

En este contrato, las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento. Con todo, los referidos contratos deberán comprender, como mínimo, lo siguiente:

g) Restricciones a la cobertura. Ellas solo podrán



estar referidas a enfermedades preexistentes declaradas, por un plazo máximo de dieciocho meses, contado desde la suscripción del contrato, y tendrán la limitación establecida en el inciso primero del artículo 190.

Por su parte, el inciso primero del artículo 190 del DFL 1 de 2005 del Ministerio de Salud refiere que "No podrá estipularse un plan complementario en el que se pacten beneficios para alguna prestación específica por un valor inferior al 25% de la cobertura que ese mismo plan le confiera a la prestación genérica correspondiente. Asimismo, las prestaciones no podrán tener una bonificación inferior a la cobertura financiera que el Fondo Nacional de Salud asegura, en la modalidad de libre elección, a todas las prestaciones contempladas en el arancel a que se refiere el artículo 31 de la Ley N° 19.966, que establece el Régimen General de Garantías en Salud. Las cláusulas que contravengan esta norma se tendrán por no escritas"

Octavo: Que, asentadas las ideas anteriores, cabe reiterar que, en el caso de autos, la Isapre recurrida denegó a la actora la afiliación, conforme a sus palabras, la razón fue: "MOTIVOS: CA RENAL 2019". Expuso en su informe, que se trata del ejercicio de su facultad de analizar el riesgo individual de salud de la cotizante, antes de aceptar su solicitud de incorporación, conforme la autoriza la Circular IF/160 unido a la libertad



contractual, como pilar del orden público económico.

El referido argumento permite establecer, en primer lugar, que la recurrida privó a la actora de poder ejercer su legítimo derecho constitucional y legal a elegir libremente el sistema de salud al que desea adscribirse, lo cual desde luego torna su negativas en ilegal, 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.

Noveno: Que, en segundo lugar y, como se explicitó, la legislación reguló expresamente las facultades de la Isapre al celebrar un contrato de salud y, especial cuando lo hace con una persona que tenga una enfermedad preexistente declarada, ordenando que en ese caso: opera una restricción temporal de la cobertura, por dieciocho meses, con la limitación del inciso primero del artículo 190 del citado DFL N° 1. Por consiguiente, nuevamente, la recurrida vulnera la ley al fundar su negativa a celebrar el contrato de salud con la actora, sobre la base de una enfermedad preexistente, pues la normativa que regula este contrato no la faculta a desestimarle por ello, por el contrario, ha previsto consecuencias jurídicas distintas, a las que las partes han de atenerse y, que son las descritas



precedentemente, esto es, las restricciones temporales y baja en la bonificación.

Décimo: Que, atendido lo anterior, procede acoger la presente acción cautelar y disponer que la recurrida incorpore como afiliada a la actora, en los términos que se expondrá en lo resolutivo de este fallo.

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 diez de agosto de dos mil veinte, y en su lugar, **se ordena** a la Isapre Cruz Blanca S.A. permitir la afiliación a ella de la recurrente mediante la suscripción del contrato con el plan acorde a sus particulares condiciones de salud.

Se previene que la Ministra señora Vivanco concurre a la decisión teniendo, además, presente que la patología denominada "Cáncer Renal en personas de quince años y más" cuenta con cobertura GES (Problema de Salud AUGE N° 83), circunstancia que refuerza lo infundado de la decisión de la recurrida al negar la posibilidad de afiliación a la actora con motivo de su condición de salud.

Asimismo, el Abogado Integrante Sr. Pierry, se adhiere a la revocatoria, teniendo además presente los siguientes fundamentos:



1.- En el derecho administrativo, principalmente en Francia y en el derecho administrativo europeo continental, el concepto de servicio público es fundamental. Se utilizó durante décadas como criterio diferenciador de la competencia de los tribunales ordinarios y contenciosos administrativos. Hay dos conceptos. Uno orgánico, que corresponde a las instituciones que integran la Administración del Estado, y otro funcional, que es el que interesa y que puede definirse como "una actividad de interés general que el Estado decide satisfacer".

Este concepto es variable y dependerá de lo que el Estado -sus gobernantes- a través de la ley, decida asumir en un momento dado. Ello descarta la noción de servicio público por naturaleza, ya que una actividad de interés general no se identifica necesariamente con una actividad de servicio público. Por ejemplo las panaderías cumplen una función de interés general, pero el Estado no asume su funcionamiento ni ha decidido satisfacer la necesidad, y toda la regulación que hace corresponde a una actividad de control de una actividad privada.

Puede ocurrir que una actividad sea servicio público en algún tiempo y en otro no, como por ejemplo la locomoción colectiva, o las mismas panaderías que en un momento de hambruna el Estado decida transformarlas en servicio público.



2.- Es necesario señalar que el Estado puede asumir la actividad de servicio público a través de sus propios órganos. En ese caso la situación es clara y coinciden los conceptos orgánico y funcional. Es muy raro que un órgano del Estado no desarrolle una actividad de servicio público. Como ejemplo alguien podría mencionar a la Polla Chilena de Beneficencia, pero podría argumentarse que es para evitar el juego clandestino. Lo claro es que sólo a la ley le corresponde la calificación.

Pero el Estado puede decidir satisfacer necesidades de interés general como servicio público no a través de sus órganos sino que con instituciones ya sean públicas, pero no integradas al Estado, como lo eran los colegios profesionales antiguamente, y también a través de instituciones de derecho privado, comerciales o sin fin de lucro. Aquí hay que destacar a la denominada concesión de servicio público, de la que hay muchos ejemplos, como caminos, telefonía, servicios eléctricos, en que la propia ley define la actividad como de servicio público.

3.- En lo que se refiere a la actividad de servicio público ejercida por instituciones que no pertenecen a la Administración del Estado, la intervención del Estado es completamente diferente de la que, por razones de interés público, ejerce controlando de una u otra forma la actividad privada en general y que se denomina actividad de



policía; como la que se efectúa en materia sanitaria, bancaria, económica, etc. En el servicio público, en cambio, el Estado debe asegurar la satisfacción de la necesidad que la propia ley ha elevado a la categoría de servicio público.

La noción de servicio público en su sentido material, es un concepto jurídico preciso, que implica una decisión legislativa del Estado y que como se ha dicho, no debe confundirse con la noción de interés general que se encuentra implícito en muchas actividades particulares.

4.- Sin embargo, la intención del legislador de transformar o crear una actividad como servicio público, tratándose de personas jurídicas de derecho privado, no es explícita en muchos casos y por lo tanto habrá que buscar índices para ver si ésta ha sido la intención del Estado. Estos índices pueden ser varios. Uno de ellos es el control que puede ejercer el poder central, distinto al de control de policía. Así, si comparamos el control que se ejerce sobre los Bancos, veremos que este es exclusivamente el control denominado "de policía". En cambio sobre las ISAPRES y sobre las AFP, por ejemplo, el control del Estado es de diversa naturaleza.

Otro índice es el financiamiento, o la concesión de ciertas franquicias. Se trata de financiamiento distinto a



las denominadas subvenciones que constituyen ayuda del Estado a ciertas actividades privadas.

Un tercer índice pueden ser las prerrogativas de imperio público que contempla la ley, o en general prerrogativas exorbitantes al derecho privado; como por ejemplo si se trata de la construcción de un tendido eléctrico la posibilidad de imponer servidumbres.

Un ejemplo típico lo constituye la situación de los bomberos, en que concurren todos estos índices y en que no cabe duda que se trata de una actividad de servicio público ejercida por instituciones privadas, aún cuando ninguna ley lo haya dicho.

Las actividades de servicio público se encuentran sometidas a una situación exorbitante del derecho común aplicable a las otras actividades privadas. Este Abogado Integrante así lo ha señalado en trabajo titulado "El Servicio Público en Chile". Actas de las VII Jornadas de Derecho Público. 15 a 17 de julio de 1976. Ediciones Universitarias de Valparaíso.

5.- Las consecuencias de catalogar a una actividad como servicio público, en el derecho administrativo (al menos teóricamente en Chile), significa que el Estado está obligado a mantener el funcionamiento de dicha actividad y que en la solución de sus conflictos y ejercicio se pueden aplicar normas de derecho público.



Este abogando integrante ha estimado en diversas oportunidades y desde hace muchos años, que además de las ISAPRES y AFP, el gran ejemplo de actividad de servicio público al exterior de la Administración lo constituían las universidades no estatales integrantes del Consejo de Rectores de Universidades Chilenas, órgano creado por ley, integrante de la Administración del Estado, en que la propia ley las integraba a dicho Consejo; les otorgaba financiamiento directo; sus alumnos debían ingresar a través del sistema de prueba de aptitud académica; e incluso en algún momento se les aplicó el Decreto Ley N° 211 de 1974 sobre escala única de sueldos; todo lo cual hace una clara diferencia con otras universidades privadas que son sólo la expresión de la libertad en materia de actividad "económica" o de enseñanza.

6.- El sistema privado de salud establecido en la Ley, Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2006, que fija el texto refundido del Decreto Ley N° 2763 de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469, a través de las Instituciones de Salud Previsional, no puede entenderse que regula un sistema privado basado en la libre actividad de los particulares, sometido únicamente al control general del Estado para dichas actividades. Las disposiciones de sus artículos 172 y siguientes; su creación, afiliación, régimen de cotizaciones, régimen de prestaciones, integran



un conjunto de normas que regulan con carácter obligatorio la prestación a través del sistema privado de salud, de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política, estableciendo cotizaciones obligatorias, en cumplimiento de lo señalado en el inciso penúltimo de la disposición citada.

Esta regulación legal del sistema, creado por el legislador cumpliendo el mandato constitucional de asegurar una actividad que el Estado decide asumir, ya sea con sus órganos o con órganos de naturaleza privada, involucra una decisión constitucional y legal y no una simple regulación de una actividad privada. Se trata de una actividad de servicio público, en los términos que se ha venido explicando.

7.- Que la aplicación de normas y principios de derecho público a una actividad de servicio público son varias, entre las que se cuenta, para los efectos de la situación planteada en este juicio, el principio de la "igualdad de los usuarios frente al servicio", lo que se traduce en que no puede haber discriminación en el acceso de aquellos al mismo. Ello implica que las ISAPRES, si bien pueden efectuar diferencias entre quienes se afilien a ellas, por concepto, por ejemplo, de cobertura respecto de enfermedades preexistentes declaradas por el afiliado, las que por cierto se encuentran legitimadas por el articulado



del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud, del año 2006, en caso alguno se encuentran facultadas para negar la afiliación a quien, haciendo uso del derecho de opción o elección del sistema de salud, escogen el servicio encomendado a las Isapres.

8.- Que conforme lo antes expuesto y razonado, en opinión de este previniente, el actuar de la ISAPRE recurrida en orden a negar la afiliación a la recurrente, es ilegal y arbitrario, afectando con ello la garantía constitucional del artículo 19 N°9 de la Constitución Política de la República, en cuanto se la ha privado del ejercicio del derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea éste estatal o privado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco y la prevención de su autor.

Rol N° 97.335-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G., y Sr. Pedro Pierry A. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Pierry por estar ausente. Santiago, 22 de septiembre de 2020.





MNBQRJXQJD

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

