

**Tania
Gajardo
Orellana**

**Universidad de
los Andes, Chile**

tgajardoorellana@
gmail.com

Derecho a la libre elección del sistema de protección de salud en la Constitución Política de la República y libertad contractual Corte Suprema, 8 de octubre de 2018, ROL 5293-2018

The right to free election of the health protection system in the Political Constitution of the Republic and freedom of contract

Resumen: Se resuelve que el derecho a la libre elección del sistema de protección de la salud (artículo 19, número 9.º, inciso final de la Constitución Política de Chile) es un límite a la autonomía de la voluntad y a la consiguiente libertad de contratación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE, en adelante isapres). Se emplea un criterio socializador del derecho a la salud, en cuanto a su rol como derecho fundamental, alejándose el tribunal de una interpretación anterior como derecho individual. Siguiendo la línea jurisprudencial que traía el Tribunal Constitucional desde el año 2008, la Corte Suprema establece que la protección de la libertad de elección del sistema salud público o privado es un límite a la libertad de contratación de las isapres. En los hechos una madre gana en sede de apelación un recurso de protección mediante el que alega que la negativa de afiliación de la isapre recurrida por una enfermedad preexistente de su hija afecta su derecho a la libre elección del sistema de protección de salud.

Palabras clave: derecho a libre elección del sistema de salud; preexistencias; isapres.

Abstract: It is resolved that the right to free election of the health protection system (article 19, number 9, final paragraph of the Chilean Political Constitution) limits the autonomy of will and the freedom of contracting Isapres. The Supreme Court uses a socializing criterion of the right to health in terms of its role as a fundamental right. In addition, the Supreme Court moves away from interpretation as a simple individual right, that when colliding with the right to freedom of contract of the Isapres did not ensure its preeminence over it. The Supreme Court, following the jurisprudential line dealt with by the Constitutional Court since 2008, clearly limits the freedom of contracting the Isapres in the protection of the freedom of choice of the public or private system. In the facts, a mother wins an appeal for protection against the *Isapre*, through which she alleged that her right to free choice was affected by the health protection system when she was denied affiliation in three *Isapres*, due to a preexisting illness of her daughter.

Keywords: right to free choice of the health protection system; preexisting illness; isapres.

1. Hechos y controversia jurídica

La recurrente solicita su ingreso y el de su hija de tres años a las isapres Banmédica, Cruz Blanca y Consalud los días 8, 12 y 13 de septiembre del 2017, respectivamente. El ingreso es rechazado en todas ellas debido a la declaración de padecer la hija de fisura labiopalatina unilateral. El rechazo se fundamenta en el alto riesgo de tener que financiar intervenciones quirúrgicas para la niña, aumentando sus costos al contratar con ella. Ante estas negativas, la afectada presenta recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago (ROL 71.020-2017)¹, el que es rechazado, debido a que se considera que las decisiones de las isapres son actos legales y no arbitrarios. Las entidades requeridas apoyan su rechazo a contratar en la Circular IF/160 de la Superintendencia de Salud², de fecha 3 de noviembre de 2011 y el Decreto con Fuerza de Ley número 1 del año 2005 del Ministerio de Salud artículos 131 y 184³.

La Corte Suprema conociendo una apelación de un recurso de protección, en el que se rechazó la acción constitucional interpuesta por la recurrente en contra de tres isapres por negarse a contratar con ella, afectando con ello su derecho a elegir libremente el sistema de protección de salud, señala que la libertad de contratación de las isapres tiene como límite la garantía constitucional del artículo 19 número 9 inciso final, en el que se consagra el derecho a elegir libremente el sistema de protección de salud alegado por la recurrente. Frente a la colisión de derechos entre la libertad de contratación alegada por las isapres y la libertad de elección del sistema de protección de la salud, define que el segundo debe ser protegido por sobre el primero, realizando una interpretación de acuerdo al carácter de derecho fundamental del derecho a la salud, decisión relevante en cuanto sigue la doctrina que hasta el momento ha tenido el Tribunal Constitucional y da lugar a la discusión

acerca de la validez de las enfermedades preexistentes como fuente de rechazo de la afiliación de las personas al sistema privado de salud. La sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, apelada, había rechazado el recurso de protección argumentando que las isapres actuaban de acuerdo al marco legal establecido, en cuanto están autorizadas a evaluar sus riesgos mediante la Declaración Única de Salud (DUS), que es lo que en los hechos sucedió, no teniendo la calidad de ilegales ni arbitrarios los rechazos de las isapres a la afiliación de la recurrente.

Las preguntas que surgen de este conflicto son: ¿la Declaración Única de Salud permite a las isapres negarse a contratar o solo las faculta para evaluar el riesgo y adecuar el precio del plan ofrecido a dicho riesgo? ¿Es arbitrario e ilegal rechazar el ingreso de una persona al sistema privado de salud debido a que sufre una enfermedad preexistente? El derecho a la libre elección del sistema de salud ¿limita la libertad de contratación de las isapres?

Para resolver el conflicto jurídico se tuvieron en consideración los números 1, 2 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. La Circular IF/160 de la Superintendencia de Salud, de fecha 03 de noviembre de 2011, y el DFL 1 del año 2005 del Ministerio de Salud artículos 131 y 184.

La parte recurrente señala que el argumento del rechazo del recurso es errado por cuanto la negativa a contratar sí es una decisión arbitraria e ilegal. Arguye que la declaración de enfermedades preexistentes en la DUS habilita a las isapres a evaluar su riesgo y, si es del caso, adecuar el precio a dicho riesgo, pero no las habilita para rechazar su ingreso al sistema privado de

¹ Recuperado de https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frames.php?valida=0&opc_menu=7&opc_item=9 [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018].

² Recuperado de <http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/w3-article-7288.html> [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018].

³ Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=249177> [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018].

salud. La I. Corte de Apelaciones de Santiago señaló en el Considerando Octavo de la sentencia que los rechazos no eran arbitrarios ni ilegales, debido a que se fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes que rige los contratos entre privados, y se encuentran de acuerdo a las normas citadas que rigen los contratos de salud. La Corte en el fallo revocado entiende que si la isapre evaluó su riesgo de acuerdo a la DUS, y de esta evaluación se estima que los costos en los que tendrían que incurrir son demasiado altos, como sería en el caso de la incorporación de una niña con dicha malformación congénita, es una decisión racional y legal, totalmente permitida por la legislación vigente, ya que esa es la finalidad de la DUS previa al contrato.

Para la recurrente las normas que regulan las prestaciones del contrato de salud con las isapres son de carácter público, ella apoya su argumento en la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema ROL 25123-2016⁴, en la que a su vez se cita al Tribunal Constitucional y que básicamente indica que las prestaciones de salud tienen contenidos mínimos establecidos en la ley, ya que

resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, 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. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público (Considerando Centésimo quincuagésimo cuarto).

Como consecuencia de ello se sigue que al no establecerse por ley que las preexistencias sean fundamento para rechazar la afiliación a la isapre, no puede utilizarse este argumento por las isapres para negarse a contratar. Cita también fallos del Tribunal

Constitucional en apoyo a su postura, que dan cuenta de aplicación de normativa de derecho público a la actividad de las isapres, que justifica los límites a la autonomía de la voluntad⁵.

Las recurrentes por su parte contestaron en similares términos, argumentando que la decisión no era ni arbitraria ni ilegal. Consalud señaló que el contrato de salud es bilateral y dirigido y que impera en este la autonomía de la voluntad, pudiendo ambas partes decidir si quieren contratar o no. Las isapres, a su vez, están obligadas a tomar esa decisión solamente sobre la base de la DUS, mediante la cual se informan de la situación de salud de los futuros afiliados y evalúan los riesgos que implica contratar o no con ellos. Señala que al estar facultados por la Circular 160 de la Superintendencia de Salud, para evaluar su riesgo y rechazar a las personas basados en dicha declaración, el rechazo carece de arbitrariedad y de ilegalidad.

Banmédica indicó que, analizado el riesgo de afiliarse a la recurrente y a su hija que sufre de fisura labiopalatina unilateral del lado derecho, se concluyó que el riesgo para ellos era demasiado alto, debido a que en el mediano plazo debía someterse a nuevas cirugías, de lo que tomaron conocimiento analizando su DUS, la que están facultados a solicitar por la Circular IF/160 de la Superintendencia de Salud, no siendo ni arbitrario ni ilegal el rechazo.

Cruz Blanca se sumó a los mismos argumentos.

⁴ ROL 25.123-2016, Considerando Noveno. Recuperado de https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frames.php?valida=0&opc_menu=7&opc_item=9 [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018].

⁵ ROL 1710-2010. Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=1479> [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018].

2. Decisión de la Corte

La libertad de contratación de las isapres con relación a los riesgos que asumen por preexistencias declaradas por los afiliados está limitada por la libre elección del sistema de salud al que deseen acogerse, estatal o privado, derecho garantizado por la Constitución Política (artículo 19, número 9). La negativa de afiliación por enfermedades preexistentes declaradas en la DUS en función del riesgo financiero que impone el contrato (Considerando Octavo) es un acto arbitrario e ilegal. La normativa que exige la declaración de preexistencias tiene por finalidad la cuantificación del riesgo (plan de salud y precio), no la negativa de afiliación. Decide ordenar a la isapre Consalud a afiliarla debido a que entiende que su voluntad de afiliarse a Banmédica y Cruz Blanca quedó anulada al momento de manifestar su intención de ingresar a la última isapre en donde solicitó afiliación.

La Corte Suprema razona que, si bien las isapres están facultadas para exigir la DUS y sobre ella evaluar su riesgo, y tienen libertad para contratar, el límite de esa libertad está justamente dado por el derecho garantizado en la Constitución a la libre elección del sistema de salud, establecido en el inciso final del artículo 19 número 9 que dispone:

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*⁶.

Este mismo derecho se repite en el DFL 1 del año 2005 del Ministerio de Salud, el que en su artículo 131 señala:

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*⁷.

En el caso concreto la negativa de tres isapres da cuenta de que la recurrente efectivamente no podía ejercer libremente su derecho, dada la enfermedad preexistente de su hija. Fue relevante para arribar a esta conclusión el que la recurrente fuera rechazada por tres aseguradoras, lo que dio cuenta a la Corte de que, efectivamente, existía un impedimento para la libre elección del sistema privado de salud y no se trataba solo del rechazo a ingresar a una isapre en particular. La Corte Suprema señala que, si bien existe libertad de contratación, esta encuentra su límite en el derecho a la libre elección del sistema de salud, expresado de esta manera en el Considerando Octavo de la sentencia:

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 (Considerando Octavo).

La Corte Suprema resuelve revocar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo el recurso de protección y ordena a la Isapre Consalud, a contratar con la recurrente, debido a que esta fue la última isapre a la cual ella solicitó incorporarse, entendiendo que su

⁶ El énfasis es nuestro.

⁷ El énfasis es nuestro.

voluntad de afiliarse quedaba vigente solo respecto de la última en donde intentó ejercer su derecho. Esta parte de la sentencia es interesante porque la I. Corte de Apelaciones, en el fallo revocado, indicó que de prosperar el recurso de protección, no se sabría a cuál isapre debería obligarse a incorporar a la recurrente, debido a que había recurrido en contra de la decisión de las tres. Este punto lo salva correctamente la Corte Suprema en su fallo, al entender que la última voluntad de incorporación es la única que no fue anulada por la voluntad posterior, y obliga a la Isapre Consalud a incorporarla, última en donde ella solicitó contratación.

Existieron dos votos de minoría de la ministra Sandoval y la abogada integrante Gajardo, quienes estuvieron por confirmar la sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, haciendo suyos los argumentos de la sentencia. Estos esencialmente indican que el rechazo del ingreso a las isapres no es un acto arbitrario e ilegal, ya que lo realizan dentro de las facultades que les otorga la Circular 160 de la Superintendencia de Salud y el DFL número 1 del año 2005 del Ministerio de Salud, evaluando el riesgo de acuerdo a la DUS, en el mismo sentido que los recurridos.

3. Comentario

Este fallo es relevante debido a que es la primera vez que la Corte Suprema declara que el derecho a la libre elección del sistema de protección de la salud, consagrado en el artículo 19 N° 9 inciso final, es un límite a la libertad de contratación de las isapres. Esto podría dar lugar en el futuro a una modificación legal, en que las preexistencias no fueran causal de rechazo de incorporación al sistema privado de salud ni de cambio de aseguradora, como lo es en la práctica hoy en día. Esta modificación legal sería apropiada para evitar la masiva presentación de recursos de protección por enfermedades preexistentes. No legislar en esta materia podría provocar algo como lo que sucede con los recursos de protección por las alzas de planes de salud en función de la tabla de factor de riesgo.

La Corte Suprema con este fallo sigue la línea que, hasta la fecha y desde aproximadamente una década, ha tenido el Tribunal Constitucional en estas materias, en cuanto a interpretar con criterios de derecho público las prestaciones de las isapres por la función pública que estas cumplen. Esto comenzó con la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma que permite adecuar los precios de los planes aplicando la tabla de factor de riesgos, desde ahí hay un impacto importante en este escenario en el que la jurisprudencia ha dado el impulso inicial (Zárate, 2010).

Estos cambios realizados desde la jurisprudencia constitucional, se han fundamentado en que “los derechos fundamentales constituyen bienes de rango constitucional, razón por la cual su protección se encuentra determinada por un ordenamiento iusfundamental indisponible para los particulares prestadores o contratantes de servicios” (Bassa y Aste, 2015, p. 239). En ese sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha argumentado sus sentencias en “el efecto irradiación de los derechos fundamentales y la obligación principal del Estado en la garantía de los derechos” (Bassa y Aste, 2015, p. 239).

Esta línea argumentativa no había sido recepcionada por completo en los fallos de la Corte Suprema, lo que supone una innovación en cuanto al tratamiento de la colisión entre el derecho a la libre elección del sistema de salud entre el público y el privado, y la libertad de contratación de las aseguradoras de salud. Desde este fallo para la Corte Suprema las isapres no pueden pasar por sobre la libertad de elección del sistema de salud garantizado a todos los habitantes de la República, si no que su libertad de contratar una vez evaluado el riesgo a través de la DUS, tiene como límite el no impedir el ingreso al sistema, lo que tácitamente implica que no pueden rechazar el ingreso, sino que estarían solamente facultados para proponer precios más altos al plan ofrecido en caso de riesgo mayor.

Esta “mutación del derecho a la salud como derecho individual en la Constitución y su tratamiento como derecho social en la jurisprudencia” (Soto, Henning y Galdamez, 2016, p. 108) se refleja en las palabras del Tribunal Constitucional que ha señalado que las instituciones de salud deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad humana, ya que la Constitución con arreglo a la subsidiaridad les ha dado la facultad de participar en el sistema que da eficacia a los derechos que la propia Constitución garantiza, como en este caso la protección de la salud y el derecho de elegir el sistema de protección de la misma.

Esta sentencia de la Corte Suprema responde a la consideración de la dignidad humana como valor transversal en todo el ordenamiento jurídico, por cuanto limita la exclusión de las personas del sistema privado

de salud por el hecho de presentar una enfermedad o condición de salud preexistente que aumenta el riesgo financiero de las aseguradoras, y les exige que su riesgo se vea reflejado en el cobro de un precio mayor, como operan generalmente los seguros, pero no en el rechazo del ingreso al sistema de salud privado, lo que garantiza de mejor forma la libertad de elección del artículo 19 número 9 inciso final de la Constitución. Representa un paso más en el largo camino que queda aún por recorrer en nuestro país para llegar a un ejercicio pleno de la libertad de elección del sistema de salud, en el que no estemos limitados a estar protegidos por un buen sistema de salud sobre la base de nuestra capacidad económica, eliminando la barrera de las preexistencias, quedando aún por eliminar la barrera de la capacidad económica para acceder a un sistema que garantice todas las prestaciones y la calidad de las mismas.

Referencias

- Allard, R., Hennig, M. C. & Galdámez, L. (2016). El derecho a la salud y su (des)protección en el estado subsidiario. *Estudios constitucionales*, 14(1), 95-138. doi.org/10.4067/S0718-52002016000100004
- Bassa, J., & Aste, B. (2015). Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile. *Revista chilena de derecho*, 42(1), 215-244. doi.org/10.4067/S0718-34372015000100009
- Zárate, S. (2010). *Los efectos de la sentencia del TC en el caso de Isapres: Apuntes Legislativos*. Santiago, Chile: Ed. Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica. Recuperado de <http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/los-efectos-dc-la-sentencia-del-tc-en-el-caso-isapres.pdf>

Jurisprudencia

- ROL 976-2008. Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>
- ROL 1710-2010. Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=1479>
- ROL 25.123-2016, Considerando Noveno. Recuperado de https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frames.php?valida=0&opc_menu=7&opc_item=9
- ROL 5293-2018. Recuperado de https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frames.php?valida=0&opc_menu=7&opc_item=9