

Santiago, diez de diciembre de dos mil veinte.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos sexto y séptimo que se eliminan.

Y teniendo en su lugar y, además, presente:

Primero: Que, en estos autos Rol N° 125.718-2020, doña Ivonne Muñoz Duhart dedujo recurso de protección en contra de la Superintendencia de Salud, porque confirmó el acto administrativo, dictado en juicio arbitral, por la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales, que mantuvo la decisión adoptada por la Isapre Banmédica de negarle cobertura, según su Plan de Salud, a la cirugía de hipertrofia mamaria a la que tuvo que ser sometida, fundada en que se trataba de una intervención con fines estéticos, lo cual dice no es efectivo y atenta contra sus garantías fundamentales contempladas en los numerales 1, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Segundo: Que, la Superintendencia de Salud, al informar en lo pertinente, alegó la improcedencia de la acción de protección porque se dirige en contra de una "sentencia" dictada por un tribunal especial, instituido directamente por la ley para cumplir ese fin y, en ese contexto, se pretende invalidar una resolución firme, lo cual implica instrumentalizar la acción cautelar de



emergencia para proveerse de un medio de impugnación extralegal.

En cuanto al fondo, argumentó que atendido el mérito de los antecedentes médicos acompañados, se desprende "que la cirugía a la que fue sometida la actora tuvo el carácter de estética, sumado a que no existe indicación médica que justifique la finalidad terapéutica de la misma", por lo cual concluye que su actuar se adecuó a derecho y lo hizo dentro del ámbito de su competencia.

Tercero: Que la sentencia impugnada rechazó el recurso de protección, argumentando que *"el asunto ya fue sometido al imperio del derecho y legalmente resuelto por medio de un pronunciamiento válido y tras un procedimiento reglado en los artículos 117 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, establecido específicamente para la resolución de las controversias que se susciten en este orden de materias, de lo que resulta evidente que la cuestión promovida no es de aquellas que compete sean dilucidadas a través del ejercicio de esta acción cautelar extraordinaria, ya que no constituye una instancia de declaración de derechos de impugnación de decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas"*.

Cuarto: Que la apelante sustentó su arbitrio, en que yerran los sentenciadores al estimar que la recurrida ejerce jurisdicción plena, toda vez que ésta carece de imparcialidad e independencia en sus decisiones. En cuanto



al fondo señala que no es efectivo que la cirugía a la que fue sometida tenga fines estéticos, puesto que su médico tratante certificó la necesidad de su realización.

Quinto: Que, en primer lugar, para resolver el asunto controvertido, se deberá establecer la naturaleza jurídica de la resolución que por esta vía se impugna, esto es, la decisión de la Superintendencia de Salud, que actuando como juez árbitro arbitrador, conforme lo dispone el artículo 117 del D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, desestimó la impugnación de la actora dirigida a dejar sin efecto aquella emitida por la Isapre y que negó financiar, según su Plan de Salud, la cirugía de reducción mamaria a la que fue sometida la actora.

Sexto: Que, sobre este particular y conforme lo ha sostenido esta Corte Suprema con anterioridad (SCS Roles N°s 16.795-2018 y 36.266-2019), la sola calificación que efectúa la ley predicando del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales su calidad de juez árbitro arbitrador, no lo constituye de inmediato en un tribunal especial, abstrayéndolo de su calidad de autoridad administrativa y pasando a ser incluido en el sistema judicial.

Séptimo: Que, en efecto, un funcionario que ejecuta parte de la potestad administrativa sin estar sujeto a los principios de imparcialidad e independencia, carece de las cualidades esenciales de un tribunal, aun cuando la ley lo



nomine como tal, toda vez que no observa los elementos fundamentales que configuran la actividad jurisdiccional, de modo que no puede confundirse con la actividad administrativa que ejecuta y la jurisdiccional que se le asigna, al tratarse de un órgano que no concentra los elementos mínimos de la segunda.

Octavo: Que, desde una perspectiva general, los elementos que conforman a todo tribunal se expresan primariamente en el contexto de una potestad pública decisoria delegada a un órgano del Estado que, en los sistemas modernos, se ha asentado en los tribunales. En este entendido, la Constitución Política de la República y el Código Orgánico de Tribunales identifican al órgano jurisdiccional con el tribunal o juez, sujetos a principios, requisitos y características esenciales que los distinguen de otros poderes del Estado, producto del resultado y evolución histórica de la división de poderes. De esta forma, lo que caracteriza y es la razón de ser de la jurisdicción es, precisamente, la intervención de un tercero que impone, frente a las partes, una solución al conflicto planteado y que, dada su condición de imparcial, debe ser ajeno al litigio.

Noveno: Que, adicionalmente, debe considerarse que la imparcialidad es uno de los atributos esenciales de la justicia que se manifiesta en la distancia absoluta de los intereses que concretamente persiguen los sujetos que



operan dentro del proceso, garantía que se controla mediante la supervigilancia que ejercen sobre éstos los tribunales superiores de justicia, función desempeñada de forma exclusiva por los tribunales establecidos por la ley, según dispone el propio artículo 76 de la Constitución Política de la República, por cuanto se les reserva el ejercicio de la jurisdicción, marginando de ésta forma a otros órganos del Estado.

Décimo: Que, por consiguiente, la Autoridad Administrativa, en concreto la Superintendencia de Salud, al resolver la reclamación de la actora respecto de lo dictaminado por la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, dotada de una supuesta función jurisdiccional, no goza de la imparcialidad ni de la independencia necesarias que garanticen una verdadera resolución del conflicto, por cuanto se trata de un órgano que tiene atribuido ejecutar funciones públicas por medio del procedimiento administrativo y, a su vez, presenta intereses en la disposición de pretensiones del proceso que debe resolver, no puede considerársele que constituya un tribunal que ejerza jurisdicción, desde que la autoridad administrativa, aun cumpliendo supuestas funciones jurisdiccionales otorgadas por el legislador, sigue estando funcionalmente destinada, a satisfacer el fin de interés general perseguido por el Estado, quien es parte del conflicto.



Undécimo: Que, en consecuencia, un tribunal funcionalmente dependiente de un órgano administrativo no puede ser considerado un tribunal de aquéllos a que se refiere el artículo 76 de la Constitución Política de la República, en quienes radica la resolución de las controversias y la protección de garantías, como órgano competente e independiente de la Administración, razones que obligan a desechar la alegación en comento.

Duodécimo: Que, despejado lo anterior, debe ser analizado el asunto de fondo, determinando si se ajusta a la legalidad y razonabilidad, la negativa de la Isapre de bonificar, según el Plan de Salud de la actora, la cirugía de hipertrofia mamaria a la que fue sometida, por considerar que ésta tiene el carácter de estética y como tal estaría excluida de cobertura, de acuerdo a las condiciones que rige el contrato suscrito por las partes.

Décimo Tercero: Que el numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental 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”.

Décimo cuarto: Que, de lo anterior, se desprende que la Constitución garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o privadas, garantía que se reglamenta en el D.F.L. N° 1 de 2005, del Ministerio, ello previa suscripción de un contrato en el cual se encuentran establecidas las coberturas a que tiene derecho el afiliado.

Décimo quinto: Que, si bien es efectivo que el contrato de salud es producto del ejercicio de la voluntad de las partes, el contenido del mismo se encuentra regulado por la ley, la cual no sólo establece condiciones mínimas de cobertura, sino que también señala el tratamiento que reciben las exclusiones de coberturas.

Por tanto, atendida la forma en que se formula la discusión y teniendo en especial consideración la naturaleza del contrato de salud, se colige que se trata de un asunto que compromete derechos fundamentales de la recurrente, para cuyo resguardo la Constitución Política de la República ha contemplado expresamente esta acción “sin perjuicio de los demás derechos” que puedan hacerse valer ante los tribunales correspondientes.



Décimo sexto: Que, del mérito de los antecedentes, se evidencian los siguientes hechos:

- a) La actora suscribió contrato de salud con Isapre Banmédica el 18 de febrero de 2000. El 11 de junio de 2015, se incorporó a su actual plan de salud denominado Maternidad Básica Oro 31/15.
- b) La recurrente tiene antecedentes de cirugía bariátrica el año 2003 y de abdominoplastia el año 2015.
- c) El médico tratante Dr. Martín Schwingeler Reutter, el 21 de marzo de 2019, certificó que la Sra. Duhart tiene antecedentes de una baja de peso de 45 kilos, como consecuencia de una cirugía de bypass gástrico, presentando una ptosis mamaria y de muslos severas, por lo que requería de una mamoplastia de reducción y un litfing de muslos para su corrección.

Diagnóstico que reiteró el 26 de junio y 6 de agosto de 2019, precisando que "la ptosis mamaria severa con distancia clavícula pezón de 32 cm por lo cual se realizó una mamoplastía de reducción con mastopexia".

- d) La recurrente con fecha 8 de mayo de 2019, fue sometida a una cirugía de reducción mamaria en la Clínica Dávila de esta ciudad, para corregir el cuadro de hipertrofia mamaria que le fue



diagnosticado según señala la Epicrisis: como "ptosis mamaria post bariátrica".

e) El protocolo de la operación, da cuenta que a la paciente le fueron sustraídos 200 gramos de tejido de la mama derecha y 140 gramos de la izquierda.

Décimo séptimo: Que el artículo 190 del citado D.F.L. N° 1 de 2005 dispone que las partes no podrán convenir exclusiones de prestaciones, salvo el caso de cirugía plástica con fines de embellecimiento, quedando a salvo de la exclusión aquella que tenga por objetivo corregir malformaciones o deformaciones sufridas por la criatura durante el embarazo o el nacimiento; las destinadas a reparar malformaciones sufridas en un accidente, y las que tengan una finalidad estrictamente curativa o reparadora.

Por consiguiente, la regla general -en materia de cobertura- es que el contrato de salud cubra las patologías médicas de los afiliados, siendo la excepción la exclusión de ellas. En este sentido la cirugía plástica sigue la misma regla general, es decir, quedará contemplada dentro de lo que cubre el contrato de salud, salvo que tenga sólo fines de embellecimiento.

Décimo octavo: Que, siendo la exclusión la excepción, es de cargo de la parte que la alegó, en tanto anomalía en el curso de los acontecimientos, el acreditar los supuestos para que se configure. Lo anterior adquiere importancia toda vez que la recurrida al confirmar la



decisión del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, sostuvo que la cirugía a la que fue sometida la actora tenía fines de embellecimiento, porque: a) no existe indicación médica distinta del cirujano plástico y de fecha anterior a la operación que justificara la finalidad terapéutica de la misma; b) el diagnóstico sólo refiere a "ptosis mamaria bariátrica" y añadió en su informe que c) el gramaje mamario sustraído, no se ajusta a los índices que la Sociedad Científica de Cirujanos Plásticos de Chile indica, para considerar que este tipo de cirugías plásticas, tendrán fines reparadores porque para ello requiere se extraigan 300 cc de cada mama y/o exista una diferencia importante en el volumen que se extraiga, lo cual dice no concurre en la especie atendido los gramajes sustraídos.

Sin embargo, tal como se estableció en el motivo décimo cuarto de este fallo, la actora fue sometida a un bypass gástrico que le produjo una baja de peso de 45 kilos -hecho reconocido por la recurrida- lo cual demuestra, en primer lugar, que su situación médica no puede ser analizada de forma aislada, puesto que da cuenta que la actora tenía una patología previa y de base, de la cual deriva la situación médica que la llevó a la necesidad de ser sometida a la cirugía de reducción mamaria y, por tanto, en segundo término, no es efectivo, como sostuvo la Isapre, que no existía un diagnóstico previo en



relación a la hipertrofia mamaria, debido a que su médico tratante Sr. Schwingeler, cirujano plástico, profesional competente para este tipo de intervenciones, en marzo de 2019 -esto es antes de la cirugía de reducción mamaria, la que se realizó en mayo de ese año-, remitió un certificado a la Isapre explicando que dicha condición médica requería de una cirugía para ser corregida.

Décimo noveno: Que, por consiguiente, al momento de programarse la realización de la intervención quirúrgica cuestionada existían antecedentes de salud que la justificaban, los que fueron refrendados con los resultados posteriores, puesto que, el profesional a cargo de la cirugía, como se dijo, señaló que dicha intervención constituía una necesidad de salud para la paciente de lo cual se desprende, además, que no es necesario una prognosis de otro profesional, porque se trata de una cirugía de carácter reconstructivo y reparador luego de una baja de peso como la que se describe sufrió la actora. En ese mismo sentido, cabe agregar que esta Corte en reiteradas oportunidades ha señalado que el factor de la indicación médica constituye el sustrato profesional objetivo y adecuado en el tratamiento de una enfermedad y/o como ocurre en este caso, de la necesidad de realizar una intervención quirúrgica, como una forma de reparar o reconstruir el cuerpo de la paciente. (SCS Rol N°s 76.585-2020, 26.5020-2019 y 24.493-2020)



Vigésimo: Que, en consecuencia, la conducta de la recurrida afectó las garantías fundamentales contempladas en los numerales 9 y 24 del artículo 19 la Constitución Política de la República al desestimar las alegaciones de la actora y confirmar, en definitiva, la negativa de la Isapre Banmédica de negar cobertura a la cirugía de hipertrofia mamaria a la que se sometió la recurrente.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en 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 uno de septiembre de dos mil veinte y **se acoge** el recurso de protección deducido por Ivonne Muñoz Duhart en contra de la Superintendencia de Salud, sólo en cuanto se dispone que se deja sin efecto la resolución de 6 de febrero del año en curso, decidiendo que la Isapre Banmédica deberá otorgar cobertura, conforme al contrato de salud de la actora, al Programa de Atención Médica N° 2330637785, correspondiente a las prestaciones que recibió producto de la cirugía de hipertrofia mamaria que se realizó en Clínica Dávila entre el 08 y 10 de mayo de 2019, sin costas.

Acordada con el **voto en contra** de la Ministra señora Sandoval quien estuvo por confirmar el fallo apelado teniendo presente que se ha impugnado por esta vía la sentencia definitiva que dictó la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud de la Superintendencia en su



calidad de Juez Árbitro Arbitrador y que luego fue, además, confirmada por el Superintendente de Salud. Por ende, el asunto planteado por el recurso de protección fue sometido al imperio del derecho y legalmente resuelto por medio de un pronunciamiento válido y tras un procedimiento reglado en los artículos 117 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud; establecido específicamente para la resolución de las controversias que se susciten en este orden de materias, de lo que resulta evidente que la cuestión promovida no es de aquellas que compete sean dilucidadas a través del ejercicio de esta acción cautelar extraordinaria, ya que no constituye una instancia de impugnación de decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas ni declaración de derechos, sino que de protección de aquellos preexistentes e indubitados que se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y, por ende, en posición de ser amparados, presupuesto que en la especie no concurre. En consecuencia, el presente recurso de protección no está en estado de prosperar.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Pierry y la disidencia de su autora.

Rol N° 125.718-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra.



María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sra. Adelita Ravanales A., y el Abogado Integrante Sr. Pedro Pierry A. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Pierry por estar ausente. Santiago, 10 de diciembre de 2020.



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

