

C.A. de Santiago

Santiago, catorce de octubre de dos mil veintiuno.

**Vistos y teniendo presente:**

1°.- Que comparece el abogado don Jorge Ignacio Pacheco Martínez, quien deduce acción constitucional de protección a favor de doña Andrea del Pilar Mella Figueroa, y en contra de las Isapres Colmena Golden Cross S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A., Nueva Mas Vida S.A., Banmédica S.A., y Vida Tres S.A., por el acto ilegal y arbitrario consistente en el rechazo infundado a la solicitud de la recurrente de incorporarse a estas Isapres.

La recurrente señala que padece diabetes mellitus tipo I y astigmatismo, ambas debidamente tratadas.

Indica que, con estas condiciones preexistentes, intentó afiliarse a cada una de las Isapres recurridas, durante el mes de marzo del presente año, señalando en la declaración personal de salud las enfermedades previas que la aquejaban.

Expone que todas y cada una de las recurridas rechazaron su solicitud de incorporación. Específicamente, Colmena Golden Cross S.A. le informó por correo de 11 de marzo de 2021 que se rechazaba su incorporación por el riesgo individual de salud que este contrato representa o puede representar en el futuro; Consalud S.A., con la misma fecha le señaló que no era afiliable porque representaba un alto riesgo para la Isapre; Cruz Blanca S.A. le indicó con fecha 8 de marzo de este año que fue rechazada por padecer de diabetes mellitus; Nueva Mas Vida S.A., con fecha 4 de marzo de 2021, le expuso que no contratarían con ella, tras haber evaluado el riesgo de salud; y tanto Banmédica S.A. como Vida Tres S.A., no obstante haber recibido los antecedentes, no emitieron respuesta alguna a la petición de afiliación.

Argumenta que la negativa de las recurridas a incorporarla como afiliada constituye un acto arbitrario e ilegal, ya que la falta de motivación de la mayoría de los rechazos obligan a presumir que esta se debe al hecho de padecer la recurrente la enfermedad de diabetes mellitus, en circunstancias que las ISAPRES existen y actúan principalmente por delegación que les hace el Estado, como entes intermediarios en la protección de la salud de la población, por lo que están llamadas a cubrir las

necesidades de toda la población, dentro de un marco de igualdad de acceso al sistema de salud, citando respecto a este punto jurisprudencia de la ltima. Corte de Apelaciones de Valdivia, en causa Ingreso de Corte N°1111-2015, donde esencialmente razona que las preexistencias declaradas en la DPS deben "...servir de antecedente para que la Isapre evalúe el riesgo al contratar y ofrezca el plan de salud más acorde a dicha circunstancia al futuro afiliado, pero en caso alguno puede prestarse para negarse a la contratación...", estimando transgredidos los artículos 33 y 38 de la Ley 18.933, en cuanto a las consecuencias de padecer enfermedades preexistentes al momento de contratar y a la ocultación de las mismas.

En el mismo contexto, cita diversos fallos del Excmo. Tribunal Constitucional, que refrendan la aplicación de normas y principios de Derecho Público a la actividad que realizan las ISAPRES, lo que implica, entre otras cuestiones, reconocer límites al principio de la autonomía de la voluntad en materia del contrato de salud, entre estos, el rol N°976-07-INA; por lo que, aplicando el mismo razonamiento, debe entenderse que la libertad de las Isapres para evaluar libre y discrecionalmente el riesgo de las personas a fin de decidir si contratar o no con ellas, se encuentra limitada por los derechos fundamentales, entre los que se encuentra elegir libremente el sistema de salud, así como el derecho a que ninguna autoridad, grupo o persona imponga condiciones o requisitos que afecten ese derecho en su esencia o impidan su libre ejercicio.

En cuanto a aquellas recurridas que no respondieron a la solicitud de incorporación, indica que debe presumirse su negativa, y entenderse esta como arbitraria, al no exponer fundamento alguno.

Sostiene que la negativa a incorporarla a algún plan de salud vulnera sus garantías fundamentales consagradas en el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución Política, ya que le impide acceder libremente al sistema de salud al que desea acogerse, en este caso el sistema privado. Así como las consagradas en el numeral 1° del artículo 19 del mismo cuerpo legal, ya que asimismo se afecta su integridad psíquica. También, las establecidas en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, ya que se le discrimina arbitrariamente, impidiéndose acceder a los



médicos que requiere, ya que no todos estos atienden por medio de FONASA. Y, finalmente, la del numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política, ya que se le impone una condición, tributo o requisito cuyo cumplimiento no está sujeto únicamente a su voluntad.

Previa cita de variada jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en apoyo a su postura, entre ellas los roles de ingreso números 25.158-2019, 97.335-2020 y 5.293 – 2018, pide que se acoja el recurso, ordenando a las ISAPRES recurridas que permitan a la actora ejercer el derecho consagrado en el artículo 19 N° 9 inciso quinto de la Carta Fundamenta, instruyéndolas a no rechazar la solicitud de afiliación efectuada, suscribiendo con la recurrente el contrato de salud que ella escoja, conforme sus posibilidades económicas, con costas.

2°.- Que informando la Isapre Consalud S.A., señala que el contrato de salud es un acto jurídico bilateral, en que la Isapre puede evaluar el riesgo que asume al contratar mediante la llamada “declaración personal de salud”, y que no obstante su carácter dirigido, ello no impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad al decidir contratar o no, ya que la Circular IF/ N° 160 de fecha 3 de noviembre de 2011 de la Superintendencia de Salud consagra en su capítulo II que ambas partes: “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, a través de la declaración de salud y la revisión de sus antecedentes financieros”.

Indica que es efectivo que la recurrente solicitó afiliarse a Isapre Consalud en marzo del presente año, indicando en la declaración respectiva que padecía diabetes mellitus, enfermedad crónica y sistémica, que termina afectando prácticamente todos los órganos y tejidos del cuerpo humano, con independencia de lo bien o mal que se ha llevado el tratamiento, lo que a la larga implica insuficiencias renales, ceguera, insuficiencias arteriales periféricas y cardíacas, lo que denota que se trata de una enfermedad de altísimo riesgo médico, por lo que la Isapre decidió no contratar producto de tal preexistencia.

Señala que tal negativa no constituye un acto arbitrario ni ilegal, sino que la



propia Superintendencia de Salud autoriza a las Isapres a revisar los antecedentes médicos, por medio del instrumento llamado "Declaración personal de Salud", cuyo fin es el evaluar el riesgo de cada persona, con el fin de decidir si celebra o no un contrato de salud con ésta, citando jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en causas roles 25.123-2015 y 34.535-2017, en apoyo de su postura.

Conforme lo expuesto, indica que no ha existido conducta arbitraria o ilegal alguna de su parte, que vulnere las garantías fundamentales de la recurrente indicadas en el recurso, habiéndose limitado al ejercicio de su libertad contractual, conforme la normativa vigente, por lo que pide el rechazo del recurso en todas sus partes.

3°.- Que informando la Isapre Colmena Golden Cross S.A., señaló que la negativa de la Isapre a incorporar a la actora no constituye un acto arbitrario ni ilegal, sino que la propia Superintendencia de Salud autoriza a las Isapres a revisar los antecedentes médicos, por medio del instrumento llamado "Declaración personal de Salud", cuyo fin es el evaluar el riesgo de cada persona, con el fin de decidir si celebra o no un contrato de salud con ésta, indicando que no es efectivo que este instrumento solo tenga por fin determinar el riesgo para determinar las condiciones de cobertura y precio, sino que precisamente su fin es permitir determinar si se lleva a efecto o no la contratación.

Indica que la Circular IF/ N° 160 de fecha 3 de noviembre de 2011 de la Superintendencia de Salud consagra en su capítulo II que ambas partes: "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, a través de la declaración de salud y la revisión de sus antecedentes financieros"

Sostiene que la diabetes mellitus tipo I es un problema de salud grave irreversible, implicando que se requiere un tratamiento de por vida, sin proyecciones de remisión, siendo indispensable el suministro de Insulina. Siendo de aquellas patologías que posee alto riesgo de sufrir complicaciones agudas y crónicas, que requieren frecuentemente hospitalizaciones, entre éstas destaca la cetoacidosis metabólica, hipoglicemias, infecciones recurrentes, y complicaciones tardías crónicas que incluyen



aquellas de tipo microvasculares: nefropatía, retinopatía y neuropatía diabética, antecedentes médicos de alto riesgo, que llevaron a la decisión de no contratar.

Expone que, en consecuencia, resulta lícita su decisión de no contratar, atendido que esta se basó en un análisis de los riesgos individuales del postulante, conforme autoriza la normativa vigente, no siendo efectivo que no se haya señalado ningún motivo para el rechazo; e imponerle la obligación de contratar violaría su consentimiento, en los términos del artículo 1542 N°2 del Código Civil, por haberse ejercido fuerza sobre su voluntad, generando contratos nulos.

Controvierte en consecuencia que haya incurrido en un acto arbitrario o ilegal, que haya afectado las garantías fundamentales citadas en el recurso, e indica que, por lo demás, el artículo 189 letra g) del D.F.L. N° 1 del año 2005 del Ministerio de Salud, trata de las preexistencias declaradas, señalando que la cobertura no puede ser inferior a un 25% de la prestación genérica y en ningún caso podrá ser inferior a la cobertura que da el Fondo Nacional de Salud para la Modalidad Libre Elección, esto por un período de 18 meses; y, en el caso de rechazo, la persona puede requerir su afiliación con una restricción por 18 meses adicionales, por escrito y con copia a la Superintendencia de Salud, lo que en este caso no ha ocurrido.

En consecuencia, pide el rechazo del recurso de protección, con costas.

4°.- Que informando la Isapre Nueva Mas Vida S.A., alega la improcedencia de la acción de protección para conocer y resolver la controversia, atendido que de los hechos del recurso no es posible determinar respecto a cuál de las recurridas existió una voluntad seria y real de afiliarse, no existiendo tampoco claridad respecto a cuál de las Isapres fue la última a la cual solicitó incorporarse, antecedente relevante, ya que no es posible que se incorpore a todas las recurridas.

En cuanto al fondo, señala que la negativa de la Isapre a incorporar a la actor no constituye un acto arbitrario ni ilegal, sino que la propia Superintendencia de Salud autoriza a las Isapres a revisar los antecedentes médicos, por medio del instrumento llamado "Declaración personal de Salud", cuyo fin es el evaluar el riesgo de cada persona, con el fin de decidir si celebra o no un contrato de salud con ésta, lo que es congruente con el carácter bilateral del contrato de salud, operando en concordancia la

autonomía de la voluntad de las partes respecto a decidir su celebración o no, citando jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en causa rol N°25.123 – 2015 en apoyo a tal postura.

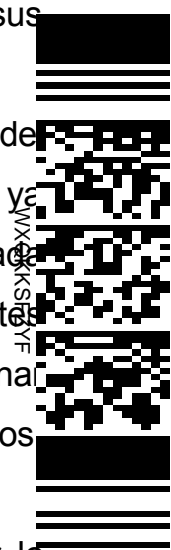
Cita lo dispuesto por la Circular IF/ N° 160 de fecha 3 de noviembre de 2011 de la Superintendencia de Salud consagra en su capítulo II que ambas partes: “actúan en base a la autonomía de la voluntad al momento de decidir si contratan o no, lo que lleva consigo que las Isapres puedan evaluar el riesgo que asumen al contratar con determinada persona, a través de la declaración de salud y la revisión de sus antecedentes financieros”

En cuanto a la enfermedad que padece la recurrente, indica que la diabetes mellitus tipo I obliga a inyectar insulina al paciente, y que la gran cantidad de variables involucradas en el tratamiento de esta patología genera una importante complejidad de su manejo y condiciona, además, una dificultad en su seguimiento, en la estandarización de protocolos de manejo y en la evaluación de resultados a largo plazo, aparte de su alto costo económico, por lo que, tras evaluar el riesgo médico se decidió no contratar con la recurrente.

Expone que, en consecuencia, no ha incurrido en acto arbitrario o ilegal alguno, que haya afectado las garantías fundamentales invocadas en el recurso, habiéndose limitado la Isapre a ejercer su libertad contractual, en concordancia a las disposiciones sectoriales que rigen la materia, por lo que pide el rechazo del recurso en todas sus partes, con costas.

5°.- Que, informando la Isapre Cruz Blanca S.A., argumenta la improcedencia de recurso, por inexistencia de acción u omisión ilegal o arbitraria imputable a la Isapre, y que, tras examinar la declaración de salud efectuada por la recurrente, le fue denegada la solicitud, en razón del riesgo individual de salud, por padecer ésta de diabetes mellitus tipo I, desde el año 2014, patología de carácter crónico, que puede evolucionar con diversas complicaciones, tales como retinopatía diabética, daños neurológicos circulatorios, renales y cutáneos, entre otros.

Indica que la decisión adoptada se encuentra normativamente avalada por lo dispuesto en la Circular IF/ N° 160, que consagra que: “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”

Sostiene que la celebración de un contrato de salud entre un particular y una Isapre se encuentra regido por el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que las partes son libres de decidir contratar o no contratar, y, si bien el legislador ha estimado restringir en algunos aspectos la libertad contractual, reglando el contenido mínimo y aspectos esenciales del contrato de salud, esto no se ha extendido a una obligación de celebrar el contrato de salud, citando jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema en causas roles 2390 – 2009 y 34535 - 2017, en apoyo de su postura.

En consecuencia, argumenta que el actuar de la Isapre se ajustó a la normativa vigente que rige la materia, sin que se pueda calificar su actuar como ilegal o arbitrario, que haya afectado las garantías fundamentales invocadas en el recurso, por lo que pide el rechazo del mismo.

6°.- Que, informando al mismo tenor las Isapres Banmédica y Vida Tres S.A. argumentan que la Isapre puede evaluar el riesgo que asume al contratar mediante la llamada “declaración personal de salud”, en los términos del artículo 190 del DFL N°1 de 2005, cuyo fin es precisamente que el solicitante indique si padece de alguna enfermedad preexistente.

Sostienen que, no obstante el carácter dirigido del contrato de salud, ello no impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad al decidir contratar o no, ya que la Circular IF/ N° 160 de fecha 3 de noviembre de 2011 de la Superintendencia de Salud consagra en su capítulo I que: ““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”

En consecuencia, señalan que la normativa vigente legitima que las Isapres puedan rechazar la contratación, en base al análisis de la evaluación del riesgo individual a través de la declaración personal de salud, y ello fue lo que ocurrió en la especie, al haber declarado la recurrente la preexistencia consistente en la patología de diabetes mellitus, trastorno metabólico que genera dependencia a la insulina, que no tiene cura, y que requiere de un control metabólico estricto solo para retrasar complicaciones crónicas y mejorar la expectativa de vida, por lo que se rechazó la incorporación solicitada, atendido que los riesgos que conlleva la enfermedad pueden implicar altos costos para la aseguradora.

En cuanto a la reputada falta de respuesta, indica que en el correo enviado a la recurrente se le informó un enlace que le permitía consultar en todo momento el estado de la tramitación, por lo que era de su propio interés mantenerse informada del estado de su petición.

Concluyen que no ha vulnerado garantía fundamental alguna de la recurrente habiendo simplemente hecho uso de una facultad que la ley le confiere, al rechazar la contratación basada en el riesgo individual de salud, citando jurisprudencia de esta Corte, en causa rol N° 97.522 – 2020, que en un caso de similares características resolvió el rechazo del recurso, y, en consecuencia, piden el rechazo del recurso.

**7°.-** Que el recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.





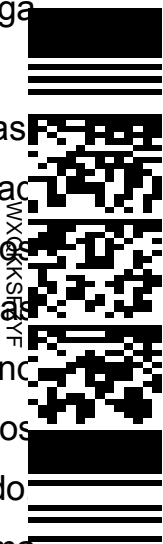
Luego, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia, por un lado, de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

**8°.-** Que resulta un hecho no discutido por las partes, que la recurrente presentó ante las entidades recurridas su solicitud de incorporación al sistema de salud (Isapres) y que éstas habrían sido rechazadas, atendida la existencia de una preexistencia, Diabetes del tipo I.

**9°.-** Que para la resolución del asunto de marras, ha de tenerse presente lo prescrito en la Circular F/ 160 de la Superintendencia de Salud, que dispone lo siguiente: *“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.”*

**10°.-** Que de la Circular transcrita en el motivo precedente, fluye claramente que las recurridas en su actuar, lo han hecho en virtud de las facultades que ésta les otorga por lo que su decisión no resulta ilegal o arbitraria.

**11°.-** Que en cuanto a las garantías constitucionales que se dicen vulneradas esto es, el derecho a la protección de la salud; el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; la igualdad ante la ley, y la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, no es posible determinar que éstas lo hayan sido máxime si la Isapres se encuentran autorizadas para negar la incorporación al sistema



especial de salud. Por otra parte, las recurridas, en casos de la misma naturaleza han actuado de la misma manera como ocurre en el caso de marras.

Por otra parte, cabe tener presente que el Estado le ofrece a la recurrente otros medios en aras de proteger su salud.

**12°.-** Que en consecuencia, no resulta comprobada la existencia de un derecho indubitado al que dar protección urgente, ni puede atribuirse ilegalidad o arbitrariedad a la conducta de las recurridas, ni es posible estimar vulnerados los derechos que se estiman como tales por la recurrente, ni de ningún otro que merezca la protección constitucional que se impetra.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, se declara que se **rechaza** el recurso de protección deducido por don Jorge Ignacio Pacheco Martínez, a favor de doña Andrea del Pilar Mella Figueroa, y en contra de las Isapres Colmena Golden Cross S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A., Nueva Mas Vida S.A., Banmédica S.A., y Vida Tres S.A.

**Regístrese, comuníquese y archívese.**

Redacción de la Ministro señora Solís.

La Ministra señora Inelie Duran Madina no firma no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo por encontrarse ausente.

**Protección N° 3530-2021.**



Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Gloria Maria Solis R. y Abogado Integrante Patricio Ignacio Carvajal R. Santiago, catorce de octubre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a catorce de octubre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.