

CONSTITUCIÓN Y CONTRATOS DE SEGURO DE SALUD

CONSTITUTION AND HEALTH INSURANCE CONTRACTS

*Nicolás Enteiche Rosales**

RESUMEN: Comentaremos la tendencia de los tribunales superiores de justicia consistente en entrar a conocer y acoger acciones de protección en materia de contratos de seguro de salud. Abordaremos la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, como motivos que explican las decisiones judiciales que se exponen. Finalmente, nos referiremos al alejamiento del modelo de la autonomía de la voluntad radicada en el *Código Civil*, y al acercamiento a la idea de actuación motivada asilada en la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización del derecho, autonomía de la voluntad, arbitrariedad.

ABSTRACT: We will comment on the tendency of the superior courts of justice to grant protection actions related to health insurance contracts. We will address the constitutionalization of law and the horizontal effectiveness of fundamental rights as reasons that explain the judicial decisions. Finally, we will refer to the departure from the model of the principle of autonomy of will established in the Civil Code and the approach to the notion of motivated action located in the Constitution.

KEYWORDS: Constitutionalization of law, principle of autonomy of will, arbitrariness

* Profesor investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorando en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario Conicyt Pfccha/Doctorado Nacional/2019-21190461. Agradezco los comentarios de Guillermo Stange. Correo electrónico: nenteiche@udd.cl

I. INTRODUCCIÓN

Los seguros de salud voluntarios se han ido sumando a los contratos de salud ofrecidos por las Instituciones de Salud Previsional –en adelante, contratos de ISAPRE–. Las personas han optado por complementar su plan de salud a través de las coberturas que ofrecen algunas clínicas y distintas compañías de seguros –en adelante, contratos de seguro de salud–.

Frecuente es encontrarse con publicidad relativa a los seguros de salud, a través de los cuales algunas compañías se obligan a cubrir comunes riesgos. A modo de ejemplo, los aseguradores ofrecen hacerse cargo de los peligros derivados de la escolaridad y de los provenientes de enfermedades catastróficas.

Los contratos de seguro de salud van en alza¹ y el legislador aún no les ha prestado la atención que sí le ha merecido el contrato de ISAPRE. Si bien el art. 2.º, letra f), de la Ley del Consumidor, hace aplicable sus disposiciones a esta clase de convenciones, esta norma y el *Código de Comercio* no describen alguna vía de reclamo análoga a la acción de protección.

¿Ante el vacío legislativo en cuanto a los contratos de seguro de salud, cobra alguna relevancia el contenido de la Constitución? ¿Cuál es el efecto de los derechos constitucionales a la luz de los contratos en que, al parecer, una parte está en una posición preeminente respecto de la otra? Y, en concreto, ¿cuál es el papel que posee la autonomía de la voluntad entre las partes de estos contratos? Estas preguntas cobran especial relevancia, al constatar que los tribunales superiores de justicia entran a conocer y acogen los reclamos formulados por los asegurados –en adelante, usuarios– en contra de las clínicas y/o compañías de seguros –en adelante, proveedores–.

En Ruiz con Clínica las Condes S.A (2018), la Corte de Apelaciones de Santiago acogió una acción de protección presentada por un usuario, decisión que posteriormente fue revocada². Sin perjuicio del resultado del caso, es relevante atender a lo razonado en la sentencia de la Corte de Apelaciones, pues ella es un antecedente que permite explicar el cambio en la

¹ Según un estudio del Centro de Estudios Públicos, el “97% de la población cuenta con algún esquema de previsión en salud (principalmente seguros) implica que la protección financiera entregada es insuficiente. Ello se refleja en que sólo 34% (un tercio) de las personas dice sentirse confiada o muy confiada de que podrá pagar por la atención que necesita si se enferma de gravedad [...]. Es quizás también por esta razón que cada vez más personas señalan contar con seguros voluntarios, además de los dos seguros obligatorios de salud existentes (cuadro 1). Según la Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN), en 11% de las familias al menos un miembro contaba con seguro adicional en 2013, cifra que creció a 16% en 2015”, véase PAOLUCCI Y VELASCO (2017), p. 2.

² CORTE SUPREMA (2019).

jurisprudencia de la Corte Suprema. En el caso, el proveedor invocó un estudio que demostraría el aumento del precio de las prestaciones médicas, lo que aparejaría la necesidad de materializar el incremento monetario en el contrato de seguro de salud convenido entre las partes. El fundamento de la Corte de Apelaciones para acoger la acción consistió en que el alza era arbitraria, al no tener relación con los términos del contrato, y al no haberse expuesto las razones del cambio de la prima en la carta que comunicó la modificación contractual –considerando 5.º–.

Existen dos recientes sentencias cuyo resultado se opone al recién expuesto. En *Orellana con Metlife Compañía de Seguros de Vida S.A (2020b)*, la Corte Suprema acogió una acción de protección deducida por el usuario, debido a la modificación unilateral de la póliza por parte del proveedor. En cuanto al devenir procesal, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción constitucional³, sin perjuicio de ello la Corte Suprema revocó tal decisión. De igual modo, en *Arancibia con Clínica Alemana de Santiago S.A., Servicios Clínica Alemana Limitada y Servicios Diagnósticos Clínica Alemana Limitada (2020b)*, se acogió una acción de protección en razón de la exclusión indebida de la cobertura al usuario. Este caso sigue la misma suerte del anterior, pues la Corte Suprema dejó sin efecto el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago⁴, tendiente a rechazar la acción de protección.

Nos enfocaremos en dos elementos comunes a las precitadas sentencias:

1. La constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el derecho privado y
2. La autonomía de la voluntad, y el anclaje de los contratos de seguro de salud en la lógica del derecho público.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Y LA EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PRIVADO

A fin de analizar este tópico –2.1– definiremos la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el derecho privado, y precisaremos su origen normativo en la Constitución de 1980. Posteriormente –2.2– daremos cuenta de algunos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que inciden en la relación jurídica suscitada

³ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2020a).

⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2020b).

entre dos particulares, en los que se solicitó la expulsión del ordenamiento jurídico de algunos preceptos normativos del *Código Civil*.

2.1 Sentido y normas constitucionales

Las sentencias comentadas revelan la aplicación de la constitucionalización del derecho, la que se define como:

“La existencia del uso técnico de la Constitución como ley fundamental, para amparar aquellas instituciones esenciales a la persona y en la creación de herramientas jurídicas efectivas para hacerla respetar”⁵.

La constitucionalización del derecho se planteó hace muchos años por el francés Louis Favoreu⁶. En nuestro medio jurídico, autores como Ramón Domínguez y Fabiola Lathrop remarcan el fenómeno de la aplicación directa de la letra y espíritu de la Constitución en materias que, de antaño, eran propias de la dogmática legalista del *Derecho Civil*⁷.

El origen de esta tendencia en Chile es tributario de la Constitución de 1980. El art. 6.º, inciso segundo, de la Constitución, señala que sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, de lo que se sigue su aplicación directa o eficacia vinculante. Entonces, si una institución es abordada en la Constitución, y esta debe materializarse a través de alguna norma de rango legal; aquella debe ser aplicada sin perjuicio de la eventual omisión en la emisión de la ley convocada para su desarrollo. En el mismo sentido, el art. 20 de la Carta Fundamental configuró a la acción de protección, a través de la cual se otorgó una vía judicial cuyo objetivo fue hacer eficaces a múltiples derechos reconocidos en el art. 19 de la Constitución. De igual modo, el art. 19 n.º 26 constitucional, limitó al legislador, pues le impidió desconocer los derechos descritos en sus veinticinco numerales anteriores.

La Constitución, además de establecer normas que son directamente obligatorias, fija un orden para la emisión de las disposiciones normativas inferiores a ella⁸, dado que dentro del principio de juridicidad se comprende al de supremacía constitucional, y al de eficacia vinculante o fuerza norma-

⁵ Véase DOMÍNGUEZ (2009), p. 4.

⁶ Véase FAVOREU (2001), p. 31.

⁷ La autora, eso sí, es crítica con el proceso de constitucionalización del derecho de familia en vista a la evidencia empírica, cfr. LATHROP (2017).

⁸ Miriam Henríquez traduce esta idea en un libro, el cual tiene por sentido mostrar esos límites y condiciones establecidos por las normas fundamentales, en relación con las normas subordinadas a ella, véase HENRIQUEZ (2013).

tiva inmediata⁹. Derivado de la supremacía constitucional, los procesos de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en su completitud, se rigen por las normas constitucionales¹⁰. Los efectos jurídicos del anterior panóptico son dos: por una parte, uno derogatorio, fruto del cual se debe eliminar a cualquier norma inferior a la Constitución que no se conforme a ella. Otro resultado es el efecto interpretativo, a partir del cual todas las fuentes del derecho deben leerse a la luz de la Constitución.

En nuestro país, la constitucionalización del derecho se agudiza el año 2005, con el potenciamiento de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ahora en manos de un remozado Tribunal Constitucional. La constitucionalización del derecho es el primer paso de otra institución, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Según esta teoría:

“Los derechos fundamentales son directamente invocables en las relaciones privadas como límites a la autonomía privada, aunque el legislador no lo haya previsto expresamente y sin la necesidad de pasar por el filtro del Derecho Privado”¹¹.

A través de esta institución, se ha dicho, la Constitución puede obligar al Estado, y también a los particulares, en los vínculos que estos tengan con otros particulares. Ello se debe a que:

“Las relaciones entre privados se someten automáticamente a las normas sobre derechos fundamentales contenidas en la Constitución Política”¹².

2.2 *Manifestación en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

A fin de comprobar la materialización de la constitucionalización del derecho y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, identificaremos algunos preceptos normativos del *Código Civil*, y mostraremos cómo estos han sido puestos a prueba a la luz de los derechos fundamentales.

⁹ En este sentido, Alejandro Silva Bascañán expresa que el art. 6.º de la Constitución de 1980: “afirma, por una parte, la supremacía de la Constitución sobre toda norma jurídica, y por otra, se establece la obligación de que todas las demás se ajusten a ella, tanto en el aspecto adjetivo como en el sustantivo”, véase SILVA (1997), p. 136.

¹⁰ En materia de derecho administrativo y las fuentes del derecho, es especialmente enfático Jorge Bermúdez, para quien la Constitución limita el poder de los órganos con potestades normativas y establece un orden de prelación de las fuentes, cfr. BERMÚDEZ (2014), pp. 58-63. De igual forma, en materia de derecho constitucional, así se establece en diversas obras, véase NOGUEIRA (2012), pp. 695-696 y CEA (2008), pp. 244-245.

¹¹ Véase VENEGAS (2004), p. 206.

¹² Véase AGUILAR Y CONTRERAS (2007).

No hace mucho se describía, con un dejo de asombro, la diferencia entre la solución de conflictos codificada y la constitucional. Se decía:

“El Juez, se nos ha enseñado desde siempre, es encargado de aplicar la ley y la jurisprudencia no es jamás fuente de derecho [...] luego el Juez requiere siempre, salvo hipótesis de una laguna legal, de una ley, es decir de una norma que le guía y le precise la regla que ha de hacer observar [...]”;

por su parte, en cuanto a la acción de protección se señalaba:

“Cuando el Juez se enfrenta a la solución de un problema respecto de una garantía constitucional, solo cuenta con los hechos por una parte [...] y el correspondiente número del artículo 19 de la Constitución”¹³.

El enfoque del ordenamiento jurídico desde los derechos fundamentales es paradigmáticamente puesto en práctica por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para apreciar la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el derecho privado, resulta trascendental ilustrar algunos casos, en los que la magistratura constitucional ha conocido de requerimientos de inaplicabilidad de algún precepto del *Código Civil*. Esta magistratura contrasta la sumisión de las normas legales a los derechos constitucionales, siempre a la luz de los hechos concretos en una gestión pendiente ante un tribunal de justicia –art. 93 n.º 6 de la Constitución–. Todos los casos que se expondrán, tienen lugar en el contexto de una gestión judicial pendiente entre dos particulares.

El ejemplo tradicional es la –constante y casi ininterrumpida– declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 2331 del *Código Civil*. Este precepto condiciona la indemnización de los daños que se irroguen por imputaciones injuriosas, a que se acredite daño emergente o lucro cesante. El artículo impugnado ha sido declarado inaplicable en distintas ocasiones, al ser contrastado con los arts. 1.º, y 19 n.º 4 y 26 de la Carta Fundamental. En los casos, el conflicto judicial en el cual se apoya el requerimiento de inaplicabilidad consiste en una demanda de indemnización de perjuicios de un particular en contra de otro, interpuesta ante un juez de letras en lo civil. De igual manera, en los requerimientos deducidos, el demandante ocurre ante el Tribunal Constitucional dado que el art. 2331 presentaría una limitación a la indemnización de perjuicios, fruto de que en el caso concreto no hubo daño material.

El año 2017, la magistratura constitucional declaró la inaplicabilidad del art. 2331 del *Código Civil*, dándole primacía a la Constitución, y en es-

¹³ Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2009), p. 20.

pecífico a los derechos fundamentales, por sobre lo prescrito en el precepto normativo de rango legal. Se expresó, en este sentido, que el efecto del artículo inaplicado:

“Es, precisamente, privar a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos que se persigan criminalmente, de la protección de la ley, pues, mientras las lesiones a otros derechos igualmente no constitutivas de delitos dan lugar a indemnización por todos los daños patrimoniales y morales causados [...] las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a la indemnización del daño moral, que es naturalmente el que producen esta clase de atentados” (considerando 15.º)¹⁴.

De igual modo, se cuestionaron los arts. 1458 y 2316 del *Código Civil*. En lo pertinente, las disposiciones normativas prescriben que todos quienes se aprovechen del dolo ajeno serán obligados a indemnizar, hasta la concurrencia del beneficio reportado. El caso consistió en que una contratante, que afirmó estar de buena fe, y que convino previamente con un tercero que habría actuado con dolo, argumentó que la obligación que se le imponía de restituir el dinero obtenido era contraria al art. 19 n.º 24 de la Constitución. La contratante y requirente ante el Tribunal Constitucional explicó que, debido a la aplicación de los preceptos legales, se le estaría despojando o expropiando: “De dineros propios, cuyo justo título está en un contrato [...] válidamente celebrado [...]”¹⁵. El caso se rechazó por una estrecha votación de seis votos contra cuatro por acoger el requerimiento.

También la sociedad conyugal fue cuestionada. Se trata de un requerimiento del año 2019, en el cual se impugnó el art. 1740 n.º 2 y 3 del *Código Civil*. En lo que interesa, el precepto reprochado señala que las deudas del marido, que no sean personales, serán de cargo de la sociedad conyugal. El caso consistió en que, debido a una deuda adquirida por el marido, a la mujer le fue embargada su parte de la cuota en un bien raíz de la sociedad conyugal, sin habersele emplazado en juicio. La mujer requirió al Tribunal Constitucional y señaló que la deuda era del marido y que ella estaba divorciada. Afirmó que la norma legal era contraria al debido proceso –art. 19 n.º 3 de la Constitución– porque no fue oída.

Por último, se ha discutido una norma incorporada por la Ley n.º 20500 al *Código Civil*. A través de la modificación al art. 553, inciso segundo, se obligó a las personas jurídicas de derecho privado a que incorporaran en sus

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2017). El considerando citado se remite a lo razonado en la sentencia rol n.º 1185.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2018).

estatutos el derecho constitucional al debido proceso. El legislador señaló que la potestad disciplinaria de los cuerpos intermedios debe ser ejercida de acuerdo con “un procedimiento racional y justo, con respeto de los derechos que la Constitución, las leyes y los estatutos confieran a sus asociados”.

En lo que interesa a la impugnación, el legislador dispuso: “en todo caso, el cargo en el órgano de administración es incompatible con el cargo en el órgano disciplinario”. El año 2018, el Cuerpo de Bomberos de Santiago –requiriente de inaplicabilidad–, impugnó el art. 553, inciso segundo, pues este obliga a que el órgano sancionador disciplinario sea distinto al órgano de administración. El requeriente ante el Tribunal Constitucional afirmó que, de acuerdo con las particularidades de las compañías de bomberos, relacionadas con su estructura jerárquica, finalidad de servicio social, historia, y a la regulación especial propia y distinta a la del *Código Civil* que las rige, la aplicación del art. 553, inciso segundo, vulneró los arts. 1.º, inciso tercero, y 19 n.ºs 2 y 3 de la Constitución.

Si bien la sentencia fue desestimatoria, relevante es atender a lo razonado por el Tribunal. La decisión judicial se mostró favorable a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, ya que expresó que esta:

“Se puede aplicar de una doble manera: como eficacia inmediata frente a la ausencia de previsiones normativas o como eficacia mediata en orden a verificar una legislación específica ‘en ese rango’ que aplique, desarrolle y concrete los principios constitucionales de los artículos 1º (autonomía de los cuerpos intermedios) y 19, Nº 3º, inciso sexto, de la Constitución (procedimiento sancionatorio y debido proceso)” –considerando 15.º–¹⁶.

Los razonamientos antes descritos son similares –en su naturaleza– a los contenidos en las sentencias que son objeto de este comentario de jurisprudencia. En las decisiones de las Cortes también se materializa a la constitucionalización del derecho y a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. El modo en que las sentencias de los tribunales ordinarios concretizan a estas instituciones es de acuerdo con dos dimensiones: una procesal y otra sustantiva.

Por una parte, la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales tienen lugar en vista de un criterio procesal. Las sentencias dan primacía a la acción de protección sobre las vías legales y contractuales en materia de contratos de seguro de salud. Tal es así que el art. 543 del *Código de Comercio* somete la solución de esta clase de conflictos a un árbitro arbitrador. El procedimiento para conocer de estas

¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2019), art. 553 del *Código Civil*.

controversias lo fijan las partes, y supletoriamente está sujeto a las limitaciones que impone el *Código de Procedimiento Civil*, en su art. 636 y siguientes.

El argumento de la preponderancia de las vías legales y convencionales no es considerado, pues las sentencias sostienen que existe una primacía de la vía constitucional. Más aún, en *Orellana con Metlife Compañía de Seguros de Vida S.A* (2020a), la Corte de Apelaciones de Santiago basó su argumentación para rechazar la acción de protección, en la preeminencia de la vía especial. En este sentido, se expresó:

“Los hechos que da cuenta el recurso, se traducen en una discrepancia respecto de un contrato de seguro [...] ello correspondería ser resuelto por un juez árbitro [...]”.

En la misma línea de razonamiento, en *Arancibia con Clínica Alemana de Santiago S.A., Servicios Clínica Alemana Limitada y Servicios Diagnósticos Clínica Alemana Limitada* (2020a), la Corte de Apelaciones de Santiago reiteró el argumento, transcribiendo la cláusula del contrato por la que se entregaba la competencia a un árbitro arbitrador para conocer de los conflictos suscitados entre el proveedor y el usuario. Las anteriores consideraciones fueron eliminadas por la Corte Suprema.

Por otra parte, los casos aplican a la constitucionalización del derecho y a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales fruto de un criterio sustantivo. Esto es especialmente evidente en la *ratio decidendi* de la sentencia *Ruiz con Clínica las Condes S.A.* (2018), la cual aplica el art. 19 n.º 24 constitucional –considerando 1.º– para tachar de arbitrario el acto del proveedor –considerandos 5.º y 6.º–. Es esta idea de arbitrariedad la que merece una detenida revisión.

III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, Y EL ANCLAJE DE LOS CONTRATOS DE SEGURO DE SALUD EN LA LÓGICA DEL DERECHO PÚBLICO

En materia de contratos de seguro de salud, al igual que en los asuntos que conciernen al derecho del consumidor, se aplica el concepto de arbitrariedad, propio del derecho público, sin acudir a los preceptos normativos ni a las lógicas del derecho privado. Para comprender la relación entre autonomía de la voluntad y arbitrariedad –3.1– verificaremos el lugar que ocupan estos conceptos en el *Código Civil* y –3.2– revisaremos su sitio en los contratos de seguro de salud.

3.1 *Autonomía de la voluntad y arbitrariedad en el derecho privado*

La autonomía de la voluntad tiene raigambre constitucional. Su génesis normativa está en el art. 1.º, inciso primero, y se revela especialmente en los derechos con carácter económico. No son baladí las expresiones “libre contratación” y “libre elección”, en el derecho del trabajo –art. 19 n.º 16–, ni la “libre iniciativa económica” –art. 19 n.º 21–, todas de la Constitución. Ahora bien, del mismo modo en que la libertad es reconocida en la norma fundamental, su contracara aparece en la misma Constitución. Tal es así que en el art. 19 n.º 21, la libertad económica tiene como contrapeso a la moral, el orden público, la seguridad nacional y las normas legales que la regulen. Entonces la libertad es reconocida en la Constitución, y es la misma Carta Fundamental la que anuncia sus límites¹⁷.

El art. 582 del *Código Civil*, permite el ejercicio de la libertad en cuanto al derecho de propiedad. La libertad, en este contexto, está configurada de modo amplio, pues a través de su ejercicio se permite que el propietario actúe arbitrariamente. Esto se explica, ya que el *Código Civil* afirma que la facultad de usar, gozar y disponer puede ejercerse sin razón o fundamento, siempre que no se actúe ilegalmente ni se atente contra el derecho de otro.

Acerca de este punto, se afirma:

“Siguiendo las codificaciones de la época, el Código establece este carácter absoluto expresando que su derecho [el del propietario] lo ejercita “arbitrariamente”¹⁸.

La arbitrariedad en los actos de disposición es la base del *Código*, lo que se explica por la filosofía tras este. De acuerdo con el derecho privado, esta idea de arbitrariedad sería una:

“Manifestación palpable del concepto subjetivo del derecho, [pues] le permite al propietario sacar el máximo de provecho de la cosa sobre la que ejerce su derecho, en su exclusivo interés personal”¹⁹.

Creemos que la característica de la arbitrariedad no agota su alcance en esta parcela del *Código Civil*, pues revela la idea del derecho privado sobre la autonomía de la voluntad. El derecho privado no establece –de modo expreso– que las actuaciones con efectos jurídicos de los particulares

¹⁷ Véase FERNÁNDEZ (2004), p. 221.

¹⁸ Véase PEÑAILILLO (2007), p. 128.

¹⁹ Véase LLANOS (1940), p. 19.

deban tener fundamento. Al contrario, el derecho privado fija un marco a la voluntad de las partes, sin limitarla en cuanto a su contenido –así aparece, por ejemplo, en los arts. 1438, 1445 y 1460 del *Código Civil*–. Salvo precisos requisitos tocantes al objeto y la causa del contrato –arts. 1462 a 1466 y 1467 del *Código Civil*, respectivamente– o en el derecho de familia, en el derecho privado los actos jurídicos pueden configurarse arbitrariamente, sin que deba existir algún fundamento que justifique la complejión del contenido contractual^{20, 21, 22}.

En los casos comentados existe un conflicto entre dos particulares, los que configuraron un contrato en vista de su libertad. En razón de ello, los actos de disposición que emanen de tal convención solo debiesen someterse a la mecánica aplicación de las disposiciones contractuales. Debido a lo expuesto, en caso que se eleve la prima o si se realiza cualquier otra actuación de acuerdo con lo convenido, este acto no debiese ser objeto de algún reparo. Lo anterior es sin desmedro de que alguna norma de rango legal pudiese limitar el ejercicio de este derecho.

En este punto entra en juego el concepto de propiedad y su relación con la arbitrariedad. Sin perjuicio de que el derecho de propiedad deba ser integrado con recaudos en las dinámicas contractuales, su análisis resulta ineludible en razón de su empleo por la jurisprudencia judicial en sede de acción de protección. Tema que ha sido analizado profundamente, catalogándose esta invocación a la propiedad como una propia para alcanzar otros fines, los cuales se vinculan con el otorgamiento de amparo a uno de los contratantes, a falta de acciones judiciales eficaces²³.

En el caso Ruiz con Clínica las Condes S.A (2018) se ilustra lo que se viene razonando, pues no se invoca alguna norma de rango legal en la que se ancle la decisión de declarar como “arbitraria” la actividad del proveedor. Al contrario, el pronunciamiento judicial gira –exclusivamente– en torno al art. 19 n.º 24 de la Constitución y al concepto de arbitrariedad.

Es aquí donde reside la diferencia entre la versión de la autonomía de la voluntad del derecho del consumidor con la del código civil. En el derecho privado, no se exige normativamente que exista un motivo tras el

²⁰ En materia de familia se ha dicho que la acogida a la autonomía de la voluntad se ha ido incrementando, véase DOMÍNGUEZ HIDALGO (2005), pp. 212-213.

²¹ Afirmación que se confirma por lo prescrito en el art. 1545 del *Código Civil*, y que no se altera por los casos en que el propio *Código* acude al concepto de motivo o de justo motivo –por ejemplo, en el art. 1585, en cuanto al pago, o en el art. 2037, relativo al censo–.

²² La naturaleza de este trabajo impide describir y analizar a la doctrina que ha cuestionado a la autonomía de la voluntad como el elemento que permite justificar a la fuerza obligatoria de los contratos. Para una explicación, véase ACCATINO (2015), pp. 51-53.

²³ Cfr. BARROS (1996).

ejercicio del derecho de propiedad; tampoco se requiere alguna justificación de la configuración ni de la aplicación de las cláusulas contractuales. Es esta aproximación la que es repudiada por las sentencias.

3.2 Autonomía de la voluntad y arbitrariedad en los contratos de seguro de salud

El sentido de la arbitrariedad en los contratos de seguro de salud se aleja de las reglas del *Código Civil*. Las decisiones de las Cortes se relacionan con dos normas situadas en otras fuentes normativas. Se trata del art. 19 n.º 2, inciso segundo de la Constitución y del art. 16 letra a) de la Ley del Consumidor.

En el derecho del consumidor se aprecia una absoluta prohibición de la arbitrariedad. Lo que ocurre es que en esta materia hay una cercanía con el límite a la voluntad dado por la Constitución –art. 19 n.º 2, inciso segundo–, precepto por el cual “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. En derecho público, se entiende que la arbitrariedad existe cuando el Estado adopta una decisión, sin razonar o con un razonamiento imperfecto.

La arbitrariedad en derecho público –al contrario del derecho privado–, está en todo caso prohibida. Esto también se encarna en el art. 16, letra a) de la Ley del Consumidor. Esta disposición señala:

“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato”.

El citado precepto exhibe una enumeración precisa de cláusulas con contenido no deseado para el ordenamiento jurídico²⁴. A lo que se agrega que el mismo art. 16, ahora en su letra g), complementa la prohibición de la arbitrariedad, al decir que deben existir parámetros objetivos y las cláusulas deben estar amparadas en la buena fe, entre otros aspectos^{25, 26}.

Dado que en materia de contratos de seguro de salud se aplica la Ley del Consumidor, aunque exista alguna otra norma especial que pueda referirse a este asunto²⁷, es necesario entender la inspiración o sustrato de la protección que esta fuente normativa brinda a los consumidores. La arbitrariedad

²⁴ Véase BARAHONA (2014), p. 390.

²⁵ Cfr. CORTES (2018), p. 62.

²⁶ Este artículo debe ser vinculado, naturalmente, con el art. 1546 del *Código Civil*. Este precepto, se opone a las conductas arbitrarias entre partes ligadas por un contrato, imponiéndoles el deber de comportarse correcta y lealmente en las relaciones mutuas.

²⁷ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO (2016), p. 81.

en la Ley del Consumidor está definida y prohibida sin excepciones. Se ha dicho que hay arbitrariedad si “no hay justificaciones reales”²⁸. Sin perjuicio de que el razonamiento acerca de la arbitrariedad de la Ley del Consumidor está asilado en las cláusulas abusivas, parece, en el caso Ruiz con Clínica las Condes S.A (2018), haberse excedido ese compartimento estanco.

En el precitado caso, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago analiza la cláusula contractual que permitiría elevar el precio de la prima por parte del proveedor. Esta estipulación señala, en lo pertinente: “La prima [...] será ajustada anualmente, de acuerdo a la tarifa vigente”. Para la sentencia, la precitada frase no permitiría el aumento de la prima por el incremento del precio ni por el aumento en la frecuencia de las prestaciones médicas. De igual modo, el aumento de la prima sería indebido, en razón de que el proveedor no comunicó al usuario el estudio que explicaba el aumento del valor y de la periodicidad de los servicios médicos, pues se conformó con aludir a un hecho de conocimiento público –considerando 5.º–²⁹.

Entonces, el alza en la prima es arbitraria –no la cláusula contractual–, pues la elevación de su cuantía no se basó en la literalidad de los criterios objetivos que las partes convinieron. De igual forma, el incremento fue arbitrario, pues el proveedor no comunicó los fundamentos de la variación de la prima. La necesidad de expresar los fundamentos en esta clase de contratos es esencial, y debe darse a conocer antes de la ocurrencia de la alteración contractual a los usuarios, para que estos se interioricen de los motivos de la actuación del proveedor.

El mismo razonamiento fue materializado por el Tribunal Constitucional, el año 2013, cuando convocó a las ISAPRES a fundamentar las alzas en los precios de los contratos de salud –una vez derogada la ley que establecía algunos elementos objetivos para la modificación de esta especie de convenciones–. Señaló la magistratura constitucional, al definir la razón que elimina la arbitrariedad en las alzas, que:

“Es regla común en el mundo de los negocios que las empresas deben dejar tan claro como sea posible el móvil en los reajustes de sus precios [...] con cuanta mayor razón esta máxima debe entenderse incorporada en los artículos examinados de la Ley N° 18.933, que versan sobre un contrato regulado por gravitante en la eficacia real de sendos derechos fundamentales”³⁰.

²⁸ Véase BARRIENTOS CAMUS (2017), p. 22.

²⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2018).

³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2013), arts. 38 inciso tercero y 38 bis de la Ley n.º 18933.

Similares consideraciones aparecen en las decisiones de la Tercera Sala de la Corte Suprema al controlar el actuar arbitrario del Estado administrador. En un pronunciamiento, la Corte Suprema dejó sin efecto la decisión de un órgano administrativo consistente en denegar una licencia médica. En lo relevante, la Corte, al acoger la acción de protección, obliga a que el Estado justifique su decisión sobre la base de elementos objetivos, y que la explicación sea

“de tal modo convincente y comprensible que a cualquiera que la lea le resulte no solo de fácil entendimiento, sino que, además, racionalmente plausible, pese a no compartir lo resuelto”³¹.

Es posible establecer un paralelo entre lo razonado en Ruiz con Clínica las Condes S.A (2018), con lo desarrollado por el Tribunal Constitucional y la Tercera Sala de la Corte Suprema.

En primer lugar, hay una sinonimia en materia de contratos de seguro de salud con los de ISAPRE, pues en ambos casos se exige que la actuación de los proveedores esté especialmente motivada. Específicamente, se requiere que se justifique detalladamente el cambio en el precio del plan de salud y la modificación de la prima en el contrato de seguro de salud.

En segundo lugar, hay una identidad en materia de contratos de seguro de salud –y en el derecho del consumo– con el derecho público. La razón es clara: En derecho público existe un desarrollo dogmático realizado sobre la base de que uno de los integrantes de la relación jurídica –el Estado–, está ubicado en una posición preeminente respecto del otro –el administrado–. Esta vinculación, y su nota distintiva, es la misma que existiría entre el proveedor y el usuario. En este sentido, se puede extraer de los razonamientos de la Corte de Apelaciones de Santiago, que en los contratos de seguro de salud no existe voluntad negocial, por lo que la estructura del derecho privado sería insuficiente para evitar las conductas arbitrarias en los actos de consumo. De ahí se explica la huida hacia el derecho público.

IV. CONCLUSIÓN

En materia de contratos de seguro de salud, a través de la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, los tribunales se han alejado del paradigma de la autonomía de la voluntad arraigado en el *Código Civil*. Lo anterior demuestra que la Constitución

³¹ CORTE SUPREMA (2017).

como fuente del derecho, y las normas que la componen, priman por sobre la consideración a las disposiciones legales y convencionales.

De suerte tal que, según se avizora, la fundamentación de los proveedores será escrutada, en sede de acción de protección, en términos cada vez más exigentes. Esto implica asimilar a los proveedores a la posición que el Estado administrador detenta frente al administrado, y de consiguiente podría aparejar la incorporación de los estándares desarrollados por la Tercera Sala de la Corte Suprema –en ejercicio de su labor de control– a los contratos de seguro de salud y, por ende, al derecho del consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela (2015). “La ‘teoría clásica’ del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 n.º 1.
- AGUILAR, Gonzalo y Cristián CONTRERAS (2017). “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100008 [fecha de consulta: 21 de abril de 2019].
- BARAHONA, Jorge (2014). “La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: Un marco comparativo”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 n.º 2.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017). “El concepto de arbitrariedad del artículo 16 a) de la Ley de consumo: Análisis de los criterios judiciales que examina la cláusula de modificación unilateral”. *Revista de Derecho*, n.º 242.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2016). *Normas sobre la protección de los derechos de los consumidores en el contrato de seguro en Chile*. Madrid, Fundación Mapfre.
- BARROS, Enrique (1996). “El recurso de protección como medio de amparo de los contratos”, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Instituciones Modernas de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- CEA, José Luis (2008). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones UC, tomo I.
- CORTES, Hernán (2018). “Delimitación del concepto de arbitrariedad a propósito de la facultad del proveedor de modificar unilateralmente un contrato por adhesión: una labor de integración e interpretación”. *Revista de Derecho y Consumo*, n.º 1.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2009). “Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno”, en Raúl TAVOLARI (dir.). *Doctrinas Esenciales. Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Santiago: Edición Bicentenario.

- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2005). “Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y revisión moderna”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 n.º 2.
- FAVOREU, Louis (2001). “La constitucionalización del derecho”. *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, vol XII.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2004). “Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los derechos fundamentales”. *Temas de Derecho. Jornadas de Derecho Civil en Homenaje al Bicentenario del Derecho Francés*, año XIX, n.ºs 1 y 2.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2013). *Las fuentes del orden constitucional chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
- LATHROP, Fabiola (2017). “Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno”. *Estudios Constitucionales*, año 15, n.º 1.
- LLANOS, Artemio (1940). *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones*. Santiago: Universidad de Chile.
- NOGUEIRA, Humberto (2012). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: AbeledoPerrot, tomo I.
- PAOLUCCI, Franceso y Carolina VELASCO (2017). “Reformando el sistema de seguros de salud chileno: Elección, competencia regulada y subsidios por riesgo”. *Debates de Política Pública*, n.º 17. Disponible en www.cepchile.cl/cep/site/artic/20170906/asocfile/20170906105051/dpp_025_septiembre2017_paolucci_velasco.pdf [fecha de consulta: Septiembre de 2021].
- PEÑAILILLO, Daniel (2007). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional. Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia electoral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo IV.
- VENEGAS, María (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de la autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons.

Jurisprudencia

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2018). Ruiz con Clínica las Condes S.A, rol n.º 42400-2018, 24 de mayo de 2018. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.º 24 de la Constitución Política.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2020a). Orellana con Metlife Compañía de Seguros de Vida S.A., rol n.º 39040-2019, 5 de marzo. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.ºs 1 y 24 de la Constitución Política.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2020b). Arancibia con Clínica Alemana de Santiago S.A., Servicios Clínica Alemana Limitada y Servicios Diagnósticos Clínica

- Alemana Limitada, rol n.º 125188-2019, 17 de marzo. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.ºs 9 y 24 de la Constitución Política.
- CORTE SUPREMA (2017). Zapata con Superintendencia de Seguridad Social, rol n.º 16675-2017, 3 de agosto. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.º 22 de la Constitución Política.
- CORTE SUPREMA (2019). Ruiz con Clínica las Condes S.A, rol n.º 22167-2018, 18 de marzo. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.º 24 de la Constitución Política.
- CORTE SUPREMA (2020a). Orellana con Metlife Compañía de Seguros de Vida S.A., rol n.º 30639-2020, 4 de mayo. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.ºs 1 y 24 de la Constitución Política.
- CORTE SUPREMA (2020b): Arancibia con Clínica Alemana de Santiago S.A., Servicios Clínica Alemana Limitada y Servicios Diagnósticos Clínica Alemana Limitada, rol n.º 44113-2020, 16 de junio. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.ºs 9 y 24 de la Constitución Política.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2013). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Elena Lavín Llona respecto de los artículos 38 inciso tercero y 38 bis de la Ley N° 18.933, en los autos sobre reclamo en juicio arbitral, caratulados “Lavin Llona con Isapre Cruz Blanca S.A.”, de que conoce la Superintendencia de Salud, bajo el rol n.º 18.380-2012, rol n.º 2337, de 1 de octubre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE (2017). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Fernando Peñafiel Salas respecto del artículo 2.331 del Código Civil, en los autos sobre indemnización de perjuicios, caratulados “Fernando Peñafiel Salas con Jorge Raimundo Pérez Zavala y otros”, de que conoce el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, bajo el rol n.º C-1213-2015, rol n.º 3194 de 6 de junio.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILE (2018). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por British American Tobacco Chile Operaciones S.A. “BAT” respecto de los artículos 2316 y 1458 del Código Civil, en el marco de la causa que se tramita bajo el Rol N° C-1057-2007 ante el 14° Juzgado Civil de Santiago rol n.º 2985 de 12 de abril.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2019). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Cuerpo de Bomberos de Santiago respecto de la frase final del inciso segundo del artículo 553 del Código Civil, en los autos sobre recurso de apelación de protección, caratulados “Huaiquilaf con Cuerpo de Bomberos de Santiago”, de que conoce la Corte Suprema, bajo el rol n.º 22227-2018, rol n.º 5317 de 10 de abril.