

MARC 483

R 15183

TAB  
V494p  
2014



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO  
MAGÍSTER EN DERECHO  
("LEGUM MAGISTER")



¿Es posible aplicar la ley 19.496 a los contratos celebrados con las isapres, en lo que dice relación a la modificación unilateral del precio de los planes de salud?



Tesista: Pamela Vergara Arteaga

Profesor Guía: Pamela Prado López

MAG  
V494p  
2014

Julio 2014

*Primero que todo dedico este trabajo a Dios por darme las fuerzas para llegar hasta aquí, a mi marido Pedro por su incondicional apoyo y constantes muestras de amor, a nuestra hija Isidora que ha llenado mi vida de alegría y a mis padres quienes me enseñaron que nada es imposible.*

## Índice

Introducción	1
Capítulo I	4
Marco regulatorio del contrato de salud celebrado entre una isapre y su afiliado.	
1. La salud, bien jurídico de la relación contractual	4
1.1 La salud y el derecho	5
1.2 Coexistencia y actuación conjunta del sistema público y privado de salud.	6
1.3 Consagración constitucional del derecho a la salud en el ordenamiento chileno.	6
2. La instituciones de salud previsional	8
2.1 Regulación normativa de las isapres	9
2.2 Relación afiliado - isapre.	10
2.3 Naturaleza jurídica del contrato de salud	10
2.4 Revisión y adecuación anual del contrato de salud	14
2.5 Superintendencia de salud	15
3. El afiliado a una isapre como consumidor de acuerdo a la ley 19.496	16
3.1. Relación de consumo	16
3.1.1. Definición legal de consumidor o usuario.	16
3.1.2. Onerosidad del acto de consumo	17
3.1.3. Carácter final del acto de consumo	18
3.1.4. Proveedor	19
3.2. El afiliado en su carácter de consumidor	20

Capítulo II 24

Ámbito de aplicación de la Ley 19.496.

1. Artículo 2° de la Ley 19.496 y su aplicación al contrato de salud. 24
  - 1.1. Antecedentes 24
  - 1.2. Concepto y exclusiones. 26
  - 1.3. Comentarios en el proceso de discusión de la ley 19.955 27
2. Artículo 2° bis de la Ley 19.496 y su aplicación al contrato de salud 29
  - 2.1. Carácter supletorio de la ley de protección de los derechos del consumidor 30
    - 2.1.1. Criterio jerárquico 31
    - 2.1.2. Criterio cronológico 32
    - 2.1.3. Criterio de especialidad 32
3. Derechos y acciones de interés colectivo o difuso. 34
4. Acción individual indemnizatoria. 36

Capítulo III 39

Consecuencias de la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 51 y siguientes de la ley 19.496

1. Derechos y acciones supraindividuales. 39
  - 1.1. Antecedentes 39
  - 1.2. Concepto 43
2. Aplicación de las acciones colectivas de la ley 19.496 46
3. Cosa juzgada 47
  - 3.1. La Cosa Juzgada colectiva en el derecho extranjero 49
  - 3.2. El sistema chileno 52
4. La indemnización de perjuicios derivados de las acciones colectivas 53
  - 4.1. Definición y algunas clasificaciones. 54
  - 4.2. El daño colectivo en la ley 19.496. 58
5. Beneficios de las acciones colectivas 59

## Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un estudio acerca de la posibilidad de aplicar la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores a los afiliados de las isapres, que se ven afectados en sus derechos por el alza unilateral de las tarifas de sus planes de salud por parte de estas instituciones, para lo cual se analizarán los artículos 2 y 2 bis en relación a los artículos 50 y siguientes de la ley mencionada con el fin de aseverar que existe la posibilidad de aplicar el estatuto protector en ella establecido sin tener que recurrir a una modificación legal.

## Palabras claves

Consumidor, Isapres, Acciones colectivas, Intereses individuales, Intereses supraindividuales.

## Introducción

La sociedad de masas es un fenómeno que se ha desarrollado como consecuencia del surgimiento de tecnologías que han permitido la confección de bienes y la creación de servicios que alcanzan a un gran número de destinatarios, lo cual ha producido un cambio revolucionario en la manera en que se relacionan quienes intervienen en la provisión y adquisición de bienes y servicios, pues ya no resulta eficiente que entre ellos exista un proceso de formación del consentimiento al estilo que lo concebían los códigos decimonónicos, en que las tratativas precontractuales a través de la oferta y aceptación eran muy relevantes para alcanzar acuerdo de voluntades sobre determinado objeto jurídico.

En la actualidad, dichas tratativas han quedado en desuso, para dar lugar a la contratación en masa. Ella consiste en que el proveedor del bien o servicio lo ofrece en grandes cantidades y en condiciones específicas a un número indeterminado de posibles contratantes, quienes se limitan a aceptarlas o rechazarlas. De esta manera se ha hecho más eficiente el tráfico comercial, pues se evita el gasto de tiempo y recursos que implica toda negociación.

Es en este contexto que surge el derecho del consumidor, como una manera de proteger a los usuarios de los bienes y servicios frente a la tentación de los proveedores de abusar de su mejor posición negociadora.

El problema que plantea este trabajo está íntimamente vinculado al fenómeno antes señalado, toda vez que entre otros bienes y servicios, la salud hoy es susceptible de ser objeto de un contrato, pues en Chile existe un sistema de salud privado que se materializa en la creación de las instituciones de salud previsual o isapres, que son sociedades anónimas que prestan un servicio consistente en financiar las prestaciones de salud de sus afiliados, quienes deben aportar una suma de dinero que tiene el carácter de cotización de salud, por tanto, descontada por el empleador respecto de los afiliados dependientes.

La isapre confecciona planes estandarizados que se dirigen a una cantidad indeterminada de afiliados, cuyo contenido es muy similar en sus cláusulas esenciales. Esto ha dado lugar a abusos por parte de la isapre, lo que ha generado un creciente descontento con el sistema de salud privado, debido a que las isapres traspasan directamente los mayores costos a sus afiliados, a través de la fijación de precios de los planes de salud, para lo cual se basan en “tablas de riesgos” que utiliza entre otros factores, la edad y sexo de sus cotizantes para subir el valor de sus planes. Esta facultad de revisión que tienen las Isapres se encuentra consagrada en los Arts. 197 y 198 del D.F.L N° 1 del año 2005 del Ministerio de Salud y la tabla de factores se establece en el Art. 38 ter de la Ley 18.933, si bien esta facultad es cuestionada por los consumidores por ser desequilibrada, tiene plena vigencia legal.

El problema jurídico que se produce consiste en la legitimidad de las cláusulas que facultan a los proveedores para incrementar el valor del plan de salud sin el consentimiento del usuario y la posibilidad de ser considerado este último como consumidor para efectos de ejercer los derechos y acciones que se establecen en su favor en la ley 19.496.

Los afiliados han evitado estas alzas por medio del recurso de protección, pero para que ello tenga vigencia en el tiempo, sería necesario deducirlo cada vez que se produzca el incremento, lo cual tiene a los tribunales superiores con una excesiva carga de acciones de protección, en circunstancias que existen medios en nuestro ordenamiento jurídico para solucionarlos en forma definitiva.

Este trabajo propone la aplicación de la ley del consumidor en materia de contratos de salud en aquellos casos en que este sea modificado por la isapre sin el consentimiento del afiliado, incrementando el precio de las prestaciones que nacen de dicho contrato, mediante una correcta interpretación de los artículos 2° y 2° bis de dicho cuerpo legal.

En esa dirección, examinaremos los fundamentos positivos, doctrinarios y jurisprudenciales que nos permitan concluir que la ley 19.496 tiene plena aplicación para ejercer sus derechos y evitar que se produzca el alza antes señalada y obtenga la reparación de los daños que se produzcan por esa misma causa.

De acuerdo a lo antes expuesto, establecemos como hipótesis principal la siguiente: *En conformidad a nuestro derecho vigente, la ley 19.496 resulta aplicable en los casos de modificación unilateral del contrato de salud por aumento del precio del plan acordado con la isapre, por medio del ejercicio de una acción supraindividual, cuando se quiere proteger el interés colectivo o difuso de los afiliados en su carácter de consumidores, según el procedimiento establecido en los artículos 51 y siguientes de la misma ley.*

Asimismo, la hipótesis secundaria consiste en lo que sigue: *La aplicación de estas acciones contemplan la posibilidad de generar como resultado una sentencia que produzca efectos para todos los afiliados que forman parte de una determinada isapre, que se encuentren en la misma situación y a quienes se les ha causado un perjuicio, pudiendo además, en dicho procedimiento, obtener un íntegro resarcimiento de los mismos.*

En el curso de esta investigación, a fin de comprobar los planteamientos señalados anteriormente, principalmente utilizaremos el método dogmático a fin de interpretar las normas objeto de este estudio fundándose principalmente en la doctrina nacional desde el año 2004, año en que se dictó la Ley 19.955 que modificó la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores, ya que esta reforma amplió sustantivamente los espacios de protección de los consumidores.

Sin perjuicio de lo anterior, emplearemos el método analítico en el estudio de la jurisprudencia nacional desde la dictación de la Ley 19.496, tanto administrativa como judicial, a fin de argumentar y apoyar los pilares de esta investigación, como asimismo, el

método histórico será usado en algunos pasajes de la tesis, con la finalidad de explicar alguna norma o institución.

El primer capítulo de este trabajo tendrá por finalidad conocer la naturaleza jurídica del vínculo contractual entre el afiliado y la isapre, mirado desde el punto de vista del objeto de la relación (la salud), de los sujetos que intervienen en él, como asimismo desde la perspectiva de la relación jurídica propiamente tal. Dicho estudio nos conducirá a concluir que estamos frente a una auténtica relación de consumo.

En el segundo capítulo estudiaremos los artículos 2° y 2° bis de la ley de protección de los derechos del consumidor conjuntamente con la historia de su establecimiento, a fin de demostrar que ellos resultan aplicables a los contratos de salud entre usuario y la isapre respectiva frente a un alza unilateral, dando lugar al ejercicio de acciones colectivas que esta ley regula y con la posibilidad de obtener una indemnización de perjuicios a favor del afiliado derivada de la infracción cometida por el proveedor.

El tercer y último capítulo de este trabajo nos conducirá al análisis de las consecuencias de la aplicación de las acciones supraindividuales que regula la ley 19.496, mediante el estudio de dichas acciones, la extensión de sus efectos y la aptitud resarcitoria que ellas tienen. Finalizaremos con un análisis de carácter práctico de las consecuencias beneficiosas que les reportan a los consumidores, la existencia de este tipo de acciones.

## **Capítulo I**

### **Marco regulatorio del contrato de salud celebrado entre una isapre y su afiliado.**

El presente capítulo tiene por objeto aproximarnos a la naturaleza de la relación jurídica que en nuestro ordenamiento existe entre el usuario o afiliado que requiere de un seguro que le brinde cobertura económica frente a determinados riesgos o contingencias vinculadas a la salud y la empresa que se obliga a financiarlos, es decir, las instituciones de salud previsional o isapres.

Para analizar lo anterior, partiremos con el estudio de la salud como objeto de la relación contractual, examinando las diversas definiciones de salud y su vinculación con el derecho.

Seguiremos con el análisis de los sujetos de esta relación, esto es, a las isapres tanto desde un punto de vista orgánico como en su rol de parte en el contrato de salud y al usuario o afiliado en su carácter de consumidor de acuerdo a la legislación vigente.

Por último, examinaremos el vínculo jurídico propiamente tal, confrontándolo con los requisitos que establece la ley 19.946, constatando que estamos frente a una relación de consumo.

#### **1. La salud, bien jurídico de la relación contractual.**

Comenzaremos con un análisis del concepto de salud, a fin de destacar su importancia fijando las bases del estudio de este trabajo, debido a que los consumidores contratan los servicios de una isapre en vista a satisfacer una necesidad que para ellos es fundamental porque dice relación con la salud ya sea propia o la de su familia.

La salud es uno de los bienes más preciados de todo ser humano, es por eso que en nuestro país el derecho a la salud, forma parte de los derechos que la constitución política de la república asegura a todas las personas. Para Antonio Carlos Pereira Menaut, en su obra Lecciones de Teoría Constitucional, “los derechos constitucionales son pretensiones, facultades e inmunidades de las personas individuales, inherentes a su naturaleza humana y normalmente reconocidas por las principales constituciones, las cuales empero, no los crean ni constituyen, sino que simplemente las reconocen o declaran, facilitando así su ulterior protección legal y jurisprudencial” (Madrid, Ed. Colex 1997, 1997 p.319).

La salud es un concepto en permanente cambio y evolución, ha sido objeto de múltiples y distintas definiciones, la razón de esta diferencia conceptual se encuentra en que salud depende no solo de la idiosincrasia física o psicológica de los individuos, sino también de las expectativas culturales, sociales, biológicas, etc., que interactúan permanentemente entre sí.

La salud ha sido definida en diversos contextos. El Diccionario de la Lengua Española la ha conceptualizado como el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.

La Organización Mundial de la Salud en la declaración Alma-Ata (Rusia) de 1978 señala: “es el estado de completo bienestar biopsíquico- social y son sus prerequisites: la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad”

El colegio Médico de Chile señala que “La salud es un estado de equilibrio dinámico entre las personas y las poblaciones por una parte y el ambiente y las condiciones en que viven por otra”.

Sin considerar erróneas las anteriores, la definición más moderna y de mayor aceptación de concepto de salud es la que figura en el preámbulo de la constitución del año 1946 de la OMS, la que señala que es “El estado de completo bienestar físico, mental espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Podemos distinguir entre salud pública y privada, la primera se refiere a la protección y promoción de la salud de la comunidad, de modo que si un individuo es afectado por una dolencia es posible y bastante probable que muchos también lo sean, se debe proteger el interés colectivo en forma total o parcial. Esta es la razón por la que el control de enfermedades infecciosas, la inspección de los alimentos y los servicios sanitarios sean medidas de salud pública.

La salud individual o privada se relaciona con la condición de individuo como ser humano ya que en muchos casos una dolencia que afecta a un individuo, puede no tener consecuencias en los demás miembros de la comunidad en este punto podemos mencionar la maternidad, la atención infantil, el parto etc. Aquí el Estado tiene una responsabilidad que radica principalmente en el ejercicio de su función de regulador.

## **1.1 La salud y el derecho**

La relación de la salud con el derecho pasa porque para poder tener una salud digna es necesario una regulación del todo el sistema sanitario y de la protección a la salud de los individuos. La salud que requiere un individuo no solo es un estado de bienestar, sino que

un derecho que tiene todo ser humano y que el Estado debe respetar para así lograr el bienestar espiritual y material de la población.

La seguridad social es el instrumento jurídico que le permite al Estado cumplir con su política social sanitaria. Según la Organización Internacional del Trabajo OIT, la seguridad social es “el conjunto de medidas trazadas por la sociedad, y en primer lugar por el estado, para garantizar a todos, los cuidados médicos, así para asegurarles los medios de vida en caso de pérdida o reducción importante de sus medios de existencia causados por circunstancias no dependientes de su voluntad”

La relación de la seguridad social con la salud, en lo que profundizaremos más adelante, viene dada por que es ella quien se encarga de regular y cubrir los riesgos que a diario presencian los individuos individualmente o en forme colectiva.

## **1.2 Coexistencia y actuación conjunta del sistema público y privado de salud.**

A partir de 1981 se introdujo en Chile un sistema de salud dual integrado por un sector estatal y un sector privado constituido por instituciones de salud previsual, reguladas inicialmente por DFL N° 3 de Salud de 1981, posteriormente por la Ley N° 18.933 de 1990, que creó la Superintendencia de Isapres que derogó el DFL 3.

Con la finalidad de apoyar estos sistemas la Constitución de 1981 consagró el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, esto es, estatal o privado, estableció el derecho a la afiliación y desafiación voluntaria de cada sujeto respecto a su sistema. La salud es una necesidad básica fundamental y es responsabilidad personal de los individuos el preocuparse de su cuidado y recuperación, por esta razón el seguro obligatorio de salud tiene como objetivo garantizar el cuidado de la salud, exigiendo a los propios individuos la provisión de los recursos necesarios para estos efectos.

La creación del sistema de salud privado respondía a la necesidad de otorgar a la población una alternativa al sistema estatal, estas empresas privadas se encargarían del financiamiento, administración y otorgamiento de las prestaciones de salud, la cuales responderían a incentivos pecuniarios, pero la competencia entre ellas induciría a la eficiencia administrativa y servicios oportunos y de calidad. (Miranda, 2004:pp.84).

## **1.3 Consagración constitucional del derecho a la salud en el ordenamiento chileno.**

La salud es un derecho fundamental del individuo y nuestra Constitución la consagra en el art.19 “*La Constitución asegura a todas las personas: n°9 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.*

*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 el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.*

En relación a este precepto, Sergio Álvarez señala *“la salud es considerada un elemento de desarrollo, un patrimonio nacional y una responsabilidad irrenunciable del estado. Se trata de un derecho humano, establecido en la Constitución Política y en la medida que se puede cumplir y perfeccionar será una garantía fundamental en un Estado de Derecho”* (Álvarez Rojas, Sergio. Aspectos del Derecho de la Protección de la Salud como Garantía Fundamental de un Estado de Derecho. Revista de Derecho Público. Santiago. 1999. Universidad de Chile N° 47-48. Pág.220).

Algunos autores precisan que lo que se garantiza no es la salud propiamente tal, pues teniendo en cuenta la definición de salud, la Constitución no puede asegurar que no exista enfermedad, pues bajo esa lógica hasta un simple resfrío sería inconstitucional. Es por ello que lo que se asegura es la protección de salud, imponiéndole al estado y a sus órganos que la población pueda acceder libre e igualitariamente a las acciones de promoción protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Asimismo, es deber del Estado coordinar y controlar las acciones relacionadas con salud y, por último, garantizar la ejecución de dichas acciones, sea que se presten por instituciones públicas o privadas. (Régimen Jurídico de la Salud. Ulises Nancuante A., Andrés Romero C., Roberto Sotomayor K, Santiago, 2012, p.18).

Velar por el cumplimiento de esta garantía no solo es tarea del Estado y sus órganos, sino que tal como lo dice el Tribunal Constitucional en causa rol N°976-2007, esta obligación también se extiende a toda persona o institución, en especial, si éstas otorgan beneficios en carácter subsidiario del Estado, como ocurre con las isapres (1). Como tales, deben también propender al bien común, toda vez que al ser parte integrante de la protección de salud deben respetar la dignidad humana y no pueden atentar en contra de la esencia de los derechos inherentes a toda persona.

La salud también está vinculada al derecho fundamental que la Constitución de 1980 asegura en su art. 19 n° 18, esto es, el derecho a la seguridad social, en cierta forma,

1. El Tribunal Constitucional en causa Rol 976-2007, resolvió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley 18.933 de isapres, en el que se cuestionó la constitucionalidad de los preceptos que facultan a estas instituciones a aumentar el precio base de los contratos de salud, aplicando la tabla de factores, particularmente la edad y el sexo respecto de los derechos a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de salud y el derecho de propiedad, garantizados en los numerandos 2, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

se ampara la salud, debido a que ésta pertenece a una rama de la seguridad social, más específicamente, a la medicina social. Este derecho, constitucionalmente consagrado, implica necesariamente una extensión del derecho a la vida y a la integridad física y síquica de todas las personas.

La seguridad social, como disciplina jurídica ha sido definida por la profesora Gabriela Lanata Fuenzalida como “*el conjunto de principios y normas que regulan la administración y gestión del sistema de cobertura de los estados de necesidad, la constitución y funcionamiento de estos sistemas y los medios de acción que le son propios*”. (Manual de Legislación Previsional, Santiago, 2001, p. 8.).

La seguridad social tiene como objetivo proteger a todos los miembros de la sociedad frente a todas las contingencias a que se exponen a lo largo de la vida. Por ejemplo, la salud, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo, invalidez, muerte o desempleo, tienen que ser garantizados obligatoriamente por el Estado, siendo este responsable de su cumplimiento, asegurando el carácter redistributivo de la riqueza con justicia social. (*Guía de Educación Obrera*, Ginebra, 1995, p. 6.).

El ámbito de la seguridad social que se ocupa de la cobertura de los riesgos y contingencias sociales relacionadas con la salud es la denominada *medicina social*. La medicina social “*es una rama de la Seguridad Social que se preocupa de la salud de la población, mediante la planificación y desarrollo de acciones de salud, no sólo en lo que dice relación con las personas, sino también con el medio ambiente en que éstas viven y se desenvuelven*” (Lanata et al, pág. 23).

Es a través de la medicina social en que se da cumplimiento al mandato constitucional consistente en que el estado debe velar por que todas las personas puedan acceder a las prestaciones de salud sin sufrir un detrimento económico de gran entidad, financiando todo o parte de los riesgos y contingencias vinculadas a la salud, debiendo el beneficiario estar sujeto a una cotización obligatoria.

## **2. Las instituciones de salud previsional.**

Las Instituciones de Salud Previsional, en adelante las isapres, pueden ser definidas como “*Instituciones privadas con las más diversas formas de organización jurídica, cuyo giro único consiste en la administración de un seguro, social y privado, de salud en donde la prima de la póliza está representada por la cotización obligatoria de salud o una suma superior si el afiliado así lo desea*”. (Alcántara y Hernández, 1993: p. 13).

Es obligatorio que estas instituciones se constituyan como personas jurídicas y se registren previamente ante la Superintendencia de Salud. La ley estableció que el objeto exclusivo de las isapres es solamente financiar prestaciones, pero no pueden otorgarlas, ni directa ni indirectamente. Es decir se prohíbe la integración vertical entre seguro y

prestador, esta actividad es exclusiva de estas instituciones, por tanto ninguna persona natural o jurídica que no hubiere sido registrada para ello por la Superintendencia, podrá dedicarse al giro que corresponda a la isapres y en especial a captar las cotizaciones de salud.

## **2.1 Regulación normativa de las isapres.**

El D.F.L N° 3, del Ministerio de Salud, publicado en el diario oficial de 29 de mayo de 1981, estableció las normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud por parte de los organismos denominados “Instituciones de Salud Previsional”

El sistema creado por este decreto, se caracterizaba por:

- Crear entidades sustitutivas de los Servicios de Salud y Fonasa, para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud, es decir las Isapres, a las cuales se accedía mediante un mecanismo incorporativo consistente en la suscripción, por parte del cotizante, de un contrato de salud
- Las instituciones debían contemplar como objeto social el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, directamente o a través del financiamiento de las mismas
- Autorizó a las isapres a captar la cotización legal obligatoria de salud, establecida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3.500, al amparo del cumplimiento de los requisitos legales y su previo registro en Fonasa, la que estuvo a cargo de la fiscalización
- A estas instituciones se les otorgó personalidad jurídica de derecho privado, se les autorizó para adoptar diversas formas de organización legal.

Posteriormente se dictó en 1990, la Ley 18.933, publicada en el diario oficial de fecha 9 de marzo, ella creó la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, que vino a reemplazar a Fonasa en su labor fiscalizadora, se establecieron normas para que las isapres otorgaran sus prestaciones de salud, y se derogó el DFL N°3. (Historia de la Ley 18.933 texto modificado y refundido por las leyes 18.959-19.381-19.664-19.895-19.937-19.966-20.015-20.015-20.209-20.229-20.261-20.288-20.288-20.317-20.394-20.545-20.575-20.635-20.711-20.720-20.724 última modificación 14 de febrero de 2014. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), última visita 18 de julio de 2014)

## 2.2 Relación afiliado-isapre.

La afiliación es la incorporación a una isapre, mediante la compra de un determinado plan de salud. Este proceso está regulado por ley, permite establecer los derechos y obligaciones que contraen las partes y se materializa con la firma de los siguientes documentos:

- Contrato de salud
- Formulario Único de Notificación(FUN)
- Declaración de salud
- Carta de desafiliación (cuando corresponda)

Para que una persona pueda ingresar a una determinada institución de salud previsional, lo primero que debe hacer es suscribir un contrato de salud con dicho organismo. Ello se traducirá en fijar los derechos y obligaciones de cada una de las partes, y en la adquisición de un plan de salud, lo que permitirá al afiliado quedar a cubierto de todas o casi todas las contingencias que produzcan alguna alteración de salud, siempre que ésta se encuentren contempladas en dicho plan. La legislación actual no da un concepto de **contrato de salud**, tampoco la definió el DFL N° 3, por lo que la doctrina actual la ha definido como el *“mecanismo a través del cual las personas, que en general pueden ser titulares de los derechos y obligaciones que de él emanan, se incorporan al sistema, más particularmente suscriben un acuerdo de voluntades con una de las instituciones de salud previsional existentes en el mercado”* (Gandolfo, Magdalena. Síntomas del sistema de salud chileno, su diagnóstico y tratamiento, en varios autores: reseña y análisis crítico de la legislación que regula las isapres. Santiago. CIEDESS. 2000. Pág. 307).

## 2.3 Naturaleza jurídica del contrato de salud

La superintendencia de isapres, antecesora de la actual superintendencia de salud, en distintos oficios ha manifestado su postura respecto a este tema señalando que *“el sistema de salud conformado por las isapres se basa en la celebración de un contrato entre cotizante y la entidad respectiva, cuya naturaleza jurídica corresponde a la de un seguro de salud”* (Superintendencia de isapres. Oficio ordinario n° 45 en [www.sisp.cl](http://www.sisp.cl). 1991. Oficio ordinario n° 3989 en [www.sisp.cl](http://www.sisp.cl). 1997. La Circular n° 9 de 1991 definió al contrato de salud como el instrumento formal mediante el cual las personas que son afiliadas al régimen de la ley 18.469 puedan ejercer su derecho de opción a incorporarse al sistema que operan las isapres. Señalados en: Arellano, Daniela. Constitucionalidad del artículo 38 inciso 3° de la ley 18.933. Memoria de grado. Universidad Adolfo Ibañez. 2006. Pags. 18 a 22).

Entre los rasgos más relevantes de este contrato, es posible constatar que estamos frente a un contrato bilateral, por cuanto engendra, recíprocamente, obligaciones para ambas partes. Al cotizante le corresponde pagar o contribuir al pago de una suma de dinero que se le denomina cotización o, como se trata de un seguro, es dable también llamarlo prima; la isapre, como contraprestación, se encuentra obligada otorgar las prestaciones de salud acordadas con el afiliado.

No hay duda de que estamos frente a un contrato oneroso, en tanto tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes. Resulta algo más discutible saber si el contrato de salud es un contrato oneroso conmutativo, es decir, en que las prestaciones de los contratantes se miran como equivalentes; o se trata de un contrato oneroso aleatorio, en el que va envuelta una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

En la doctrina no se ha producido cuestionamiento al respecto. En nuestra opinión, es más razonable inclinarse por la primera postura, pues si bien es cierto que la isapre obtendrá íntegramente la cotización aun cuando no financie ninguna prestación de salud, en rigor ello es porque el afiliado goza de buena salud, lo cual no puede ser considerado una pérdida para él, desde ningún punto de vista.

Lo anterior es sin perjuicio del fenómeno que se produce cuando la isapre introduce en sus contratos cláusulas abusivas en perjuicio del afiliado, las cuales alteran la conmutatividad de las obligaciones que cada parte contrae respectivamente, desnaturalizando el contrato de salud, cuestión en la que se profundizará más adelante al analizarlo como contrato por adhesión.

En cuanto a su perfeccionamiento se ha discutido si el contrato es solemne o consensual. Optar por una u otra postura nos conducen a consecuencias diametralmente distintas (Nancuante et al., p.318). De adherir a la opinión que se trata de un contrato solemne, entendiendo que la formalidad por vía de solemnidad es la suscripción de un documento en el que constan las obligaciones principales, solo existirá la relación obligacional entre las partes desde la firma del contrato.

Una sana postura, a nuestro entender, debe inclinarse por la segunda opción, pues el consensualismo es uno de los principios inspiradores de la teoría del contrato, estableciendo como regla general, que los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento. Asimismo, tomando en cuenta los fundamentos por los que el legislador ha dispuesto que el contrato de salud deba constar por escrito, ellos dicen relación con la protección de los derechos del afiliado contra los abusos en que puede incurrir la isapre. Resulta más razonable considerar esa disposición como una formalidad por vía de prueba.

Otro rasgo importante del contrato de salud es que se trata de un contrato *intuitu personae*, por cuanto se suscribe en consideración a la persona del cotizante. Su estado de salud es de la máxima importancia, mirado no solo desde la perspectiva de la conclusión del contrato, sino también desde el punto de vista de la configuración interna del mismo. La

isapre, de acuerdo a las características propias de cada futuro afiliado, decidirá si contrata con él, y de hacerlo, le dará un contenido específico tomando en cuenta su estado de salud y su situación económica.

Asimismo, es un contrato de tracto sucesivo, ya que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado, y en que las obligaciones nacen y se extinguen periódicamente. Así lo consagra el art.197 del D.F.L N°1, de 2005, señala que las prestaciones de un mes se entienden financiadas por la cotización devengada en el mes inmediatamente anterior. Por lo anterior, este contrato es de carácter indefinido, en conformidad al inciso 1° de art.189 y al inciso 1° del art.197, ambos del D.F.L N°1, de 2005, de Salud.

Por último, es relevante señalar que el contrato de salud es un contrato por adhesión. Entendemos por tal, *“aquellos cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ella”* (López Santa María, Jorge. Los Contratos, parte general, tomo I, 2° Edición. Editorial Jurídica. 1998. Pág. 142 y 143).

Sabemos que el contrato mirado desde la perspectiva de la ciencia económica, es un instrumento técnico que permite el intercambio de bienes y servicios. Asimismo, desde un punto de vista jurídico el contrato es un acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones para quienes lo celebran. Según expone un autor, ambas facetas pueden coincidir – como solía suceder al momento de la dictación de los códigos decimonónicos – o pueden dislocarse – como parece suceder con frecuencia en el tiempo que habitamos y quizás uno de los fenómenos en que se refleje con mayor nitidez este alejamiento sean los contratos por adhesión (De la Maza Gazmuri, Iñigo. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿por qué el estado y no solamente el mercado? En Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri N°1. Santiago. 2003. Pág. 1).

El profesor don Patricio Oyaneder Davies (Revista de Actualidad Jurídica N° 9- Enero 2004, Santiago, Universidad del Desarrollo) señala que este fenómeno surge por la celeridad en el intercambio de bienes y servicios, dando lugar a lo que hoy se denomina como contratación en masa. Ello, per se, no es negativo pues facilita las relaciones comerciales para ambos contratantes, quienes quedan liberados de las tratativas precontractuales que implican una importante inversión de tiempo y recursos. Dicha contratación en masa ha dado lugar a lo que este autor denomina contratos predispuestos, en que sus cláusulas han sido determinadas unilateralmente por una de las partes. Estos contratos predispuestos, cuando se celebran con un número indeterminado de personas y que se utilizarán para la conclusión de una serie de futuros contratos, dan lugar a lo denominado condiciones generales de contratación.

Estas características se aplican íntegramente al contrato de salud, toda vez que las isapres tienen condiciones generales de contratación, derivadas de contratos predispuestos, los cuales una vez aceptados por el afiliado se transforman en un contrato por adhesión.

El problema se produce cuando la isapre hace abuso de su posición predominante para imponer al adherente cláusulas abiertamente contrarias a la moral, las buenas costumbres o la buena fe, que generan una descompensación entre los derechos y obligaciones de las partes.

La directiva 93-13 de la Unión Europea, de 5 de Abril de 1993, relativa a los contratos de consumo, define las cláusulas abusivas como aquellas que no se han negociado individualmente, y con independencia de las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En materia de derecho del consumidor, la ley paraguaya N° 1334/98, sobre protección al consumidor y usuario, se refiere en su artículo 28 a las cláusulas abusivas. Entre otras, señala en la letra e), las que permitan al proveedor la variación del precio o de otras condiciones del contrato. Esto nos muestra que algunas legislaciones han decidido señalar expresamente ciertas circunstancias como casos de cláusulas abusivas, con el objeto de no dar lugar a ningún cuestionamiento al respecto. Es lo que ocurre con la situación en que el proveedor altera unilateralmente el precio del contrato, pues rompe flagrantemente el equilibrio entre las prestaciones de ambas partes, perjudicando ilícitamente al consumidor.

Tratándose del contrato de salud, esta situación es más delicada, pues el objeto del contrato es el financiamiento de prestaciones de salud, y siendo esta un bien jurídico garantizado constitucionalmente, la alteración del precio del contrato de salud implica una infracción directa a la carta fundamental.

El Tribunal Constitucional, ha fallado en reiteradas ocasiones al conocer recursos de inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley de isapres, y especialmente, en la sentencia de inconstitucionalidad del 06 de agosto de 2010, que el contrato celebrado entre un afiliado y 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 154) (2).

2. El fallo declaró inconstitucional los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley de isapres, fundándose en que tales disposiciones afectaban derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, en particular el derechos a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de salud y el derecho a la seguridad social.

Esta concepción el contrato de salud previsional es un instituto de seguridad social y que la Constitución en el n° 9 del art.19 garantiza el acceso a la acciones de salud sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas.

## **2.4 Revisión y adecuación anual del contrato de salud**

El contrato de salud tiene una duración indefinida, sin embargo la Ley 18.933, en su artículo 38 inciso tercero, modificado por la Ley N° 20.015, les concede a las isapres la facultad, de revisar el contrato una vez que ha transcurrido un año con la finalidad de modificar sólo el precio base del plan. La ley exige que la isapre deba proponer a todos afiliados a mismo plan, iguales modificaciones sin poder hacer discriminaciones en relación al estado de salud de un afiliado o beneficiario.

El afiliado tiene tres opciones frente a esta facultad de modificación del plan de salud:

Primera opción: es aceptar expresa o tácitamente el alza, lo cual lleva a que la isapre otorgue los mismos beneficios, pero a un precio mayor.

Segunda opción: para evitar el reajuste y mantener el precio, el afiliado tiene que aceptar el plan alternativo ofrecido por la isapre, el que tiene un valor similar al vigente, pero con menores coberturas.

Tercera opción: si el afiliado no acepta un plan alternativo, deberá desafiliarse.

La Ley 18.933, que regula los contratos de salud con las isapres, en su art.38 incisos terceros y siguientes, establece el procedimiento que las isapres deben seguir para llevar adelante el proceso de revisión contractual, señalando que la adecuación propuesta deberá ser comunicada al afectado mediante carta certificada con a lo menos, tres meses de anticipación al vencimiento de una nueva anualidad. Si el afiliado no acepta la propuesta por considerarla abusiva o discriminatoria, éste podrá efectuar un reclamo ante la superintendencia de Salud, la que resolverá en su calidad de árbitro arbitrador.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto a este tema a través del conocimiento de los recursos de inaplicabilidad que han presentado los consumidores afectados por el cambio unilateral de sus contratos. En los fallos de las causas roles 976-07, 1218-08, 1287-08 y otros dictados hasta el año 2010, el tribunal constitucional se ha pronunciado uniformemente sobre la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la ley 18.933, actual artículo 199 del DFL 1 del MINSAL de 2005.

Al respecto la profesora Ángela Vivanco Martínez ha destacado la labor de este tribunal, señalando *“que la importancia de la jurisprudencia constitucional en esta materia no radica en determinar la inaplicabilidad de una norma en un caso concreto, sino que se traduce en una interpretación constitucional que abarca y pesa sobre el sistema normativo*

*en su conjunto y sobre la jurisprudencia de los restantes órganos jurisdiccionales”* (Vivanco Martínez, Ángela. Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Chilena de Derecho, vol. 37 N°1. 2010. Pág.149).

El Tribunal Constitucional ha dicho que *“las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19 n° 9 de la Constitución precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole”* (considerando cuadragésimo) *“ el derecho a la protección de la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19 n° 9, de la carta fundamental, es la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual esta puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en invalidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría que contemplar estipulaciones que directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, de facto, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados en esa disposición suprema”* (Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 2009, rol 1218-08).

## **2.5 Superintendencia de salud**

Superintendencia de Salud en adelante “la Superintendencia” es el organismo encargado de fiscalizar y controlar a las Instituciones de Salud Previsional y al Fondo Nacional de Salud, se encuentra definido en el art.1 del art.6 de la Ley 19.937 que señala que es “un organismo funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonios propios, que se registrá por esta ley y su reglamento y se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Salud”. A su vez el art. 5 señala que la supervigilancia y control de las isapres se realizara a través de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales en los términos de la Ley 19.937, Ley N° 18.933 y demás disposiciones que le sean aplicables.

Es la Superintendencia la encargada de resolver las controversias que se presenten entre los filiados y sus isapres para lo cual el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, actuará en calidad de árbitro arbitrador y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten, sólo procede en contra de este fallo recurso de reposición ante la misma autoridad, el que deberá interponerse dentro del plazo fatal de 10 días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la sentencia arbitral.

Según el tenor literal del art.2 letra f) de la LPC, el procedimiento antes descrito es el aplicable al reclamo interpuesto por un afiliado en contra de la modificación unilateral del precio de su plan, procedimiento que está exento del espíritu protector que inspira esta misma ley, la cual considera al afiliado-consumidor la parte débil de la relación contractual y que busca equilibrar la balanza entre las partes del contrato.

### **3. El afiliado a una isapre como consumidor de acuerdo a la Ley 19.496**

#### **3.1 Relación de consumo**

Las relaciones económicas entre productores y consumidores encuentran en el derecho chileno un tratamiento especial, debido a que merecen especial atención dada la preocupación de proteger al contratante más débil en aras de buscar la justicia contractual. Una de las características de la ley de protección del consumidor es que tiene el carácter de especial con respecto al derecho civil y al comercial, regulando materias que antes eran de su competencia y que por su relevancia social fue necesario tratar en forma más exhaustiva. Caer bajo el amparo de esta normativa tiene importantes efectos, tanto para el consumidor como para el proveedor. Las relaciones que esta ley regula deben cumplir con una serie de requisitos adicionales, respetando derechos y garantías que no existían en el derecho común.

##### **3.1.1 Definición legal de consumidor o usuario.**

Artículo 1° n° 1, son Consumidores o usuarios: *“las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios”*.

Este artículo en su redacción original se refería sólo a “consumidores”, pero la Ley 19.955, publicada en el diario oficial el 14 de julio de 2004, se encargó de la inclusión del término “usuario” como sujeto protegido además del consumidor. Esto no tiene mayores efectos prácticos, de acuerdo a la historia fidedigna de su establecimiento la finalidad principal es hacer más cercana el concepto para los servicios, donde hablar de uso parece más adecuado que de consumo (Primer informe comisión de economía). Además lo hace más exacto, estableciendo con claridad que no es necesario que el bien o servicio sea consumido, sino que puede ser también usado, como ocurre con muchos de éstos que se extinguen al primer uso, lo importante es que esto sea haga como consumidor-usuario final.

Resulta muy importante determinar quiénes pueden ser considerados consumidores o usuarios de acuerdo al artículo 1° n° 1 de la ley de protección de los derechos del consumidor. El fundamento de la existencia de la ley de protección del consumidor, es el amparo de la parte más débil de la relación de consumo, es por esto que los consumidores

por excelencia son las personas naturales, que se encuentran muchas veces en una evidente desventaja frente a las empresas. Pero esta ley incluye dentro del ámbito de protección a las personas jurídicas, siempre que cumplan con los requisitos que la misma establece.

Respecto a los organismos públicos, pese a no estar contemplados expresamente por la ley al definir consumidor, cosa que sí ocurre en el concepto de proveedor, no parece existir ninguna razón de texto para excluirlos de esta protección si cumplen con los demás requisitos legales.

### **3.1.2 Onerosidad del acto de consumo**

Sin hacer distinciones entre actos conmutativos y aleatorios, la ley señala como exigencia para su aplicabilidad la onerosidad del acto de consumo, esto es, sólo ampara aquellos actos que impliquen una contraprestación pecuniaria por parte del consumidor quedando inmediatamente excluidos los actos jurídicos gratuitos. En la legislación brasileña, no se distingue entre acto oneroso y gratuito, ampliándose notablemente el campo de aplicación de la ley al incluir una serie de situaciones que nuestra normativa no protege. El art.2 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil señala que *“consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere un producto o servicio como destinatario final”*, como es posible observar esta normativa al definir consumidor no se refiere al carácter oneroso del acto, ampliándose el campo de aplicación de la ley al incluir una serie de situaciones que nuestra normativa no protege. Asimismo, la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios española en su artículo 2 define a consumidor y usuario como *“la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos ni directa ni indirectamente en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros”*. En este mismo sentido, el derecho comunitario europeo, al tratar las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores define a estos últimos como *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”* (Art. 2º Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Consejo de la Comunidad Económica Europea. 1993). Por su parte la legislación argentina, en el artículo 1º de la ley de defensa del consumidor, lo define como *“las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar social”*.

### 3.1.3 Carácter final del acto de consumo

El carácter final del acto de consumo es uno de los elementos más importantes del concepto de consumidor o usuario y es el principal factor de diferenciación de esta definición con la de proveedor. Destinatario final, es según se desprende el concepto de consumidor o usuario que nos da la ley 19.496: “*aquel que adquiera, utilice, o disfrute el bien o servicio para su consumo personal*”. Por consumo personal debemos entender no sólo el realizado por el adquirente del bien, sino que, a nuestro juicio, también el de sus familiares y círculo social inmediato, incluso podrán darse casos donde el consumidor real del bien no tenga ninguna relación con el adquirente, en definitiva lo importante es que el bien no haya sido adquirido con un fin comercial.

De lo expuesto se desprende que se excluyen del concepto de consumidor los actos que recaigan sobre bienes adquiridos para ser comercializados, transformados o incluidos en un posterior proceso. Aquí encontramos la primera gran limitante para considerar a las empresas como consumidores, dado que gran parte de su actividad está orientada precisamente a la adquisición de insumos para su inclusión en procesos productivos y posterior enajenación. La disposición es clara respecto al carácter de consumidor final que debe tener quien adquiere el bien, por lo que los insumos en general quedarían inmediatamente excluidos.

¿Qué pasa con esos bienes que son adquiridos y consumidos por la empresa sin tener relación directa con su giro?, en la legislación de la Comunidad Europea, el concepto de consumidor sólo incluye a personas naturales y sólo a aquellas que adquieran bienes o servicios fuera de su actividad empresarial o profesional (Vidal Olivares, Álvaro. Contratación y consumo. El contrato de consumo en la ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores. En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. XXI. Valparaíso. 2000. Págs. 229 a 255). Así lo dispone el artículo 2° de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, citado con anterioridad.

En nuestra legislación, en principio, no parece excluirse la posibilidad de que una empresa pueda ser considerada como consumidor, incluso de la sola lectura del artículo 1 parece desprenderse que fue la intención del legislador incluirlas. El problema se produce cuando relacionamos esta norma con lo establecido en la letra a) del artículo 2, donde exige el carácter civil de los actos realizados por los consumidores, situación que, como veremos más adelante, excluye del amparo de esta ley a quienes realizan actividades empresariales con un giro comercial.

Con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.955 a la primitiva ley de protección de los consumidores, los requisitos legales de aplicabilidad se redujeron, por lo que en la actualidad ya no se exige que el acto jurídico objeto de la relación de consumo tenga el carácter de mixto, ni que la actividad económica que desarrolle el proveedor no se

encuentre por otras leyes especiales, sólo se requiere que se trate de una relación entre un proveedor y consumidor.

Con respecto a la concepción de consumidor que se consagra en la ley, podemos decir que el consumidor adquiere bienes o servicios para satisfacer necesidades privadas, familiares o domésticas y que por ningún motivo dicho suceso se relaciona con alguna actividad profesional o empresarial, por lo tanto, aquel que adquiere bienes y servicios para el desarrollo de su actividad profesional o empresarial, como proveedor no puede ser considerado consumidor.

### **3.1.4 Proveedor**

De acuerdo al art. 1 N°2 son proveedores tanto las personas naturales como las jurídicas siempre que cumplan con los requisitos que establece la definición legal, es decir, que desarrollen habitualmente alguna de las actividades económicas enumeradas en la misma disposición, y que cobren por ello un precio o tarifa. Hay que agregar también como requisito fundamental, el establecido en la letra A) del artículo 2, que se refiere al carácter mercantil que debe tener el acto para el proveedor.

La isapre se ajusta íntegramente a la definición legal de proveedor toda vez que trata de una empresa, es decir, una persona jurídica que persigue fines de lucro y que desarrolla una actividad económica consistente en la comercialización de un servicio (financiamiento de ciertas prestaciones de salud). Asimismo, por esa prestación cobra un precio o tarifa.

Como proveedor, los actos que ejecuta o celebra la isapre son siempre de carácter mercantil, por el solo hecho de constituirse como sociedad anónima (art. 1° inc. 2° ley 18.046), mientras que su contraparte, el afiliado, utiliza el servicio para su consumo personal, por tanto, para éste se trata de un acto de carácter civil. Es por esta razón que todo acto o contrato celebrado por una isapre dentro del giro de su actividad es de carácter mixto, generando siempre una relación de consumo con el afiliado.

El profesor Álvaro Vidal señala frente a este carácter exigido por el artículo 2 de la ley, que la intención del legislador es que el proveedor sea un comerciante y que actué como tal, sea que lo haga dentro de su giro habitual o se trate de un no comerciante que ejecuta ocasionalmente un acto de comercio y que el consumidor intervenga como destinatario final del bien o servicio. Generalmente coincide que el contrato de consumo es comercial para el proveedor y civil para el consumidor, pero ello no puede entenderse en términos absolutos. Si nos inclinamos por esta interpretación, no habría obstáculo para aplicar la ley a los comerciantes, que actuando como destinatarios finales (consumidor empresario), contratan con un proveedor en el sentido legal, como en el caso en que el comerciante contrata el servicio de telefonía celular o de red fija para el funcionamiento de su establecimiento. Si bien estos son actos de comercio este autor considera inaceptable excluir la aplicación de la ley para casos como estos, que el espíritu de la norma busca la protección de aquella parte que, actúa como destinatario final de un bien y servicio, se

encuentra en una evidente situación de inferioridad respecto de la otra, que impone el contenido del contrato. Esta situación es distinta a aquella en que el proveedor que contrata con otro proveedor para la compra de materias primas o elementos que empleará en su proceso de producción o manufactura, no puede ser considerado consumidor (Vidal et al, págs. 229 a 255).

Sin perjuicio de ello, la discusión acerca de la calificación civil, mercantil o mixto del acto ha perdido relevancia, puesto que, con la dictación de la ley 19.955, se extendió el ámbito de aplicación de la ley de protección de los derechos del consumidor. En el Mensaje que contiene el proyecto de dicha ley se señala que *“la ampliación referida se establece eliminando el carácter mixto del acto jurídico de consumo, vale decir, civil para el consumidor y mercantil para el proveedor”* (Pág.6).

### **3.2 El afiliado en su carácter de consumidor**

El término consumidor implica en derecho adquisición a título oneroso e intención de uso sin fin de lucro. En efecto, si existe un fin de lucro, la persona de que hablamos no pone fin a la cadena de agregación de valor.

Algunos autores señalan que en la noción de consumidor se ha adoptado un criterio restrictivo, centrado en el concepto de destinatario final del bien o servicio respectivo, este concepto hace referencia a dos aspectos: la exigencia que la actuación del consumidor, para ser considerado como tal, vaya destinada a satisfacer necesidades estrictamente privadas, familiares o domésticas; y por otra parte, a que dicha actuación sea completamente ajena a cualquier forma de actividad empresarial o profesional, si bien la doctrina reconoce que estos criterios no han sido expresamente consagrados en la Ley 19496, está conteste en que deben ser considerados para determinar quién es consumidor. (Monberg Uribe, Rodrigo. *Ámbito de aplicación de la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores.* Pág.41 a 62).

En este mismo sentido, el profesor Rony Jara Amigo, señala que la expresión “destinatario final” es sinónimo de “consumidor final” esto es, aquella persona que adquiere los bienes o servicios para utilizarlos o consumirlos el mismo y que en consecuencia esos bienes o servicios quedan detenidos dentro del ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan al mercado. Entonces, la noción de destinatario final se relaciona con uso o disfrute del bien para uso privado tal como se ha señalado para usos personales, familiares o domésticos, lo que excluye la posibilidad de que vuelva a circular en el mercado. El vendedor está inserto en el ámbito de la venta de los productos, como un agente en el mercado mientras que el comprador es su destinatario. En sede de consumo se trata de términos excluyentes entre sí (Jara Amigo, Rony. *Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones*, en Hernán Corral Talcini, *Derecho del Consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley 19.496 y las*

principales tendencias extranjeras. Cuadernos de extensión jurídica N°3. Santiago. 1999. Pág.47 a 74).

Por lo tanto, no solo existe consumo cuando nos referimos a la adquisición de bienes o artículos para el hogar, o provisión de servicios para él, sino que también existe una relación de consumo respecto del estudiante quien requiere y paga servicios educacionales, o el paciente quien demanda remedios o tratamientos de salud.

El paciente es también un demandante de bienes y servicios de carácter final, que lo hace a título oneroso, aunque la carga no recaiga directamente sobre él por estar afiliado a una isapre lo cual puede implicar un copago de la prestación o bien una absorción total de lo pagado. El contrato de salud implica una relación jurídica entre el cotizante y la Institución de Salud Previsional, en la que el primero de esas partes corresponde a un trabajador dependiente o pensionado, o bien un trabajador independiente o un afiliado voluntario que desea satisfacer una necesidad tan importante como es la salud propia o la de sus cargas familiares, para lo cual celebra un contrato obligándose al pago de una cotización mensual, esto es, una suma de dinero que paga para financiar su plan de salud, la contrapartida a esta obligación es la facultad que tiene la isapre de percibir esta cotización y a su vez tiene la obligación de otorgar las prestaciones pactadas en el contrato. De esta exposición es posible concluir que se presentan los dos elementos necesarios para determinar que el afiliado es un consumidor: contrata a título oneroso y es el destinatario final de las prestaciones de salud. En consecuencia no es necesaria una consagración expresa de la LPC que señale que los afiliados son consumidores y que están protegidos por esta normativa, ya que se rige por las reglas generales del art.1 de la misma ley.

Contrario a esta postura se manifestó el profesor Ricardo Sandoval López, quien señaló que la reforma introducida por la Ley N° 19.955 logró extender el campo de aplicación de la Ley N° 19.496 a otras materias que antes no estaban regidas por la misma, entre las que se encuentra los contratos relativos a servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las materias de la letra f) del art.2 que se refiere a los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicio en el ámbito de la salud, “es evidente que si en las prestaciones de salud se produce un incumplimiento o la infracción a una determinada norma, la responsabilidad habrá que hacerla efectiva respecto de la persona natural o jurídica que incurrió en ellos y por los medios que contempla la legislación especial sobre esta materia o de acuerdo a las reglas generales del derecho”.(2004:p.24).

En nuestra opinión, la postura del profesor Sandoval no es sustentable a nueve años de la dictación de la Ley N° 19.955, debido a que actualmente el consumidor es un individuo que se encuentra en el centro de la protección jurídica, producto de ser considerado la parte débil del contrato que tiene que enfrentar a un proveedor, que en este caso es la isapre a la que está afiliado, la cual es una empresa organizada de manera eficiente, que dispone de tecnología y de estrategias para defender sus intereses, a su vez necesario tener presente que la protección al consumidor se ha transformado en un

principio inspirador del ordenamiento jurídico que busca integrar la normativa en la que estén comprometidos los intereses de los consumidores.

El Mensaje que dio origen a esta reforma, estableció como uno de los principios ampliar sustantivamente los espacios de protección de los consumidores, en el marco de dicho principio, el proyecto contenido en el mensaje buscaba convertir a la ley en la norma general aplicable a todos los actos de consumo, y supletoriamente de las leyes especiales relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores, el fundamento de esta tutela es la desigualdad o desequilibrio entre las partes (Mensaje N° 178-344, de 8 de septiembre de 2001).

El profesor Enrique Aimone Gibson señala “la balanza está cargada hacia el lado del proveedor” ya que la contratación en masa ha roto la igualdad que debe existir entre los contratantes por lo que es de extrema necesidad restablecerla para lograr justicia, el autor destaca en su texto, que la ciencia jurídica tiene como tarea fundamental integrar su contenido, conectar disposiciones que pueden parecer dispares en un todo sistemático, por lo que la ley N° 19.496, es la normativa llamada a integrar toda disposición relativa a la regulación de derechos y deberes de las personas consideradas consumidores, al respecto señala que el término consumidor implica en derecho adquisición a título oneroso e intención de uso sin fin de lucro. De lo anterior se desprende que el sujeto que contrata los servicios de una isapre para satisfacer una necesidad relativa a la salud propia o la de su familia es considerado un consumidor y como tal tiene “el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor. Este derecho va asociado al deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea” (Aimone et al., pág.64).

La I. Corte de Apelaciones de Valdivia ha estimado aplicar la Ley 19.946 en forma amplia a quienes reúnan las características de consumidor, a fin de ampliar los espacios de protección aun cuando exista una legislación especial que regule la materia, siendo el elemento determinante para su aplicación la calidad de consumidor. (3).

En consecuencia el afiliado a una isapres un consumidor y por lo tanto, tiene los derechos consagrados por la ley del consumidor, toda vez que tiene la libre elección del servicio o prestación de salud que mejor le parezca. Asimismo, goza del derecho a una información veraz y oportuna sobre los servicios de salud ofrecidos y a no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de los mismos.

3.Causa Rol 119.668-03, la Corte estimo que es aplicable en forma subsidiaria la ley 19.496 frente a la ley especial que regula la materia, cuando esta última no contiene norma que solucionen el conflicto entre las partes, fallo que se fundamenta en el artículo 2 bis de la Ley de Protección al consumidor.

Tiene derecho también, a la seguridad en el consumo de dichos servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles.

Como consumidor, goza, por cierto, del derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor.

A nuestro juicio, no existe razón para excluir al afiliado a una isapre del concepto de consumidor o usuario que define la ley 19.496, toda vez que el afiliado cumple con todos los requisitos legales para tener la calidad de tal. No es por ello que se desconozca o no se tome en cuenta lo dispuesto en el artículo 2° letra f) de la ley, puesto que esta norma debemos entenderla considerando los principios inspiradores tanto de la propia LPC como también los principios del Derecho de la contratación y constitucionales. La exclusión que plantea el artículo es que a los consumidores no se les aplicará la ley en ciertas materias relacionadas con la salud, en la medida que esos aspectos estén regulados en leyes especiales.

En relación al tema que nos ocupa, veremos más adelante que la regulación contenida en la ley 18.933 contiene disposiciones que permiten al afiliado hacer valer sus derechos ante la Superintendencia de isapres, actual Superintendencia de Salud, de no estar conforme con el proceder de ella. Sin embargo, regula solamente la vía administrativa para la defensa de sus pretensiones. La ley del consumidor integra, así, lo no regulado por la ley 18.933, permitiendo al afiliado en su calidad de consumidor, a través del Servicio Nacional del Consumidor, en adelante SERNAC, ejercer las acciones colectivas de carácter jurisdiccional que la ley le confiere, haciendo efectiva la garantía de que toda persona pueda resolver sus conflictos ante un tercero imparcial, esto es, que en definitiva sea resuelto por un tribunal de la república y no por un órgano de carácter meramente administrativo.

## **Capítulo II**

### **Ámbito de aplicación de la Ley 19.496.**

El presente capítulo consistirá en el análisis pormenorizado de las normas que suscitan el problema jurídico planteado en este trabajo, es decir, la posibilidad de impugnar la cláusula contractual que permite a las isapres modificar unilateralmente las condiciones contractuales a través de la ley de protección a los derechos del consumidor, aun habiendo en dicha ley una norma que aparentemente excluye esa posibilidad.

Comenzaremos analizando los artículos 2° y 2° bis de la ley 19.496, como asimismo la historia fidedigna del establecimiento de tales preceptos, dando cuenta de que son aplicables al contrato de salud, otorgándole a los afiliados a una isapre el carácter de sujetos de protección, tanto en su carácter de ente individual como titulares de acciones colectivas.

Examinaremos, luego, los requisitos exigidos por la ley del consumidor para aplicar el procedimiento de protección al interés colectivo y difuso y la posibilidad de ser aplicados a los consumidores afectados por el alza del valor de sus planes contratados con una isapre.

Finalizaremos con el estudio de las normas que dicen relación con el resarcimiento de los perjuicios materiales y extrapatrimoniales tratadas en la citada ley, por incumplimiento de las obligaciones de una isapre en su rol de proveedor con su afiliado en su calidad de consumidor.

#### **1. Artículo 2° de la Ley 19.496 y su aplicación al contrato de salud.**

##### **1.1. Antecedentes.**

La reforma de la ley 19.496 se inició a través de un Mensaje presidencial a la Cámara de Diputados con fecha 8 de septiembre del año 2001. Para la aprobación de algunas disposiciones requirió un quórum especial por contener materias de ley orgánica constitucional, es decir, de cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio. Esta reforma dio origen a la ley 19.955 que estableció modificaciones muy relevantes en relación al tema de este trabajo.

Los fundamentos del proyecto de modificación de la ley de protección de los derechos del consumidor se expresan en la primera parte del Mensaje. Se expresó en dicho

Mensaje que, a juicio del gobierno de la época, la normativa vigente requería modificaciones, pues la realidad de su aplicación hasta ese momento había demostrado que no funcionaba adecuadamente en todos los sectores de la economía en que participan los consumidores, siendo menester un conjunto de precisiones para facilitar la eficiente defensa de los derechos de los actores involucrado. (Págs. 4 y 5).

Tras estas palabras, los redactores del proyecto estaban pensando, entre otros actores, en las dificultades para la protección de los derechos de quienes requieren prestaciones de servicios en el ámbito de la salud, a los que hasta antes de la entrada en vigencia de esta ley, no tenían las garantías en la protección de sus derechos conforme a los principios que inspiran la legislación del consumidor, pudiendo solo reclamar a través de instancias administrativas, y en algunos casos jurisdiccionales, pero sin que dichas garantías aseguraran una adecuada defensa de sus derechos. Confirma lo anterior lo señalado en el primer principio que inspiró la reforma al señalar que *“es de pública constatación que existen aún sectores en que no tienen acceso a la debida protección, sea porque no existe organismo al cual recurrir para que los oriente y defienda, porque los mecanismos para hacer efectivos sus derechos son deficientes, o bien porque la información disponible al momento de la decisión de consumo es inapropiada.”*(Pág.5).

El artículo 2° de la ley de protección a los derechos del consumidor nos señala los contratos que quedan sujetos a esta ley, en cuya virtud estas disposiciones se entenderán incorporadas en los actos jurídicos celebrados entre proveedor y consumidor. En lo que es pertinente para el tema que tratamos, la letra f) de dicho precepto dispone que quedan sujetos a la ley 19.496 los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de estas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean estos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales.

Esta disposición fue introducida en el artículo 2° por la ley 19.955, como una excepción al carácter mixto que deben revestir los actos celebrados entre proveedor y consumidor, ello por la relevancia social y la necesidad de que los contratos vinculados a la salud contaran con la protección que esta ley confiere. Esto significa que respecto de los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, no resulta indispensable que sea de carácter mercantil para el proveedor por una parte y civil para el usuario por la otra, dando lugar a la aplicación de las normas de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores aun cuando el acto o contrato sea meramente civil para ambos contratantes, toda vez que gran parte de los actos relacionados con la salud tienen ese carácter.

Sin perjuicio de lo anterior, es una realidad que entre quienes celebran actos y contratos vinculados al ámbito de la salud se generan relaciones de consumo. Así lo expresa un autor, quien dice que *“puede sonar extraño conectar la ley del consumidor con la que regula los derechos y deberes de una persona en relación con las acciones de salud a que puede ser sometida. Pero la duda se desvanece si se considera que, el paciente es también un demandante de bienes y servicios de carácter final, que lo hace a título oneroso, aunque la carga financiera no recaiga sobre él sino se diluya, como es tan usual, en un sistema social”* (Aimone et al. Pág. 18).

Sin embargo, este mismo precepto establece algunas exclusiones que como lo señala un autor en su tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas, en materia de salud *“el ámbito final de la aplicación de la ley es extremadamente restringido”*(Walker del Río, Agustín. El ámbito de la ley de protección de los derechos de los consumidores. Santiago. 2007. Pág. 67).

Esto se debe, a juicio nuestro, a una palmaria deficiencia en la técnica legislativa pues los términos empleados para establecer esta regla son vagos, al utilizar la expresión *“con ocasión de”*. Ahora bien, ¿Cómo determinar a qué actos jurídicos alude el legislador? Dar solución a este cuestionamiento es de la máxima importancia para una adecuada interpretación a las exclusiones que esta norma establece, pues de su redacción pareciera que las excepciones hacen desaparecer la regla general, lo que, de acuerdo al sentido común, en manera alguna podría corresponder a la intención que se tuvo al tiempo de su discusión y aprobación.

## **1.2. Concepto y exclusiones.**

Para efectos de esta investigación, entendemos por contratación de servicios en el ámbito de la salud, aquellos actos jurídicos en que una de las partes se obliga a otorgar una prestación relacionada con alguna acción de promoción, protección y/o recuperación de la salud en favor del otro contratante, quien se obliga a otorgar una retribución por la misma, la cual consiste generalmente en una suma de dinero.

Haciendo un somero desglose de las exclusiones del artículo 2º letra f), podemos señalar que respecto de las prestaciones de salud, la calidad de las mismas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud, se encuentran reguladas principalmente en la ley 18.933 de la Superintendencia de isapres, dictando normas para el otorgamiento de prestaciones de salud por tales instituciones, quienes de acuerdo al artículo 21 de dicho cuerpo legal financiarán las prestaciones o beneficios de salud, con cargo al aporte de cotización legal para salud o una superior convenida. La calidad de dichas prestaciones también se encuentra regulada en esta ley, siendo de cargo de la superintendencia, la que debe fiscalizar a las isapres en los aspectos jurídicos y financieros,

para el debido cumplimiento de las obligaciones que establece la ley y aquellas que emanen de los contratos de salud (art. 3ºnº3).

Asimismo, la ley 18.469 contiene normas relacionadas con los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud, estableciendo el denominado Régimen de Prestaciones de Salud, que garantiza a los afiliados a dicho sistema el acceso a las prestaciones señaladas en sus artículos 8º y siguientes.

Otra de las exclusiones que contempla el artículo 2º letra f) de la ley de protección al consumidor consiste en la acreditación y certificación de los prestadores, sean estos públicos o privados, individuales o institucionales. Este aspecto se encuentra regulado por la ley 19.937 que modifica el decreto ley 2.763, que establece dentro de las atribuciones del Ministerio de Salud, establecer un sistema de acreditación para prestadores.

Si bien la ley establece estas exclusiones, consideramos que la aplicación de esta disposición es más amplia de lo que hasta ahora se ha estimado, ello precisamente por lo que establece la parte final de esta norma, toda vez que al decir que se excluye de la aplicación de la ley 19.496 “en general, de cualquier otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales”.

Una correcta interpretación de esta disposición nos debe conducir necesariamente a una aplicación conjunta de la ley del consumidor y la legislación especial de que se trate, pues de lo contrario la aspiración de que los contratos vinculados a materias de salud tengan cabida y se les pueda considerar a los usuarios como objeto de protección sería absolutamente ilusoria, quedando la norma del artículo 2º letra f) como una declaración sin ninguna aplicación práctica. Al analizar el artículo 2º bis letra a), estableceremos una solución que permita conciliar las normas especiales y las de la ley de protección de los derechos del consumidor.

### **1.3. Comentarios referidos al proceso de discusión de la ley N° 19.955**

Durante la tramitación de esta reforma, algunos de los parlamentarios se pronunciaron respecto a la modificación vinculada al ámbito de la salud. El senador don Hosain Sabag Castillo en su discusión en sala, expresó su preocupación por la situación de los usuarios que contratan con instituciones relacionadas con la salud, pues señala que *“respecto de los contratos generados en torno a la salud, su aplicación es objeto de muchas controversias por la variedad desmesurada de planes existentes, sobre todo en el ámbito de las instituciones privadas”* (Pág. 242). El parlamentario está claramente refiriéndose a los contratos de salud celebrados con las isapres, que por la gran cantidad de planes que ofrecen se produce una desinformación por parte del afiliado que no le permite conocer íntegramente el contenido de las cláusulas del contrato de salud, situación que propicia el establecimiento de condiciones contractuales leoninas o abusivas que deben ser

contrarrestadas a través de mecanismos más eficaces que los que existían al tiempo de esta reforma, pues había quedado en evidencia que las acciones y procedimientos vigentes en ese momento no cumplían con las expectativas ni con un estándar mínimo de garantías que asegurara al usuario una adecuada defensa de sus derechos frente a los abusos de su contraparte.

Asimismo, el diputado don Aníbal Pérez Lobos se refirió a este tópico en la discusión en sala, haciendo explícita mención a las instituciones de salud previsual. En su intervención expresa que *“También quedarán incluidos en la ley los contratos de salud celebrados con clínicas u hospitales, ya sean éstos públicos o privados, lo que constituye otro avance. En tal sentido, las isapres, las clínicas privadas y los servicios públicos de salud deberán tener más cuidado respecto de los abusos que se cometen diariamente en la atención de las personas que concurren a sus dependencias”* (Pág. 140). El diputado considera, entre otras instituciones, que las isapres están cometiendo excesos en la atención de sus afiliados, los cuales deben ser resueltos conforme a los principios rectores de la legislación del consumidor, por lo que a los contratos de salud celebrados con las isapres les será aplicable dicha normativa una vez aprobado el proyecto.

En una interpretación a contrario sensu, el senador José Antonio Viera-Gallo manifestó no estar de acuerdo en la inclusión en la ley del consumidor de materias relacionadas con la salud al decir que *“no me parece prudente que el proyecto extienda las garantías establecidas en la Ley del Consumidor a los contratos de salud, tanto del sector público como del privado, del FONASA cuanto de las ISAPRES, y de prestadores públicos como privados”* (Pág. 244). El parlamentario reconoció que de aprobarse el proyecto, la ley del consumidor deberá aplicarse en esta materia, aun cuando no cuente con su aprobación.

Sin perjuicio de lo anterior, existe actualmente una Moción propuesta por la Cámara de Diputados consistente en un proyecto de ley que aspira a complementar esta norma a fin de aclarar su contenido. Se propone la inclusión, luego del punto a parte del artículo 2° letra f) un párrafo final que indique: *“En general, quedan sujetos a las disposiciones de esta ley cualquier otra materia que, encontrándose regulada en leyes especiales no protejan eficazmente los derechos de los consumidores y/o no se pronuncie sobre su protección por cuestiones de resquicios o vacíos legales”*. Además persigue modificar algunos términos empleados en la norma, sustituyendo la expresión “con exclusión” por la expresión “asimismo” y eliminando la frase “individuales o institucionales”.

Este proyecto está orientado directamente a despejar toda duda en torno a la aplicación de la ley 19.496 al contrato de salud, toda vez que en su considerando segundo señala lo siguiente: *“2° Que, dentro de los idearios que propender a reforzar la protección de los ciudadanos en sus derechos, en tanto consumidores de bienes y servicios, se encuentra aquél que permita incluir en esta legislación a los clientes de instituciones de*

*salud, esto para impedir nuevas irregularidades por alzas unilaterales en los planes de Isapres, entre otros, pero sin lugar a dudas este anhelo es uno de los más potentes*". (Cámara de diputados, Boletín 8984-03, 14 de junio de 2013). Quedaremos, entonces, a la espera de su aprobación, teniendo en cuenta, desde luego, que aun sin estas modificaciones es aplicable la ley del consumidor a los contratos de salud.

## **2. Artículo 2º bis de la Ley 19.496 y su aplicación al contrato de salud**

Esta disposición fue introducida durante la discusión de la ley 19.955, siendo de alta relevancia su aprobación pues modificó sustancialmente el paradigma establecido en cuanto al ámbito de aplicación de la ley de protección de los derechos del consumidor, ampliándola a situaciones que requerían perentoriamente quedar bajo su protección tanto desde un punto de vista sustantivo como también desde una perspectiva procesal. Ello es manifestado al presentar el contenido del proyecto señalando que esta modificación *"viene a dar respuesta a la necesidad de articular herramientas procesales adecuadas que permitan poner en práctica instituciones sustantivas, como la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, y el ejercicio de acciones colectivas resueltas por medio de una sentencia única"*.(Pág. 6).

Es a través de esta norma, en concordancia con el artículo 2º, que encontramos los argumentos más sólidos para entender que hay lugar a la aplicación de esta ley a los contratos de salud celebrados con una isapre, según analizaremos a continuación.

Para entender su contenido es necesario señalar que el tenor literal de este precepto es el siguiente: *"No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios regulados por leyes especiales, salvo:*

- a) En las materias que estas últimas no prevean;*
- b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y*
- c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales."*

## 2.1 Carácter supletorio de la ley de protección de los derechos del consumidor.

La regla de la letra a), consagra la supletoriedad en la aplicación de la ley 19.496 respecto de aquellas actividades económicas que estén reguladas en alguna ley especial. Esto significa que aquellas situaciones no previstas por la ley especial serán integradas por las normas que establece la ley del consumidor frente a los excesos en que puedan incurrir los proveedores. Así lo señaló durante la tramitación de la ley 19.955 el diputado Eugenio Tuma quien dijo que a través de este proyecto se persigue obtener una *“ampliación del ámbito de aplicación de la ley, convirtiéndola en norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales relacionadas con la protección de los consumidores. De esta manera, la ley del consumidor tiene aplicación subsidiaria en lo que no prevengan las leyes especiales, en lo relativo al procedimiento sobre intereses colectivos y difusos, y en cuanto al derecho de recurrir ante el tribunal competente para requerir las indemnizaciones respectivas, siempre que en las leyes especiales no existan procedimientos indemnizatorios particulares”* (Pág.129).

Sin embargo, el determinar si una ley es especial respecto de otra, en ciertos casos resulta algo no del todo pacífico. Es por ello que la inclusión de esta disposición fue criticada durante la tramitación de la ley 19.496 por el senador William Thayer quien señaló que *“surge el problema de que no es tan fácil determinar la norma más especial o particular que otra. Porque puede que una ley general contenga una norma especial que se entienda que lo es más que las disposiciones de una ley específica acerca del tema. Y, como esta es una legislación llamada, según lo entiendo, a ser aplicada constantemente por millones de personas, a no ser discutida en los tribunales de casación en el fondo, y debe ser conocida y comprendida por el común de los consumidores, de los vendedores, de los comerciantes-, estimo que debemos ser particularmente cuidadosos en no dejar sombra de dudas a este respecto”* (Diario de sesiones del Senado. Sesión 37º, 6 de marzo de 1996. P. 4.616).

A propósito de este tema es necesario señalar que la especialidad de una norma está vinculada a los criterios de solución de las antinomias o conflictos normativos. Se ha dicho que *“los conflictos de normas, o antinomias normativas, como también se les llama, se producen cada vez que hay inconsistencias entre dos o más normas”* (Squella Narducci, Agustín. Introducción al Derecho. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2011. Pág. 465). Ello proviene de la concepción de que todo ordenamiento jurídico aspira a ser conjunto hermético, unitario y coherente de preceptos y no un mero compilado de normas, con el fin de erradicar toda contradicción entre las mismas. En este sentido, Squella, al referirse a este problema ha señalado que *“independientemente de las actitudes valorativas respecto del derecho en las que sujetos normativos y operadores jurídicos pueden disentir, todos querrán que los sistemas normativos sean coherentes, completos, económicos y operativos, o sea, existe la pretensión de que tales sistemas no acojan*

*disposiciones contradictorias, no contengan lagunas o vacíos normativos, eviten la redundancia y la sobreabundancia de normas y resulten fáciles de cumplir y de aplicar por parte de los sujetos normativos y operadores jurídicos, especialmente jueces”* (Squella et al., pág. 466). Enseguida expresa que *“tratándose de los conflictos, o antinomias normativas, cabe señalar, en primer término la necesidad de evitarlos, lo cual exige no solo la racionalidad de parte de los órganos encargados de la producción de normas -por ejemplo, el legislador-, sino suficiente prolijidad y técnicas adecuadas a la hora de llevar a cabo la producción jurídica confiada al órgano del cual se trate. Pero como siempre se producirán contradicciones entre normas, es preciso resolverlas y disponer para ello de criterios y estrategias que estén consagradas en el propio ordenamiento jurídico o que cuenten con amplia aceptación de la doctrina y de los operadores jurídicos que deben lidiar con tales contradicciones, en especial los jueces”* (Squella et al., pág. 467).

Con este objeto, existen en nuestro derecho mecanismos que permiten resolver estos conflictos, cuando dos o más normas jurídicas de un mismo ordenamiento regulan o se refieren a una misma situación estableciendo una consecuencia diversa en caso de inobservancia, a través de ciertos criterios que habilitan para hacer prevalecer una norma jurídica por sobre la otra. Ellos son los siguientes:

**2.1.1 Criterio jerárquico:** En todo ordenamiento jurídico existen categorías de preceptos que admiten una estratificación piramidal. Se ha señalado que *“el ordenamiento jurídico es una estructura escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas (por tanto), el problema del conflicto normativo puede ocurrir tanto entre normas de un mismo nivel jerárquico como entre normas de distinto nivel”* (Squella et al., pág. 472). Existe una norma superior que es la constitución, la cual establece los lineamientos esenciales del sistema jurídico de que se trate, en razón del cual toda la producción normativa, tanto desde el punto de vista del procedimiento como en relación a su contenido debe ser conforme a ella, dando lugar a principio de supremacía constitucional, que sirve de base para la producción de las leyes en sus distintas clases emanadas principalmente del poder legislativo y las demás normas de carácter infralegal dictadas por el presidente y por otros órganos administrativos. Podemos definir este criterio como aquel en cuya virtud una norma de rango superior que regula cierta materia prevalece sobre una de inferior jerarquía que se refiere a esa misma situación. La profesora Miriam Henríquez Viñas lo define como *“aquel según el cual la norma de rango superior, en caso de conflicto normativo, prevalece sobre la de rango inferior: lex superior derogat legi inferiori”* (Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno. Centro de estudios constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Talca. 2013. Pág. 464). En este sentido, las normas infralegales deben estar conformes con la constitución y las leyes, y estas últimas no deben ser contrarias a la primera. Por tanto, este criterio se

aplica en aquellos casos en que una norma inferior contradice la superior, quedando derogada aquélla y aplicándose ésta.

**2.1.2 Criterio cronológico:** es aquel en cuya virtud en caso de conflicto normativo entre normas de igual jerarquía, prevalece aquella que ha sido dictada con posterioridad. La profesora Miriam Henríquez Viñas lo define como *“aquel según el cual la norma posterior en el tiempo, en caso de conflicto normativo, prevalece sobre el anterior: lex posterior derogat legi priori”* (Henríquez, et al., pág. 468). El código civil establece este criterio al tratar la derogación de las leyes, al decir en el inciso tercero del artículo 52 que la derogación *“es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”*. Aplicado este principio por sí solo, debemos entender que toda norma que regula una materia que ya ha sido regulada por una norma anterior será derogada cuando su contenido sea contrario o diverso a la disposición posterior. Entonces, *“si el conflicto se produce entre dos normas del mismo grado, por ejemplo, entre dos leyes ordinarias, debe aplicarse el principio de que la ley posterior deroga a la anterior, y entender, en consecuencia, que la ley posterior ha suprimido la validez de la anterior en todo aquello en que ambas se contradigan* (Squella et al., pág. 472). Sin embargo, este criterio, por sí solo, es insuficiente para dar solución a conflictos normativos toda vez que la nueva normativa puede referirse a materias más específicas que las del precepto posterior. Por tanto, la aplicación de este criterio debe analizarse conjuntamente con el que veremos a continuación.

**2.1.3 Criterio de especialidad:** este criterio es definido como *“aquel que opera cuando se produce un conflicto normativo entre una norma general y otra especial respecto de aquella, que se resuelve mediante la aplicación preferente de la norma especial: lex specialis derogat generali”* (Henríquez et al., pág. 470). Squella lo define como *“aquel según el cual entre dos normas incompatibles, una general y otra especial, prevalece la de carácter especial* (Squella et al., pág. 475). Este se aplica cuando dos o más normas de la misma jerarquía regulan situaciones análogas, pero entre ellas se produce una relación de género a especie, dando lugar a la aplicación de la norma más especial. El código civil se refiere a este criterio pues en su artículo 13 señala que *“las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”*. En este caso, la norma general no pierde su vigencia toda vez que ella resultará aplicable a otras situaciones que no estén previstas en la norma especial. En caso de conflicto entre los criterios cronológico y de especialidad, la doctrina se inclina por este último, señalando que *“si el conflicto se produce entre el criterio de especialidad y el cronológico, debe ser resuelto en favor del primero de ellos, de modo que lex posterior non derogat priori specialis”* (Squella et al., pág. 476).

A nuestro juicio, a través del mecanismo de los criterios de solución de conflictos entre preceptos de la misma jerarquía es que podemos entender que aun cuando el contrato de salud está regulado por una legislación sectorial contenida en la ley 18.933 que crea la superintendencia de isapres, le es aplicable esta norma aun sin que nos encontremos en las situaciones que establecen las letras b) y c) del artículo 2° bis, toda vez que la ley de superintendencia de isapres, en relación a los contratos de salud, es más general que la ley 19.496, toda vez que el artículo 6° señala que *“en contra de las resoluciones e instrucciones que dicte la superintendencia podrá deducirse recurso de reposición...”*. Esto significa que su ámbito de aplicación comprende no solo los reclamos administrativos que pueda deducir el afiliado, sino también los que la propia isapre pueda interponer de sentirse agraviada por una resolución de este organismo contralor, lo cual en ningún caso tiene cabida en la ley del consumidor pues la isapre siempre tendrá la calidad de proveedor.

A mayor abundamiento, la ley de superintendencia de isapres es anterior a la ley de protección de los derechos del consumidor, siendo también aplicable en este caso el criterio cronológico de solución de conflicto entre estas leyes.

Mirado desde otra perspectiva, la ley sectorial que aparentemente es especial, no contiene normas que encuentren su fundamento en la protección del consumidor. Así lo expresa el abogado integrante de la I. Corte de Apelaciones de Talca don Ruperto Pinochet Olave quien se refiere a este tema en voto disidente diciendo lo siguiente: *“Que sobre el particular es fácil advertir que si se considera que el objeto principal de la Ley 19.496 es la protección del consumidor, como lo señala el título de la Ley, los mensajes de los proyectos de ley, tanto del año 1997, Ley 19.496, como del año 2004, Ley 19.955, es muy difícil que los estatutos jurídicos especiales contengan normas protectoras de los consumidores y usuarios, y aunque así fuera, todavía queda por determinar cuál de esos estatutos resulta aplicable por ser más protector”*. Luego agrega: *“Entonces cabe preguntarse, ¿se trata de una misma materia cuando una ley especial regula responsabilidad civil desde su óptica en comparación a cuando lo hace la ley del consumidor desde la perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios? ¿Podemos entender que existe una opción o cúmulo de responsabilidades? Si así fuera ¿a quién corresponde ejercitar la opción entre las acciones indemnizatorias posibles? ¿Quién decide qué interpretación es la más favorable? Evidentemente, como en todo estatuto jurídico protector: el consumidor. Ello porque dicha ley, tal como su nombre lo indica consagra un estatuto protector conteniendo de un modo evidente, un principio de defensa del consumidor, el que se materializa en materia de interpretación, al igual que en los demás estatutos protectores, piénsese en materia laboral, en principio in dubio pro consumidor, pues eso significa interpretar dichas leyes de acuerdo a sus principios y finalidades inspiradoras. Cualquier conclusión contraria resulta difícilmente aceptable si se analiza a la luz de los principios inspiradores del Derecho de Consumo”*. (Corte de

Apelaciones de Talca, 2º sala, rol 692-2011, Espinoza Serrano, Marta con Compañía de Seguros Renta Nacional, 2 de noviembre de 2011).

De acuerdo a este razonamiento, solo aplicando el artículo 2º bis letra a), podemos dar lugar a un procedimiento ordinario, pudiendo demandar en forma individual ante el juzgado de policía local competente en contra de la isapre, y de acuerdo a los principios y normas protectoras de la ley 19.496, entregando al afiliado a una isapre herramientas palmariamente más adecuadas para la defensa de sus derechos como consumidor, a quien le han modificado unilateralmente las condiciones de su contrato de salud. A mayor abundamiento, el afiliado a una isapre en su carácter de consumidor goza de los derechos que le confiere el artículo 3º de la ley 19.496, entre ellos, a la libre elección del bien o servicio y cuyo silencio no constituye aceptación. Por tanto, no es lícito al proveedor incrementar el valor de un plan de isapre por la mera inactividad del usuario, sino que es necesario que éste manifieste su voluntad en torno a aceptar o no la alteración de sus condiciones contractuales.

### **3. Derechos y acciones de interés colectivo o difuso.**

El artículo 2 bis letra b) nos conduce al interesante tema de los denominados *derechos colectivos y los derechos difusos*, los que trataremos en profundidad más adelante.

Con el solo fin de aproximarnos a este tema decimos, por ahora, que entendemos por derechos colectivos aquellos de carácter transindividual y de naturaleza indivisible de que es titular un grupo, categoría o clase de personas vinculadas entre sí y con la parte contraria por una relación jurídica base; son difusos aquellos derechos transindividuales y de naturaleza indivisible, y cuyos titulares son personas indeterminadas, vinculadas por circunstancias de hecho.

De estos derechos nacen acciones de interés colectivo y difuso. El artículo 50 de la ley 19.496 señala que “son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual.”. A su turno, “son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores que se ven afectados en sus derechos”

Lo que caracteriza a los derechos colectivos es que debe existir un vínculo de derecho que le sirva de base, sea entre sus integrantes o entre el grupo en su conjunto con su contraparte, y esta relación base debe ser anterior al daño. En este contexto es que se ha dicho que *“el elemento diferenciador entre el derecho difuso y el derecho colectivo es la*

*determinabilidad y la resultante cohesión como grupo, categoría o clase anterior al daño, fenómeno que se verifica en los derechos colectivos estricto sensu (el autor define a los derechos colectivos lato sensu como un género que comprende, entre otros, los derechos difusos y los derechos colectivos estricto sensu) y que no ocurre en los derechos difusos.*"(Zaneti et al, pág.47). En el tercer capítulo de este trabajo, analizaremos con mayor detalle los derechos y las acciones de carácter supraindividual, por ahora hemos hecho una breve aproximación con el solo objeto de comprender el contenido del artículo 2° bis letra b).

De acuerdo a lo expuesto, estimamos que conectando lo señalado anteriormente con el problema planteado en este trabajo, el conjunto de afiliados a una determinada isapre es titular de derechos de carácter colectivos en relación a los contratos celebrados con esta última. Ello, porque en el caso de los contratos de salud se cumplen todos los presupuestos que la doctrina y la legislación positiva exigen para que estemos frente a derechos colectivos, toda vez que se trata de un grupo, categoría o clase de usuarios (quienes solicitan la prestación de un servicio consistente en la cobertura de servicios en el ámbito de la salud), los cuales están vinculados por una relación contractual con su proveedor (isapre), y dicho vínculo es anterior al daño producido por una actuación abusiva o contraria a derecho (alza unilateral en la tarifa de ese conjunto de contratos).

Así las cosas, podemos concluir que el artículo 2° bis letra b) es plenamente aplicable a los contratos de salud, puesto que no hay ley especial en nuestro ordenamiento jurídico en materia de salud que establezca un procedimiento específico destinado a tutelar la defensa de derechos, cuando estén comprometidos intereses colectivos. Por tanto, la ley 19.496 en su carácter de norma supletoria, viene a integrar el vacío que la legislación sectorial de salud tiene actualmente, dando lugar a la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 51 y siguientes de dicho cuerpo legal. Ello constituye una eficaz herramienta a los afiliados titulares de derechos colectivos en contra de los abusos de las instituciones de salud previsual y pudiendo ejercer conjuntamente en dicho proceso, las acciones indemnizatorias destinadas a reparar los daños producidos como consecuencia de un alza unilateral de los precios de los planes de salud. Estas acciones, de ser acogidas, producen efecto *erga omnes*, cuya sentencia será dada a conocer de tal manera que todos aquellos que hayan sido perjudicados por los demandados vencidos en el juicio por los mismos hechos puedan reclamar el cobro de indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que correspondan, en la forma señalada en el artículo 54 y siguientes de la ley de protección de los derechos del consumidor.

#### 4. Acción individual indemnizatoria.

El artículo 2° bis letra c) consiste en la facultad del usuario de demandar en forma individual las acciones de indemnización de perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento de alguna obligación contraída por el proveedor que ha celebrado un acto de consumo con el primero.

La disposición esta en directa concordancia con el derecho establecido en el artículo 3° letra e) de dicha ley en cuanto el consumidor tiene derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea.

Un incumplimiento contractual por parte del proveedor trae aparejada consecuencias jurídicas que consisten sanción por la inobservancia de las disposiciones de la ley de protección de los derechos del consumidor. Así lo expresa el profesor Enrique Aimone, destacando el carácter infraccional de dicha ley al señalar que *“su objeto, siendo veraz la denuncia o querrela, no solo obliga al proveedor a cumplir; además lo sanciona con multas que se indican para cada infracción”* (Aimone et al. Pág. 46).

Sin embargo, esa misma infracción de ley constituye una contravención a las cláusulas del contrato, la cual ocasiona perjuicios de carácter patrimonial que dan lugar a la facultad de ejercer acciones indemnizatorias. Es decir, según este autor, la inobservancia a las cláusulas de un contrato derivado de una relación de consumo tiene un doble efecto: cumplimiento e indemnización que favorece al consumidor, y multa expresada en unidades de fomento, a beneficio fiscal (Aimone et al. Pág. 46).

Esto implica que habiendo una relación de consumo entre proveedor y usuario en los términos establecidos en la ley 19.496, y sin perjuicio de la sanción impuesta al primero, el consumidor podrá deducir una demanda de indemnización de perjuicios conforme al procedimiento establecido en la misma ley, el cual es bastante más expedito que el ejercicio de una acción indemnizatoria ordinaria.

Lo anterior, siempre que no se contemple un procedimiento reparatorio en alguna ley especial, caso en el cual se aplicará el establecido en dicha ley. Es decir, la acción indemnizatoria proveniente de una relación de consumo establecida en la ley, es supletoria de los procedimientos que persiguen la reparación del daño establecidas en una norma de rango legal especial. Al respecto hacemos las mismas prevenciones señaladas con anterioridad y nos remitimos a ellas respecto del criterio aplicable para determinar caso a caso si una determinada ley es especial respecto a lo establecido en la ley del consumidor.

La inclusión expresa de este literal constituye un importante avance pues otorga el derecho al usuario de ejercer individualmente, conforme al procedimiento que establece la ley, las acciones tendientes a resarcir los daños que el proveedor cause, aun cuando la actividad respectiva esté regulada por una legislación especial e independientemente de la naturaleza del acto o contrato respectivo.

Sin perjuicio de ello, el criterio consagrado por este precepto ya había sido recogido por la jurisprudencia, la cual ya había hecho una interpretación extensiva en cuanto a la aplicación de la ley 19.496. En este sentido lo expresó el profesor Rodrigo Momberg, que señaló que la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta dio aplicación a la ley del consumidor en el caso de una querrela infraccional deducida en contra de las empresas generadoras de energía eléctrica del sistema interconectado del norte grande (SING) y en contra de la distribuidora Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., por su responsabilidad en la ocurrencia de dos cortes importantes de suministro eléctrico o blackouts en la ciudad de Antofagasta, producto un conjunto de dificultades de carácter técnico no informadas oportunamente por dichas empresas. La Corte señaló que sin perjuicio de la sanción por infracción de la normativa vigente, hay lugar a una compensación a los usuarios afectados, normativa que por el principio de especialidad podría estimarse aplicable a este caso, debe concluirse, sin embargo, que la ley 19.496, no obstante consagrar una normativa general para hacer posible el ejercicio de los derechos de los consumidores, es la que resulta aplicable, puesto que permite la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional ante el conflicto planteado, que siempre será de mayor conveniencia que uno meramente administrativo, dado que la sentencia que se dicte, resuelve el litigio con la autoridad y los efectos que le son propios y que, sin duda, cautela en mejor forma los derechos del litigante que ha obtenido con ella. Debe considerarse también que la mencionada ley 19.496, contempla en favor de los consumidores el derecho a obtener reparación de los perjuicios causados por un proveedor que incumple sus obligaciones, sean ellos materiales o morales, lo que constituye otra razón más para estimarla aplicable en la especie (Revista de derecho, Vol. XVII, Valdivia, diciembre 2004, pág. 52).

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso estimó que la ley del consumidor tenía aplicación respecto del transporte público de pasajeros, pese a la existencia de normativa especial. Señaló la corte *“que tampoco altera lo expuesto en la motivación cuarta precedente, el hecho que la responsabilidad de estas empresas esté contemplada en un reglamento especial, por cuanto el procedimiento establecido en dicho reglamento, en el párrafo titulado “De las sanciones y otros”, se refiere a situaciones diferentes, de manera que, al no encontrarse previsto en el mencionado reglamento, la forma en que los particulares pueden hacer valer sus derechos por pérdida de equipaje, resulta pertinente que se haya formulado el denuncia de acuerdo con las normas de la ley 19.496”* (Momberg et al, pág. 52).

De acuerdo a lo establecido en la norma y la interpretación jurisprudencial, esta disposición es perfectamente aplicable al contrato de salud, aun cuando podamos considerar que su aplicación se encuentra excluida de acuerdo al artículo 2° y 2° bis (postura que no compartimos según lo señalado anteriormente), puesto que se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados por una isapre en la infracción de las cláusulas del contrato de salud. Esto se explica partiendo de la base que entre el afiliado y la isapre existe una genuina relación de consumo y no habiendo una ley especial en materia de salud que regule un procedimiento indemnizatorio por incumplimiento de las disposiciones de un contrato de salud, la ley 19.496 viene colmar ese vacío de la legislación sectorial, dando lugar a la aplicación de esta norma en materia de contratos de salud, comprendiendo el perjuicio causado por un alza fijada unilateralmente por la isapre en los planes de salud de sus afiliados.

Conforme a lo expuesto con anterioridad, concluimos este capítulo señalando que el contrato de salud celebrado entre el afiliado en su carácter de usuario y una institución de salud previsional en su carácter de proveedor, constituye una relación de consumo que encuentra integra protección por medio de la ley de protección de los derechos del consumidor tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal, toda vez que concordando el artículo 2° con lo señalado en el artículo 2° bis y aplicando el criterio de especialidad, el incumplimiento contractual de una isapre por incrementar el valor del plan de salud sin el consentimiento del afiliado, faculta a este último a ejercer una acción individual, que comprende la imposición de sanciones por contravenir las disposiciones de la ley del consumidor, así como la posibilidad de ser indemnizado de todo perjuicio que le hubiese ocasionado esta alza contraria a derecho. Asimismo el afiliado, a través de las instituciones y grupos que la legislación del consumidor establece, podrá ejercer una acción colectiva cuando el incremento unilateral afecte a un grupo, categoría o clase de personas vinculadas con la isapre por un contratos de similar contenido, con el fin de que se restablezca el imperio del derecho, dejando sin efecto dicha alza y sancionando a la institución y ordenando que el resarcimiento de los daños causados a los actores.

## **Capítulo III**

### **Consecuencias de la aplicación del procedimiento establecido en los artículos 51 y siguientes de la ley 19.496.**

El último capítulo de este trabajo tiene por finalidad de reflexionar en torno a los efectos de carácter práctico y jurídico resultantes de la aplicación de las acciones que se establecen en el párrafo 2° del Título IV de la ley de protección a los derechos del consumidor.

Analizaremos los procedimientos colectivos que establece la ley y la extensión a terceros de la cosa juzgada que produce la sentencia que se dicte en los procesos en que esté comprometido el interés colectivo de los consumidores, tanto en los casos en que la sentencia es condenatoria para el proveedor, como en aquellos en que ella es absolutoria para éste.

Resulta pertinente, además, indagar en esta parte, en el derecho de los consumidores a obtener una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la infracción los preceptos de la ley de protección al consumidor en el contexto del ejercicio de una acción colectiva, estableciendo la extensión y límites que en nuestra legislación existen en esta materia.

Desde una perspectiva práctica y siempre dentro del análisis de los procedimientos colectivos, examinaremos los beneficios que reporta la existencia en nuestro ordenamiento procesal este tipo de acciones, los cuales dicen relación con la eficiencia de los procesos, con el consiguiente alivio en la sobrecarga de demandas deducidas en tribunales, toda vez que se produce una disminución en la presentación de libelos individuales por una misma infracción, lo cual hace que el costo de litigar sea menos oneroso para el consumidor.

#### **1. Derechos y acciones supraindividuales.**

##### **1.1 Antecedentes.**

Los derechos e intereses supraindividuales responden a una evolución en la teoría clásica de los derechos subjetivos, en la que nunca fueron considerados los intereses de una pluralidad de sujetos como titulares de acciones y derechos destinados a ser protegidos por medio de mecanismos de acción común.

En este sentido, el autor brasilero don Kazuo Watanabe señala que *“la necesidad de que el derecho subjetivo esté siempre referido a un titular determinado, o al menos determinable, impidió durante mucho tiempo que los “intereses” pertinentes, al mismo tiempo, a toda una colectividad y a cada uno de los miembros de esa misma colectividad, como por ejemplo los “intereses” relacionados con el medio ambiente, la salud, la educación, la calidad de vida, etc., pudieran ser considerados jurídicamente protegibles. Era la estrecha visión de la concepción tradicional del derecho subjetivo, profundamente marcada por el liberalismo individualista, que obstaculizaba esa tutela jurídica.”*(Objeto litigioso de las acciones colectivas, en: La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. Porrúa, México. 2004 pág. 4).

Tradicionalmente se distingue entre intereses y derechos, sin embargo a juicio de este autor *“los términos “intereses” y “derechos” se vienen utilizando actualmente como sinónimos; lo cierto es que a partir del momento en que pasan a ser amparados por el derecho, los “intereses” asumen el mismo estatus de “derechos”, desapareciendo cualquier razón práctica y aun teórica para la búsqueda de una diferenciación ontológica entre ellos.”*(Watanabe et al. Pág.3).

Los intereses supraindividuales son corolario del modo en que se desenvuelve la sociedad contemporánea, que se ha ido configurando desde la segunda guerra mundial, en que han surgido conflictos antes desconocidos como consecuencia de lo que se ha denominado la sociedad de masas, que se traduce en relaciones económicas y por tanto jurídicas, más complejas, lo que ha dado origen a la contratación en masa. Dicho fenómeno se produjo por la capacidad que desarrollaron los proveedores de crear productos y servicios de carácter homogéneo, los cuales requieren mecanismos eficaces de distribución, estableciendo lo que conocemos por condiciones generales de la contratación, cuyos conflictos requieren cada día más imperativamente soluciones jurídicas de relevancia colectiva.

Es esta clase de contratación la que hace surgir la figura del consumidor como la parte en un contrato que se encuentra en una posición desmejorada frente a su contraparte, haciendo insuficientes los paradigmas tradicionales relacionados con la teoría general del contrato. La profesora Maite Aguirrezabal G., a propósito de este tema nos señala que *“la figura del consumidor no tenía importancia en el orden económico y social, puesto que se pensaba que los mecanismos del mercado, dentro de un sistema de equilibrios económicos, eran capaces por si mismos de asegurar su protección. Esta situación se vio pronto superada como consecuencia del desarrollo y desenvolvimiento económico que generó una tendencia monopolística dentro del mercado. El estado surge entonces como representación de un poder institucionalizado y encomendado a la protección de la libertad de los sujetos en cuanto a sus relaciones económicas”* (Aguirrezabal et al, pág.70).

Estas consideraciones de orden económico tienen incidencia directa en la manera en que el derecho ha debido ajustarse dogmáticamente, con el objeto de ser conteste con la realidad económica de masas que impera actualmente y que requirió un replanteamiento teórico y positivo, estableciendo nuevas instituciones que permitan que la parte más débil pueda contratar libremente haciendo efectivo el principio de autonomía de la voluntad, que inspira a la inmensa mayoría de las legislaciones en su derecho privado.

En este contexto surge lo que hoy conocemos como derecho del consumidor. Se trata de una disciplina aún muy incipiente que tiene sus orígenes en el common law, que sirvió de base para el surgimiento de las *class actions*, cuyo primer antecedente lo encontramos en las denominadas *Equity Courts*. Se ha dicho que *“el origen de la acción colectiva se encuentra en la cortes de equidad del Reino Unido, y era una acción propia de todas las personas afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas a todas a un juicio”* (Pellegrini Grinover, Ada. Introducción en La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. Porrúa. México. 2003). Los antecedentes de estas acciones más bien se referían a lo que conocemos como aquellas que provienen de intereses de carácter plurisubjetivo. No fue sino hasta la dictación de las Federal Rules of Procedure en 1938 que su contenido fue adquiriendo caracteres de acciones que resguardan intereses de carácter supraindividual. En estos términos se refiere al tema el profesor Enrique Aimone, quien señala que *“teniendo (las acciones de clase) sus antecedentes en el Bill of Peace del siglo XVII, instrumento antes excepcional, adquirió a poco tiempo un papel que hoy es visto por la doctrina como central en el ordenamiento de los Estados Unidos de América, ampliado como fuera, al principio con contornos imprecisos por la Federal Rules of Procedure de 1938”* (Aimone et al, pág. 174). David Field fue el gestor del movimiento de la reforma procesal norteamericana, la que dio origen a las Reglas Federales para el Procedimiento Civil, sin embargo *“no fue sino hasta 1966 cuando se reformó la regla 23 de estas Reglas Federales que permite a los consumidores y ambientalistas, entre otros, hacer valer sus derechos mediante la acción de clase”* (Pellegrini et al, 2003). Tal como lo han expuesto algunos autores se trata de acciones *“que suponen la existencia de un número importante de titulares de pretensiones individuales afines en el plano sustantivo, posibilitando un tratamiento procesal unitario y simultáneo de todas ellas, por intermedio de la presencia en juicio, de un único exponente de la clase”* (Aimone et al, pág. 174).

Sin embargo, fue el derecho brasilero el que se inspiró en las *class actions* para desarrollar de manera más completa los contornos que le han dado hasta hoy forma a esta rama del derecho. Brasil ha sido el país que ha estado a la vanguardia en materia de tutela de los intereses supraindividuales, así lo expresa un autor, quien señala que el primer antecedente lo encontramos en la ley número 4717 de 29 de junio de 1965, denominada Ley de Acción Popular, el cual constituyó un instrumento procesal idóneo, dentro de ciertos límites, para la protección jurisdiccional de esta clase de intereses, introduciendo esta problemática en el debate nacional (Da Silva Araujo Filho, Luiz Paulo. El anteproyecto de

Código de proceso civil colectivo modelo para Iberoamérica y los intereses o derechos individuales homogéneos, en: La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. Porrúa, México. 2004. Pág. 81).

Este autor señala que con posterioridad a la ley antes citada, fue extraordinaria la evolución legislativa brasilera en lo que se refiere a la protección jurisdiccional de los intereses supraindividuales. En primer lugar, la ley número 7.347 de 24 de julio de 1985, conocida como Ley de la Acción Civil Pública. Dicho cuerpo legal regula la acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, originariamente destinada a la protección de intereses difusos. Asimismo, la Constitución Política de la República de dicho país, estableció la protección de los derechos colectivos, además de reglas dirigidas a las acciones colectivas. Finalmente, entre otras normas anteriores de menor importancia, entró en vigencia la ley 8.078 de fecha 11 de septiembre de 1990, que dio origen al Código de Defensa del Consumidor, el cual constituye la gran herramienta que actualmente tiene el ordenamiento jurídico de Brasil para la defensa colectiva de los derechos e intereses de los consumidores, estructurando inclusive la tutela jurisdiccional de los derechos individuales homogéneos y perfeccionando la ley de acción civil pública, aun creando un sistema de aplicación integrada de esas dos leyes (Da Silva et al., pág. 82).

Este desarrollo ha dado lugar a que el derecho brasilero sirva de base fundamental para la elaboración del Código procesal civil modelo para Iberoamérica y que fue aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004 y que ha sido impulsado por el Instituto iberoamericano de derecho procesal. Es por ello que en materia de acciones colectivas esta autora se basará en posturas doctrinarias y disposiciones positivas provenientes del ordenamiento de Brasil.

En el derecho chileno, esta clase de intereses o derechos encuentran sus antecedentes en otras materias no vinculadas a la legislación del consumidor, pero que sirvieron de base para su establecimiento en la medida que entre ellas existieran puntos de contacto. En este sentido, el diputado don Eugenio Tuma al presentar el proyecto de reforma de la ley 19.496 expresó que *“La protección de los intereses colectivos y difusos tiene precedentes en la legislación nacional, fundamentalmente en lo que se refiere a acciones de interés público, como las que buscan cautelar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, aquellas otorgadas al pueblo, en general, para la seguridad de los caminos y obras públicas, aquellas que contempla la ley sobre sociedades anónimas para cautelar el interés de los accionistas minoritarios, entre otras”* (Pág. 131).

## 1.2 Concepto.

Lo que se busca es cautelar ciertos intereses que forman parte de lo que en doctrina se denominan los intereses supraindividuales, esto es, aquellos que afectan a un grupo de personas (determinadas o indeterminadas) y que por su relevancia social son objeto de protección jurídica. Se comprenden dentro de los derechos supraindividuales, los colectivos y los difusos.

El Código Brasileño de Defensa del Consumidor en su artículo 81, define a los derechos difusos como aquellos transindividuales, de naturaleza indivisible y cuyos titulares sean personas indeterminadas, vinculadas por circunstancias de hecho. El rasgo más importante de esta clase de derechos consiste en que entre los sujetos no existe una relación jurídica base, sino que la conexión entre ellos viene dada por situaciones de carácter fáctico.

El artículo 50 inciso 6° de la ley 19.496 señala que “son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores que se ven afectados en sus derechos”. El derecho chileno recoge la concepción comparada de lo que debemos entender por derechos o intereses difusos. Así lo expresa don Hermes Zaneti Junior al señalar que respecto de los derechos difusos “*no existe un vínculo común de naturaleza jurídica, v.g., la publicidad engañosa o abusiva, circulada a través de la prensa hablada, escrita o televisada, afectando a una multitud incalculable de personas, sin que entre ellas exista una relación-base*” (Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos colectivos *stricto sensu* y de los derechos individuales homogéneos, en: La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. Porrúa, México. 2004. Pág.47).

En cambio los derechos colectivos han sido definidos de acuerdo a la misma norma del Código Brasileño antes citada, como derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas vinculadas entre sí y con la parte contraria por una relación jurídica base.

Esta relación jurídica base puede darse entre los miembros del grupo, como en el caso de personas inscritas en alguna asociación de profesionales; o bien, por la vinculación de esta pluralidad de sujetos con la parte contraria, v.g., los contribuyentes de un determinado impuesto.

Para nuestro derecho “son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual.”(Artículo 50 inciso 5° ley 19.496).

Doña Ada Pellegrini distingue los intereses colectivos y difusos y afirma que “*se consideran colectivos los intereses comunes a una colectividad de personas entre las que debe existir un vínculo jurídico, y difusos los intereses que sin existir un vínculo jurídico de por medio se basan en factores de origen factico y accidentales, como el habitar una misma zona o consumir un mismo producto*” (Pellegrini, Ada. A problemática dos intereses difusos. Sao Paulo. 1984. Pág. 30 y 31).

En este mismo sentido, lo que distingue a los derechos colectivos de los difusos consiste fundamentalmente en la existencia de un vínculo contractual previo en los primeros y la ausencia de tal relación en los segundos. Esto apareja una importante consecuencia, la cual fue expresada durante la tramitación del proyecto por el diputado don Gonzalo Uriarte quien al referirse a este tipo de acciones señala que “*las de carácter colectivo pueden dar lugar a una indemnización de perjuicios, siempre que se acredite la existencia de vínculo contractual entre el proveedor y el consumidor, y que se prueben los daños. Las acciones por el interés difuso sólo pueden dar lugar a una sanción para el proveedor infractor, pero no son instrumento útil para reclamar, por esta vía, una indemnización. Si eso se hubiera permitido habría significado fomentar acciones temerarias para la obtención de indemnizaciones injustificadas*” (P.149).

Ello no significa, a nuestro entender, que ante un daño causado por infracción a un derecho de carácter difuso no vaya a quedar indemne, sino que cada perjudicado en forma individual deberá ejercer una acción ordinaria de perjuicios, en la medida que pueda probar que se cumplen los requisitos que la legislación común exige para dar origen a responsabilidad civil extracontractual.

De los derechos colectivos nacen acciones colectivas, que en doctrina también se les denomina *class actions*. Antonio Gidi afirma que la acción colectiva o class action es aquella “*propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada).*” (El concepto de acción colectiva en: La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. Porrúa, México. 2004. Pág.15).

De este concepto podemos extraer los requisitos fundamentales de toda acción colectiva, a saber:

1. El sujeto activo debe ser un mandatario de un grupo, categoría o clase de personas, quienes le conceden la facultad de iniciar el juicio en defensa de sus derechos. En la ley del consumidor es posible constatar el cumplimiento de este requisito al señalar que la demanda se iniciará por demanda presentada por el Sernac, una asociación de consumidores legalmente constituida o por un grupo de consumidores en un mismo interés,

en número no inferior a 50 personas. En estas 3 situaciones los titulares de derechos colectivos delegan en una organización la potestad de ejercer la acción colectiva.

2. La acción debe recaer en la defensa de un derecho colectivamente considerado, esto es, debe tutelar los derechos de una pluralidad de sujetos vinculados por una relación jurídica base. Es posible considerar al contrato de salud como un vínculo cuya infracción lesiona los derechos para una gran cantidad de sujetos que contratan con una isapre.

3. Los efectos de la cosa juzgada que se produzca como consecuencia de ejercer una acción colectiva alcanzará a todos quienes por esos mismos hechos resultaron afectados por lo obrado por el demandado que ha resultado vencido en el juicio. Esto lo recoge la ley del consumidor, toda vez que por regla general, la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o de los demandados producirá efecto *erga omnes* (artículo 54).

Es posible agregar un cuarto requisito consistente en el carácter indemnizatorio de la acción colectiva, sin embargo creemos que restringir su campo de aplicación exclusivamente a aquellas que persiguen siempre el resarcimiento de los daños causados por el demandado es un error. En esta dirección un autor señala que *“otro error común entre los autores europeos es pensar que las acciones colectivas no existen en Europa porque los proveimientos judiciales son declaratorios y condenatorios en una orden de hacer o no hacer. Este error es fruto de la falsa idea de que la verdadera acción colectiva necesariamente tiene un carácter indemnizatorio. El carácter indemnizatorio, sin embargo no es un elemento en la definición de la acción colectiva”* (Gidi et al., págs. 16 y 17). Es deseable que toda acción colectiva comprendiera la posibilidad de exigir una reparación económica por el mal causado al actor, pero la ausencia de ella no desnaturaliza su carácter de acción colectiva, estando presentes los tres presupuestos anteriores.

Sin embargo, los sistemas jurídicos anglosajones dieron origen a una tercera categoría que ha sido desarrollada por el derecho brasilero, incluyendo además a los denominados intereses individuales homogéneos o plurisubjetivos, que son definidos como *“aquellos de naturaleza individual y de titularidad exclusiva pero con un origen fáctico común”* (Aguirrezabal G., Maite. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1, pág.75).

Esta clase de intereses se diferencian de los colectivos y difusos puesto que estos últimos son de carácter indivisible, toda vez que el grupo humano en su conjunto es el que tiene la titularidad de las acciones que dichos intereses generan y no cada uno de ellos en forma particular, mientras que los intereses individuales homogéneos son fraccionables, de manera que cada uno de sus miembros puede ejercer sus derechos independientemente de los demás, pero que por la similitud de sus pretensiones se unen con fines de carácter práctico o estratégico. Se ha dicho que simplemente se trata de derechos *“individuales que por efectos prácticos se hacen accidentalmente colectivos”* (Aguirrezabal et al., pág. 87). Asimismo, se ha expresado que estamos frente a derechos o intereses *“ontológicamente*

*individuales, pero que son tutelados colectivamente por razones de estrategia de tratamiento de conflictos*". (Watanabe et al., pág. 3).

A juicio nuestro, es discutible que los intereses individuales homogéneos tengan carácter de supraindividuales, pues lo que define a esta clase de intereses es una titularidad mancomunada de los mismos que detenta el conjunto de individuos que lo componen y que es distinto al interés particular que de los mismos hechos pudiera generar a cada uno de sus miembros. Los intereses individuales homogéneos dan origen a acciones cuya pretensión no reviste diferencias cualitativas con la que cada actor podría ejercer en forma separada. Similar postura sostiene una autora pues señala que *"la diferencia entre los intereses supraindividuales y plurisubjetivos tiene mucha importancia desde el punto de vista práctico puesto que su tratamiento procesal es distinto por tratarse los segundos de derechos subjetivos clásicos, lo que implica que en lo que respecta a la legitimación, los límites subjetivos de eficacia de la sentencia y la indemnización de los perjuicios dependerán de las circunstancias personales del titular del derecho"* (Aguirrezabal et al, pág. 88). En este sentido algunos autores han reseñado los contornos de los derechos individuales homogéneos señalando que ellos son *"una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho"* (Gidi et al., pág. 35). Asimismo se ha dicho que *"estos intereses se distinguen de los difusos y colectivos en que aquellos son verdaderos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en un número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo"* (Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. La tutela jurisdiccional de los derechos supraindividuales: colectivos y difusos. Navarra. 1999. Pág. 441).

## **2. Aplicación de las acciones colectivas de la ley 19.496**

El párrafo 2° del título 4° de la ley de protección de los derechos del consumidor se refiere a esta clase de acciones. La primera parte del artículo 51 de dicha ley establece que el párrafo citado se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.

Este procedimiento se rige por las normas del juicio sumario, pero con las particularidades que este párrafo establece. Es así que este juicio comienza por demanda, que puede ser deducida por los siguientes actores: a) por el Servicio Nacional del Consumidor; b) por una Asociación de Consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de su asamblea para hacerlo o; c) por un grupo de consumidores afectados, en un número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados. Asimismo, cualquiera

de los antes señalados u otro consumidor que se considere afectado por los hechos consignados en el libelo puede hacerse parte en el juicio colectivo.

En cuanto a los efectos que produce la interposición de una acción colectiva, el más importante consiste en suspender el derecho de deducir demandas de interés individual fundadas en los mismos hechos, mientras el procedimiento se encuentra pendiente. Asimismo, interrumpe la prescripción de las acciones indemnizatorias que le correspondan a los consumidores afectados.

De acuerdo a lo expuesto, ha quedado claro que las acciones que ejercen los afiliados de una isapre por un alza unilateral en el precio pactado en un contrato de salud, son de carácter colectivo pues dicha acción tiene como antecedente una relación contractual previa.

### 3. Cosa juzgada

En materia de procedimientos colectivos la teoría clásica de la cosa juzgada se encuentra en evidente tensión con los objetivos que se persiguen con la interposición de este tipo de acciones.

La cosa juzgada es el efecto que produce una sentencia firme para aquel en cuyo favor se ha declarado un derecho en juicio, quien puede pedir el cumplimiento o ejecución de lo resuelto y que la hace inimpugnable e inmutable.

Chioventa señala que *“podemos decir que la cosa juzgada no es otra cosa que el bien juzgado, el bien reconocido o desconocido por el juez”* (Chioventa, Guiseppe. Instituciones de Derecho Procesal en Revista de Derecho Privado. Madrid. 1936. Pág. 81).

Couture la define como *“la autoridad y eficacia de las sentencias firmes o ejecutoriadas que importa su inimpugnabilidad, inimputabilidad y eventualmente su coercibilidad* (Couture, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal Civil. Punto Lex. Santiago. 2010).

Liebman afirma que *“la cosa juzgada es la cualidad de los efectos de ciertas resoluciones judiciales”* (Liebman, Enrico. Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada: con adiciones relativas al derecho brasileño. Buenos Aires.

El profesor Vodanovic nos dice que *“autoridad de cosa juzgada es el valor nominativo que el fallo tiene, en cuanto a la materia decidida, en las relaciones entre las partes y sus causahabientes u otros sujetos y, también, respecto de los jueces. Las partes y otras personas sometidas a la autoridad de cosa juzgada no pueden hacer valer ninguna pretensión que contradiga la declaración del fallo, y los jueces no pueden acoger tampoco*

*peticiones que estén en pugna con esa declaración*” (Vodanovic, Antonio. Curso de Derecho Civil, parte general y sujetos del derecho. Santiago. 1971. Págs. 82 y 83).

Uno de los fundamentos de esta institución dice relación con la certeza jurídica en la medida que lo resuelto en el juicio no pueda ser nuevamente objeto de discusión, consolidando definitivamente el derecho que se declara o constituye en favor de quien ha obtenido el pleito. Se ha expresado que *“es un principio generalmente aceptado por las culturas jurídicas de todos los tiempos que, en consideración de la seguridad jurídica, la sentencia que pone fin a una situación controvertida ha de alcanzar un grado de firmeza que la haga inamovible”* (Aguirrezabal G., Maite. La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: Régimen en la ley chilena de protección del consumidor. Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca. Talca. 2010, pág. 101).

Sin embargo esta cosa juzgada sólo se extiende a quienes han sido partes o intervinientes en el proceso de que se trate, pues resuelve un conflicto de carácter individual. Esto es lo denominado efecto relativo de las sentencias judiciales, consagrado en el artículo 3° inciso 2° del Código Civil, y que en materia de procesos individuales ha contribuido en forma importante a determinar quiénes son los sujetos afectados por una resolución dictada en el ejercicio de la jurisdicción.

Dado el reciente reconocimiento que se ha dado a las acciones provenientes de intereses de carácter colectivo o difuso, ha sido menester adecuar la institución de la cosa juzgada en cuanto a la extensión subjetiva de la misma, haciendo necesario el establecimiento de un régimen de excepción al principio de efecto relativo de las sentencias. En este sentido, algunos autores señalan que *“es evidente, entonces, que se requiere de un análisis científico que se detenga exhaustivamente en el tema de la cosa juzgada en materia de intereses supraindividuales y las nuevas tendencias que surgen en el Derecho comparado”* (Aguirrezabal et al, pág. 101).

La obra del italiano Enrico Liebman fue determinante en la construcción teórica que sirvió de base para la dictación del Código de defensa del consumidor brasilero, pues alteró uno de los paradigmas de la cosa juzgada. Dice este autor que la cosa juzgada no es un efecto de las sentencias y mucho menos puede ser identificada con la efectividad de la misma, la cosa juzgada es un agregado de la sentencia cuyo fin es aumentar la estabilidad de sus efectos (Liebman, Enrico Tullio, Efficacia e autorità della sentenza, Milán, 1962, pág. 14).

La teoría de este autor permite resolver el problema de la eficacia de la sentencia en relación a terceros: la limitación subjetiva de la cosa juzgada a las partes y a sus sucesores es una cosa; pero ella no excluye la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia a terceros. Todos están sujetos a la eficacia natural de la sentencia; pero mientras que para las

partes, cuando la sentencia pasa en juzgado, sus efectos se vuelven inmutables (Liebman et al., pags. 93, 97 y 98).

Lo anterior se explica porque al desvincular a la cosa juzgada con los efectos de la sentencia judicial es posible aplicarla a terceros ajenos al proceso sin entrar en conflicto con el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia consistente en que nadie debe ser oído y vencido en juicio.

Siendo la tutela jurisdiccional de los derechos supraindividuales una disciplina en incipiente desarrollo, no existe hasta ahora uniformidad en la doctrina respecto de la extensión de los efectos de la sentencia que resuelve un conflicto en que estén comprometidos este tipo de intereses. Sobre este tema se ha dicho que *“la doctrina se ha pronunciado en diversos sentidos: desde los que sostenían la eficacia ultra partes de la sentencia, a los que proponían atender a los límites subjetivos normales de eficacia interpartes, o los que propugnaban la producción de cosa juzgada secundum eventum litis, que ha sido generalmente entendida por la doctrina en el sentido de que si la sentencia es favorable a las pretensiones deducidas ésta debe expandir sus efectos al resto de la colectividad, y si es desfavorable debe solo producir efectos interpartes, por lo que los legitimados podrán demandar nuevamente basando la demanda en los mismos hechos”* (Aguirrezabal et al., págs. 102 y 103).

A nuestro juicio, no es dable otorgarle a la sentencia que se pronuncia sobre derechos en que se encuentran comprometidos intereses supraindividuales los efectos subjetivos normales de la misma, como si se tratara de una mera litis consorcio en que solo hay una sumatoria de intereses individuales. Los intereses colectivos y difusos tienen una entidad particular que hace necesaria buscar algunas de las soluciones antes señaladas pudiendo debatir sobre cuál de ellas es la más adecuada, pero en ningún caso podemos darle un tratamiento que discorra sobre la base de que estamos frente a una mera agregación de derechos.

### **3.1 La Cosa Juzgada colectiva en el derecho extranjero.**

La experiencia que nos entregan algunas legislaciones extranjeras nos permite ver las soluciones que han tratado esta problemática, encontrándonos con importantes variaciones entre sí.

En el sistema español, la ley de enjuiciamiento civil del año 2000, establece en su art. 221 que si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Sin embargo, cuando la determinación individual no sea

posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

Este sistema establece como regla general el principio de efecto relativo de la sentencia pues ella favorecerá solamente a quienes resulten individualizados pormenorizadamente y solo en cuanto ello no sea posible, la propia sentencia establecerá los parámetros para que puedan exigir el cumplimiento de la misma quienes no hayan sido suficientemente singularizados.

Esta norma excepcionalmente consigna que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. La ley deja a criterio del juez si en la situación antes descrita se puede extender los efectos de la sentencia a quienes no fueron parte en el proceso respectivo.

Asimismo, esta ley establece que el efecto extensivo de la sentencia derivada de una acción colectiva se aplicará sin distinguir si ella acogió o desestimó las pretensiones deducidas en el respectivo proceso. Así lo dispone el art. 222 señala que "*La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo*".

Respecto a esta disposición, nos parece es legítimo que cada ordenamiento jurídico decida, de acuerdo a su realidad y contexto social, en torno a distinguir si la sentencia es favorable o no, o bien no hacer dicha distinción para determinar si la ella produce efectos *erga omnes*. Sin embargo, creemos que la eficacia de una sentencia en cuanto a la extensión de sus efectos no puede quedar al arbitrio del órgano jurisdiccional como lo hace la norma de excepción del art. 221. El actor que demanda colectivamente debe tener la certeza de que si logra acreditar la infracción y obtiene el juicio, sus efectos se van a extender a todos quienes se vean afectados por los mismos hechos ilícitos en los que incurrió el demandado.

El sistema brasilero contempla variaciones con respecto al español, pues establece como regla general el de la eficacia *erga omnes* de la sentencia. En este sentido el Código de defensa del consumidor de dicha nación prescribe que una sentencia colectiva obligará a todos los miembros del grupo, pero dicha sentencia no afectará sus derechos individuales.

Lo anterior implica que si la acción colectiva es acogida en favor del grupo, todos ellos, aun los que no fueron parte en el juicio pero que resultaron afectados por los hechos ilícitos que el tribunal dio por establecidos, podrán beneficiarse con los efectos que la cosa juzgada produce en su favor para ellos.

Mientras que si la acción es rechazada por el tribunal, la cosa juzgada afectará a al grupo como titular de un interés de carácter supraindividual, no pudiendo el colectivo volver a discutir por los mismos hechos la responsabilidad del demandado.

Sin perjuicio de lo anterior, cada miembro del grupo que resultó vencido en el proceso colectivo, conserva la titularidad de su acción individual. Esto significa que los mismos hechos que dieron lugar a la interposición de una acción colectiva que no prosperó, pueden ser objeto de una nueva demanda de carácter individual, en la que el afectado pueda probar que su situación particular da lugar a la declaración de responsabilidad del demandado. Este mecanismo es el conocido como *secundum eventus litis*.

Ha sido la legislación brasilera la fuente de inspiración más importante para la creación del Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica, y en materia de cosa juzgada establece un régimen similar al vigente en Brasil. Don Antonio Gidi sistematiza lo que señala el Código modelo de la siguiente manera. Son tres hipótesis a distinguir:

- a) En caso de improcedencia después de instrucción probatoria suficiente, la sentencia colectiva produce cosa juzgada ultra partes para alcanzar a la comunidad o colectividad del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo en el litigio e impedir que cualquier legitimado colectivo pueda proponer la misma acción colectiva para la tutela del mismo derecho a través de la misma solicitud invocando la misma causa de pedir. Los derechos individuales, sin embargo, no son atingidos por la cosa juzgada en las acciones colectivas y por lo tanto, las acciones individuales en defensa de los derechos individuales (homogéneos o no) continúan pudiendo ser propuestas.
- b) En caso de improcedencia después de instrucción probatoria insuficiente (por falta de pruebas), la sentencia colectiva no será cosa juzgada material.
- c) En caso de procedencia de la demanda, la sentencia colectiva hará cosa juzgada erga omnes o ultra partes, para tutelar el derecho colectivamente considerado, alcanzando a la comunidad o a la colectividad titular del derecho del derecho del grupo, y alcanzando, para beneficiar también la esfera individual de todos los integrantes de la comunidad o de la colectividad que sean los titulares de los correspondientes derechos individuales homogéneos (Cosa juzgada en acciones colectivas, en: La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica. Porrúa, México. 2004. Pág. 267).

Este autor señala que *“es un error pensar que la cosa juzgada en las acciones colectivas del Código Modelo se forme solamente secundum eventum litis. Es necesario purificar la comprensión de tema a partir de un lenguaje claro y objetivo. Rigurosamente, la cosa juzgada en las acciones colectivas del Código Modelo no es secundum eventum litis. Sería así si la cosa juzgada se formase en los casos de procedencia de la pretensión y*



*no se formase en los casos de improcedencia. Pero no es así como sucede. En las acciones colectivas del Código Modelo (así como en las acciones colectivas brasileñas), la cosa juzgada siempre se formará, independientemente del resultado de la sentencia sea estimatoria o desestimatoria. Por lo tanto, exactamente como acontece en las acciones colectivas norteamericanas la cosa juzgada en las acciones colectivas se forma pro et contra (wheter favorable or not). Lo que depende del "evento de la controversia", no es la formación o la no formación de la cosa juzgada, sino las personas por ella alcanzadas. Lo que es secundum eventum litis no es la formación de la cosa juzgada, sino su extensión erga omnes o ultra partes en la esfera jurídica individual de terceros perjudicados por la conducta considerada ilícita en la acción colectiva (lo que se llama extensión in utilibus de la cosa juzgada)" (Gidi et al., págs. 266 y 267).*

### **3.2 El sistema chileno.**

La cosa juzgada colectiva se encuentra regulada en nuestro ordenamiento por el artículo 54 de la ley de protección de los derechos del consumidor. El inciso 1° señala que *"la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efecto erga omnes, con excepción de aquellos procesos que no hayan podido acumularse conforme al número 2) del inciso final del artículo 53, y de los casos en que se efectúe la reserva de derechos que admite el mismo artículo"*.

El precepto antes citado establece el efecto de la cosa juzgada en aquellos casos en que se la sentencia sea acogida por el tribunal, consistente en que la regla general es que ella beneficiará a todos quienes fueron afectados por los hechos que dieron lugar a la infracción por parte del demandado, sea que hubieren actuado como parte en el juicio o se trate de terceros que no hayan tenido tal calidad.

En esta situación la legislación chilena opta por la solución adoptada por el derecho brasileiro y por el código modelo, pues los efectos de la sentencia dependen del resultado del juicio que dio origen a la sentencia, y si la sentencia condena al demandado, sus efectos beneficiaran a todos los afectados, aun cuando no hayan actuado como demandantes.

Sin embargo, la solución que nuestro derecho ha optado cuando la sentencia rechaza la demanda colectiva no es exactamente igual a la de Brasil. El inciso final del artículo 54 dispone que *"si se ha rechazado la demanda cualquier legitimado activo podrá interponer, dentro del plazo de prescripción de la acción, ante el mismo tribunal y valiéndose de nuevas circunstancias, una nueva acción, entendiéndose suspendida la prescripción a su favor por todo el plazo que duró el juicio colectivo. El tribunal declarará encontrarse frente a nuevas circunstancias junto con la declaración de admisibilidad de la acción dispuesta en el artículo 52"*.

La regla que establece este inciso consiste en que la sentencia que no acoge las pretensiones del demandante no produce cosa juzgada material. Se distancia del sistema brasilero porque el actor que ya demandó o cualquier otro legitimado activo podrá, siempre que la acción no esté prescrita, demandar nuevamente por los mismo hechos, si señala en su libelo que existen nuevas circunstancias que dan lugar a responsabilidad del demandado, sin que sea menester que el tribunal haya rechazado la acción por falta o insuficiencia de pruebas.

La expresión “nuevas circunstancias”, ha generado algunas críticas por la doctrina pues se dice que “*no resuelve el legislador si la expresión se refiere a nuevas circunstancias de hecho o a nuevas pruebas que no se hayan rendido anteriormente ni tampoco a como se califica el hecho de encontrarnos efectivamente ante la existencia de circunstancias de esta naturaleza*” (Aguirrezabal et al., pág. 118).

A nuestro entender, la expresión “circunstancia” empleada por el legislador chileno es amplia, pues se extiende no solo a la incorporación de hechos nuevos o recientemente descubiertos, sino que además pueden hacerse valer nuevas pruebas aun vinculadas a hechos que ya fueron examinados con anterioridad por el tribunal.

La ley de protección de los derechos del consumidor no se pronuncia respecto de lo que ocurre con las acciones individuales luego de fracasada la acción colectiva. A pesar de ello, un sano criterio jurídico nos lleva a la conclusión de que dicha omisión no es obstáculo para que haya lugar a la *secundum eventum litis*, toda vez que la naturaleza de la acción colectiva ya ejercida es distinta que la que tiene cada integrante del grupo, categoría o clase, pues el grupo en su conjunto es un legitimado activo distinto a cada uno ellos, por lo que en nuestro derecho cada miembro del grupo podrá ejercer individualmente las acciones contra el demandado por los mismos hechos que fundaron la acción colectiva.

#### **4. La indemnización de perjuicios derivados de las acciones colectivas.**

La ley 19.496 establece expresamente la posibilidad de reclamar la reparación de los daños causados por el proveedor como consecuencia de las infracciones declaradas dentro de un procedimiento de acciones de carácter supraindividual. Esto no es sino aplicación de un principio general del derecho privado consistente en que todo hecho realizado por un agente debe ser resarcido. Así lo expresan algunos autores al señalar que “*el daño es presupuesto central de la responsabilidad civil, puesto que sin él no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria; sin que exista perjuicio no hay responsabilidad civil, lo cual no es más que una aplicación de un principio más general, según el cual sin interés no hay acción*” (López Mesa, Marcelo J. /Trigo Represas, Félix A. Tratado de la responsabilidad civil. Buenos Aires. 2008. Págs. 393 y 394).

#### 4.1 Definición y algunas clasificaciones.

Entendemos por daño o perjuicio todo menoscabo material o moral contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra. El profesor Arturo Alessandri Rodríguez define el daño como *“todo detrimento perjuicio o menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”*. Asimismo, refiriéndose a este mismo tema señala que *“el daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”* (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Imprenta Universitaria. Santiago. 1943. Pág. 210). Ramón Domínguez Águila expresa que el daño *“implica la privación de algún bien, de un derecho o la alteración de alguna situación jurídica o lesión de interés, presente o futuro”* (Consideraciones en torno al Daño en la Responsabilidad Civil. Una visión comparativa, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción. Año LVII N° 188 julio- diciembre 1990. Pág. 125).

De esta definición podemos extraer la clasificación más importante, a saber, aquella que distingue entre daño material o patrimonial y daño moral, también conocido como perjuicio extrapatrimonial. Autores señalan que *“daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho daños”* (Peña Chacón, Mario. Daño responsabilidad y reparación ambiental. Veracruz. 2005. Pág. 6).

Hay daño patrimonial cuando existe un menoscabo provocado por un hecho antijurídico de un tercero y que afecta a quien lo sufre en bienes que son susceptibles de apreciación pecuniaria, sea porque a consecuencia del mismo se produjo una desvalorización efectiva de su patrimonio (daño emergente), o porque el hecho hizo desaparecer o disminuir la posibilidad de que la víctima pudiera obtener una legítima ganancia (lucro cesante). El profesor José Luis Hernández nos señala que el daño patrimonial o material *“es el que recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades: así, es daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados; y daño patrimonial indirecto, por ejemplo, los gastos realizados (daño emergente) para la curación de las lesiones corporales, o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenida a la víctima, así será daño patrimonial y no moral, el perjuicio económico por las lesiones deformantes sufridas en el rostro por una modelo, o las lesiones en la capacidad física de un deportista profesional”* (Hernández Ramírez, José Luis. Análisis sobre el daño, el daño patrimonial y el daño extracontractual. Revista electrónica de derecho mexicano. Guadalajara. 1999. Pág.3).

De acuerdo a una concepción que atiende a los efectos de una acción ilícita el daño moral es *“toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, provocada por una acción atribuible a otra”* (Stiglitz, Gabriel / Gandolfo, Ana. Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral. Rosario. 2000. Pág. 6). Esta alteración en el bienestar es de carácter espiritual pues consiste en toda consecuencia extrapatrimonial adversa que experimente una persona a causa de un hecho ilícito y que menoscaben su capacidad de entender, querer o sentir, perjudicando su actuación cultural, social, deportiva, estética, sexual, intelectual, etc. En cuanto al daño moral existen diversas opiniones respecto a su definición.

En un primer término se planteó una “noción por exclusión” que postulaba que el daño moral era *“todo detrimento que no podía ser considerado como daño patrimonial”* (Pizarro, Ramón Daniel. Daño Moral. Buenos Aires. Hammurabi. 1996. Pág. 36).

Una segunda postura hace equivalente el daño moral al *pretium doloris* *“sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de la persona”* (Diez Schweter José Luis. El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y doctrina. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1997. Pág. 82).

Diez define al daño moral como *“la lesión a los interés extrapatrimoniales de la víctima que son aquellos que afectan a la persona y lo que tiene la persona, pero es insustituible por un valor en moneda desde que no se puede medir con ese elemento de cambio”* (Diez et al., pág. 88).

Carmen Domínguez Hidalgo señala que daño moral es *“todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente”* (La Indemnización por Daño Moral. Modernas tendencias en el Derecho Civil chileno y comprado, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N°1. Santiago. 1998. Pág. 31).

El profesor Fernando Fueyo Lenari expresa que el daño moral es *“aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal”* (Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1990. Pág. 68).

Actualmente ha quedado establecido por nuestra doctrina y jurisprudencia que el daño moral no sólo es indemnizable en materia extracontractual sino también deben ser resarcidos aquellos daños provenientes de la infracción de obligaciones contractuales. El principal argumento viene dado por la clara redacción del inciso 1° del artículo 2329 del código civil que prescribe que *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”*. Ello sumado al sentido

natural y obvio de la expresión daño, definida por la real academia española como detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia (Edición actual [22ava].2001). Este concepto no lo limita al daño patrimonial, pues él no contiene calificaciones respecto de la clase de daño debe tratarse para calificarlo de tal.

Existe un fallo emblemático de casación en el fondo vinculado a esta materia pronunciado por la Exma. Corte Suprema caratulado Maria Rafart Mouthon con Banco de Chile. La sentencia expresa su decisión favorable a la indemnización de los daños morales contractuales fundándose en lo dispuesto en los numerandos 1 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República en relación al art.1 del mismo cuerpo normativo, en cuanto declara que “el estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permita a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”. Para la corte esta concepción filosófica corresponde a un corriente de pensamiento universal, así también se desprende de diversos acuerdos internacionales como de Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su artículo 5° establece “ toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, reputación y a su vida privada y familiar” y el pacto de San José de Costa Rica que en su art. 11 dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (Fallos del mes. Maria Rafart Mouthon con Banco de Chile. Rol interno 18.647. Casación en el fondo. 1994. Págs. 657 a 663).

Nuestra Exma. Corte Suprema se ha pronunciado reiteradamente dando lugar a la aplicación del daño moral en sede contractual, pues ha dicho que *“cabe tener presente que hasta hace muy poco tiempo atrás se consideró y prácticamente en forma unánime, que el daño moral proveniente de incumplimiento contractual no era resarcible, postura que actualmente presenta cambios, vacilantes al comienzo pero que actualmente tanto la doctrina como la jurisprudencia la han ido aceptando”*. Luego agrega lo siguiente: *“Así, nuestra Corte ya ha resuelto reiteradamente la procedencia del daño moral en materia contractual, en los fallos de 20 de octubre de 1994 y 16 de junio de 1997 publicadas en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 91, sección primera, página 100 y Tomo 94, sección tercera, página 94, pero, en especial en las sentencias de esta Primera Sala Civil de la Corte Suprema de fecha cinco de noviembre de dos mil uno, tres de septiembre de dos mil dos, veintiocho de noviembre de dos mil seis, once de abril, tres de julio, veintiocho de agosto y veinticuatro de septiembre del año en curso, recaídas en los ingresos rol N° 1.368-00, N° 4.035-01, N° 320-05, N° 3.291-05, N° 3091-05, N° 3.750-05 y N° 4.103-05, que representan una línea jurisprudencial de los ministros que las suscriben”*. (Fallo de la primera sala de la Excma. Corte Suprema. 25 de septiembre de 2008. Rol 59-07).

Esta argumentación ha sido reproducida en fallos posteriores de los tribunales superiores de justicia, con el objeto de dar sustento a los fundamentos de los mismos.

Destaca el pronunciado por la I. Corte de Apelaciones de Copiapó caratulado “Alvarado Contreras con Servicio de Salud”, causa rol 187-2013. Se trata de un fallo de indemnización de perjuicios por responsabilidad médica, consistente en la negligencia en el actuar del cuerpo médico del servicio de salud de la zona al aplicar un procedimiento erróneo en el tratamiento de las lesiones corporales por quemaduras, que derivaron en la muerte del menor que las había sufrido.

El profesor Fernando Fueyo se inclina categóricamente por la resarcibilidad del daño moral en materia contractual, pues señala que *“para mí es como un axioma que el concepto jurídico de daños abarca toda forma de daños, esto es, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial”* (Fueyo Laneri, Fernando. Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago. 1990. Pág. 69).

Agrega este autor que *“la jurisprudencia chilena ha tenido la oportunidad de recalcar que la palabra daño comprende el perjuicio, dolor o molestia que se cause, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que corresponde, además del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial que se ocasione por acto ajeno. Sostiene que siendo el daño por esencia patrimonial y extrapatrimonial, del mismo modo el daño moral juega tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual”* (Fueyo et al., pág.71).

En materia de derecho del consumidor, la Excma Corte Suprema se pronunció en la causa rol 288-2011 de fecha 11 de abril de 2011, a favor de indemnizar el daño moral ocasionado por incumplimiento contractual por parte de la Universidad Ciencias de la Informática al impartir en sus aulas la carrera de perito forense, para la cual no existía campo laboral razón por la que se dejó de impartir el año 2008 en forma definitiva, ocho estudiantes demandaron la indemnización de los daños ocasionados por incumplimiento al artículo 28 de la ley N°19.496, infracción que ocasionó daños económicos y emocionales que el máximo tribunal de nuestro país acogió.

Otra clasificación, central en el tema que nos convoca, es aquella que distingue entre daño individual y daño colectivo. El primero, es el daño que se produce por la lesión de intereses que afectan a una persona o a un agregado de las mismas. El daño que se experimenta por la víctima es de carácter particular, lo cual no significa que por un mismo hecho no se pueda ver perjudicada una pluralidad de personas, lo que caracteriza a estos daños es que se afectan bienes que cada víctima sufre en forma independiente. En definitiva, el daño individual corresponde a la definición clásica de daño señalada anteriormente pues ella es concebida desde esa perspectiva.

En cambio el daño colectivo ha sido concebido recientemente como corolario del surgimiento de las acciones de naturaleza transindividual. En palabras de unos autores: *“daño colectivo es el que surge a raíz de la lesión a un interés de esta naturaleza”* (Trigo et al., pág. 430). En la expresión daño colectivo englobamos tanto los colectivos

propriadamente tales y los difusos, es decir, todo perjuicio derivado de un interés supraindividual.

Los mismos autores expresan que *“los destinatarios del peligro no son ya las personas, en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, aunados por alguna calidad o característica que da trabazón al conjunto... El daño a resarcir entonces...no configura una suma de porciones identificables, es un daño colectivo como tal, que resulta aprehensible y experimentable desde un punto de vista global”* (Trigo et al., pág. 430). El daño colectivo es indivisible pues afecta al grupo en su conjunto, con una identidad propia diferente del daño particular de cada uno de sus miembros.

#### **4.2 El daño colectivo en la ley 19.496.**

Dicho lo anterior, examinaremos lo que señala la ley de protección de los derechos del consumidor en esta materia. En lo que respecta al tema de este acápite el artículo 51 N° 2 señala que además de los requisitos generales de toda demanda, en materia de peticiones derivadas de perjuicios causados a los consumidores, el libelo deberá señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación. Esta regla consagra el principio de pasividad del juez civil en esta materia pues en la demanda debe solicitarse la reparación del daño. Asimismo, se establece una equivalencia cuantitativa y cualitativa de todos los miembros del grupo de consumidores, sin perjuicio de lo cual el juez puede formar subgrupos, los cuales podrían obtener una indemnización distinta entre sí.

Otra de las reglas que este precepto establece respecto a este tema consiste en que las indemnizaciones que se dicten en un procedimiento colectivo, no podrán extenderse al daño moral sufrido por los demandantes. Esta autora considera que es de toda justicia que en nuestro derecho se disponga que de las acciones supraindividuales solo pueda obtenerse una reparación por perjuicios patrimoniales, toda vez que la naturaleza personalísima del daño moral impide que el grupo en su conjunto sea titular de este tipo de reparación. No obstante lo dicho, de acuerdo al principio de que todo daño debe ser indemnizado, el daño extrapatrimonial derivado de hechos que fundaron una acción colectiva, pueden ser hecho valer por cada miembro del grupo en un juicio individual que persiga el resarcimiento del daño moral causado por la infracción del proveedor conforme a las reglas generales.

El artículo 53 C se refiere a los requisitos de la sentencia definitiva que acoja la demanda colectiva. En materia de reparación, regulada en la letra c), el juez deberá *“declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda”*. Esta norma, concordada con la antes señalada, se refiere a la declaración de una indemnización patrimonial por los daños efectivamente causados al

grupo o subgrupo. Asimismo, el inciso penúltimo de dicho artículo establece una excepción en cuanto a la comparecencia de los interesados para el cobro de la indemnización cuando el juez determine que el proveedor cuenta con la información necesaria para individualizarlos y proceder a ellas.

## 5. Beneficios de las acciones colectivas

Hemos estudiado hasta ahora las acciones supraindividuales en doctrina y en derecho positivo, lo que nos permite conocer la utilidad práctica que le reporta al sistema jurídico en su conjunto. Al respecto Kazuo Watanabe señala *“el objetivo pretendido por el legislador, fue el tratar molecularmente los conflictos de intereses colectivos en contraposición a la técnica tradicional de la solución atomizada, para con eso conferir peso político mayor a las demandas colectivas, para solucionar más adecuadamente los conflictos colectivos, evitar decisiones conflictivas y aliviar la sobrecarga del poder judicial, repleto de demandas fragmentarias y repetitivas”* (Watanabe et al., pág. 12).

En este acápite las vamos a sistematizar.

- 5.1 Eficiencia en el proceso:** resulta evidente que en este tipo de acciones, en que puede comparecer un grupo muy cuantioso de demandantes, permita resolver el conflicto en una sola sentencia, lo que reporta un importante alivio en la sobrecarga de trabajo que tienen los órganos de la jurisdicción, especialmente a nivel latinoamericano.
- 5.2 Costo de litigar:** la posibilidad de que una sola demanda contenga las pretensiones del grupo, trae como consecuencia que se reparta entre sus miembros el financiamiento del juicio colectivo, lo que lo torna considerablemente menos oneroso.
- 5.3 Entidad del beneficio individual:** un autor en este sentido expresa que las acciones supraindividuales *“superan el problema de que la ventaja individual de ganar sea tan pequeña que desaliente la litigación caso a caso”* (Aimone et al., pág. 176).
- 5.4 Equivalencia resarcitoria:** los procedimientos colectivos garantizan que todos los actores reciban una indemnización igual o proporcional derivada de los hechos materia del pleito.
- 5.5 Uniformidad jurisdiccional:** los procesos supraindividuales permiten establecer criterios análogos para enjuiciar conductas similares, lo que permite disminuir la probabilidad de sentencias contradictorias. En nuestro país se han presentado una gran cantidad de recursos de protección con el fin de impedir el alza de las tarifas de los planes de salud, sin embargo muchos de estos casos son susceptibles de ser tratados por medio acciones supraindividuales, pero los afiliados no se han organizado y no han presentado ninguna acción colectiva que les permita obtener un solo pronunciamiento judicial que entregue unidad y coherencia a la decisión que se adopte por el tribunal competente, existiendo tantos fallos como recursos de protección se hayan presentado.

## Conclusiones.

A través de la investigación desarrollada en este trabajo se ha establecido una teoría que permite dar una suficiente solución al problema jurídico planteado en él, consistente en la falta de una adecuada protección de los derechos de los afiliados a una isapre cuando ella ha incrementado unilateral e ilegítimamente la tarifa que el usuario debe pagar, toda vez que hasta ahora en dicha situación, no se ha aplicado la ley de protección de los derechos del consumidor.

En este camino hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. En el primer capítulo nos avocamos al estudio de la naturaleza jurídica de la relación entre el afiliado y la isapre. Se planteó que siendo la salud el objeto del contrato, necesariamente debía revestir condiciones particulares por la importancia que la salud tiene en nuestro orden jurídico. Concluimos que al ser la salud el objeto de la relación, la regulación y tratamiento del contrato exige establecer ciertos límites a la libertad de los contratantes puesto que la salud es un derecho que goza de protección constitucional, por lo que su contenido debe ajustarse a la constitución y a la legislación que desarrolla el derecho a la protección de salud.

En relación a los sujetos, estudiamos la relación de equivalencia que existe entre los contratantes, teniendo presente que el afiliado es una persona natural, mientras que la isapre es una sociedad anónima. Concluimos que el contrato de salud es un contrato por adhesión, cuyo contenido es fijado íntegramente por el proveedor, en que la intervención del afiliado solo consiste en aceptar o rechazar las condiciones predispuestas. Ello nos permitió constatar que la posición ventajosa en que se encuentra la isapre ha dado lugar al surgimiento de cláusulas abusivas, que han hecho necesaria la intervención del Estado a fin de restablecer el equilibrio que toda relación contractual debe tener.

Llegamos a la convicción, sin embargo, que las soluciones existentes no han permitido a los afiliados ejercer adecuadamente sus derechos, en circunstancias que de acuerdo a lo que establece la ley 19.496 entre la isapre y el afiliado existe una genuina relación de consumo, sin que se haya dado lugar a la aplicación de esta ley en estas situaciones debido a que, a nuestro juicio, se ha interpretado erróneamente los artículos 2° y 2° bis de la ley de protección de los derechos del consumidor. En definitiva, a través de este cuerpo legal es que el contrato de salud encuentra la debida protección, que otorgue a las partes la libertad necesaria para establecer condiciones equitativas.

2. El segundo capítulo ha permitido fijar las bases fundamentales de lo que propone esta investigación, pues en él se ha hecho un análisis pormenorizado de las normas que facultan a los consumidores, entre los que se incluyen los afiliados a una isapre, para ejercer sus derechos en conformidad las disposiciones sustantivas y procedimentales de la ley de protección de los derechos del consumidor. Hemos demostrado que la ley 19.496 en materia contratos de salud se aplica con preferencia a la legislación sectorial del ramo, toda vez que una correcta interpretación de los artículos 2° y 2° bis de dicha ley, nos conduce a concluir que la ley de protección de los derechos del consumidor es mas especial que la ley de superintendencia de isapres, tanto desde un punto de vista procesal como sustantivo, siendo aplicable la primera tanto en procesos individuales como colectivos, con el objeto de obtener una sanción para el proveedor, como asimismo una debida adecuación del contrato y la indemnización por los perjuicios derivados de la ilicitud provocada.
  
3. El capítulo final de este trabajo tuvo por objeto el estudio de las acciones supraindividuales, debido a lo gravitantes que son para su ejercicio por parte de los afiliados contra de los abusos de las isapres en el contenido de los contratos de salud. Siendo un contrato por adhesión, hemos podido constatar que sus cláusulas contienen condiciones generales que afectan a un colectivo indeterminado de usuarios, pero determinable. Ello permite que los afiliados puedan ejercer sus derechos conforme al procedimiento que establecen los artículos 51 y siguientes de la ley 19.496. En esa dirección, concluimos que la cosa juzgada que produce la sentencia en un juicio colectivo reviste particularidades cuyos contornos fue necesario precisar en este capítulo. Hemos demostrado que los efectos de la sentencia alcanzan a todos quienes resultaron afectados por la infracción, hayan actuado o no como parte en el juicio, pudiendo, en caso de rechazo de la demanda, renovar la acción haciendo valer nuevas circunstancias. Asimismo, hemos concluido que el ejercicio de acciones colectivas es sin perjuicio del ejercicio de las acciones individuales que cada usuario pueda hacer valer, respecto del daño particular que la actuación del proveedor le produjo, siendo procedente lo denominado *secundum eventum litis*. En cuanto a los perjuicios, concluimos que las acciones colectivas solo pueden tener por objeto la reparación de los perjuicios patrimoniales derivados de los hechos materia del libelo, sin embargo, ello no obsta a que se pueda ejercer una acción individual tendiente a resarcir el daño moral provocado por esos mismos hechos.

En síntesis, a través de esta investigación hemos demostrado que la hipótesis planteada, consistente en que un afiliado a una isapre está facultado para ejercer las acciones y derechos que confiere la ley 19.496, cuando ella ha incrementado en forma unilateral el valor del plan objeto del contrato de salud, ha sido probada.

## BIBLIOGRAFIA

1. Nancuante Almocid, Ulises, Romero Celedón, Andrés, Sotomayor Klapp, Roberto (2012): *Régimen Jurídico de la salud*, Legal Publishing, Chile
2. Sandoval López, Ricardo (2004): *Las Reformas Introducidas por la Ley 19.955 de 14 de julio de 2004 a la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, Chile.
3. Oyaneder Cavies, Patricio (2004): “Breves consideraciones en torno a los contratos por adhesión, las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas”, en *Actualidad Jurídica: Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Facultad de Derecho*. Santiago- Concepción, Año IV, N° 9, pp. 371-385.
4. Vivanco Martínez, Ángela (2010): “Justicia Constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: Un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N° 1, pp. 141-162.
5. Villalobos Ríos, Sergio (2004): “Competencia o ámbito de aplicación de la Ley 19.496, sobre protección a los consumidores y su procedimiento ante los juzgados de Policía Local”, en *Enthos, Universidad de las Américas*, Volumen Único. pp. 231-241.
6. Momberg Uribe, Rodrigo (2004): “Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 sobre protección de los Derechos de los consumidores”, en *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. XVII, pp. 41-42.
7. Jurisprudencia del derecho del consumidor (2008), Puntolex, Santiago, Chile
8. Bates Hidalgo, Luis (2009): “Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable norma de la Ley de Isapres y derechos económicos sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, pp.165-172, disponible en, [www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl). última consulta 5 de marzo de 2014
9. Nancuante Almonacid, Ulises, Sánchez Rodríguez, Héctor (2013): “Isapres: Análisis de recientes fallos de protección de la Corte Suprema, Implicancia y nuevas reformas al sistema”, en *Instituto de Salud Pública Universidad Andrés Bello*, publicado 09.01. 2013, disponible en [www.ispandresbello.cl](http://www.ispandresbello.cl), última consulta 12 de febrero de 2014

10. Barría Gutiérrez, Pedro, *Desprotección de afiliados y privilegios de Isapres* publicado 24.04.2001, disponible en [www.ciper.cl](http://www.ciper.cl), última consulta 10 de octubre de 2013
11. Historia de la Ley N° 19.955, Mensaje Presidencial, N°178-344, (8 de Septiembre de 2001), Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl), última consulta 10 de abril de 2014
12. Jara Amigo, Rony (1999): “Ámbito de aplicación de la Ley Chilena, derecho del consumo y protección al consumidor”, en *Cuadernos de extensión*, Editor Corral Talcini, Hernán, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, pp. 64-75
13. Fernández González, Miguel Ángel (2002): “Fundamentos constitucionales del derecho de los contratos: Intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe”, en *Cuadernos de Extensión jurídica*, Universidad de los Andes, N° 6, pp. 17-46
14. Vidal Olivares, Álvaro (2000), “Contratación y Consumo. El contrato de consumo en la Ley 19.496 sobre protección a los Derechos de los consumidores”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI*, Valparaíso, Chile.
15. Cruz, María Esperanza (2005): *Contratos de adhesión ¿situación justa o injusta?*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso
16. Barahona González, Jorge (2006): *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso
17. Parrondo García, Alejandra (2004): *La protección del consumidor en la legislación actual, principales modificaciones introducidas por la Ley 19.955*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso
18. Walker del Río, Agustín (2007): *Ámbito de aplicación de la ley de protección de los derechos de los consumidores*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Santiago

19. Aguirrezabal Grunstein, Maite (2010): “La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los interés colectivos y difusos de consumidores y usuarios: Régimen en la ley chilena de protección del consumidor”, en *Revista Ius et Praxis* Vol.16 n.1 Talca
20. Aguirrezabal Grunstein, Maite (2006): “Algunas precisiones en torno a los interés supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 N°1, pp 69-91
21. Ferrada Bórquez, Juan Carlos, Bordalí Salamanca, Andrés, Cazor Aliste, Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIV, julio 2003, pp 67-81
22. Aguirrezabal Grunstein, Maite (2010): “El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol.23 N° 2, pp 175-196
23. Ortells Ramos, Manuel (2011): “Protección de intereses jurídicos supraindividuales actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección”, en *Revista Ius et Praxis* Vol.17 n.2 Talca, pp 419-482
24. Mosset Iturraspe, Jorge, Díaz Picazo, Luis, Busnelli Francesco et al.(y otros) (1991): *Daños*, Depalma, Buenos Aires
25. Cea Egaña, José Luis (2008): *Derecho Constitucional Chileno*, segunda edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago
26. Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2013): “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”, en *Revista Estudios constitucionales*, Vol.11 N°1, pp 459-476
27. Trigo Represas, Félix, López Mesa Marcelo (2004): *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: Teoría y práctica*, primera edición, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires
28. Stiglitz, Gabriel, Gandolfo de Stiglitz, Ana (1999): *Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral*, Editorial Juris, Rosario- Pcia de Santa Fe

29. Aimone Gibson, Enrique (2013): *Protección de los derechos del consumidor*, Legal Publishing, 1º edición, Santiago
30. Quintana Bravo, Fernando (2004): *Interpretación y argumentación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
31. Rodríguez Grez, Pablo (1995): *Teoría de la interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago
32. Ducci Claro, Carlos (1988): *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago
33. Sagredo Olivares, Cecilia (2012): *El canon de previsibilidad como límite a la procedencia del daño moral contractual*, tesis para optar al grado de Magister Universidad de Valparaíso, profesor guía Susana Bontá Medina, Valparaíso
34. Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor Eduardo (2004): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Editorial Porrúa, segunda edición, México
35. Rodríguez Arias, Pablo (2013): *Derechos y responsabilidades en el consumo*, Fojucc Chile, Concepción
36. Squella Narducci, Agustín (2011): *Introducción al Derecho*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago



MAG  
V494p  
2014

CB 00176043  
R-15.183

Universidad de Valparaíso  
Chile



00176043

AUTOR Vergara Arteaga, Pamela

TÍTULO ¿ Es posible aplicar la ley  
19.496 a los contratos celebrados ...

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

Reg. 15.183

Vergara Arteaga, Pamela

¿ Es posible aplicar la ley 19.496 a los  
contratos celebrados con las isapre, en  
lo que dice relación a la modificación  
unilateral del precio de los planes de  
salud?

CB 00176003