

LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LA LEY DEL CONTRATO. INCONSTITUCIONALIDAD E INAPLICABILIDADES SOBREVINIENTES EN EL CASO ISAPRES*

MANUEL ANTONIO NÚÑEZ POBLETE

RESUMEN: El presente ensayo explica el impacto de las decisiones del Tribunal Constitucional dictadas en los procesos roles N° 1710 y 1552, ambos de 2010, sobre la condición jurídica de los contratos de salud, como vehículos de ejercicio de derechos constitucionales, y los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad en el régimen de los contratos celebrados con anterioridad al fallo.

SUMARIO: Introducción. I. La revisión judicial de la actividad contractual vinculada a los derechos fundamentales y de la legislación reguladora de los contratos: contratos que ya no son privados. II. La revisión de la vieja doctrina sobre la irretroactividad de las leyes y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad: la STC rol N° 1552 de 28 de octubre de 2010.

INTRODUCCIÓN

La sentencia rol N° 1710-10, de seis de agosto de 2010, declaró la inconstitucionalidad de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso 3° del artículo 38 ter de la llamada Ley de Isapres¹. Este fallo, el cuarto de inconstitucionalidad legal desde que entrara en vigencia la Ley

* El presente ensayo forma parte del Proyecto de investigación N° 1090607, patrocinado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (Fondecyt) y del cual el autor es investigador principal.

¹ Ley N° 18.933, D.O. de 9 de marzo de 1990, crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapre y deroga el decreto con fuerza de ley N° 3, de Salud, de 1981. El texto refundido de esta norma ha sido fijado por el DFL. N° 1 (D.O. de 24 de abril de 2006, art. 170 y ss.).

de reforma constitucional N° 20.050², concluyó una saga de decisiones de inaplicabilidad que se había iniciado el año 2008 con la STC rol N° 976, conocida como el caso “Peña Wassaf”³. Los números declarados inconstitucionales se insertaban en una norma que regula la corrección del precio de los planes de salud:

“Artículo 38 ter. Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;*
- 2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;*

² STC rol N° 681, 26 de marzo de 2007, sobre el art. 116 del C. Tributario; STC rol N° 1254, 29 de julio de 2009, sobre la expresión “gratuitamente” contenida en el art. 595 del C. Orgánico del Tribunales; y STC rol N° 1345, 25 de mayo de 2009, sobre las expresiones: “Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenidas en el inciso primero del artículo 171 del C. Sanitario.

³ Véanse, entre otros, los comentarios de CODDOU, Alberto: “El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: el caso de las Isapres”, *Anuario de Derecho Público 2010*, Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 55-73; LOVERA, Domingo: “El TC y las Isapres: A propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980”, en MARSHALL, P. (Coord.), *Jurisprudencia constitucional destacada. Análisis crítico*, Abeledo Perrot-LegalPublishing, Santiago, 2011, pp. 101-128; SOTO, Sebastián: “Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”, en FERNANDOIS, A. y DELAVEAU, R. (Eds.), *Sentencias, destacadas 2008*, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 171-213; y VIVANCO, Angela: “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* 37/1 (2010), pp. 141-162.

3. *La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan.*
4. *La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.*
5. *En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.*

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud solo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38³⁴.

⁴ Cursivas añadidas.

A lo largo de extensos 178 fundamentos, con abundantes (y ocasionalmente innecesarias) referencias doctrinarias y comparadas, el Tribunal afirma la tesis según la cual las normas cuestionadas infringen en abstracto la igualdad (art. 19 N° 2 CPR.), el derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9 CPR.) y el derecho a la seguridad social (art. 19.18 CPR.). Disienten del voto de mayoría la Ministra Peña y el Ministro Navarro, cuyas disidencias son acompañadas por una prevención del Ministro Bertelsen y otra de los Ministros Vodanovic y Fernández.

La decisión del Tribunal ya ha sido objeto de diversos comentarios en su mérito y forma⁵, por lo que este ensayo se limita a comentar dos aspectos menos profundizados. Se trata, por una parte, de las proyecciones de esta decisión en el plano de los contratos y, por otra, de los efectos de la sentencia con relación a la legislación que se entiende incorporada a los negocios válidamente celebrados durante su vigencia. Para este último aspecto, será necesario recurrir a la doctrina sentada en un fallo posterior al rol N° 1710.

I. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL VINCULADA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LA LEGISLACIÓN REGULADORA DE LOS CONTRATOS: CONTRATOS QUE YA NO SON PRIVADOS

La sentencia rol N° 1710 incide en la regulación y tratamiento judicial de un tipo peculiar de contratación, esto es, aquella cuyas

⁵ Véanse especialmente BECA, Juan Pablo: “Efectos del fallo del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Isapres: una tarea pendiente para el Legislador”, *Microjuris: MJD* 426, 17 de noviembre de 2010; CORDERO, Luis: “Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales”, *Anuario de Derechos Humanos 2011*, Universidad de Chile, pp. 151-159; Covarrubias, Ignacio: “Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. (¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el punto de partida?)”, *Actualidad Jurídica* 23 (2011), pp. 463-489; MARSHALL, Pablo: “Tabla de factores de la Ley de Isapres y derechos fundamentales”, *Revista de Derecho* (U. Austral), XXIII/2 (2010), pp. 247-264; ZÁRATE, Sebastián: “Los efectos de la sentencia del TC en el caso de Isapres”, *Apuntes Legislativos* 5 (2010), pp. 2-11; y Zúñiga, Francisco: “La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Isapres en el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Público 2011*, Universidad Diego Portales, pp. 54-95.

prestaciones tienen como objeto la ejecución de acciones vinculadas al ejercicio de derechos constitucionales. Esta categoría de contratos se construye a partir de la conocida doctrina de la irradiación de la dignidad y derechos constitucionales, de acuerdo con la cual, como lo argumenta el fallo recibiendo la doctrina de la STC rol N° 1287 de 8 de septiembre de 2009 “el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido de que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no solo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”⁶.

A partir de esta extensión del campo de aplicación de los derechos fundamentales y su fundamento existencial, la dignidad de la persona, se advierten dos formas de intervención sobre la autonomía individual. La primera de ellas es la más común: la intervención legislativa, mediante la cual las relaciones contractuales se regulan mediante la imposición de normas de orden público que son irrenunciables para las partes. Tradicionalmente, estas restricciones se han fundamentado en normas subconstitucionales que han desarrollado, en aras de la certeza, el interés del legislador por proteger ciertos objetos o bienes vulnerables, como la vivienda, el trabajo o, en el caso que nos ocupa, la salud. Para el caso particular de la salud, el Tribunal Constitucional chileno identifica un deber especial del Estado legislador, al que exige la determinación de parámetros definidos y razonables para que opere el reajuste de los precios: “[e]l seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. *Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a*

⁶ STC rol 1710, considerando 87°.

las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre” (considerando 155°, cursivas añadidas).

La segunda forma de intervención también arranca de una fuente normativa positiva, pero se diferencia de la primera en su contenido general: se trata de la Constitución. Este contenido normativo general –o generalísimo– en ciertos casos hace que en definitiva las restricciones terminen siendo creadas por los jueces caso a caso. Así, del mismo modo en que concreta el significado de la moralidad o de las buenas costumbres, el juez identifica las proyecciones invalidatorias de los derechos constitucionales en el campo de la contratación, como una nueva forma de dar vida a la venerable fórmula civil de “todo lo que contraviene al Derecho público chileno” (art. 1462 Código Civil). Esta forma de intervención, aunque conspira contra la certeza y la seguridad, no es una rareza en el Derecho comparado. Si se examinan las directrices más modernas sobre el Derecho de los contratos es posible constatar que la sumisión a las obligaciones que generan las normas sobre derechos fundamentales es tanto una directriz de interpretación⁷ como un criterio de validez de los contratos⁸. En esta línea va precisamente la Directiva europea sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, citada en el fallo a través de un informe de prensa (considerando 106°)⁹ y que sujeta la contratación al respeto del principio de no discriminación. En el plano nacional, las más o menos recientes modificaciones al Código del Trabajo, se inspiran en un principio similar: la función social del trabajo y los derechos fundamentales de los trabajadores no solo limitan el poder de contratación laboral sino también los atributos del empleador.

En definitiva, a partir del objeto que ordena la relación contractual surge una categoría de negocios sujetos a un estándar adicional

⁷ Véase Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, München, 2009, pp. 14 y ss.

⁸ Los *Principles of European Contract Law* señalan, “Contracts Contrary to Fundamental Principles. A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union” (Article 15:101), lo que es entendido por la doctrina privatista como una referencia a los derechos fundamentales, véase INFANTE, FRANCISCO y OLIVA, FRANCISCO, “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho* 3 (2009), pp. 36-36, disponible en <http://www.indret.com/pdf/653_es.pdf>.

⁹ Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004.

de moralidad: el respeto hacia la Constitución. Este es el caso del contrato de salud, que por su doble incidencia en el capítulo de los derechos fundamentales (salud y seguridad social) ha sido escindido de la familia de los seguros mercantiles para pasar a formar parte del sistema de seguros sociales. Este último es el criterio implícito en el voto de mayoría¹⁰ y explícito en la prevención de los Ministros Vodanovic y Fernández:

“4° (...) en el contrato de salud suscrito por un asegurado con una Isapre no es concebible la existencia de una relación lineal (como en el seguro mercantil) entre el monto de la prima y la mayor o menor probabilidad de ocurrencia del siniestro, motivo por el cual en todas las modalidades de seguro social (y, como ha quedado dicho, el contrato de salud previsional lo es) resulta insoslayable la existencia de un grado de redistribución solidaria de los costos del sistema entre todos los afiliados al mismo”.

“5° Que no le resta carácter de seguro social al contrato de salud previsional el hecho de que sea de celebración voluntaria por el asegurado y que su administración se ejerza por un ente privado, toda vez que ello es una simple consecuencia de la posibilidad constitucionalmente admitida (y alentada) de que los particulares intervengan en la administración de los sistemas de financiamiento de las prestaciones de salud. Pero no hay que perder de vista que si lo hacen, es en calidad de sustitutos institucionales del Estado, sujetos a las mismas condiciones en que este lo haría para atender satisfactores de indudable relevancia e impacto colectivo, como es el caso”.

Esta forma de concebir la relación contractual entre el afiliado y la Isapre ha sido recogida y extendida por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios. En un fallo reciente, que tiene antecedentes en el Derecho Comparado latinoamericano¹¹, la Corte Suprema va más lejos

¹⁰ “[E]n este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público”, STC rol N° 1710, considerando 154°.

¹¹ Véase la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-158, 5 de marzo de 2010, *Jenny Gabriel de Soruco c. Medical Group de Colseguros y Carlos Bernal Daza*

y recurre a la noción de servicio público para explicar la naturaleza de las prestaciones que ejecutan las instituciones de salud previsional:

“Tales progresivas regulaciones [al negocio de las Isapres] tienden a otorgar garantías al cotizante en el entendido que se trata de un servicio público desarrollado por particulares, como son las acciones de salud contenidas en la Constitución Política de la República y que, por lo mismo, en su establecimiento debe respetarse el conjunto de principios que emanan de la Ley Primera relacionados con la supremacía constitucional, su jerarquía superior, aplicación directa, interpretación conforme a ella e imposibilidad de invocar sus disposiciones para limitar las garantías que contempla, así como el efecto derogatorio de las normas preteritas que están en contradicción con ella.

En consecuencia, la interpretación de los pactos celebrados entre los cotizantes y las instituciones de salud previsional no puede regirse únicamente por los criterios que para ese fin dispone el derecho común, puesto que no se trata de una relación nacida de una plena autonomía privada. Para tales efectos debe considerarse, también, la vigencia de las facultades de ejercicio que han sido otorgadas a las Isapres conforme al criterio evolutivo de la legislación que regula la actividad de dichas instituciones a la luz de los señalados principios y parámetros contenidos en la Carta Fundamental¹².

Dado que el contrato de salud tiene por objeto regular prestaciones asociadas al ejercicio de derechos que tienen el *status* de fundamentales seguridad social y salud sus leyes reguladoras están sujetas a un escrutinio especial. Este escrutinio especial persigue precaver o, en su caso, depurar las normas que conducen a la vulneración de los referidos derechos. En cuanto a su naturaleza en el plano específico de la seguridad social, se ha estimado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales que los sistemas privados de contratación son fórmulas aceptables de seguridad social en la medida en que respeten los elementos esenciales de esta¹³. La tutela de estos

c. Coomeva Medicina Prepagada, párrafos II.3.1 y ss., con abundantes referencias jurisprudenciales anteriores del mismo tribunal.

¹² Corte Suprema, 17 de febrero de 2011, rol N° 566-2011, *Ramos Carrasco c. Isapre Banmedica S.A.*, apelación de protección.

¹³ Observación General N° 19, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, “El derecho a la seguridad social”, párr. 5.

elementos que dan contenido al derecho a la seguridad social que el fallo de inconstitucionalidad exprime del magro número 18 del artículo 19 en la actividad reguladora contractual y legislativa es función de la jurisdicción ordinaria y constitucional.

La atractiva doctrina recién resumida ofrece, entre otros, dos aspectos problemáticos.

- a) El primer aspecto problemático consiste en la indefinición de los límites de aquellas cargas que la Constitución impone sobre quienes, en ejercicio de otros derechos constitucionales, ofrecen servicios asociados a la satisfacción de necesidades sociales como la salud, la educación o la seguridad social, por mencionar algunos. En efecto, a partir del derecho general reconocido en el art. 19 N° 21 CPR las personas pueden ofrecer bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades sociales-constitucionales. Incluso más y aún contra algunas recomendaciones internacionales que quizá sería conveniente cumplir¹⁴ es posible afirmar que si algún sentido original tiene la garantía económica del art. 19 N° 21 CPR (es decir, un sentido que no sea el que puede atribuirse a la simple suma de las facultades que derivan de la libertad de asociación, la libertad de trabajo en sentido amplio y el derecho de propiedad), es que ella permite a su titular el organizar su actividad como una de tipo económica.

¹⁴ Me refiero a las recomendaciones del CEACR: “La Comisión toma nota de que la memoria del Gobierno no hace referencia a las medidas tomadas para garantizar el cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la comisión encargada de examinar la reclamación presentada por varios sindicatos de empleados de las AFP, en virtud del artículo 24 de la Constitución, relativa al incumplimiento, por el Gobierno, del Convenio N° 35 y adoptadas por el Consejo de Administración en su 277.a reunión, de marzo de 2000 (documento GB.277/17/5, marzo de 2000). Estas recomendaciones fueron las siguientes: i) *el sistema de pensiones establecido en virtud del decreto-ley N° 3500, de 1980, en su forma enmendada, debería ser administrado por organizaciones sin fines de lucro*; ii) los representantes de los asegurados deberían participar en la administración de dicho sistema, en las condiciones que determine la legislación y práctica nacional; iii) los empleadores deberían aportar recursos al sistema de seguros. La Comisión toma nota de que, no obstante, una sesión especial del Senado fue convocada para diciembre de 2008, a fin de obtener una visión clara de las repercusiones de la crisis financiera y económica en los fondos de pensiones privados, que han sufrido importantes pérdidas financieras. En esta situación, la Comisión confía en que el Gobierno comunicará en su próxima memoria información detallada sobre las medidas adoptadas para salvar el sistema nacional de pensiones a la luz de las recomendaciones del Consejo de Administración y de conformidad con las disposiciones del Convenio”, OIT-CEACR, “Observación individual sobre el Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933 (N° 35)”, 2009.

En efecto, si se examinan las actividades protegidas por otros derechos constitucionales, es posible advertir que la gran mayoría de ellas se puede organizar como actividad económica: la actividad de defensa judicial, la ejecución de acciones de salud (donde la Constitución expresamente se refiere a instituciones privadas), la enseñanza, la investigación científica y tecnológica, la información y ejercicio de la prensa y la entrega de prestaciones vinculadas a la seguridad social, entre otras. A estas referencias pueden añadirse otras, como las relaciones que se producen en el mercado del trabajo o de la vivienda, donde tampoco cabe duda que los bienes en juego poseen una innegable naturaleza social. En cuanto garantía de organización, la libertad de desarrollar cualquier actividad económica permite organizar cualquiera de estas actividades bajo la fórmula de la empresa privada y, por lo tanto, lucrativa. En este amplísimo campo, frente a la imposición horizontal de cargas para el beneficio de los llamados derechos sociales hay dos sujetos que ganan. Uno es el individuo que, aunque forzado a judicializar su conflicto personal, satisface inmediatamente sus pretensiones del titular del derecho social. El otro es el Estado, que distribuye sin compensación ni subsidios la solidaridad entre los clientes de las empresas privadas: ofrece prestaciones sanitarias deficientes y remite a quienes pueden costearse un plan privado de salud a instituciones privadas que compensan las pérdidas mediante el recurso a los llamados “subsidios cruzados” costeados por la población más joven de afiliados.

- b) Un segundo aspecto problemático radica en la inversión de la subsidiariedad. Sobre esta cuestión en materia de salud el considerando 121° del fallo afirma:

“[L]a Constitución utiliza la expresión ‘preferente’, lo que en doctrina ha sido interpretado en el sentido de que el Estado ‘no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable’ (Silva Bascuñán, A; ob. cit., p. 140). Se trata de un deber prioritario y preeminente (Nogueira Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo III, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, p. 127). El Estado no puede jamás dejar de cumplir esta función (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II; Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2004, p. 310). El

Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población (Nancuante Almonacid, Ulises, y Sotomayor Klapp, Roberto; El derecho de la salud; Editorial ConoSur, Santiago, 2001, p. 24). El establecimiento de este deber 'significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última' (Vásquez Márquez, José Ignacio; El déficit garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución; en XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 397);

El considerando recién transcrito es de capital importancia, en la medida en que para sostener que la atención de la salud es un deber irrenunciable del Estado reformula el principio subsidiariedad recogiendo la tesis según la cual en el campo específico de la salud ese principio se invierte o, lo que es igual decir, sencillamente no se aplica.

II. LA REVISIÓN DE LA VIEJA DOCTRINA SOBRE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES Y LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: LA STC ROL N° 1552 DE 28 DE OCTUBRE DE 2010

La declaración de inconstitucionalidad de los números 1 al 4 del art. 38 ter de la Ley de Isapres presenta diversos problemas. Por una parte, la “depuración” de las normas contrarias a la Constitución revierte la regulación, por lo menos en lo que a la tabla de factores se refiere, al estado en que se encontraba hasta la reforma de la Ley N° 20.015 (DO. 17 de mayo de 2005). A menos que la *ratio decidendi* del Tribunal posea alguna proyección más allá de la sentencia, ello significa devolver cierto arbitrio a las instituciones de salud previsional, manteniendo el conflicto en manos de los tribunales ordinarios de justicia. Por otra parte, exige definir el alcance no retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad dado que son numerosos los contratos celebrados antes de la dictación de la sentencia. Este último es el problema que resuelve el fallo “Carrasco Delgado”, STC rol N° 1552 de 28 de octubre de 2010.

En “*Carrasco Delgado*” el Tribunal falla un requerimiento interpuesto el año anterior a la sentencia de inconstitucionalidad, hecho que obliga al Tribunal a volver sobre los pasos trazados con la jurisprudencia relativa al art. 116 del C. Tributario. Dando cuerpo a una tesis que es avanzada de modo germinal en la STC rol N° 1710 (véase su considerando 176°, con relación al carácter de tracto sucesivo del contrato de salud), el fallo rol N° 1552 revisó el alcance de la regla decimonónica según la cual “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (art. 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes de 1861). El fallo sostiene que “que no es posible reconocer que los efectos de un precepto excluido del ordenamiento normativo, por contravenir lo ordenado en la Constitución, puedan invocarse en virtud de su incorporación a una relación contractual mientras aquel estuvo vigente. Desde luego, la Carta Política –artículo 94, inciso tercero– no asimila la exclusión que provoca la declaración de inconstitucionalidad a la derogación de la norma, puesto que ella, según el mandato constitucional, se ‘entenderá’ derogada, con lo cual se ha querido significar que ha perdido su vigencia” (considerando 8°). La declaración de inconstitucionalidad no tendría, a pesar de sus efectos prospectivos, una naturaleza equivalente a la derogación: “[n]o se trata, entonces, de una derogación propiamente tal, la que siempre se producirá en mérito de la dictación de otra ley, en tanto declaración de la voluntad soberana que proviene de los órganos legislativos. No puede, por consiguiente, igualarse jurídicamente la legitimidad que brinda una ley posteriormente derogada con la legitimidad de que está dotada aquella situación cubierta por el efecto irretroactivo de la norma declarada inconstitucional. Además, no parece posible que un precepto invalidado por esta Magistratura –puesto que la declaración de inconstitucionalidad lo priva de efectos desde la publicación de la sentencia respectiva en el *Diario Oficial*– pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual” (considerando 8°).

Inmediatamente después de afirmada la naturaleza *sui generis* y no derogatoria de la declaración de inconstitucionalidad el Tribunal¹⁵ se ocupa de aclarar la naturaleza no constitucional del mandato

¹⁵ Véanse los considerandos 27° y 171°.

contenido en la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Esta naturaleza subconstitucional de la ley sobre efectos retroactivos conlleva dos consecuencias: (i) la ultra actividad de regímenes legales derogados no está asociada a la propiedad sobre los mismos y (ii), dado que la declaración de inconstitucionalidad no corresponde estrictamente a una derogación, la ley sobre efecto retroactivo de las leyes no puede limitar el alcance de la sentencia de inconstitucionalidad.

Lo primero pudiera parecer hoy en día una obviedad, pero debe recordarse que en la jurisprudencia de la década de los noventa el Tribunal Constitucional “propietarizó” regímenes jurídicos concedidos por la ley impidiendo su derogación por leyes posteriores¹⁶. En forma coherente con línea trazada por fallos posteriores a la reforma del 2005, como *Visal*¹⁷ o *Puyehue*¹⁸, el Tribunal modula la doctrina de los derechos adquiridos frente a la declaración de inconstitucionalidad:

“Que reafirma la conclusión anterior el hecho de que sea una ley [la ley sobre efecto retroactivo de las leyes] la que disponga la incorporación a la relación contractual de las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Si se admitiera el efecto ultractivo del precepto declarado inconstitucional, sería, entonces, un mandato legal el que limitaría y condicionaría los efectos de la exclusión dispuesta en la Constitución, materia que por su naturaleza solo podría abordarse en esta última. Por lo tanto, forzoso resulta concluir que si una ley, por contravenir la Carta Fundamental, es excluida del ordenamiento jurídico, quedando, en consecuencia, invalidada, no puede subsistir tampoco en razón de una estipulación contractual, puesto que ella estaría afectada hacia el futuro del mismo vicio que motivó la declaración de inconstitucionalidad” (considerando 9°).

“Que la expulsión del precepto legal del ordenamiento jurídico, en los términos referidos en la Constitución, importa una negación absoluta y definitiva de sus efectos, salvo de aquellos que la misma Constitución admite excepcionalmente por las razones ya expuestas. Extender dichos efectos más allá de lo expresamente previsto en la Carta Política (efecto ultractivo) importaría una evidente vulneración

¹⁶ Se trata del fallo “Deuda subordinada”, STC rol N° 207, 10 de febrero de 1995.

¹⁷ STC rol N° 467-2006, 14 de noviembre de 2006, considerandos 36°-37°.

¹⁸ STC rol N° 506-2006, 6 de marzo de 2007, considerandos 18°-19°.

de su sentido y espíritu y una clara limitación a los fines previstos en la misma Constitución, sobrepasándola (considerando 10°).

Conforme con lo anterior, el carácter no retroactivo de la declaración de inaplicabilidad no inhabilita al Tribunal para conocer de la constitucionalidad de los efectos que generaría la aplicación ultra activa de un precepto declarado inconstitucional. Esta última atribución, dada la naturaleza *sui generis* de la declaración de inaplicabilidad, se mantendría dentro de los márgenes de la competencia asignada en el art. 93.6 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- BECA, Juan Pablo: “Efectos del fallo del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Isapres: una tarea pendiente para el Legislador”, *Microjuris: MJD* 426, 17 de noviembre de 2010.
- CODDOU, Alberto: “El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: el caso de las Isapres”, *Anuario de Derecho Público 2010*, Universidad Diego Portales, Santiago, pp. 55-73.
- CORDERO, Luis: “Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales”, *Anuario de Derechos Humanos 2011*, Universidad de Chile, pp. 151-159.
- COVARRUBIAS, Ignacio: “Sentencia de inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. (¿La formulación de un derecho a la salud que se asemeja a garantizar el punto de llegada antes que el punto de partida?)”, *Actualidad Jurídica* 23 (2011), pp. 463-489.
- INFANTE, Francisco y OLIVA, Francisco, “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, en *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 3 (2009), disponible en <http://www.indret.com/pdf/653_es.pdf>.
- LOVERA, Domingo: “El TC y las Isapres: A propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980”, en MARSHALL, P. (Coord.), *Jurisprudencia constitucional destacada. Análisis crítico*, Abeledo Perrot-LegalPublishing, Santiago, 2011, pp. 101-128.

- MARSHALL, Pablo: “Tabla de factores de la Ley de Isapres y derechos fundamentales”, *Revista de Derecho* (U. Austral), XXIII/2 (2010), pp. 247-264.
- SOTO, Sebastián: “Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”, en Fermandois, A. y Delaveau, R. (Eds.), *Sentencias, destacadas 2008*, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 171-213.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, München, 2009.
- VIVANCO, Angela: “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* 37/1 (2010), pp. 141-162.
- ZÁRATE, Sebastián: “Los efectos de la sentencia del TC en el caso de Isapres”, *Apuntes Legislativos* 5 (2010), pp. 2-11.
- ZÚÑIGA, Francisco: “La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Isapres en el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Público 2011*, Universidad Diego Portales, pp. 54-95.