

LA SENTENCIA DEL CASO ISAPRES: UN ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE SU ALCANCE

THE RULING IN THE ISAPRES CASE: A LEGAL ANALYSIS OF ITS SCOPE

TOMÁS IZQUIERDO SERRANO¹

RESUMEN: La sentencia del “caso Isapres”, que extiende una solución particular a una serie amplia de casos, ha generado controversia jurídica y política. La crítica jurídica ha estado enfocada en el incumplimiento de máximas generales, pero parece importante analizar el fallo en su propia lógica. Al identificar su matriz argumental y cotejarla con un patrón modélico, se denotan sus deficiencias que permiten calificar la fundamentación de la sentencia como un ejercicio jurisdiccional impropio.

Palabras clave: Isapres, razonamiento judicial, discrecionalidad administrativa.

ABSTRACT: The ruling in the “Isapres case”, which extends a specific solution to a broad range of cases, has generated legal and political controversy. Juridical criticism has been focused on the failure to comply with general maxims, but it seems important to analyze the reasoning of the verdict on its own terms. Once its argumentative framework is identified and compared with a model pattern, its deficiencies become noticeable, which allows us to qualify the reasoning of the ruling as an improper jurisdictional exercise

Keywords: Isapres, Judicial Reasoning, Administrative discretion.

INTRODUCCIÓN

Mucho debate se ha generado en torno a la sentencia Rol N° 16.630-2022 de la Corte Suprema, popularmente conocida como el “caso Isapres”. El grado de repercusión política de este fallo ha sido significativo, al extremo de propiciar reformas legislativas profundas y atizar una consideración transversal sobre la crisis que vive el sistema de salud. Paradójicamente, con excepción de algunas opiniones breves de académicos connotados, la discusión jurídica ha tendido a pasar desapercibida.

En buena medida, esto se explica por la relativa trivialidad de la decisión sustantiva contenida en la sentencia. En apariencia, el caso es uno más de los millones de recursos de protección contra Isapres que se han conocido en los últimos años; su decisión de fondo, que se limita a reiterar criterios jurisprudenciales consolidados, parece poco cuestionable.

La controversia jurídica, de este modo, no proviene de la *ratio decidendi* del caso particular, sino de su alcance: a diferencia de la generalidad de casos resueltos por las cortes en los últimos años, la sentencia pretende extender sus efectos a “todos los contratos de salud

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Público por la Universidad de Chile. Correo electrónico: tomas.izquierdo@derecho.uchile.cl. Dirección postal: La Pastora N° 138, oficina B, Las Condes, Santiago de Chile. ORCID: 0009-0009-1902-2027.

que administre” la Isapre en cuestión, consecuencia que luego se ha entendido aplicable a otras Isapres.

¿Es una extensión de este tipo jurídicamente justificable? Conspicuas opiniones han argumentado en contra de ella, esgrimiendo, ente otros fundamentos, el principio de efecto relativo de las sentencias. ¿Pero apuntan correctamente estos argumentos al problema central del fallo? Debe tenerse en consideración que el principio de efecto relativo cuenta con excepciones importantes, que impiden darle aplicación indiscriminada.

No obstante, esto no implica que la sentencia sea jurídicamente correcta: sus errores –que, adecuadamente abordados, justifican buena parte de las críticas– se encuentran incluso empleando un análisis exegético caritativo, esto es, interpretando el razonamiento de la sentencia bajo su propia lógica. Ese es precisamente el objetivo de este comentario: analizar la sentencia del “caso Isapres” dando cuenta de su razonamiento y mostrando sus deficiencias.

Este análisis se realizará en 5 partes. Primero, se hará un breve relato de los antecedentes de hecho del caso (I). En seguida, se dará cuenta del ejercicio lógico que realiza el fallo para extender su aplicación más allá del caso bajo análisis (II). Luego, se esbozará un estándar de razonamiento judicial tipo (III), con el fin de, a continuación, analizar bajo esquemas teóricos rigurosos el alcance de la sentencia (IV). Finalmente, se analizarán los motivos que subyacen al alcance general de la sentencia (V), para luego presentar conclusiones.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Los antecedentes de hecho del caso son más o menos conocidos. La sentencia de la Corte Suprema se pronuncia en sede de apelación sobre una acción constitucional de protección interpuesta por una afiliada a Isapre Colmena, que alega una vulneración arbitraria de sus derechos. La afiliada había pedido una modificación de su contrato para incorporar, en un “Plan Complementario” de su cargo, a su hijo nonato. Tal plan fue acompañado de una tabla de factores, que contemplaba guarismos que diferenciaban por sexo y edad.

La consecuencia de la aplicación de estos factores fue una elevación considerable del precio del plan: “Que, de este modo, se ha alzado el valor del precio final del contrato de salud de la recurrente, sumando los factores correspondientes a su edad y sexo con los del hijo no nato que se incorpora”.

Antes de proceder a la resolución del asunto, la Corte despeja algunas cuestiones jurídicas previas. Primero, preguntándose sobre la “ilegalidad o arbitrariedad de emplear tablas de factores de riesgo de salud”, la Corte sostiene que la operación aritmética consistente en “multiplicar el precio base del plan complementario de salud ofrecido por el factor de riesgo del cotizante o afiliado” se ajusta con la legalidad, siempre y cuando “no discrimine por sexo y... establezca grupos etarios correspondientes a sus riesgos de salud”. A similar conclusión llega al cuestionarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad de aumentar el plan tras la inclusión de beneficiarios o cargas “esta Corte considera ajustado al texto legal el procedimiento de cálculo del precio final del concertado individual de salud aplicado a la recurrente, esto es, la multiplicación del precio base ofertado por la suma de los factores de la tabla respectiva de todos los miembros del grupo familiar”.

Tras destrabar estos problemas iniciales, la Corte aborda el problema principal: la determinación específica de “los factores de riesgo y su cuantía asociados a la tabla de factores fijada por la ISAPRE recurrida para el plan base de la recurrente”. Tras una serie de considerandos vinculados a la existencia de regulación infrarreglamentaria en la materia², la constatación de una sentencia de 2010 del Tribunal Constitucional que derogó preceptos de ley que permitían la discriminación por sexo y edad³, y algunas –interesantes– consideraciones sobre el rol de servicio público que corresponde a las Isapres⁴, la Corte declara la ilegalidad del alzamiento del plan en cuestión.

Todo este razonamiento parece semejante al que se ha empleado consistentemente en casos similares. Las diferencias aparecen luego. Tras consignar esta ilegitimidad, la Corte termina extendiendo los efectos de la sentencia a “todos los contratos que administre” la Isapre en cuestión.

¿Cómo arriba a tal conclusión? Será analizado en el siguiente capítulo.

II. EL EJERCICIO LÓGICO DE LA SENTENCIA

Para extender la solución de un caso particular a otro grupo considerable de casos, la sentencia hace un ejercicio lógico de tres pasos:

En primer lugar, se abstrae del caso particular acudiendo a la figura de la “tabla de factores”. Estas tablas, que consisten en fórmulas aritméticas que los contratos de salud emplean para la determinación del precio (genuinos cuadros insertos en el contrato), resultarían, a juicio de la Corte, *per se* ilegítimas. Es sobre esta institución propia de los contratos suscritos por la Isapre, y no sobre algún hecho particular del caso, sobre la que reposaría la ilegalidad o arbitrariedad: “la arbitrariedad impugnada no es producto del acto individual de la modificación del contrato de salud de la recurrente, sino de la aplicación para ello de la tabla de factores”.

En segundo lugar, la Corte Suprema decide encauzar esta ilegitimidad en una institución jurídica muy conocida: la nulidad absoluta por objeto ilícito. En este caso, ella procedería por la contravención de principios constitucionales, lo que configuraría la causal del artículo 1462 del Código Civil (“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno”). La sentencia dictamina que “adolecen de nulidad absoluta por objeto ilícito, al contravenir el derecho público chileno, por hallarse en contradicción con

² La sentencia en comento señala “que lo primero que cabe advertir a esta Corte en la especie es el empleo de una tabla de factores por parte de la recurrida que no solo difiere de la que ordena aplicar la Superintendencia del ramo en su Circular IF/N° 343, de 2019...”.

³ La actuación de la Isapre controvierte “los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.710-10 que declaró inconstitucional la diferenciación por sexo y edad en las tablas de factores de las Instituciones de Salud Previsional, derogando las normas legales que así lo permitían”.

⁴ “[Q]ue el contrato de salud no puede reducirse a un seguro individual, pues opera a fin de materializar el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y a la seguridad social, tratándose de una convención en que la entidad en cuestión tiene asegurada una cotización y su monto, razón por la cual las normas que regulan este vínculo son de orden público y el servicio que prestan puede ser calificado como uno de dicho carácter, en atención a su objeto”, indica la Corte Suprema en la sentencia que se revisa.

la Carta Fundamental”. Esta causal sería aplicable, conforme a la extensión inicial, “a todas las tablas de factores elaboradas por cada Isapre”.

En tercer lugar, una vez argumentada la ilegitimidad de las cláusulas y su nulidad absoluta, la sentencia intenta remediar esta ilegitimidad a través de soluciones restitutorias. La Corte estima que a los afiliados afectados por estas “tablas de factores” deben devolverse los excesos de precios que se les habrían cobrado. Con tal objeto, invoca la Circular N° 343 de la Superintendencia de Salud de 2019 (Circular 343), que dispuso una “tabla única de factores”. Ordena, en seguida, la devolución de los montos que excedan los que se pudieron haber calculado empleando el método fijado en esa Circular. Sostiene:

La Superintendencia de Salud, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y dentro del plazo de seis meses, determinará el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud administrados por la recurrente a los términos de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N° 343. La Superintendencia de Salud dispondrá, además, las medidas administrativas para que, en el evento de que la aplicación de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N° 343 de la Superintendencia de Salud determine un precio final del contrato inferior al cobrado y percibido por la recurrida, las cantidades recibidas en exceso y cuyo cobro no esté prescrito sean restituidas como excedentes de cotizaciones.

Este razonamiento en tres etapas le permite justificar, en principio, la aplicación general de las soluciones de la sentencia a casos diversos. La nulidad absoluta –institución tradicionalmente conocida por sus efectos *erga omnes*– no afectaría solo al contrato en cuestión sino a la figura de las “tablas de factores” y, por ende, a todos los contratos que incorporen una tabla con similar propósito. La respuesta a esta nulidad absoluta, en consistencia con la solución primaria que el derecho prescribe para la nulidad (conforme al artículo 1687 del Código Civil, “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”), supondría una retrotracción al estado original, asumiendo –al modo de un contrafáctico– que el precio del contrato hubiese sido calculado a través del método previsto por la Circular 343.

¿Es esta fundamentación de tres pasos jurídicamente correcta? Para definirlo, será necesario contrastarla con un modelo prototípico de fundamentación de sentencias judiciales. Eso se propondrá en el capítulo siguiente.

III. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL MODÉLICO

El razonamiento expuesto por la sentencia exhibe algunos problemas. Pero para analizarlos con rigurosidad, es necesario antes erigir un modelo de razonamiento judicial que pueda ser contrastado con la fundamentación de la sentencia.

El derecho, y sobre todo el razonamiento judicial, tiende a funcionar en base a un silogismo binario-subsuntivo, que se ha denominado “silogismo judicial” o “silogismo jurídico”. Este silogismo funciona típicamente del siguiente modo: una primera premisa que dispone un supuesto de hecho; una segunda que “representa la situación en que se ha

producido un determinado hecho”⁵, y una conclusión, también prevista por el derecho, consistente en una consecuencia jurídica. En términos de MacCormick: “la articulación en cuestión tiene dos elementos esenciales: el primero especifica un tipo de situación que pueda ocurrir, y el segundo establece qué ha de hacerse, o qué ha de ocurrir, o que ha de considerarse ser el caso, cuando esa situación se presente”⁶.

Esta forma lógica implica que el ordenamiento prevé —o al menos se estima prever— respuestas o consecuencias jurídicas ante supuestos que se comprueban fácticamente. Dado un hecho material que se evidencia en la realidad material, el ordenamiento jurídico tiende a prever una consecuencia más o menos unívoca. Así, el rol del aplicador del derecho (en este caso, el juez) consiste, en términos generales, en subsumir los hechos comprobados en sede judicial conforme a un esquema normativo predefinido, supuestos en que el derecho será “claramente aplicable”⁷.

La tarea general del juez es descubrir, entonces, cuál es la respuesta que el derecho ofrece en contextos conflictivos, y en seguida darle aplicación forzosa a esa consecuencia jurídica. Tal misión, propiamente “jurisdiccional”⁸, explica buena parte de la labor de los jueces en una sociedad democrática.

Es evidente que esa operación cuasimecánica no agota la labor del juez. La aplicación del derecho envuelve mucho más que una mera comprobación circunstanciada de supuestos prefijados. Cuando suceden hipótesis calificables como “casos difíciles” (en la terminología de Dworkin⁹), o donde se verifica una “textura abierta” (en la terminología de Hart¹⁰), el juez tiene herramientas adicionales a su disposición. La posibilidad de “rellenar vacíos” en casos de indeterminación normativa, o de descubrir impropiedades normativas, es muestra palpable de la amplitud de esta labor¹¹.

No obstante, fuera de estas hipótesis, al juez no puede atribuírsele poder decisorio. Por regla general, el juez no escoge cuáles son los efectos de la comprobación de un supuesto de hecho, sino que los “descubre” en el derecho sustantivo. Esta es una conclusión obvia si se atiende a los presupuestos de su legitimidad: el juez, que no cuenta con legitimidad democrática, no puede —salvo excepciones— tomar decisiones autónomas. Su función se legitima solo en la medida que se limite a aplicar lo que el legislador, dotado de legitimidad, resolvió previamente.

Este tipo de funcionamiento es susceptible de extenderse a los más diversos foros judiciales. Es una característica propia de la jurisdicción, que no debiera cambiar en función de la naturaleza del procedimiento. El recurso de protección (utilizado en el caso bajo análisis) abre, no obstante, un debate dogmático considerable al respecto. Al tratarse de un instrumento litigioso que permite resolver en base a principios abstractos y dota al tribunal del poder de adoptar “las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio

⁵ ATIENZA (1993) p. 40.

⁶ MACCORMICK (2011) pp. 43 y 44.

⁷ ROSLER (2016) p. 107.

⁸ ATRIA (2016) pp. 101 y ss.

⁹ DWORKIN (2010) pp. 146 y ss.

¹⁰ HART (1992) p. 128.

¹¹ ATRIA (2016) pp. 101 y ss.

del derecho”¹², incrementa el riesgo de que la jurisprudencia le otorgue a sus sentencias efectos más amplios. Ese riesgo se ha visto plasmado en la utilización de esta vía de tutela de derechos para el rediseño judicial de espacios regulatorios; la regulación del agua¹³, de la energía¹⁴ y de industrias que afectan el medioambiente surten ejemplos ilustrativos de esta tendencia. La doctrina ha tematizado la extensión “horizontal y vertical *erga omnes*”¹⁵ del recurso de protección como un supuesto de “activismo judicial”¹⁶.

Sin perjuicio de estas orientaciones, lo cierto es que la acción constitucional de protección debiera estar delimitada por la operación subsuntiva a la que se hacía referencia. Eso se explica, en lo inmediato, por el carácter cautelar de la acción constitucional de protección¹⁷, concebido como una instancia de protección urgente de derechos. Pero yendo en profundidad, razones institucionales hacen a esta práctica necesaria: eximir al recurso o acción de protección de las garantías formales pensadas para la función jurisdiccional propicia una comprensión amplísima de su función, que hace probable que los jueces invadan espacios reservados al legislador o la administración pública bajo el solo pretexto, siempre argumentable, de la vulneración de derechos.

IV. EL ALCANCE DE LA DECISIÓN JUDICIAL

1. EL ALCANCE DE LAS DECISIONES JUDICIALES: ANÁLISIS GENERAL

Dentro del marco general de acción atribuido a la función jurisdiccional, lo habitual es que las respuestas que otorga el derecho y aplica el poder judicial ante la comprobación de un supuesto de hecho afecten a un grupo limitado de individuos. Lo general, en contextos litigiosos, es que el resultado del juicio solo involucre a quienes participan del litigio. Ese es el sentido del principio de “efecto relativo” de las sentencias, expresando con tanta claridad en el artículo 3 del Código Civil: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Ejemplos abundan en este sentido. La extinción judicial de una obligación, por ejemplo, solo va a concernir a quienes ostenten posiciones jurídicas de deudor y acreedor. Del mismo modo, los resultados de un juicio de responsabilidad extracontractual solo afectan a quienes resulten víctimas o victimarios. En materia penal, este carácter se acentúa, pues la pena solo incide en quien ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable.

Con todo, no es inhabitual que las sentencias judiciales incidan en relaciones jurídicas externas a los litigantes. No toda sentencia se refiere a cuestiones con relevancia estrictamente bilateral: el ordenamiento conoce varios ejemplos de resoluciones cuyos efectos conciernen a sujetos que no han participado de un juicio. Los ejemplos abundan, tanto en el derecho privado (por ejemplo, en materia de propiedad), como en el derecho público (la

¹² CHILE, Constitución Política de la República, art. 20.

¹³ Corte Suprema, 18/01/2021.

¹⁴ Corte Suprema, 28/08/2012.

¹⁵ ZÚÑIGA (2007) p. 63.

¹⁶ VERDUGO y GARCÍA (2012).

¹⁷ Al respecto, FERRADA, BORDALÍ y CAZOR (2003) y ZÚÑIGA (1997).

nulidad de los actos administrativos puede impactar a grupos numerosos). También existen ejemplos generales: sentencias interpretativas o meramente declarativas son un ejemplo clásico de una extensión amplia de los efectos de una resolución judicial¹⁸.

De tal modo, sentencias teóricamente expansivas en cuanto a sus efectos no son cuestionables en la medida en que se limiten a analizar una única situación jurídica. En tales casos, es el propio derecho sustantivo al que la sentencia se refiere el que atribuye efectos expansivos a la comprobación judicial de un hecho o situación. Así, si la propiedad de un bien se ve jurídicamente comprobada, todos aquellos que ostenten intereses en relación con esa propiedad se verán afectados. Del mismo modo –aunque en un sentido inverso, atendida su naturaleza inherentemente negativa– la nulidad, en cuanto constatación del incumplimiento de un elemento de validez de un acto, impactará a todos aquellos cuyos intereses topen con sus efectos restitutorios. La protección que el derecho otorga a “terceros de buena fe” en determinados contextos¹⁹ es una muestra explícita de estos efectos trascendentes: las sentencias tienden a impactar a terceros.

Precisamente a estos supuestos parece referirse la doctrina procesalista cuando trata los efectos reflejos o colaterales de las sentencias judiciales. Como explica Romero Seguel, a los sujetos externos a las partes les “afecta la sentencia como un *hecho jurídico*”²⁰; la aparición de estos hechos es susceptible de producir consecuencias jurídicas, sobre todo si ellas están normativamente previstas. Estas consecuencias provienen no de la cosa juzgada o de otra construcción teórico-procesal, sino de la cualidad inmutable del contenido de las sentencias²¹: son hechos jurídicos procesales que, al estabilizar una situación objetiva, tienden a alterar el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, los tribunales no dejarán de ejercer jurisdicción en la medida que se atengan a la constatación judicial de la consecuencia jurídica aplicable a un supuesto de hecho, sea este más o menos expansivo. Lo relevante es que el juez siga este esquema argumentativo, y no emplee otras fórmulas para, subrepticamente, alterar la voluntad del legislador.

2. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA DEL CASO ISAPRES

Estos planteamientos lógicos no parecen ser observados con exactitud por la sentencia bajo análisis.

El principal motivo de discordancia se observa con ocasión del principal ejercicio de abstracción lógica que realiza el fallo: la consideración de que existe una institución jurídica denominada “tabla de factores” a la que puede imputarse ilegitimidad *per se*. Este ejercicio es incorrecto. No existe una única actuación o situación jurídica llamada “tabla de factores”, que sea común a todos los contratos de salud en los que la Corte pretende incidir. Por el contrario, en términos jurídicos, hay tantas “tablas de factores” como contratos de salud existen: no es, desde el plano del derecho de contratos –que, con más o menos matices,

¹⁸ RIVERO (2019).

¹⁹ Como pasa, por ejemplo, con las prestaciones mutuas que suceden a la resolución de un contrato (Código Civil, arts. 1490 y 1491).

²⁰ ROMERO (2002) p. 104.

²¹ LIEBMAN (1946) p. 100.

aplica en este ámbito—, más que un tipo de cláusula contractual vinculada a la determinación del precio.

Ciertamente, la (cada vez más) robusta dirección normativa y regulación administrativa de la industria de las Isapres, que las han llevado a ser consideradas por el propio fallo como un “servicio público”, modela parte de la lógica contractual. La ley regula estrictamente las tablas de factores y somete su “estructura” a instrucciones emanadas de la Superintendencia (DFL N° 1-2005, art. 199) y otras regulaciones, que asumen carácter imperativo; los contratos parecen ser calificados, de tal modo, como genuinos contratos dirigidos²².

No obstante, esta modelación legislativa de la industria no destruye la autonomía contractual de la regulación. Son los contratos —y, por tanto, el pacto entre Isapre y afiliado— los que se reputan fuente formal de tales tablas. Así lo sugiere la misma ley, cuando prevé que las Isapres “serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen”. Más o menos criticable políticamente —y lo es, por varias razones—, es la propia ley la que somete la relación entre afiliados e Isapres a las reglas del derecho contractual.

Por cierto, la regulación de la industria ha conducido a uniformar criterios, delimitándose los modelos de tablas de factores posibles (esto es, que pueden incorporarse en los contratos, en la forma prototípica de los “contratos dirigidos”²³). Por ejemplo, desde 2005, se prohíbe a las Isapres “establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización” (DFL N° 1-2005, art. 199)²⁴. Pero aun asumiendo la equivalencia de las tablas entre distintos contratos, cabría hacer múltiples distinciones internas. En principio, las tablas solo son equivalentes para los contratos de un mismo plan de salud (“[c]ada plan de salud solo podrá tener incorporada una tabla de factores”), y se les permite establecer tablas nuevas cada cinco años. La propia Superintendencia ha llegado a constatar la existencia de numerosas “tablas de factores”²⁵ en el comercio.

Todas estas consideraciones aportan buenas razones para criticar el modelo de las Isapres desde una perspectiva política. La regulación admitió por largo grados significativos de discriminación, que puede incluso calificarse como sistémica. Pero esa crítica política no puede extrapolarse fácilmente al análisis jurídico. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, se dificulta enormemente otorgarles a las “tablas de factores” una entidad única, de la que puedan derivarse consecuencias jurídicas idénticas. Esta discordancia entre ideales políticos y soluciones jurídicas, que da cuenta de la imperfección del Derecho, recuerda a esos supuestos inusuales en que el juez puede verse en situación de aplicar una ley que buena parte de la sociedad estima injusta²⁶.

²² LÓPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS (2017) pp. 169 y ss.

²³ Respecto a los cuales, como explica López Santa María, la “reglamentación legal asume carácter imperativo, sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato”. LÓPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS (2017) p. 169.

²⁴ Más recientemente se ha previsto un sistema de modificación del precio que no se basa en tablas de factores.

²⁵ “[L]as Isapres abiertas del sistema mantenían 10 tablas de factores diferentes vinculadas a los planes individuales en comercialización...”. SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2020).

²⁶ ROSLER (2016).

Este ejercicio de abstracción, como se ha visto, es utilizado para aplicar a todas las tablas de factores (*per se*) la nulidad absoluta. Esta fundamentación es incorrecta, por idénticas razones a las anteriormente expresadas. La nulidad, como otras consecuencias jurídicas, exige la constatación de un supuesto de hecho fácticamente comprobado – en su caso, el vicio de un elemento de validez del acto o contrato–. De comprobarse este vicio, éste contamina al acto o contrato al que adhiere –cuyo contenido concierne solo a las partes, conforme al principio de efecto relativo del contrato²⁷–, pero no irradia inmediatamente su invalidez a otros contratos con los que puedan existir similitudes –sin perjuicio de que con criterios similares se puedan anular otros contratos²⁸.

Así las cosas, la “nulidad” de una tabla de factores, como cualquier otra respuesta jurídica en este contexto, solo puede provocar efectos en el contrato al que esta tabla pertenece (o, en el extremo, a los contratos sometidos a un mismo plan de salud, lo que en todo caso sería controversial puesto que asumiría la identidad jurídica de los contratos albergados en un mismo plan).

Aplicando la nomenclatura aportada por la matriz teórica que se ha explicado en el capítulo precedente, podría afirmarse que la situación de hecho no puede calificarse como una de aquellas hipótesis en que el propio sistema legal atribuye efectos expansivos a una situación jurídica. La situación jurídica a la que la Corte apela no es una, sino varias (todos los contratos o planes de salud administrados por la Isapre). En consecuencia, las soluciones, sin perjuicio de sus eventuales similitudes, también debieran ser múltiples. Lo contrario implica un ejercicio desacertado de la función judicial.

En suma, el ejercicio de abstracción con fundamento en la “tabla de factores”, y la posterior atribución de una nulidad absoluta extensible a todos los contratos administrados por la Isapre, parece solo un método oblicuo para que la Corte extienda la aplicación del fallo de forma impropia. Soslaya, de tal forma, la respuesta que la ley pone a su disposición: la nulidad del alzamiento del plan o, en el extremo, la nulidad del contrato en cuestión.

Finalmente, cabe advertir la similitud no del problema que se acaba de advertir con los fundamentos de la crítica más recurrente a la sentencia: el quebrantamiento a la máxima legal de efecto relativo de las sentencias (Código Civil art. 3); que ha expuesto, entre otros, Carlos Peña²⁹. Si bien esta crítica apunta en un sentido correcto, yerra al identificar el problema esencial. Como se desprende del análisis previo, más que por una infracción a la regla del artículo 3 del Código Civil (que, como lo demuestran supuestos de sentencias con efectos expansivos, puede matizarse), el fallo debe criticarse porque desarrolla una operación subsuntiva impropia. Así, la crítica no requiere ser contrastada con preceptos jurídicos externos, sino meramente analizarse en su mérito. Ese análisis por sí solo denota un ejercicio impropio de la función jurisdiccional.

²⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA y ELORRIAGA DE BONIS (2017) pp. 363 y ss.

²⁸ Ese es, de hecho, el sentido inicial de la consideración de la nulidad absoluta como institución que opera con efectos “*erga omnes*”.

²⁹ PEÑA (2023).

V. EL ARGUMENTO SUBYACENTE A LA SENTENCIA. ¿POLÍTICA JUDICIAL?

Ahora bien, asumida la conclusión de que el fallo no realiza una operación jurisdiccional propia, ¿qué motiva a la Corte Suprema a resolver en sentido general?

Posiblemente, las motivaciones sean nobles: la Corte Suprema advierte un déficit igualitario en el sistema de Isapres, que merece una solución general. Su respuesta es consistente con tal crítica: un ajuste a los planes de Isapres que incluya la restitución de los montos “excesivos”, de conformidad a una Circular emitida años atrás por la Superintendencia de Salud.

Esta crítica política es atingente. La industria de las Isapres se ha erigido sobre la base del quebrantamiento sistemático de principios constitucionales importantes, que la han llevado a ser condenada tantas veces que hoy se cuentan por millones. El mercado de las aseguradoras se ha transformado en caldo de cultivo de discriminación, contradiciendo los objetivos que deben guiar a todo sistema de salud. El sistema político se ha demostrado incapaz de resolver un problema que hoy se percibe acuciante.

Pero, aunque correcto, este diagnóstico posee un cariz político indudable. Con fundamento en principios constitucionales abstractos — eminentemente polémicos³⁰— la Corte Suprema expresa una opinión sobre el sistema privado de seguros de salud y provee soluciones para resolver las deficiencias que identifica.

Hay quienes han intentado encontrar en esta crítica política un argumento para esgrimir que la Corte estaría adoptando “decisiones legislativas”³¹. En el sentido literal en que se la pronuncia, la crítica no se sostiene. Es obvio que los jueces no legislan. Aunque la sentencia pronuncia algunos lineamientos generales para el mercado de las Isapres, es incuestionable que lo hace con referencia a un caso particular —que también resuelve— y adoptando soluciones específicas respecto de contratos individualizados (aunque sean varios).

Una práctica de esa naturaleza sería inconcebible para las funciones del legislador moderno. La ley es siempre general y abstracta: el poder legislativo, como proponía Hegel, “pronuncia la generalidad”³². Mientras el poder judicial (mediante sentencias) y la administración (por medio de actos administrativos) pueden emitir decisiones para casos particulares, el legislador debe abocarse a regular en sentido abstracto, esto es, sin referencia a situaciones fácticas determinadas. Lo contrario (“un legislador que al mismo tiempo fuera gobierno”) caería irremediabilmente en el despotismo³³. De hecho, el carácter general de la ley es una propiedad tan esencial que “no cabe renunciar [a ella] sin que el Estado de Derecho mismo desaparezca”³⁴.

Sin embargo, el carácter político de la opinión y soluciones de la Corte sí incide en las atribuciones de un poder estatal; solo que no en el judicial, sino en la administración

³⁰ ATRIA (2016) pp. 267 y ss.

³¹ CORRAL (2023).

³² SCHMITT (2012) p. 200, citando la “Filosofía del Derecho” de Hegel.

³³ SCHMITT (2012) p. 200. El autor cita, para sostener este punto distintas obras de Kant. Entre ellas “Sobre la paz perpetua” e “Introducción a la teoría del derecho”.

³⁴ SCHMITT (2012) p. 201.

pública. Esta incidencia surge del empleo de la Circular N° 343 como base formal para evaluar la legitimidad de las tablas y, en seguida, calcular los valores a ser devueltos.

La influencia se explicita en la parte resolutive de la sentencia. El pronunciamiento de la Corte, en orden a darle aplicación imperativa e inmediata a la Circular N° 343 parece pugnar con prácticas llevadas a cabo por la Superintendencia de Salud en los últimos años. Si bien la Circular N° 343 tenía, en sus orígenes, una pretensión uniformadora, su práctica de aplicación no ha sido igual de sencilla. Como muestra la experiencia, aunque la Circular ha contribuido a reducir la oferta y precios de los planes y a disminuir brechas de género³⁵, sus recomendaciones no han sido cumplidas inmediatamente por toda la industria³⁶.

Una aplicación paulatina de la tabla única puede explicarse como una decisión de política pública de la Superintendencia, en orden a una aplicación progresiva. No es necesario que sea explicitada de esta manera: a la hora de definir la política pública de una institución son tan importantes sus acciones como sus omisiones, así como el tiempo en que decide implementarse. Tal determinación pudo recaer en factores tanto jurídicos como políticos muy respetables. La aplicación imperativa de “circulares”, que formalmente son documentos orientativos de *soft law*³⁷, es jurídicamente compleja: la doctrina ha clarificado que estos instrumentos no tienen naturaleza normativa³⁸. Asimismo, una eventual tolerancia al incumplimiento puede justificarse en una preocupación por la estabilidad del sistema, los efectos de cuya crisis estamos padeciendo.

Desde el derecho administrativo, la intromisión de la Corte en este ámbito se muestra problemática. En rigor, lo que hace el fallo es extender y robustecer los efectos de esta Circular, acto administrativo que la Superintendencia había abordado de un modo diferente. La Corte le está atribuyendo a la Circular consecuencias distintas a las que el propio órgano emisor, dotado de discrecionalidad³⁹, le había otorgado. Eso puede verse como una interferencia ilegítima en sus potestades.

El objeto subrepticio de tal decisión puede ser múltiple. Puede pensarse como una forma oblicua de sancionar las omisiones de la Superintendencia, en el marco de una acción que no la involucra directamente y sin haber constatado negligencia alguna. También podría afirmarse que es una manera de reemplazar indirectamente las funciones de la Superintendencia, adoptando decisiones sensibles de política pública. En cualquier caso, parece una decisión de orden político que escapa de las atribuciones ordinarias de los tribunales.

VI. CONCLUSIÓN

A pesar de que buena parte de la crítica a la sentencia del “caso Isapres” ha estado dirigida al incumplimiento de máximas legales generales, un ejercicio crítico alternativo permite identificar similares deficiencias analizando el fallo en sus propios términos. La ex-

³⁵ Superintendencia de Salud (2020).

³⁶ GARCÍA (2023).

³⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021) pp. 157 y ss.

³⁸ VALDIVIA (2018) p. 86.

³⁹ En este caso, una “discrecionalidad de actuación”. Véase, en general, BACIGALUPO (1997).

tensión de la sentencia a un número importante de afiliados se muestra inconsistente con la matriz lógica que guía la dictación de sentencias judiciales, sin que se esté ante uno de los supuestos calificados en que una flexibilización a las reglas generales podría ser admitida.

Al soslayar –o ejecutar erróneamente– la lógica silogística propia de las sentencias judiciales, el fallo en análisis solo puede tenerse como una declaración política de la Corte Suprema, atendida su (razonable) indignación con el modelo de salud imperante. La condena sistemática a las Isapres encuentra en esta sentencia un punto de inflexión, que obliga a los poderes democráticos a reaccionar. Sin embargo, esa noble acción política no quita que estemos ante un ejercicio impropio de la función jurisdiccional. Bajo pretextos dogmáticos, la sentencia expresa un afán asistémico de justicia material que el derecho no puede aceptar.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (1993): *Las razones del derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- BACIGALUPO, Mariano (1997): *La discrecionalidad administrativa* (Madrid, Marcial Pons).
- Corral, Hernán (2023): “Corte Suprema, tabla de factores e isapres”, disponible en: <https://www.elmercurio.com/blogs/2023/05/24/107660/tabla-de-factores-e-isapres.aspx>. Fecha de consulta: 24/07/2023.
- DWORKIN, Ronald (2010): *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel).
- FERRADA, Juan Carlos; BORDALÍ, Andrés y CAZOR Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XIV: pp. 67-81.
- GARCÍA, Benjamín (2023): “Isapres: un problema crónico”. Disponible en: <https://espacio-publico.cl/isapres-un-problema-cronico/>. Fecha de consulta: 24/07/2023.
- HART, H.L.A. (1992): *El concepto de derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- LIEBMAN, Enrico (1946): *Eficacia y autoridad de la sentencia* (Buenos Aires, Ediar).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017): *Los contratos. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters, sexta edición).
- MACCORMICK, Neil (2011): *Instituciones del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- PEÑA, Carlos (2023): “Mala salud institucional”. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/blogs/2023/05/17/107488/mala-salud-institucional.aspx>. Fecha de consulta: 24/07/2023.
- RIVERO, Renée (2019): “La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal civil chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 1: pp. 89-130.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2021): *Sistema de fuentes del derecho administrativo* (Madrid, Marcial Pons)
- ROMERO, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica).
- ROSLER, Andrés (2016): *La ley es la ley* (Buenos Aires, Katz).
- SCHMITT, Carl (2012): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Alianza).

- SUPERINTENDENCIA DE SALUD (2020): “Evaluación de Impacto de la Tabla de Factores Única”. Disponible en: https://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-20311_recurso_1.pdf. Fecha de consulta: 24/07/2023
- VALDIVIA, José Miguel (2018): *Manual de derecho administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José Francisco (2012): “De los principios constitucionales al activismo judicial. El voto de minoría en el caso “Municipalidad de Pucón”, *Sentencias Destacadas*: pp. 219-258.
- ZÚÑIGA, Francisco (1997): “Recurso de Protección y contencioso administrativo”, *Gobierno Regional y Municipal*, año V, N° 52.
- ZÚÑIGA, Francisco (2007): “El recurso de protección en proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales”, *Estudios Constitucionales*, N° 2: pp. 61-82.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 28/08/2012, rol 1.960-2012, protección.
- Corte Suprema, 18/01/2021, rol 72.198-2020, protección.

