

Presentación comisión Isapres
(Palacio de la Moneda, 7 de agosto, 2014)

1. Naturaleza jurídica de la Cotización

En la presentación de hoy quisiera analizar, desde el punto de vista constitucional, la legitimidad de una reforma al sistema sanitario que solidarice, al menos parte, de la cotización obligatoria de salud facultada por la Constitución en el artículo 19, 9. Como sabemos, la Constitución chilena regula el derecho a la protección de la salud disponiendo que el Estado debe resguardar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud y que, para ello, puede establecer cotizaciones obligatorias. Finaliza estableciendo que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

Lo primero que hay que destacar es que, para el Tribunal Constitucional, 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.

Ahora ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la cotización de salud? ¿Podemos encontrar la respuesta en la propia constitución o ella está definida legalmente? Vamos por paso: En primer lugar, el artículo 19 N° 9 de la Constitución señala que para garantizar la ejecución de las acciones de salud, la ley “podrá establecer cotizaciones obligatorias”. A su turno, el DL 3500 dispuso el monto de esa cotización y que ella –como exige la Constitución- debe ser destinada a financiar prestaciones de salud¹.

¹ DL 3500. 1980. Artículo 84 y 85.

Luego, al disponer el Tribunal Constitucional que el contrato de salud “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**”² lo que ha hecho es reconocer que la cotización de salud posee una naturaleza especial, sui géneris, **determinada fundamentalmente por la propia Constitución.**

En segundo lugar, podemos observar que no hay nada en la Constitución –en el artículo 19, 9 o en alguna otra disposición- que obligue al legislador a que estas cotizaciones cedan en favor exclusivo del cotizante. A este respecto el Tribunal Constitucional ha sostenido, únicamente, que el “contrato de seguro tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud” (STC ROL 1710 c45^o). Al incorporar el TC a esta relación contractual el conjunto de principios propios de la seguridad social moderna, nos ha permitido dibujar el perfil de la cotización e identificar su esencia. Se trata, pues, de una cotización que se entiende en el contexto de los principios de *universalidad subjetiva, universalidad objetiva, igualdad, integridad, solidaridad y subsidiariedad*³.

En tercer lugar, podemos afirmar que en ninguna parte de su texto la Constitución declara que las cotizaciones son patrimonio o propiedad del cotizante respectivo. Y esto es decidor puesto que, si la Constitución no reconoce propiedad sobre la cotización (sólo una obligación de afectación) una ley que solidarizara parte de la misma, no afectaría el derecho de propiedad establecido en el artículo 19 N° 24.

Ahora, hay quienes utilizan la ley 20.317 para argumentar en contrario. Como se sabe, esta ley impone el carácter de irrenunciables a los excedentes de cotización de salud en Isapres disponiendo que esos excedentes serán de propiedad del afiliado, inembargables e incrementarán una cuenta corriente individual que la Institución deberá abrir a favor del afiliado, aumentando la masa hereditaria en el evento de fallecimiento (...)⁴. Pero ¿significa eso que la Cotización de salud

² Rol 1710-2010, considerandos 170 y 154.

³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol 1710, considerando centesimotrigesimoctavo.

⁴ Ley núm. 20.317. da el carácter de irrenunciables a los excedentes de cotización de salud en Isapres.

es de propiedad del cotizante? No hay que apresurarse. **El TC no ha declarado nada para efectos de la cotización de salud.** Sólo ha establecido que el ahorro previsional (fallo conocido como "Rentas Vitalicias", 2001), es efectivamente propiedad del cotizante, siguiendo por cierto lo dispuesto en el artículo 20 H del DL 3500⁵.

Luego, puesto que la Constitución sólo autoriza al legislador a imponer a los individuos la obligación de cotizar, **no hay razón por la cual no pueda disponer de un destino público respecto de, al menos, parte de esa cotización.** Es decir, reservar una porción de estos recursos para otro fin, como es el caso de asumir los riesgos de salud de personas no directamente vinculadas a dichos fondos.

La Constitución impone al legislador únicamente la obligación de garantizar el derecho a elegir (establecido en el 19,9) y que las prestaciones sanitarias, proporcionadas o bien por el sistema público o bien por instituciones privadas, aseguren la equidad, esto es, las mismas prestaciones para todos los cotizantes, como corresponde a un derecho social. Sólo configurando de esta forma el sistema, las instituciones privadas serían verdaderamente colaboradoras del Estado y, por tanto, servicios públicos, como ha recalcado la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Por último, vale la pena recordar que, si bien en dos casos la Constitución autoriza al legislador para imponer "cotizaciones obligatorias" (art. 19 N° 18, seguridad social, y 19 N° 9, cuidado sanitario), eso no significa que se trate de estatutos equivalentes. El Sistema de Pensiones (regulado por el D.L. 3.500) es fundamentalmente un régimen contributivo, un sistema de capitalización individual, compuesto por el ahorro que cada trabajador pueda realizar en su vida laboral. Esos recursos son del trabajador y, aunque su uso y goce está condicionado, en general, a que el trabajador llegue a la edad de jubilación, forma parte del patrimonio del mismo y por tanto de su herencia.

En cambio, el sistema sanitario no funciona en términos de ahorro, sino que se trata de un monto destinado a financiar un derecho fundamental. Luego, la naturaleza de la cotización de

⁵ "Los recursos originados en los aportes efectuados por el trabajador serán siempre de su propiedad".

salud, en sí misma -a diferencia de la cotización para el sistema de pensiones, que es claramente un ahorro- no permite adjudicar propiedad al cotizante. Además, de las sentencias del Tribunal Constitucional se desprende la necesidad de **comprender los derechos de la seguridad social**, ya no desde una perspectiva contractual, propia de la justicia conmutativa, sino que **desde una comprensión social relacionada con la justicia distributiva**.

Al reconocer asociado al derecho a la protección de la salud los principios de solidaridad, universalidad, no discriminación, etc. el Tribunal Constitucional nos exige **discernir la cotización de salud como un aporte obligatorio de todas las personas a un mismo fin: garantizar un derecho fundamental**. La obligación de garantizar el derecho a cuidado sanitario es principalmente del Estado. La Constitución es muy clara y directa en ese sentido. Ahora, si el Estado, de la mano del principio de subsidiariedad, decide delegar parte de esa tarea a los privados, ello no significa que la naturaleza de una obligación eminentemente “distributiva” se transforme en conmutativa, mutando su esencia a una de tipo contractual.

En verdad *el contrato solo hace operativo, en el orden privado, un derecho fundamental*. Y por ello, todos los principios que rigen esa relación contractual, están supeditados a la Constitución y al carácter social del derecho. De todo ello es posible concluir que una reforma, como la que pretende defender esta comisión, es perfectamente constitucional.

¿Se vulnera alguna interpretación que el Tribunal Constitucional haya dado sobre el texto constitucional? Por el contrario. La reforma viene a dar por fin cumplimiento a la jurisprudencia del TC relacionada con el derecho a la protección de la salud y el derecho a la igualdad y, por tanto, al espíritu de la Constitución misma.

2. Sobre el derecho a elegir

¿Cuál es el contenido específico del derecho a elegir establecido en la Constitución en el artículo 19,9?

La norma dispone que las personas tendrán el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado. Para comprender el sentido de esta libertad, es fundamental darle contenido al término **“sistema de salud”** pues de ello dependerá el rol que la reforma pueda entregarle a las Isapres.

Al momento de redactarse la Constitución, los aseguradores privados no existían pues la ley que los creo es posterior (año 1981). Esto es importante **pues la reforma bien podría cumplir con el derecho a elegir de los ciudadanos en tanto mantenga la posibilidad de que existan proveedores o prestadores públicos y privados de salud, sin que existan empresas aseguradoras, como las actuales Isapres.**

Las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, al analizar el derecho a la protección de la salud y la libertad de elegir, indica: “¿qué puede significar –el derecho a elegir– en este contexto?. Que todos los chilenos tienen el derecho a optar por el médico y el sistema o el establecimiento asistencial de salud o el tratamiento, ya sea de prevención o de curación, que deseen. Vale decir, que la Constitución asegura que la ley no impondrá el día de mañana la persona de un facultativo, ni el o los establecimientos donde deba recibirse atención médica, ya sea de carácter preventivo o curativo”⁶.

“Agrega que, no hay duda de que Chile, en lo que a atención médica se refiere, durante mucho tiempo ha tenido un sistema de tipo mixto, compuesto por organizaciones de tipo estatal y organizaciones de tipo privado. Y este régimen mixto ha dado buenos resultados (...) aun cuando entiende lo de “libre acceso” como la posibilidad de que el ciudadano elija el médico, el tratante, el sistema hospitalario, etcétera, dentro de sus posibilidades”⁷.

⁶ Las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 187, p. 3

⁷ Actas de la Comisión Ortuzar, sesión 190.

Como puede observarse, el derecho a elegir fue concebido directamente en relación con la existencia de prestadores públicos o privados y, si bien se menciona en las actas la intención de regular algún tipo de mecanismo de seguro, lo cierto es que ello no condiciona de ninguna manera el contenido del derecho a elegir a la existencia de un sistema de Isapres como el que tenemos hoy.

Alejandra Zúñiga Fajuri
Abogada y Doctora en derecho