

## CASO “DIALIZADOS”

### COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, OBREGÓN DEL CAMINO Y OTROS CON FONASA, ROL 12.700-2013, DEL 23 DE DICIEMBRE DEL 2013 (ACCIÓN DE PROTECCIÓN)

*Eduardo Soto Kloss\**.

Ciento setenta y cinco dializados ven suspendida, por resolución de FONASA, la recurrida, la atención que dos o tres veces por semana les presta una institución de salud privada (Centro de diálisis Obregón, Subiabre y Morales Ltda.), con domicilio en Coquimbo, cobertura a la cual se encuentra obligada aquélla siendo amparada la enfermedad (insuficiencia renal crónica terminal) por el llamado AUGE-GES; dicha resolución tenía por fundamento el haber sido bloqueado ese Centro por haber sido condenado en juicio laboral por práctica antisindical<sup>1</sup>.

El tribunal de primer grado<sup>2</sup> rechaza la protección deducida por estimar que la norma referida permite ese bloqueo, puesto que excluye de la posibilidad contratar con la administración –y a través del sistema llamado de “compras públicas”– a quienes

“hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años”.

Dicho Centro había recibido una condena por esas prácticas en juicio incoado en el Juzgado del Trabajo de La Serena, habiéndose comunicado ello a la Dirección del Trabajo, por oficio de 6.8.2013, lo que lleva a la Dirección de Compras Públicas referida a inhabilitarlo en el portal ChileCompras caducando, por ende, todo contrato en ejecución que tenga con la administración, en este caso con FONASA.

Los actores sostenían que esa disposición consagra tal inhabilidad cuando dicha condena existe “al momento de la presentación de la oferta,

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@ust.cl

<sup>1</sup> Ley 19.886, art. 4° inc. 2°.

<sup>2</sup> Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia del 30 de octubre del 2013.

de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención”, lo que no ocurría en el caso, dado que dicho Centro había sido adjudicado desde el año 2009<sup>3</sup> en un contrato o convenio marco.

El tribunal de alzada entiende que el convenio marco no incorpora derecho alguno al patrimonio de su titular, siguiendo la alegación de la mencionada Dirección, sino que sólo le habilita para aparecer en un catálogo electrónico (ChileComprasExpress) para que los órganos de la administración del Estado –aquí FONASA– contraten directamente con los prestadores o proveedores adjudicados el servicio que requieran. Sería ese convenio marco un acto jurídico de habilitación para contratar, nada más.

Y es que el sistema significaría que la relación jurídica nacería entre el órgano administrativo y el prestador sólo en el momento de emitir el primero una “orden de compra”, produciéndose allí la formación del contrato y es en ese momento en que no debe encontrarse afectado el proveedor por la condena que la Ley 19.886, art. 4° inc. 2° prevé como hecho que lo excluye del referido sistema.

Debe tenerse presente lo informado por el Servicio de Salud de Coquimbo, el cual hacía notar el “grave peligro para los pacientes” aquejados por la enfermedad renal que exigía hemodiálisis, que implicaba el hecho de impedir el funcionamiento del Centro mencionado, puesto que el sistema público de salud podía atender solamente catorce pacientes, lo que significaba que el resto de más de un centenar y medio de pacientes tendrían que ser trasladados fuera de la Región, desde que no hay otro que preste el servicio. La Corte de Apelaciones de La Serena no encuentra que el citado bloqueo e inhabilidad del Centro afectado sea ilegal o arbitrario, ya que se encontraría debidamente fundamentado en la referida Ley 19.886, lo que la lleva al rechazo de la pretensión deducida.

Lo que parece no haber visto la Corte es que ante la inexistencia de otro prestador de los servicios de hemodiálisis en el lugar, se afectaba con dicha suspensión del servicio nada menos que la vida de ciento setenta y cinco actores pacientes de esa insuficiencia renal crónica terminal (art. 19 N° 1) y también su derecho a la igualdad (art. 19 N° 2), desde que se veían impedidos de recibir esa atención médica que FONASA se encuentra por ley obligada a efectuar (AUGE-GES). Y no advierte que esa suspensión del prestador no sólo les es enteramente ajena a los pacientes, sino que constituye una evidente “amenaza”, cierta, actual, seria y concreta, a su derecho a la integridad física y síquica (19 N° 1) “amenaza” que también

<sup>3</sup> Resolución exenta 07208/1° 7. 2009, de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

procede ser amparada (anuncio de un mal futuro/la muerte) por este arbitrio constitucional de protección de los derechos fundamentales.

La Corte Suprema (3ª Sala), en un fallo que la prestigia, no cuestiona la interpretación del tribunal de alzada de la disposición aplicable en el caso<sup>4</sup>, interpretación que es más que discutible, por no decir errónea, ni tampoco entra –porque no venía a cuento– en la patente inconstitucionalidad de la norma misma [en cuanto afecta el “contenido esencial” del derecho a la libre iniciativa económica de las personas/art. 19 N° 21 inc. 1°, que jamás puede ser afectado por la ley sin caer en la inconstitucionalidad *ipso iure*<sup>5</sup>. En efecto, admite la procedencia del bloqueo citado, pero señala que con él se produce *una afectación directa a la vida de los ciento setenta y cinco recurrentes*, tanto más que así lo ha hecho presente de modo expreso el Servicio de Salud de Coquimbo (“constituye un grave peligro para la vida de los pacientes”, informe en vistos de fallo de primer grado y consid. 6° del fallo supremo).

Ante tal situación y estando obligado el Estado a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, el juez supremo señala que sus órganos (aquí los de la administración) deben atender

“a cada situación en función de las particulares necesidades de protección de las personas, por la situación específica de salud en que se encuentran” (consid. 7°),

y existiendo “una situación de riesgo real e inmediata para la vida de un grupo determinado de individuos”, que está en conocimiento de las autoridades sanitarias, éstas “deben tomar las medidas necesarias, dentro del ámbito de sus atribuciones, para prevenir o evitar ese riesgo” y “*el no hacerlo así importa una arbitrariedad*” (consid. 9°, cursivas nuestras).

Vemos aquí una argumentación muy certera, y nos alegra, ya que se inserta en la línea o perspectiva que desde hace tantísimos años hemos venido insistiendo en cuanto la autoridad administrativa del Estado no cumple la ley sólo apoyándose en su letra, sino cuando en su virtud *cumple efectivamente* en la realidad la finalidad para la cual existe la ley que le atribuye potestades, que es *satisfacer las necesidades públicas de las personas concretas*, que han sido puestas bajo su satisfacción, y si actúa y no las satisface, por negligencia o torpeza o, simplemente, no actúa, está violando la ley y, obviamente, antes la propia Constitución.

<sup>4</sup> Ley 19.886, art. 4° inc. 2°.

<sup>5</sup> Ciertamente es que el Tribunal Constitucional lo declaró conforme a derecho, con tres votos en contra (Bertelsen, Navarro y Aróstica), *vid.* rol 1968-2001, de 15 de mayo de 2012.

Nada se dice en los fallos aludidos si la condena pronunciada por el Juzgado del Trabajo de La Serena estaba ejecutoriada, pero atendida la muy grave situación ante la ausencia de otro prestador de los servicios de diálisis en la ciudad y en la Región, aparecía obvio que la autoridad de Salud no podía permanecer inactiva frente al riesgo de muerte de no efectuarse esas diálisis a los ciento setenta y cinco pacientes mencionados. Esa “inactividad” aparece no razonable, o sea, “arbitraria”, para la Corte Suprema, pues a tales autoridades la Constitución y la ley<sup>6</sup> les impone la obligación jurídica de efectuar las prestaciones de salud a quienes se lo requirieran. Debo señalar que disiento de lo afirmado por el fallo supremo en este aspecto por cuanto esa inactividad es arbitraria por ser “ilegal” desde que la ley le impone ese deber positivo de actuar y al no cumplirlo incurre en “ilegalidad” y, por lo tanto, en “arbitrariedad”, ya que no es “razonable” violar la ley.

Cabría aquí recordar tres fallos, también recaídos en acciones de protección, que sobre el particular son bien gráficos: me refiere a Segovia Campillay<sup>7</sup>, Seguel Rebolledo<sup>8</sup> y Crisóstomo Cáceres<sup>9</sup>, cuyas expresiones al respecto son bien claras;

“de todo el sistema jurídico nacional se desprende que es deber imperativo de las autoridades públicas velar por la salud y por la vida de las personas”,

expresa Seguel, ya citado, y corresponde a la organización de salud del Estado “hacer posible de modo auténtico, efectivo y real la protección de la vida y de la integridad física y síquica y la salud de todas las personas” establece Segovia (ya citado), y, por último Crisóstomo Cáceres recuerda un principio fundamental como es “Si el Estado presta un servicio público, tiene la obligación de prestarlo bien”, consid. 6° (ya citado).

Pues bien, el fallo supremo (consid. 9°) concluye:

“que en virtud de lo expuesto mientras no existan otros proveedores en la zona que otorguen completa, suficiente y cabal atención a quienes piden la protección de esta Corte, y careciendo –por ahora– el Estado

---

<sup>6</sup> DFS/Salud N° 1/2006.

<sup>7</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de diciembre de 1999, en *RDJ*, tomo 96, Santiago, 1999, 2.5, 31-36, acogida y no apelada; *vid.* consid. 5° letra a.

<sup>8</sup> Corte Suprema, 28 de noviembre de 2000, *RDJ*, tomo 97, Santiago, 2000, 2.5, 256-259, que confirma protección acogida de Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de octubre de 2000, consid. 3°.

<sup>9</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, consid. 6°, en proceso de responsabilidad municipal; Corte Suprema rechaza casación de fondo de demandada, en *RDJ*, tomo 97, Santiago, 2000, 2.5, 132-140.

de los medios para entregarla, se concede un plazo de seis meses para que el Servicio de Salud de Coquimbo solucione cada uno de los casos de pacientes afectados por insuficiencia renal crónica que no tengan la apropiada cobertura dentro de la región...",

tiempo durante el cual la asistencia médica de dichos pacientes "será proporcionada por la sociedad contratista..." que ha sido inhabilitada.

En otros términos, el acto en virtud del cual la sociedad indicada ha sido bloqueada sería "legal", pero "arbitrario" (algo propiamente insostenible por su evidente incoherencia: un actuar conforme a lo dispuesto por la ley no sería razonable, sería caprichoso e injusto...), lo que afectaría el derecho a la integridad física y síquica de los actores<sup>10</sup>, por lo cual se revoca la sentencia apelada y se acoge la protección deducida en los términos que establece el considerando 9° referido. Una solución justa, sin duda, pero ciertamente deficiente en su fundamentación lógica y jurídica.

De mayor interés resulta la prevención del ministro Muñoz, que tiene además presente la violación del *derecho a la igualdad ante la ley*<sup>11</sup>. Hace al respecto un *interesante excursus sobre este derecho fundamental en cuanto a que se ha aplicado una norma* "que en principio es neutral"<sup>12</sup>, pero se vuelve discriminatoria para los recurrentes al no haberse considerado "las circunstancias particulares que les afectan" (o sea, no existir otro prestador en la región que les atiendan) (consid. 2°). Agrega muy pertinentemente que el principio de la igualdad establece una prohibición especial respecto a la discriminación, la cual puede ser directa o indirecta, siendo esta última la que se ha producido en el caso Obregón y otros, esto es

"cuando una norma o medida en apariencia neutral produce un efecto perjudicial que impacta de manera exclusiva o desproporcionada sobre personas que forman parte de un grupo determinado, sin que pueda justificarse dicha medida de manera objetiva y razonable" (consid. 2°).

Y es que (como ya lo señalaba la Corte Suprema en Segovia Campillay, Seguel Rebolledo, y Crisóstomo Cáceres antes citados) "la obligación del Estado de garantizar los derechos fundamentales" que la Constitución reconoce a toda persona

---

<sup>10</sup> Art. 19 N° 1 de la CP.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Ley 19.886.

“debe atender a cada situación en función de las particulares necesidades de protección de las personas, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentran”,

lo que

“puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar el pleno goce y ejercicio de estos derechos en condiciones de igualdad” (consid. 3°).

Interesante, sin duda, lo señalado por el previniente, pero debe reconocerse que la interpretación errónea de la norma aplicada (que no es de manera alguna “neutral”, como se dice si es aplicable a contratación en ejecución, como el caso Obregón y otros) es la que lleva a la solución incoherente de la Corte Suprema, de sostener que la aplicación de la norma es conforme a Derecho, que el acto de inhabilitación y bloqueo referidos era “legal” pero “arbitrario”. No, *la aplicación de esa norma en el caso es contraria a Derecho*, porque se la aplica a una contratación vigente, en plena ejecución, en circunstancias que la disposición de marras<sup>13</sup> prevé la inhabilitación para el futuro, por cuanto hacerla aplicable a una contratación en ejecución significa afectar “contratos válidamente convenidos”, viola el principio de que ellos son una “ley para las partes” (lo que también es enteramente aplicable a los contratos administrativos, como es el caso), y altera el principio de la “estabilidad” y “permanencia” de estos contratos, principios todos que son esenciales en este tipo de contratos, los cuales tienen una finalidad pública, de satisfacer necesidades de las personas, en este caso usuarios de FONASA, necesidades que aquí se vieron gravemente perturbadas en su satisfacción poniendo en peligro nada menos que la vida de ciento setenta y cinco personas, como eran los recurrentes de protección. Obregón y otros es un claro ejemplo que el Derecho requiere ir al fondo de los temas que se ven ante los tribunales y no quedarse en la hojarasca, aunque debe reconocerse que la Corte Suprema decidió el asunto con un criterio de justicia; como tantas veces lo he observado, el ideal en que los jueces –sobre todos los supremos– no sólo resuelvan los casos sometidos a su conocimiento con justicia, sino, también, con argumentaciones coherentes, razonadas y sobre la base del Derecho vigente debidamente aplicado, ya que vemos en el fallo analizado que ha habido un claro ejemplo –y muy didáctico para la cátedra– de errada interpretación del Derecho aplicable, dándole una extensión que no contempla.

---

<sup>13</sup> Art. 4° inc. 2° Ley 18.996.

Para concluir diré que Obregón y otros muestra muy bien en lo que los jueces difieren en su entendimiento de lo que es el Derecho y lo que significa la función de la Constitución en su aplicación concreta. El fallo de primer grado revela un "legalismo" que no va más allá de la literalidad de la norma y su apego formal sin ni siquiera atisbar la injusticia flagrante que ello conllevaba para los recurrentes, que veían con esa solución –rechazo de la pretensión proteccional– un muy grave peligro para sus vidas y una "amenaza" cierta, actual, seria y concreta para esas vidas, de personas concretas, de "carne y hueso", para la cual precisamente fue creada la acción constitucional deducida por ellos. Muestra también cierta reverencia acrítica frente a un informe de un organismo público, que describe el procedimiento de la Ley 19.886, pero calla respecto de sus efectos en los contratos en vigente ejecución, elemento fundamental que el tribunal debía haber tenido en cuenta al decidir. Dicho tribunal hace suyo el adagio romano *summa ius summa iniura*, que nada tiene de justo como textualmente expresa, ya que constituye una aplicación muy "ruda" (y uso un término suave) de disposiciones de una ley, aplicación que significa un muy grave perjuicio a los recurrentes afectados, porque no tiene en cuenta todas las circunstancias del caso y, especialmente, de las personas involucradas; de allí que ese fallo de primer grado haya sido notoriamente injusto, ya que como enseñaban sabiamente los romanos "es en razón de las personas que existe el Derecho"<sup>14</sup> y no para engolosinamiento (o desidia) de quienes deben aplicarlo y es que "no existe razón alguna para hacer más gravoso aquello que ha sido establecido para bien de las personas"<sup>15</sup>.

Por el contrario, en el fallo de apelación la Corte Suprema entiende muy bien su función de tribunal de "justicia", aunque hay que reconocer que su fundamentación dista de ser técnicamente acertada (para no decir francamente incoherente), pero hace justicia con una "medida de protección" del más elemental sentido común y, por tanto, muy acertada a fin de no dejar sin atención a enfermos terminales de insuficiencia renal crónica, que sin la diálisis frecuente verían sus vidas expiradas en corto tiempo. De mayor precisión técnica y justicia material resulta la prevención del ministro Muñoz, quien una vez más insiste muy claramente que la función del máximo tribunal es dar ejemplo a los tribunales inferiores para que comprendan que su función es *hacer justicia* y no ser meros "aplicadores" inertes de una legislación que existe para bien de las personas y no para su escarnio

<sup>14</sup> Hermogeniano, *Digesto*, 1.5.2.

<sup>15</sup> Modestino, *Digesto*, 1.3.25.

Recuerdo a este efecto una observación leída en un clásico salmantino (aunque segoviano de origen) del siglo de oro español, gran jurista y teólogo consumado, fray Domingo de Soto, consultor de Carlos V, que en su *De Iustitia et Iure* escribía: “las leyes más sacrosantas sin jueces dignos son frutos cadavéricos de una razón difunta”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Libro III, cuestión VI, artículo IV.