

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 22° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-12828-2022
CARATULADO : GULLE/ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS
S.A.

Santiago, ocho de noviembre de dos mil veinticuatro.

VISTO:

A folio 1, con fecha 10 de noviembre de 2022, rectificada a folio 6, con fecha 15 de febrero de 2023, comparece don José Luis Baro Ríos, abogado, en representación convencional de doña **MARITZA ERIKA GULLE GAETE**, trabajadora, ambos con domicilio para estos efectos en calle Las Urbinas 53 oficina 83, comuna de Providencia, quien deduce demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual en procedimiento ordinario de mayor cuantía en contra de **ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A.**, Institución de Salud Previsional, representada legalmente por doña Carola Alejandra Schwencke Reyes, ignora profesión u oficio, ambos domiciliados en calle Los Militares N°4777, oficina 501, comuna de Las Condes, solicitando se declare el incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de salud previsional suscrito entre las partes y de las disposiciones legales que lo regulan, por la aplicación ilegal de la tabla de factores de riesgo prevista en el artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005, y la indemnización de todos los perjuicios ocasionados a la afiliada, con la correspondiente condena en costas.

Funda su demanda en diversos apartados. En cuando a los hechos, principia por: 1.- Vínculo Contractual de doña Maritza Erika Gulle Gaete.

Indica que la actora se encuentra afiliada a Isapre Colmena, desde el día **28 de abril de 1993**, fecha en la cual suscribió un contrato de salud



Foja: 1

previsional y formulario único de notificación el que ha sido objeto de sucesivas modificaciones, así como adecuaciones a la luz de la normativa vigente, materializadas mediante la emisión y suscripción de sucesivos Formularios Únicos de Notificación (FUN).

Asegura, que actualmente su representada tiene contratado el plan de salud S 4705, el que tiene asociado un precio base de **U.F. 1,340**.

Señala, que durante el periodo cubierto por la presente demanda, Isapre Colmena ha calculado y cobrado el precio final del plan de salud de la actora -quien a la fecha tiene 68 años de edad- mediante la multiplicación del precio base de dicho plan, ascendente a UF 1,340, por una tabla de factores de riesgo, aplicada a la afiliada en función de su edad y sexo, cuya sumatoria (definida como “*factor de grupo familiar*”), ha sido de 2,700 lo cual determina un precio final de UF 3,618 mensuales (excluyendo GES y beneficios adicionales).

Explica, que el precio base, de acuerdo con lo dispuesto en la letra m) del artículo 170 de la Ley de Isapre vigente, es por el precio asignado por la Institución a cada plan de salud. Se aplicará idéntico precio base a todas las personas que contraten el mismo plan, en tanto, el factor de grupo familiar es la sumatoria de los factores de riesgo correspondientes al afiliado y cada una de sus cargas, en base a criterios tales como la edad, sexo y calidad de cada beneficiario del plan.

Hace presente, que los elementos para la determinación del índice de riesgos fueron derogados del ordenamiento jurídico nacional mediante sentencia del Tribunal Constitucional, en el mes de agosto del año 2010, por lo que el empleo de dicha tabla ha quedado sin sustento legal, ocasionando enormes perjuicios patrimoniales a su parte, dando sustento a la acción indemnizatoria.

2.- Derogación de elementos de discriminación por edad y sexo en Tabla de Factores de Riesgo por Sentencia del Tribunal Constitucional. Incorporación de Índice Inconstitucional en Contrato de Salud Individual y sus Modificaciones.



Foja: 1

Argumenta, que mediante sentencia de fecha 6 de agosto de 2010, dictada en causa rol N°1710-10 -INC, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional derogó las normas contenidas en los numerales 1° a 4° del artículo 38 ter de la Ley N°18.933 (actual art. 199 del DFL 1 de 2005), que contenía las reglas a través de las cuales la Superintendencia de Salud podía fijar mediante instrucciones de general aplicación la tabla de factores de riesgo aplicables a cada beneficiario del plan según su edad, sexo y condición.

Sin embargo, afirma, que la demandada continuó multiplicando el precio base del plan de salud de la actora por el factor de grupo familiar determinado con arreglo a aquellas normas declaradas como inconstitucionales, lo que queda demostrado con cada uno de los FUN emitidos por ella, encareciendo ilegítimamente el precio final a pagar por parte de la actora.

Expone, que esta ilegalidad en que la demandada ha incurrido durante largos años en desmedro de su parte tiene su origen en una aplicación abusiva que Isapre Colmena ha hecho de la sentencia del Tribunal Constitucional, cual es que las tablas en sí mismas no han sido derogadas, siendo procedente su empleo para efectos de determinación inicial del precio contratado, no así para modificar el precio pactado durante el ciclo de vida del afiliado y sus cargas.

Concluye, que desde la derogación de los numerales 1° a 4° del actual artículo 199 de la Ley de Isapre, la actora ha estado pagando un sobre precio ilegal.

3.-Ilegalidad de Empleo de Tabla de Factores de Riesgo Declarada por Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso en Recurso de Protección Rol de Ingreso N° Protección-13214-2022.

Afirma, que interpuso un recurso de protección de garantías constitucionales el que fue conocido y resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, bajo el rol de ingreso N° Protección-13214-2022, Tribunal que mediante sentencia definitiva de fecha 1° de agosto de 2022 decretó: *“se dispone que la recurrida deberá determinar el precio del*



Foja: 1

plan de salud del actor, absteniéndose de utilizar y aplicar la tabla de factores elaborada en base a aquellas normas legales que fueron declaradas inconstitucionales y derogadas por la sentencia dictada por el Excelentísimo Tribunal Constitucional, el día 6 de agosto del año 2010, en autos Rol 1710 10 INC”.

Expresa, que en armonía con lo declarado en dicha sentencia el actuar del demandado constituye un incumplimiento culpable de las obligaciones legales y contractuales para con ella, consistente en el cobro ilegítimo de un sobreprecio representado por los excesos de cotizaciones generados durante el período temporal cubierto por la presente demanda y que representan el daño emergente, así como el correspondiente lucro cesante, representado por el interés corriente de tales excesos y el daño moral ocasionado a su parte.

4.- Ámbito Temporal de la Presente Demanda y Monto de Excesos cuyo Reembolso se Solicita a Título de Indemnización de Perjuicios por Daño Emergente.

Hace presente, que el contrato de autos es de tracto sucesivo, por lo cual el empleo de la tabla de factores de riesgo representa un incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato que se reiteró mes a mes, fijando dicho incumplimiento en atención a los límites de la prescripción extintiva ordinaria, es decir, durante los últimos 5 años anteriores a la notificación de la presente demanda, aplicando la aludida tabla de factores de riesgo.

Sostiene, que la demanda comprende los excesos de cotización generados desde el sexagésimo mes anterior a la notificación de la presente demanda hasta el día de presentación de la misma, por cuanto no se ha acreditado haber dado cumplimiento al fallo recaído en Protección-13214-2022, por lo cual, los excesos de cotización siguen siendo cobrados a la actora, hasta el día de hoy y hasta la fecha de la rebaja efectiva del precio del plan.



Foja: 1

En cuanto a los “excesos”, corresponden a la diferencia pagada por el cotizante a la Isapre por sobre la cotización pactada y por sobre la cotización legal (7%).

Advierte, que de acuerdo con la aplicación práctica que han realizado los Tribunales Superiores de Justicia, el precio base del plan ya no puede ser aplicado al factor que antes correspondía a cada beneficiario del plan, sino a cada beneficiario considerado como una unidad, multiplicando el precio base por el número de beneficiarios del plan, sin distinción de edad, sexo o calidad de afiliado o carga.

Sostiene, que en el caso en particular los ajustes realizados a su contrato individual de salud, de acuerdo con sus estipulaciones actuales y conforme lo ordenado en la sentencia recaída en autos Protección -13214-2022-, se grafica de la siguiente manera:

<u>Condiciones Anteriores</u>	
Precio Base	1,340
(x) Factor Grupo Familiar	2,700
(=) Precio Pactado en UF (*)	3,618

<u>Condiciones Ajustadas</u>	
<u>Protección-13214-2022</u>	
Precio Base	1,340
(x) Beneficiarios Plan	1
(=) Precio Pactado en UF (*)	1,340

Afirma que, con este método aplicado durante el período cubierto por la demanda, esto es, el sexagésimo mes anterior a la notificación de la misma, hasta el día de hoy, se puede determinar con exactitud los excesos cobrados por la demandada al afiliado durante la vigencia de cada uno de los instrumentos que contienen el contrato de salud previsional, o bien, las modificaciones al mismo.



Foja: 1

Aclara, que durante este periodo se mantuvo vigente el FUN folio 20222838 de fecha 14 de julio de 2020, afirmando, que siguiendo el método que incorpora mediante tabla de desarrollo, permite proyectar el pago de excesos equivalente en pesos a la fecha del pago efectivo de UF 136,680.

Hace presente y transcribe el criterio de la Excma. Corte Suprema que consta en la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2022, tendrán aplicación general, toda vez que imparten instrucciones precisas a las Isapre respecto de toda su cartera de afiliados, afectando con ello a todos los recursos de protección que actualmente se tramitan sobre la materia. En efecto, dicho criterio ha decretado que el precio de los planes de salud a los que aún se aplique la antigua tabla de factores de riesgo deberá determinarse con acuerdo a la tabla única de riesgos fijada por la Superintendencia de Salud mediante Circular IF 343. En otras palabras, el anterior criterio que se traducía en *“factor 1 por beneficiario”*, es ahora modificado por el factor de riesgo contenido en la tabla única vigente, criterio respecto del cual su parte no adhiere.

Señala que, en lo formal, este criterio no resulta aplicable para la determinación de excesos de cotización producidos con anterioridad al mes de abril de 2020 y que la presente demanda solicita una indemnización de perjuicios que, por concepto de daño emergente, contempla los excesos de cotización generados a partir del sexagésimo mes anterior a la notificación de la demanda, fecha anterior a la entrada en vigencia de la tabla única fijada mediante circular IF 343/2019.

Esgrime, que si dentro de los próximos 6 meses, por orden de la Superintendencia de Salud, la demandada procede al reembolso de los excesos de cotización producidos desde el mes de abril de 2020 a la fecha, por aplicación de las sentencias antes referidas, dicha devolución parcial sería una medida administrativa, decretada por el ente fiscalizador en cumplimiento de lo ordenado por la Excma. Corte Suprema para todos los afiliados al sistema y sólo podría ser considerada para calificar una excepción de pago parcial.



Foja: 1

En cuanto a los fundamentos de derecho también los divide en diversos apartados:

1.- Del Contrato como Fuente de las Obligaciones. Pacta Sunt Servanda o Ley del Contrato. Cosificación del Derecho de Propiedad.

Describe latamente el concepto de obligación, sus fuente, contrato o convención y el tipo de obligaciones que engendra, todo con relación al contrato celebrado entre las partes, asegurado, que la actora tiene derecho al otorgamiento de las coberturas propias del plan de salud Premiun S 4705 por el pago de una cotización cuya fórmula de cálculo y monto final se encuentra establecido por las disposiciones de orden público vigentes que rigen al contrato de salud previsional.

2.- Del Contrato de Salud Previsional. Naturaleza, Derechos y Obligaciones del mismo.

Apartado que a su vez divide en:

2.1. Contrato Regulado. Disposiciones de Orden Público por cuanto regulan el acceso por parte de los afiliados a la salud previsional privada, encontrándose en el centro de las normas y principios de la previsión y seguridad social vigentes en nuestro país y que tienen su causa mediata en el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y libre elección del sistema de salud público o privado que la Constitución reconoce a todas las personas.

2.2. Contrato de Tracto Sucesivo. Adecuación a normativa vigente derivada del carácter de orden público de las normas que lo regulan. Señala, que el contrato de salud previsional es, asimismo, un contrato suscrito a término indefinido y como tal, de tracto sucesivo, cuyas obligaciones por las partes se van cumpliendo con el transcurso del tiempo.

Afirma, que esta especial característica, a la par de determinar la sujeción instantánea del contrato al marco jurídico vigente que rige la convención, sirve también para explicar el límite temporal de los incumplimientos contractuales que dan lugar a la presente demanda, los cuales se han reiterado mes a mes, mediante el empleo ilegal de la tabla de



Foja: 1

factores de riesgo para el cálculo de las cotizaciones previsionales del afiliado durante los últimos 5 años. Lo que relaciona con la sentencia del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema.

2.3. Contrato de Adhesión. Formalización de contrato y sus convenciones modificatorias. Circulares IF/80 e IF/305 Superintendencia de Salud. Advierte, que lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 189 no tiene asidero alguno en la realidad, por cuanto los afiliados no se encuentran en condición alguna de negociar libremente las disposiciones contractuales ni coberturas propias de su plan de salud, sosteniendo, que desde el punto de vista de su perfeccionamiento y nivel de conocimiento e injerencia respecto de sus cláusulas, el contrato de salud previsional es un clásico contrato de adhesión.

2.4. Precio del plan de salud complementario y su reajustabilidad. cláusula supeditada in actum a legislación vigente. Donde realiza una comparación normativa a partir de la sentencia Rol N°1710-10-INC, concluyendo entre otras cosas, que las tablas de factores de riesgo elaboradas por la Superintendencia, han dejado de tener validez desde el mes de agosto de 2010 y que la libertad de las Isapres para escoger la tabla de factores empleada no puede ya ser ejercida ni para la fijación ni modificación del precio de sus planes, dado que los elementos para la determinación de dichas tablas han sido derogados del ordenamiento jurídico nacional al ser declarados inconstitucionales.

En su apartado 3° realiza una lata exposición de jurisprudencia la cual analiza.

4. Naturaleza Jurídica de las Obligaciones Contenidas en el Contrato con Colmena. Legitimación Activa de la actora para el Ejercicio de la Presente Acción.

Donde reitera la relación contractual, que describe como un contrato de salud previsional, de naturaleza bilateral, y regulado por disposiciones de orden público, establecidas en la Ley de Isapre vigente y que, como tal, ha generado obligaciones y cargas para ambas partes. Al ser un contrato complejo, de tracto sucesivo y destinado a cumplirse en el tiempo, este



Foja: 1

contrato ha generado obligaciones de diversa naturaleza para las partes: de dar, hacer y de no hacer, lo que configura la legitimación activa y pasiva de autos.

5. Efectos del Incumplimiento de las Obligaciones de Hacer y de No Hacer. Derecho del Acreedor a Demandar Directamente Indemnización de Perjuicios. Criterio de Especialidad del Artículo 1553 respecto del Artículo 1489 del Código Civil. Artículo 1555 del Código Civil.

Citando abundantes normas legales relativas a la materia, así como doctrina y jurisprudencia respecto de la autonomía de la acción de indemnización de perjuicios.

6. Presupuestos Copulativos para la Procedencia de la Indemnización de Perjuicios Contractuales:

6.1. Vinculación jurídica, negocio, convención o contrato; Señala, que en la especie, se trata de un contrato de salud previsional y sus respectivas convenciones modificatorias, suscrito por las partes el día 28 de abril de 1993 y vigente a la fecha.

6.2. Obligaciones que dan origen a prestaciones que debe satisfacer el deudor al acreedor. En la especie, desde la perspectiva de Colmena, la obligación de calcular y determinar el precio de la cotización a pagar por el afiliado y sus cargas, con arreglo a la normativa vigente y la obligación de no cobrar o, en su caso, retener excesos de cotización, sobre la base de un cálculo realizado con cargo a índices y factores inexistentes en el ordenamiento jurídico.

6.3. Incumplimiento de la obligación previamente establecida, reitera la idea de la contravención por parte de la demandada de las disposiciones legales de orden público que regulan el contrato de salud previsional que la vincula con el actor.

6.4. Hecho de la imputación del incumplimiento o culpabilidad. Apartado que razona en torno a ser un contrato sinalagmático perfecto, oneroso y conmutativo, cediendo en beneficio recíproco de ambas partes, lo



Foja: 1

cual impuso obligaciones a Isapre Colmena por las que debe responder de culpa leve.

El apartado relativo a “6.5. Perjuicios”, expresa que la presente demanda persigue la indemnización de:

Daño Patrimonial.

Daño emergente: Explica, que se deben reconocer todos los excesos de cotizaciones cobrados por Isapre Colmena a doña Maritza Erika Gulle Gaete, con cargo a 60 meses de cotizaciones de salud, por un total proyectado de U.F. 136,680, por su equivalente en pesos al día del pago efectivo. Lo anterior, sin perjuicio de los excesos que sigan cobrándose a la afiliada por aplicación ilegal de la tabla de riesgos y sin perjuicio de la determinación exacta de su monto a ser realizada del análisis pormenorizado de los documentos contractuales y certificados de cotizaciones pagadas. Aseverando, que al día de interposición de la demanda ascienden a la suma de \$4.758.104.-

Lucro Cesante: Consistente en los intereses corrientes aplicados a todos los excesos de cotización pagados por la actora a la demandada, con motivo del empleo de la tabla de factores de riesgo derogada por el Tribunal Constitucional para el cálculo y cobro de sus cotizaciones de salud, lo que sustenta como una razonable expectativa del actor a incrementar su patrimonio con esos ingresos o valores.

Expresa, que en base a la rentabilidad promedio esperable para una operación de crédito de dinero en condiciones regulares, resulta aplicable la tasa de interés corriente para operaciones no reajustables en moneda nacional de 90 días o más, inferiores o iguales al equivalente de 50 UF, conforme la fijación de dicho índice por parte de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras hasta el mes de diciembre de 2018 y a contar del mes siguiente por parte de la Comisión de Mercado Financiero, todo ello, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 6 y 6 bis de la Ley N°18.010. Del mismo modo, para dicho cálculo, debe tenerse en consideración lo establecido en el inciso final del artículo 9 de la Ley N°18.010.



Foja: 1

En base al sobreprecio cobrado mes a mes al afiliado y teniendo en vista los índices publicados por las reparticiones indicadas precedentemente, los intereses corrientes demandados a título de lucro cesante ascenderían a la suma de \$5.570.193.- cuya liquidación acompaña en tabla de desarrollo y sin perjuicio de los intereses corrientes que se sigan devengando con cargo a los excesos cobrados al afiliado, en tanto la demandada continúe aplicando la tabla de factores de riesgo para el cálculo del precio de su plan de salud.

Daño Moral: Consistente en la aflicción de verse expuesto a soportar durante largos años e injustificadamente, mayores cargas patrimoniales para acceder a un derecho básico y elemental como lo es la protección de su salud y la de su familia, agrega, que ha debido enfrentar la aflicción de verse expuesta a perder parte de la cobertura de salud con que cuenta, al enfrentarse a la contingencia cierta de renunciar a ciertas prestaciones al cambiarse a un plan con peores condiciones, o tener que desafiliarse y migrar al sistema de salud público, produciéndose finalmente una afectación de derechos constitucionales y por ende, a su dignidad humana, daños que avalúa en la suma de \$3.000.000.

6.6. Relación de Causalidad entre Incumplimiento y Perjuicios.
Afirma, que los perjuicios aludidos sufridos por su parte, han sido consecuencia directa e inmediata del incumplimiento por parte de Isapre Colmena a las obligaciones legales derivadas del contrato de salud previsional, de tal suerte que, de no mediar dicha contravención, el afiliado hubiera ahorrado UF 2,278 cada mes, en cotizaciones de salud previsional, no viendo mermadas sus remuneraciones y/o pensiones y, por supuesto, teniendo la opción de invertir tales fondos en ahorro o proyectos personales.

6.7. Ausencia de causales de justificación, exención y extinción de la responsabilidad del deudor y 7.8. Mora del deudor.

En consecuencia, el actor solicita se declare:

1.- Que, la demandada ha incurrido en un incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de salud previsional que la vincula con doña Maritza Erika Gulle Gaete, al haber infringido las disposiciones de orden público que establecen los derechos y obligaciones derivados de tales contratos;



Foja: 1

2.- Que, en base a dicho incumplimiento y sin perjuicio de las sumas que sean establecidas y calculadas de acuerdo con el mérito del proceso, se condena a la demandada al pago de una indemnización total ascendente a \$13.328.297.- que comprende:

a) UF 136,680 equivalentes a la fecha de presentación de la demanda a la suma de \$4.758.104.- por concepto de daño emergente, por los perjuicios directos sufridos por la demandante, representados por los excesos de cotizaciones de salud cobrados por la demandada por aplicación de la tabla de factores de riesgo determinada con arreglo a las disposiciones derogadas del artículo 199 de la Ley de Isapre, sin perjuicio de las sumas exactas que sean determinadas por este concepto, de acuerdo al mérito del proceso;

b) La suma de \$5.570.193.- por concepto de lucro cesante, correspondientes a los intereses corrientes aplicados a todos los excesos indebidamente cobrados a la demandante por todo el período cubierto por la presente demanda;

c) \$3.000.000.- por concepto de daño moral;

3.- Las sumas decretadas deberán ser pagadas con los correspondientes reajustes e intereses legales; y

4.- La demandada deberá ser condenada al pago de las costas de la causa.

A folio 11, con fecha 23 de junio de 2022, consta notificación personal a la demandada Isapre Colmena Golden Cross S.A.

A folio 12, la parte demandada, contestó la demanda solicitando que sea rechazada en todas sus partes, con costas. Así, luego de hacer una exposición de la acción deducida en su contra, señala:

En cuanto a los hechos, reconoce que la demandante suscribió un contrato de salud con Colmena Golden Cross S.A., en el año 1999, con un plan originalmente contratado denominado S4700 encontrándose vigente en calidad de afiliada hasta la actualidad, sin embargo, explica, que en el año 2005 se realiza un cambio de plan, por lo que a esta fecha el Plan de Salud vigente corresponde al S4705, sin cargas en el contrato.



Foja: 1

Explica, que dicho contrato establece un precio base, como una tabla de factores relativos a lo que además hay que sumar la Prima GES (Garantías Explicitas de Salud), establecida por ley. Reconoce que la cotización del plan de salud de la demandante se encuentra pactada en un valor de 1,97 UF, con un precio base de 1,47 UF producto del alza de precio base del año 2023. Afirma, que dicho valor de 1,97 UF se ha mantenido invariable desde junio de 2023. Relata, que antes del aumento de precio base producido durante el año 2023, el precio base ascendía a 1,43 entre el periodo de octubre de 2022 y mayo de 2023, lo anterior debido a la adecuación de precio base efectuada en el año 2022. Por último, antes de ello correspondía a 1,34 UF, el cual se mantuvo inalterable desde el año 2013 hasta el aumento del año 2022, ya que la demandante recurrió de protección durante todos los años para que no aumentara su precio base teniendo sentencias favorables a ese respecto. Agrega, que a dicho Precio Base se adiciona la Prima GES que corresponde por cada uno de los beneficiarios del Plan de Salud de la actora, el cual actualmente se encuentra pactado en un valor de 0,4 UF por beneficiario (siendo sólo ella), además de 0,10 UF por la Cobertura adicional para Enfermedades Catastróficas (CAEC), con un valor total actual de 1,97 UF.

Controvierte que la demandante haya pagado supuestos excesos al tenor de 2,278 UF mensuales, pues -como reconoce la propia actora- interpuso con fecha 23 de marzo de 2022, Recurso de protección signado con el Rol N°13214-2022, ante la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso por la aplicación de la tabla de factores etarios a su plan de salud, tabla que se dejó de aplicar ya desde el cumplimiento de la orden de no innovar decretada en dichos autos con fecha 23 de marzo de 2022, y con mayor razón en virtud de la dictación de la sentencia con fecha 1° de agosto de 2022, quedando una cotización total a pagar en definitiva de 1,84 UF- (recordemos que durante el año 2023 dicha cotización subió a 1,97 UF debido al alza de precio base de dicho año).

Ahora bien, de considerar que se configura la indemnización de perjuicios alegada por la contraria, los supuestos excesos sólo podrían ser considerados entre el día 23 de junio del año 2019 al día 23 de marzo del



Foja: 1

año 2022, con un total de 77,452 UF (por un período de 34 meses hasta la fecha de la ONI previamente señalada), y no de 136,680 UF., como hubiere sido demandado, dado que, desde el mes de marzo de 2022 a la actualidad, no ha existido aplicación de la tabla de factores al plan de salud de la actora, por lo que malamente podrían ser considerados para efectos del cálculo de lo que intenta demandarse injustamente

Hace presente que, el hecho que el precio base del plan de la actora se encuentre pactado en UF que, según corresponde ha variado con el paso del tiempo, en nada influye respecto de la aplicación o no de la tabla de factores. Agrega, que desde el año 2010 el factor etario de la demandante se encontraba congelado en el tramo etario que correspondía según su sexo y edad, por causa de la sentencia de fecha 6 de agosto de 2010, dictada por el Tribunal Constitucional, publicada en el Diario Oficial el día 9 de agosto de 2010.

En otro apartado, argumenta en base a las modificaciones introducidas al antiguo artículo 38 ter de la Ley de Isapre, actual y vigente artículo 199 del D.F.L. N°1, del Ministerio de Salud, lo que desarrolla latamente en relación con la sentencia en la Causa **Rol N°1710-10-INC** del Tribunal Constitucional.

Refiere, que la existencia de las tablas de factores relativas a sexo y edad no devienen del artículo 38 ter declarado inconstitucional, actual artículo 199 del referido D.F.L. N°1 de 2005, del Ministerio de Salud, sino que de la normativa consagrada mediante el artículo 170 del mismo D.F.L. N°1, específicamente sus letras m) y n). Es decir, juntamente con derogar las normas legales indicadas, el Tribunal Constitucional dispuso que debían crearse nuevas tablas de factores relativos que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 170 letras m) y n) del D.F.L. N°1 de 2005, del Ministerio de Salud, permitieran establecer en el futuro los precios finales de los Planes de Salud.

Indica, que tal como señaló el mismo Tribunal Constitucional en su considerando Centésimo sexagésimo tercero, el actual artículo 199 del D.F.L. N°1 de 2005 ya referido, fue el único sometido a análisis



Foja: 1

constitucional, el que por lo demás no instituye la tabla de factores, sino que simplemente regula su estructura, encontrándose el origen de esta tabla en el artículo 170 ya señalado, agrega, que la sentencia del Tribunal Constitucional ya citada indica expresamente que serán los órganos colegisladores, quien en uso de sus facultades deberán determinar la forma de dar cumplimiento a la misma, haciendo presente, que en la práctica aquello sí ha ocurrido y ha sido la Superintendencia de Salud quien ha regulado la materia ateniéndose estrictamente a lo resuelto por el Excelentísimo Tribunal Constitucional

Así, el actual artículo 199 del D.F.L N°1, da cuenta que el inciso 2° de dicho articulado se mantiene vigente, disponiendo de manera textual: *“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”*, facultad que es reconocida de manera expresa por el Tribunal Constitucional, señala que el hecho que un poder del estado “desconozca” las competencias y facultades de otro poder del estado (tal como hace querer entender la contraria respecto del Poder Judicial con el Poder Legislativo), no minimiza ni “borra” las facultades que expresamente la ley ha reconocido para un ente jerárquico otorgado mediante norma con rango de ley, debiendo recordar en este punto que donde la ley no interpreta, no hay pie para el Juez a hacerlo. Desarrolla cuales son las atribuciones de la Superintendencia de Salud en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional.

Afirma, que los órganos colegisladores sólo recientemente han dado cumplimiento a lo resuelto en este fallo y han efectuado la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores a que ellas han debido ajustarse con posterioridad a la derogación legal tratada. Sin embargo, antes de que ello ocurriera existía una completa desregulación en la materia, donde lo único claro era que seguían vigentes las antiguas tablas para la determinación del precio a pagar por el Plan de Salud contratado, pero sin poder variar en el tramo a lo largo de la vida del Afiliado. Sin perjuicio de la creación de estas nuevas tablas, ellas sólo aplican a los



Foja: 1

nuevos contratos celebrados entre afiliados y las Isapre, quedando por tanto vigentes las antiguas tablas para los contratos anteriores, cuyo es el caso.

Destaca que los Contratos de Salud entre las Isapre y sus afiliados, son contratos de tracto sucesivo y que por lo tanto se renuevan año a año, por voluntad de las partes contratantes que desean extender en el tiempo el vínculo jurídico que las une. En vista de lo anterior, es que año a año la actora ha pactado con su representada la forma de cálculo del precio a pagar, sin haber jamás efectuado un reproche al mismo.

En un segundo apartado, indica, que no es efectivo que su representada adeude suma alguna a la actora por concepto de daño emergente o lucro cesante, pues es claro que no existe incumplimiento contractual por parte de la Isapre Colmena ni mucho menos de las normas de previsión y seguridad social, ya que, las tablas de factores siguen vigentes pero congeladas, pronunciándose recientemente -junio del año 2021- el legislador, estableciendo la falta de facultad de las Isapre de aumentar dichos factores etarios cuando sean mayores, pero no diciendo nada respecto de esta supuesta prohibición de aplicación de aquellas.

Desarrolla extensamente los requisitos para la procedencia de un incumplimiento de carácter contractual, destacando su argumentación que ya desde el mes de marzo de 2022 se dejó de aplicar la tabla de factores al plan de salud de la actora.

En cuanto al daño moral demandado, cita jurisprudencia para argumentar que si bien la regulación del daño moral es facultad exclusiva de los Jueces de la causa, es menester que previamente la existencia de tal daño haya sido probada, por lo que corresponde que la actora lo acredite fehacientemente en estos autos, más allá de cualquier duda, así como también deberá acreditar el vínculo causal que debe existir entre el supuesto daño sufrido y el supuesto incumplimiento contractual, ahondando acerca de los requisitos de procedencia del daño moral, concluyendo, que la actora siempre ha conservado su derecho a optar por un sistema privado de previsión de salud o por un sistema público, así como el tener la libertad de moverse por diversos planes (dentro de sus riesgos financieros) en el sistema



Foja: 1

de salud público, por lo que no ve como Isapre Colmena, por cobrar el precio como legalmente corresponde, habría provocado tal nivel de daño que lo haría titular de una indemnización por daño moral como la solicitada en autos.

En cuanto al derecho, desarrolla la idea del pago de lo no debido y sus requisitos, relacionándolo con la sentencia del Tribunal Constitucional y sus presentaciones en dichas instancias. Es enfático en señalar que el contrato de salud y la tabla de factores que contiene el mismo fue pactada por ambas partes en uso de la libertad contractual.

Posteriormente, vuelve sobre la argumentación de las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional, reiterando, el reconocimiento a la existencia y aplicación de las tablas en discusión, lo que desarrolla mediante citas de diferentes sentencias.

En otro orden de ideas desarrolla argumentación del ámbito administrativo y legislativo de la normativa vigente que se pronuncia respecto de la aplicación y vigencia de las tablas de factores relativos a edad y sexo, transcribiendo parte del oficio SS/N°548 de fecha 18 de marzo de 2011 de la Superintendencia de Salud. Agrega, una exposición de la Resolución Exenta SS/N°225 y Circular IF N°317 de fecha 18 de octubre de 2018, Resolución Exenta SS/N°282 y Circular IF N°343, todo para sostener la utilización de las tablas de factores.

En su conclusión, sostiene que se ha dado cabal cumplimiento a lo ordenado por la Superintendencia de Salud y la normativa legal vigente. Por tanto, solicita que la demanda sea rechazada en todas sus partes con costas.

A folio 16, la demandante evacuó el trámite de la réplica reiterando todos los argumentos latamente expuestos en su demanda.

A folio 18, la demandada evacuó el trámite de la réplica reiterando todos los argumentos latamente expuestos en la contestación de la demanda, asimismo, ratifica todas y cada una de las excepciones y defensas hechas valer en la contestación.



Foja: 1

Además, opone la pérdida de oportunidad de la litis incoada y la existencia de cosa juzgada respecto de la materia de autos.

Señala, que la Excelentísima Corte Suprema -en el caso de Isapre Colmena en el Recurso de Protección Rol de Ingreso N°16.630-2022, caratulado “Anabalón con Isapre Colmena Golden Cross S.A.”- se pronunció respecto de la aplicación de las tablas de factores etarios, especialmente aquella regulada en el año 2019 por la Superintendencia de Salud mediante su Circular IF/N°343, zanjando en definitiva la correcta interpretación judicial respecto de lo fallado ya hace 12 años atrás por el Tribunal Constitucional, mediante una sentencia que posee una aplicación de carácter erga omnes, viniendo a su juicio en ocasionar la pérdida de oportunidad de la presente litis.

Señala, que esta sentencia no puede ser desconocida por la contraria, buscando obtener un fallo contra cosa juzgada a fin de obtener indemnizaciones a las que no tiene derecho, considerando que lo demandado ya ha sido resuelto mediante sentencia de la Excma. Corte Suprema, la que tiene el carácter de firme y ejecutoriada, por no existir otra instancia a su respecto, y la misma ha resuelto precisamente la materia de autos generándose a su juicio la aplicación de la institución de la cosa juzgada respecto de este procedimiento.

Agrega que, existiendo cosa juzgada, por las razones ya esgrimidas, toda diferencia que se suscite del supuesto incumplimiento que ha sido alegado por el demandante, deberá ser resuelto por la propia Superintendencia de Salud, mediante las instrucciones de aplicación general que obligatoriamente deberá dictar a fin de ejecutar lo sentenciado.

Finalmente, viene en subsanar un error involuntario de la contestación de la demanda cuando señala que: *“los supuestos excesos sólo podrían ser considerados entre las fechas del 23 de Junio del año 2019 al 23 de Marzo del año 2022, con un total de 77,452 UF (por un período de 34 meses hasta la fecha de la ONI previamente señalada), en realidad debió decir, 23 de junio de 2018, lo cual lleva a que en realidad no sean 34 los meses a considerar sino que 45 y por ende cambia el cálculo de lo señalado,*



Foja: 1

con un total de 102,51 UF., y no de 136,680 UF., como hubiere sido demandado.

A folio 28, se realizaron los llamados de rigor a la audiencia de **conciliación** fijada, certificándose por el secretario del tribunal la inasistencia de ambas partes.

A folio 31, se **recibió la causa a prueba**, rindiéndose la que obra en autos.

A folio 47, se **citó a las partes a oír sentencia**.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, comparece el abogado don José Luis Baro Ríos, en representación convencional de doña **MARITZA ERIKA GULLE GAETE**, quien deduce demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual en procedimiento ordinario de mayor cuantía en contra de **ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A.**, todos ya individualizados, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la primera parte de esta sentencia, que se dan por reproducidos.

SEGUNDO: Que, legalmente emplazada, la demandada pidió el rechazo de las acciones deducidas en su contra de acuerdo con los fundamentos expuestos en la primera parte de esta sentencia, que también se dan por reproducidos.

TERCERO: Que, para acreditar su pretensión, la parte demandante rindió la siguiente prueba:

Instrumental:

A folio 1:

1.- Certificado de afiliación de fecha 24 de febrero de 2022, de doña Maritza Erika Gulle Gaete a Isapre Colmena que señala que la actora se encuentra afiliada a la institución desde el día 28 de abril de 1993, incorporada al plan de salud S 4705;

2.- Contrato de salud de Isapre Colmena, plan de salud S 4705;

3.- Formulario único de notificación (FUN) Folio 20222838, tipo 4, de fecha 14 de julio de 2020, emitido por Isapre Colmena a doña Maritza Erika Gulle Gaete; y,



Foja: 1

4.- Copia autorizada de sentencia de fecha 1° de agosto de 2022, recaída en recurso de protección rol de ingreso N°Protección-13214-2022, tramitado ante la Iltna. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

A folio 37:

1.- Expediente electrónico de recurso de protección tramitado en beneficio de doña Maritza Erika Gulle Gaete ante la Iltna. Corte de Apelaciones de Valparaíso, bajo el rol de ingreso N° Protección-13214-2022;

2.- Hoja de cálculo de excesos de cotización e intereses corrientes producidos entre el mes de junio de 2018 (cinco años antes de la notificación de la demanda) y el mes de marzo de 2022 (fecha de emisión de FUN en cumplimiento de recurso de protección), conforme estructura de precio del plan de salud de doña Maritza Erika Gulle Gaete, aplicando factor neutro “1” por beneficiario o “un precio base por beneficiario”, con exclusión de los factores de riesgo aplicados por la demandada;

3.- Certificado de tasas de interés por el período comprendido entre junio de 2018 y abril de 2024; emitidos por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hasta el mes de diciembre de 2018; y, a contar del mes siguiente, por la Comisión de Mercado Financiero;

4.- Sentencia dictada por el Excmo. Tribunal Constitucional con fecha 6 de agosto de 2010 en autos Rol 1710-10 publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de agosto de 2010, que deroga los numerales 1 a 4 del artículo 199 de la Ley de Isapre por Inconstitucionalidad;

5.- Circular IF/N°343 emitida por la Superintendencia de Salud con fecha 11 de diciembre de 2019;

6.- Sentencia dictada por la Iltna. Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 18 de febrero de 2022 en autos Protección-778-2022;

7.- Set de documentos consistentes en informes de cumplimiento de sentencia, formularios únicos de reemplazo y resoluciones que tuvieron presente lo informado y por cumplido lo ordenado por parte de Isapre



Foja: 1

Consalud S.A., en recursos de Protección-10264-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta; Protección-11418-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta; Protección-13455-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-30732-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-26784-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-9692-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta; Protección-29932-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-36851-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-8349-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta; Protección-9389-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta; Protección-29389-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-10375-2021, Corte de Apelaciones de Concepción; Protección-10376-2021, Corte de Apelaciones de Concepción; Protección-33129-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-38583-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-9957-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta;

8.- Set de documentos consistentes en informes de cumplimiento de sentencia, formularios únicos de reemplazo y resoluciones que tuvieron presente lo informado y por cumplido lo ordenado por parte de Isapre Cruz Blanca S.A. en recursos Protección-31341-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-33224-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-43548-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-38408-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-31343-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-29367-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-35824-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-32229-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-9873-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta; Protección-13442-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-26808-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-33311-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-36577-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-13440-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-29378-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-41348-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-33303-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-46542-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; y Protección-10261-2021, Corte de Apelaciones



Foja: 1

de Antofagasta; Protección-26807-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso;

9.- Set de documentos consistentes en informes de cumplimiento de sentencia, formularios únicos de reemplazo y resoluciones que tuvieron presente lo informado y por cumplido lo ordenado por parte de Isapre Banmedica S.A. en recursos Protección-33869-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-29369-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-45480-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-29928-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-39223-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-10565-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta; Protección-32650-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; y Protección-8736-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta;

10.- Set de documentos consistentes en informes de cumplimiento de sentencia, formularios únicos de reemplazo y resoluciones que tuvieron presente lo informado y por cumplido lo ordenado por parte de Isapre Vida Tres S.A. en recursos Protección-29074-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección- 33225-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-33230-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; y Protección-34669-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso;

11.- Set de documentos consistentes en informes de cumplimiento de sentencia, formularios únicos de reemplazo y resoluciones que tuvieron presente lo informado y por cumplido lo ordenado por parte de Isapre Nueva Masvida S.A. en recursos Protección-34845-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; y Protección-9693-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta; y,

12.- Set de documentos consistentes en informes de cumplimiento de sentencia, formularios únicos de reemplazo y resoluciones que tuvieron presente lo informado y por cumplido lo ordenado por parte de Isapre Nueva Colmena Golden Cross S.A. en recursos Protección-43705-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-26751-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-27805-2021, Corte de Apelaciones de



Foja: 1

Valparaíso; Protección-26764-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-38416-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; Protección-10965-2021, Corte de Apelaciones de Antofagasta; Protección-33858- 2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso; y Protección-37750-2021, Corte de Apelaciones de Valparaíso.

CUARTO: Que, de otro lado, la parte demandada rindió la siguiente prueba en apoyo a su defensa:

Instrumental.

A folio 40:

- 1.- Contrato de salud de Isapre Colmena, plan de salud S 4705;
- 2.- Certificado de afiliación de fecha 5 de julio de 2024, de doña Maritza Erika Gulle Gaete que certifica que se encuentra afiliada a la Isapre demandada desde el día 28 de abril de 1993;
- 3.- Certificados de cotizaciones pagadas de fecha 5 de julio de 2024, de doña Maritza Erika Gulle Gaete, correspondiente a los años 2018 a 2022;
- 4.- Formulario Único de Notificación (FUN) Folio N°20222837, de fecha 14 de julio de 2020, Tipo 8, emitido por Isapre Colmena a doña Maritza Erika Gulle Gaete;
- 5.- Formulario Único de Notificación Folio N°20703674, de fecha 23 de marzo de 2022, Tipo 6789, emitido por Isapre Colmena a doña Maritza Erika Gulle Gaete;
- 6.- ORD. S.S/N°548 impartida por la Superintendencia de Salud dirigido a Gerentes Generales de Isapre entre otros de fecha 18 de marzo del año 2011;
- 7.- Circular IF/N°317 impartida por la Superintendencia de Salud de fecha 18 de octubre de 2018, que Instruye a las Isapres a aplicar la reducción de precio por cambio de factor etario en la ejecución de los contratos de salud.



Foja: 1

8.- Resolución Exenta SS/N°282 impartida por la Superintendencia de Salud de fecha 5 de abril del año 2019, que dispone la rebaja de los tramos etarios, reconociendo la aplicación de las tablas de factores etarios;

9.- Circular IF/N°343 impartida por la Superintendencia de Salud de fecha 11 de diciembre de 2019, que imparte instrucciones sobre una tabla de factores única para el sistema Isapre;

10.- Ordinario SS N°2582, pronunciado por la Superintendencia de Salud, de fecha 6 de septiembre de 2021, respecto de la legalidad de la aplicación de las tablas de factores;

11.- Fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema con fecha 30 de noviembre de 2022, en Recurso de Apelación Ingreso N°16.630-2022, caratulado “Anabalón con Isapre Colmena Golden Cross S.A.”;

12.- Aclaración, rectificación y enmienda pronunciada por la Excma. Corte Suprema en Recurso de Apelación Ingreso N°16.630-2022, caratulado “Anabalón con Isapre Colmena Golden Cross S.A.”;

13.- Ley N°21.674 de fecha 20 de mayo de 2024, que “Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005, del Ministerio de Salud, en las materias que indica, crea un nuevo modelo de atención en el Fondo Nacional de Salud, otorga facultades a la Superintendencia de Salud y modifica normas relativas a las Instituciones de Salud Previsional”; y,

14.- Circular IF/N°468, de fecha 13 de mayo de 2024, que “Imparte instrucciones para formalizar la incorporación de la tabla de factores única a los contratos de salud, conforme a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema”.

QUINTO: Que, son hechos de la causa, por no haber sido controvertidos o encontrarse debidamente acreditados en el proceso, los siguientes:

1.- Que, doña Maritza Erika Gulle Gaete se encuentra afiliada a Isapre Colmena, desde el día **28 de abril de 1993**, incorporada al plan de salud S 4705, materializado en un contrato de salud suscrito entre las partes del juicio cuya naturaleza es ser de tracto sucesivo y dirigido;



Foja: 1

2.- Que, el plan de salud contratado por la actora -S 4705- contiene la “Tabla de factores”;

3.- Que, el Excmo. Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 6 de agosto de 2010, causa Rol 1710-10-INC, determinó: “Que los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 Ter de la Ley N°18.933, son inconstitucionales”;

4.- Que, según los dos Formularios Únicos de Notificación, emitidos por la demandada respecto de la actora correspondientes al mes de julio del año 2020, el plan de salud de doña Maritza Erika Gulle Gaete contenía un factor grupo familiar de 2,70 U.F. Refuerza lo anterior, el certificados de cotizaciones pagadas por la actora entre los años 2018 a 2022, acompañado por el propio demandado, donde figura que, hasta el mes de marzo del año 2022, pagaba una cotización total de 4,12 U.F., infiriendo entonces que Isapre Colmena hasta esa fecha aplicó al plan base la tabla de factor de riesgo;

5.- Que, con fecha **1° de agosto de 2022**, la Iltna. Corte de Apelaciones de Valparaíso, acogió, con costas, el recurso de protección deducido por la actora en contra de Isapre Colmena S.A., en Ingreso Corte N°13214-2022, fundado en la aplicación de tabla de factores discriminatoria de acuerdo con sexo y edad, disponiendo: *“Por estas consideraciones y lo establecido en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se rechaza la alegación de extemporaneidad y, en cuanto al fondo, se acoge, con costas, el recurso de protección deducido a favor de Maritza Erika Adriana Gulle Gaete, sólo en cuanto se dispone que la recurrida ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A. deberá determinar el precio del plan de salud de la parte recurrente y sus cargas, absteniéndose de utilizar y aplicar la tabla de factores elaborada en base a aquellas normas legales que fueron declaradas inconstitucionales y derogadas por la sentencia dictada por el Excmo. Tribunal Constitucional en sus autos Rol N° 1710-10-INC.”*; y,

6.- Que, el Formulario Único de Notificación (FUN) Folio 20703674, de **fecha 23 de marzo de 2022**, Tipo 6789, emitido por Isapre Colmena,



Foja: 1

contiene un factor grupo familiar de 1,00, eliminando la Isapre demandada la tabla de factores del precio del contrato de salud de la actora, multiplicando el precio base del plan solamente por el número de beneficiarios que en la caso de autos es 1 -la afiliada sin carga-, en cumplimiento con la sentencia dictada en el recurso de protección individualizado en el número anterior.

SEXTO: Que, con todo lo anterior, corresponda ahondar en el punto de si la Isapre demandada aplicó de conformidad a la normativa vigente y a las instrucciones impartidas por la entidad fiscalizadora pertinente, la tabla de factores de riesgo para los efectos de la determinación del precio final del plan de salud contratado por la demandante afiliada, determinando la época en que se aplicó y si era legítima dicha aplicación. Para luego analizar, en el caso de acreditarse un incumplimiento culpable por parte del demandado, la existencia de los perjuicios sufridos por la actora a consecuencia de lo primero. Este último punto, específicamente en relación con el supuesto exceso de pago de las cotizaciones por parte de la actora que acusa en el libelo lo que se traduce en el daño emergente, sumado al lucro cesante y daño moral demandado.

SÉPTIMO: Que, no existe controversia entre las partes respecto a la naturaleza del contrato de salud suscrito entre un afiliado y una Institución Previsional de Salud en cuanto a que es de tracto sucesivo y dirigido. En relación con este último punto, sobre su carácter dirigido, el DFL N°1 del Ministerio de Salud otorga amplias potestades a la Superintendencia de Salud a fin de regular su contenido, encontrándose incorporado a dicho contrato -entre otros documentos- el Formulario Único de Notificación (FUN), instrumento que sirve -entre otras cosas- para modificar su precio base y beneficios, siendo su formato regulado mediante el Título III, Capítulo III del Compendio de Instrumentos Contractuales de la Superintendencia de Salud.

Que, de otra parte, de acuerdo con el artículo 1545 del Código Civil: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Por otro lado, el artículo 1546 del citado cuerpo de leyes dispone que: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente*



Foja: 1

obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

OCTAVO: Que, en lo que respecta a la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, ésta tiene lugar cuando se infringe una obligación preexistente entre las partes, fundamentalmente de origen convencional, y por asimilación, de otras fuentes extracontractuales (René Abeliuk Manasevich, Las Obligaciones, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, año 2011, pág. 911).

También se ha dicho que: *“La responsabilidad contractual es la sujeción a la sanción impuesta por un ilícito contractual. Este ilícito es el daño causado a otro por la infracción de una obligación o relación jurídica específica preestablecida, sea que derive ella de un contrato, un cuasicontrato o de una disposición de la ley, como la obligación alimenticia. Su sanción es la de reparar o indemnizar el daño causado por dicha infracción”* (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, Tratado de Las Obligaciones, Volumen II, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, año 2010, pág. 251).

Luego, de conformidad al inciso primero del artículo 1556 del Código Civil: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.*

En este sentido, la responsabilidad contractual es una consecuencia jurídica que deriva de una serie de supuestos de que están previstos en la norma y cuya concurrencia genera el deber de indemnizar el perjuicio causado. Dentro de los elementos esenciales de la responsabilidad encontramos: a) la acción u omisión; b) el daño o perjuicio, y c) la relación de causalidad.

NOVENO: Que, en el caso de autos, la principal alegación de la demandante dice relación con los incumplimientos contractuales de la demandada, al haber aplicado a su plan base de salud una tabla de factores -a su juicio- derogada por la sentencia de fecha 6 de agosto de 2010,



Foja: 1

dictada en causa rol N° 1710-10 -INC, por el Excmo. Tribunal Constitucional.

Que, cabe señalar en primer término y previo al análisis de fondo de estas alegaciones, que tanto la jurisprudencia administrativa como judicial ha sido disímil -incluso opuesta- en torno a la aplicabilidad o no de la tabla de factores a los afiliados a las Isapres, tanto así, que en fallos recientes de la Excma. Corte Suprema, roles N°16.630-2022, 25.570-2022, 14.513-2022, 12150-2022, 91300-2022, 13981-2022 y 16497-2022, se ha determinado la eliminación de las tablas de factores emanadas de las Instituciones de Salud Previsional, y la utilización de la tabla de factor única contenida en la circular N°343 de fecha 11 de diciembre de 2019 dictada por la Superintendencia de Salud, la que rige desde el día 1° de abril de 2020.

Por otra parte, útil resulta colacionar la doctrina invariable que ha sostenido la Excma. Corte Suprema en orden a que los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 38 ter de la Ley N°18.933 fueron declarados inconstitucionales por la sentencia del Tribunal Constitucional ya mencionada. De esta forma y según lo dispone el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución Política de la República, la mencionada disposición legal: *“se entenderá derogada desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*, publicación de la sentencia que se efectuó con fecha 9 de agosto de 2010.

DÉCIMO: Que, en este contexto, cabe concluir que la aplicación de la tabla de factores de riesgo a efectos de fijar el valor del plan de salud respecto de un afiliado a Isapre es una facultad que ha quedado sin base o sustento legal y, aún más, que adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito al contravenir el derecho público chileno, por hallarse en contradicción con la Carta Fundamental, por lo que su cobro resulta ilegal y vulnera las garantías constitucionales, concluyéndose que el pago mensual por el precio base de un plan de salud aumentado por la aplicación de una tabla de factores de riesgo que considera edad y sexo no es ajustada a la ley.

Que, si bien el Excmo. Tribunal Constitucional, en fallo Rol 1710-10-INC, declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 Ter de la Ley N°18.933, no procedió a la derogación íntegra del artículo 199 del DFL 1° de 2005, que fija el texto refundido,



Foja: 1

coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°2763 de 1979 y de las Leyes N°18.933 y 18.469, manteniéndose en lo demás.

Así, el actual artículo 199 del referido DFL, establece: *“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.- DEROGADO; 2.- DEROGADO; 3.- DEROGADO; 4.-DEROGADO, y 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”,* determinando la Superintendencia del Ramo, en uso de sus facultades previstas en el artículo 110 de la misma norma, una tabla de factores única mediante Circular N°343, de fecha 11 de diciembre de 2019, que: *“elimina la discriminación de precio basada en el sexo y restringe aquella fundada en la edad”,* también acompañada a los autos.

De este modo, en concordancia con los fallos pronunciados por la Excma. Corte Suprema, se procede a la eliminación de las tablas de factores de las Instituciones de Salud Previsional, disponiéndose que aquellas deberán dar aplicación estricta a la tabla de factores emitida por la Superintendencia de Salud, **con vigencia desde el 1° de abril de 2020**, derogando la Circular N°316 de fecha 18 de octubre de 2018, que prohibía la creación de nuevas tablas de factores.

Además, para el caso de autos, refuerza la idea anterior, ya que, con fecha 1° de agosto de 2022, se dictó sentencia en Recurso de Protección-13214-2022, tramitado ante la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, acogiendo el recurso interpuesto por la actora, lo que se ve reflejado en el Formulario Único de Notificación, Folio 20703674, de fecha 23 de marzo de 2022, Tipo 6789, donde se aplicó un factor grupo familiar de 1,00,



Foja: 1

modificando en este sentido los Formularios Únicos de Notificación N°20222837 y N°20222838, de fecha 14 de julio de 2020, que aplicaban al plan de salud de la actora un factor grupo familiar de 2,70.

UNDÉCIMO: Que, de otro lado, entre las partes no existe discusión acerca de la existencia de un contrato de salud previsional, siendo entonces el punto central de la controversia, la existencia y legalidad de la tabla de factores aplicada por parte de Isapre Colmena Golden Cross S.A., demandada de autos.

Que, aun teniendo conocimiento esta magistrada que existe variada jurisprudencia sobre esta materia, la que tiene diversas interpretaciones, no se puede desconocer que por sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso se determinó que la demandada, Isapre Colmena Golden Cross S.A., incurrió en una acción arbitraria e ilegal, al aplicar la tabla de factores del plan de salud, determinando dicha Corte que: *“Por estas consideraciones y lo establecido en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se rechaza la alegación de extemporaneidad y, en cuanto al fondo, se acoge, con costas, el recurso de protección deducido a favor de Maritza Erika Adriana Gulle Gaete, sólo en cuanto se dispone que la recurrida ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A. deberá determinar el precio del plan de salud de la parte recurrente y sus cargas, absteniéndose de utilizar y aplicar la tabla de factores elaborada en base a aquellas normas legales que fueron declaradas inconstitucionales y derogadas por la sentencia dictada por el Excmo. Tribunal Constitucional en sus autos Rol N° 1710-10-INC.”*; lo que no puede sino ser considerado como incumplimiento contractual por parte de la demandada, sentencia que produce plenos efectos entre las partes y resulta vinculante para este Tribunal.

DUODÉCIMO: Que, aclarado lo anterior, y en virtud de la sentencia dictada por el Excmo. Tribunal Constitucional, corroborado en la sentencia dictada en favor de la actora por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso y lo constatado en los Formularios Únicos de Notificación emitidos por la demandada respecto del plan de salud de la actora, deberá estarse a los perjuicios efectivamente causados a ésta última y se considerará



Foja: 1

a cada beneficiario como un factor “1” a multiplicarse por el precio base de “1,34”, que en el caso de autos el factor a multiplicar es “1” considerando que la afiliada no tiene carga adicional.

DÉCIMO TERCERO: Que, por otra parte, por ser un hecho público y notorio, debe tenerse presente lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en Rol Ingreso Corte **16.630-2022** (respecto de Isapre Colmena Golden Cross S.A.) y lo que indica la **Circular IF/N° 343** de la Superintendencia de Salud. Así, el Excelentísimo Tribunal ha resuelto: *“para dar adecuada protección al recurrente y a todos los afectados con la aplicación de la tabla de factores empleada por la recurrida a sus planes y contratos de salud, con pleno respeto del principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República esta Corte deberá declarar como ilegal y arbitrario el hecho de mantener su vigencia con carácter general para todos los contratos individuales de salud que administra y a los que aplica, ordenando las medidas que se indicarán en lo resolutivo para restablecer el imperio del derecho, de conformidad con las facultades conferidas en el artículo 20 de la Carta Fundamental.”* (Rol 16.630- 2022, considerando 27; Rol N° 25.570-2022, considerando 24; Rol N° 14.513-2022, considerando 24).

Y específicamente la declaración 2° señala: *“Consecuencialmente, se deja sin efecto la aplicación de dicha tabla de factores para calcular el precio final de todos los contratos de salud individual administrados por la Isapre Colmena Golden Cross S.A.”* Y a mayor abundamiento en dichos autos con fecha 9 de julio de 2023, se resolvió recurso de aclaración y enmienda en donde se reitera que: *“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”*; encontrándose, entonces, vigente el cumplimiento de la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, mediante la Superintendencia en razón de la Ley N°21.674.



Foja: 1

DÉCIMO CUARTO: Que, dicho lo anterior, y en virtud de la prueba rendida por ambas partes, y teniendo presente los periodos considerados en la sentencia precitada (Rol Ingreso Corte 16.630-2022), y la fecha de notificación de esta demanda, es que **deberá limitarse temporalmente** este pronunciamiento, quedando circunscrito al período que va entre el mes de junio de **2017** y el mes de marzo del año **2020**, es decir un total de **35** meses (de junio a diciembre del 2017, 2018, 2019 y enero, febrero y marzo de 2020), en donde se aplicó al plan de salud de la actora un factor grupo familiar de 2,70, lo que implicaba un cobro de 3,62 sin considerar GES, CAEC y beneficios adicionales y un costo total de 4,120 U.F., según dan cuenta los Formularios Únicos de Notificación (FUN) y el certificados de cotizaciones pagadas por la actora entre los años 2017 a 2020 acompañados a los autos, en circunstancias que conforme lo convenido por las partes el plan de salud S 4705, tenía un precio base de **1,34 U.F.**, y que de aplicarse correctamente las normas vigentes en la materia y lo resuelto tanto por el Tribunal Constitucional como en el Recurso de Protección interpuesto por la actora, el factor grupo familiar debía ser de 1,00 lo que sumado al precio plan base daría un cobro de **1,34 U.F** sin considerar GES, CAEC y beneficios adicionales y un costo total de 1,840 U.F calculo que correctamente hace la demandada recién en el Formulario Único de Notificación (FUN) correspondiente al mes de marzo del año 2022 para la cotización a descontar a partir de la remuneración del mes de abril del año 2022.

En consecuencia, por todo lo que se viene razonando y realizada una básica operación matemática, de restar la diferencia entre el cálculo anterior de precio base por factor de 3,62 U.F y el corregido de 1,34 U.F se llega a la conclusión que existe una diferencia de cotización mensual de **2,28 U.F** en desmedro de la actora, suma que debe multiplicarse por los meses cobrados indebidamente y no alcanzados por la prescripción, **dando como resultado un exceso pagado por la actora de 79.8 UF**, suma que deberá ser restituida por la demandada, en su equivalente en pesos al día del pago, de acuerdo a liquidación que se efectuará en su oportunidad por el Tribunal, más intereses para operaciones no reajustables en caso de constituirse en mora al deudor en la etapa de cumplimiento del fallo.



Foja: 1

DÉCIMO QUINTO: Que, de esta forma, y con el objetivo de hacerse cargo de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos de autos, es que se dirá que con los documentos que constan en autos ha quedado acreditado que la demandada, Isapre Colmena Golden Cross S.A., realizó cobros que consideraban una tabla de factores de riesgo no acordes a lo mandado por nuestro Tribunal Constitucional, lo que se refleja claramente en el certificado de cotizaciones y en los Formulaciones Únicos de Notificación respecto de la actora de autos, acarreando un perjuicio patrimonial que tiene como causa directa el actuar de la demandada quien no dio cumplimiento en los periodos ya mencionados, conforme lo resuelto por sentencia Rol 1710-10-INC del Tribunal Constitucional, no teniendo además a la vista las circulares del área, que por lo demás, su parte presenta a estos autos, quedando así acreditados todos los requisitos para acceder a una indemnización de perjuicio debiendo acogerse la demanda en cuanto se condena al demandado al pago del daño emergente en la forma como se dirá en definitiva.

DÉCIMO SEXTO: Que, en cuanto a los restantes daños demandados, cabe referir que el lucro cesante corresponde a la pérdida de la legítima ganancia esperada. En tanto, el daño moral, consiste, equivale y tiene su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona. Se toma el término dolor en un sentido amplio, comprensivo del miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral ocasionado por el hecho dañoso.

También puede ser entendido, tal como lo hace el profesor René Abeliuk Manasevich como un menoscabo de un bien no patrimonial, en cuanto dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos, consecuencias del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo.

Que, respecto al lucro cesante, la demandante lo avalúa en la suma de \$5.570.193.- pues hace aplicación de los intereses corrientes que representan en este caso la rentabilidad promedio, razonable y esperable que la actora habría obtenido de los excesos de cotización pagados a la demandada.



Foja: 1

En este punto, el Tribunal rechazará lo pedido en atención al período comprendido en autos y la fecha de notificación de la demanda, no pudiendo considerar constituido en mora al demandado para dichos periodos pues la obligación de pago a que se ha condenado al demandado ha sido declarada en la presente sentencia, debiendo devengarse el pago desde que ésta se encuentre firme y ejecutoriada, y además porque de la prueba rendida -instrumentos privados- no se logra acreditar lo solicitado, especialmente en lo que dice relación tratarse de un daño cierto, es decir, que efectivamente el dinero pagado en exceso hubiera generado intereses o ganancias ciertas para la actora. De otro lado, la restitución de las cotizaciones pagadas en exceso ordenada en los motivos precedente se dispuso de acuerdo con el valor de la U.F., al momento de la liquidación del crédito más intereses.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, finalmente, en cuanto al daño moral -que como todo daño debe probarse-, basta referir que la actora no rindió prueba alguna, no bastando sus meras declaraciones para tenerlo por acreditado, por lo que la demanda necesariamente ha de ser rechazada en cuanto a la indemnización del lucro cesante y daño moral demandado.

DÉCIMO OCTAVO: Excepción de cosa juzgada. Que para efectos metodológicos y de orden, el razonamiento sobre la excepción de cosa juzgada planteada por la parte demandada en su escrito de dúplica, se ha dejado para el final, pues en razón de lo que se viene decidiendo en los motivos anteriores, sólo puede prosperar parcialmente, pues los períodos que se reclaman por esta vía no corresponden **a todos los períodos** a los que hace referencia el mencionado fallo Recurso de Protección Rol de Ingreso N°16.630-2022, con efecto erga omnes, no dándose por tanto el elemento relativo al mismo objeto de pedir. En consecuencia, se acogerá parcialmente la excepción de cosa juzgada, respecto de las reclamaciones correspondiente al período que va desde **abril de 2020, y este caso en particular hasta marzo de 2022**, debido a la corrección de la tabla de factores en virtud de recurso de protección Ingreso Corte N°13214-2022 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, entablado por la actora, las que deberán ajustarse al procedimiento que ha determinado la Ley



Foja: 1

Nº21.674, en la Superintendencia, en virtud de existir una sentencia ejecutoriada respecto de esos periodos.

DÉCIMO NOVENO: Que, la restante prueba rendida y no pormenorizada precedentemente, en nada altera lo concluido por este Tribunal.

VIGÉSIMO: Que, atendido lo dispuesto por el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, cada parte soportará sus costas.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 3º, 1489, 1545, 1546, 1556, 1557, 1558, 1698, 1703 y siguientes del Código Civil; 144, 170, 342, 346 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; DFL Nº1 de Salud, Ley 21350 y demás normas pertinentes, se declara:

I.- Que, **SE ACOGE PARCIALMENTE** la excepción de cosa juzgada, en virtud de lo razonado en el motivo décimo octavo.

II.- Que, **SE ACOGE PARCIALMENTE** la demanda de fecha 10 de noviembre de 2022, rectificada con fecha 15 de febrero de 2023, solo en cuanto se condena a la demandada a devolver y pagar por concepto de cotizaciones previsionales enteradas en exceso la suma de **79,8 UF**, en su equivalente en pesos al día del pago efectivo, correspondiente al exceso de cotizaciones pagadas por la actora al demandado entre el **mes de junio del 2017 y el mes de marzo de 2020**, ambos inclusive, lo anterior de acuerdo con la liquidación que se efectuará en su oportunidad por el Tribunal, más intereses para operaciones no reajustables, en caso de constituirse en mora al deudor en la etapa de cumplimiento del fallo;

III.- Que, **SE RECHAZARÁ** lo solicitado por concepto de lucro cesante y daño moral del modo razonado en el motivo décimo sexto y décimo séptimo; y,

IV.- Que, **CADA PARTE** soportará sus costas.

Regístrese y notifíquese.

Rol C-12828-2022.

Pronunciada por doña Lorena Isabel Cajas Villarroel, Jueza Suplente.



Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Santiago, ocho de noviembre de dos mil veinticuatro.**

