

FOJA: 49 .-Cuarenta y nueve.-

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 8º Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-7329-2022
CARATULADO : BORTNIK/ISAPRE BANMÉDICA S.A.

Santiago, nueve de enero de dos mil veinticinco.

VISTO:

Al folio 1 comparece el abogado don José Luis Baro, en representación de don **Alberto Bernardo Bortnik Meimis**, arquitecto, ambos con domicilio en La Concepción 65 oficina 901, comuna de Providencia, Región Metropolitana, quien, en juicio ordinario de mayor cuantía, deduce demanda de indemnización de perjuicios en contra de **Isapre Banmédica S.A.**, institución de salud previsional regida por las disposiciones contenidas en el DFL N°1 del año 2005 del Ministerio de Salud, representada legalmente por don Aldo Gaggero Madrid, ignora profesión u oficio, ambos domiciliados en Apoquindo N°3600, 3º piso, comuna de Las Condes, Región Metropolitana, con el fin que se acoja la presente acción, en el sentido de declarar el incumplimiento 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, derogado parcialmente por el Tribunal Constitucional mediante sentencia dictada con fecha 6 de agosto de 2010, en la causa rol N°1710 -10 -INC, publicada en el Diario Oficial de fecha 9 de agosto de 2010, para el cálculo del precio final pagado mensualmente, para acceder a su plan de salud y la indemnización de todos los perjuicios ocasionados al afiliado, con costas.

Expresa que el actor está afiliado a la Isapre demandada desde el 1 de junio de 1994, fecha en la cual suscribió un contrato de salud previsional y formulario único de notificación, que inició la relación contractual que mantiene con la demandada, hasta la fecha de presentación de la demanda. Durante la vigencia de dicha afiliación previsional, el contrato de salud ha sido objeto de sucesivas modificaciones, así como adecuaciones realizadas por la demandada a la luz de la normativa vigente, materializadas mediante



la emisión y suscripción de sucesivos Formularios Únicos de Notificación (FUN).

Indica que el demandante tiene contratado el plan de salud BCRPR3, que tiene asociado un precio base de UF 2,812 e incorporada como “carga” Marion Konsens Seelman, de 68 años.

Explica que desde el inicio de su afiliación y hasta la fecha de presentación de la demanda, Isapre Banmédica ha calculado y cobrado el precio final del plan de salud de Alberto Bernardo Bortnik Meimis, quien a la fecha tiene 72 años de edad, mediante la multiplicación del precio base de dicho plan, ascendente a UF 2,812, por una tabla de factores de riesgo, aplicada al afiliado y cada una de sus cargas, en función de su edad y sexo y cuya sumatoria (definida como “*factor de grupo familiar*”), actualmente es de 4,800 lo cual determina un precio final en de UF 13,498 mensuales (excluyendo GES y beneficios adicionales).

De acuerdo con la normativa del ramo y la ley, define y analiza que se entiende por “precio base”, “factor de grupo familiar” y “tabla de factores”. Luego, se detiene, señalando que para la determinación del índice de riesgos, fue derogado del ordenamiento jurídico mediante la referida sentencia del Tribunal Constitucional del año 2010, de modo que aquellos elementos de discriminación, a contar de dicha fecha, ha quedado sin sustento legal, ocasionando enormes perjuicios patrimoniales a al tiempo que se ha dificultado gravemente, su acceso al sistema de seguridad social en materia de salud, todo lo cual da sustento a la presente acción indemnizatoria.

Alega que, en virtud de la referida sentencia, con fecha 9 de agosto de 2010 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), y 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.

Acota que, a consecuencia de lo anterior, la facultad de las Isapres de aplicar tablas de factores de riesgo determinadas con arreglo a las disposiciones derogadas quedó carente de todo sustento legal. Pese a ello y



en abierta contravención a la normativa vigente, la Isapre continuó multiplicando el precio base del plan de salud, por el factor de grupo familiar determinado con arreglo a aquellas normas declaradas como inconstitucionales.

Esgrime que la demandada ha impuesto al actor un sobreprecio ilegal, para el acceso a su cobertura de salud previsional, por cuanto la tabla de factores de riesgo, construida en base a los elementos discriminatorios ya descritos, formó parte de los términos a las condiciones impuestas por la propia demandada en cada Formulario Único de Notificación (“FUN”) unilateralmente redactados y emitidos por ella y que, como contrato de adhesión, no admitía modificación alguna por parte del afiliado que represento, sino solo su aceptación y suscripción para seguir contando con las coberturas del plan de salud contratado, lo que refuerza mediante imagen inserta en su libelo.

Agrega que en razón de lo señalado, su parte dedujo recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol 43.702-2021), el cual fue resuelto mediante sentencia de 22 de diciembre de 2021, disponiendo que la recurrida deberá determinar el precio del 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 del Tribunal Constitucional el 6 de agosto de 2010.

Menciona que el aludido contrato es de tracto sucesivo, por lo cual el empleo de la tabla de factores de riesgo, asociada al plan de salud BCRPR3, representa un incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato que se reitera mes a mes.

De esta manera, para los fines de la presente demanda y en atención a los límites de prescripción extintiva ordinaria, fija los incumplimientos contractuales de la demandada, con relación al cobro excesivo de todas las cotizaciones previsionales cobradas a Alberto Bernardo Bortnik Meimis durante los últimos 5 años, aplicando la aludida tabla de factores de riesgo cuyos factores de discriminación son inexistentes en el ordenamiento jurídico nacional desde el mes de agosto de 2010.



Argumenta que 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%). En algunas ocasiones esta suma de dinero se origina al obtener remuneraciones extraordinarias (bonos o gratificaciones) o al tener rentas de dos o más empleadores. En el caso de marras, esta diferencia viene dada por aquellas sumas indebidamente cobradas por la institución demandada por aplicación de la cuestionada tabla de factores de riesgo.

Indica que en el caso, los ajustes se grafican de acuerdo a la siguiente tabla:

	Condiciones anteriores
Precio Base	2,812
(x) Factor Grupo Familiar	4,800
(=) Precio Pactado en UF (*)	13,498

	Condiciones ajustadas Protección-43.702-2021
Precio Base	2,812
(X) Beneficiarios Plan	2
(=) Precio Pactado en UF (Excluye GES, CAEC y prestaciones en UD).	5,624

Refiere que en base la composición de precio del plan de salud que consta en carta de adecuación emitida por la demandada con fecha 25 de marzo de 2022 y que generó los excesos de cotización que motivan la demanda, pudiendo calcularse el sobreprecio total pagado por el afiliado, conforme la tabla que anexa al libelo pretensor.

En tales condiciones, el incumplimiento de la demandada a las obligaciones propias del contrato de salud previsional, establecidas en disposiciones de orden público, permite proyectar el pago de excesos, por parte del afiliado, por el equivalente en pesos a la fecha del pago efectivo de UF 472,416. Lo anterior, sin perjuicio de las sumas que sean determinadas

con acuerdo a documentos contractuales adicionales a ser presentados durante el proceso y que incorporen la fórmula de cálculo que motiva el ejercicio de la acción.

Bajo el acápite del derecho, previa cita al artículo 1438 del Código Civil, esgrime que el actor ha optado por la cobertura de salud previsional brindada por la demandada, la cual, la que le permite acceder a las prestaciones propias de su plan de salud; contrato que no sólo es ley para las partes contratantes, como dispone el artículo 1545 del citado texto legal, sino que, además, es fuente de derechos que han ingresado al patrimonio del actor, en virtud del aludido principio de la “cosificación de los derechos”. Añade que, al ser un contrato regido por disposiciones de previsión y seguridad social, los derechos y obligaciones emanados del mismo tienen su origen en normas de orden público, indisponibles por las partes.

En efecto, expresa que el demandante tiene derecho al otorgamiento de las coberturas propias del plan de salud 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.

En lo pertinente a las características del contrato en cuestión, arguye que se rige por disposiciones de orden público, entre ellas los artículos 184 y 185 de la denominada Ley de Isapres. Asimismo, el formato y contenido de estos documentos contractuales se encuentra fijado de manera uniforme para todas las Isapres, en la Circular IF/80 de la Superintendencia de Salud.

En resumen, manifiesta que se trata de un contrato regulado por normas de orden público, 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, en el artículo 19 N°9 de la Constitución Política de la República; lo que ha sido reconocido por los tribunales superiores de justicia.



Señala que, además, es un contrato de tracto sucesivo cuyas obligaciones por las partes se van cumpliendo con el transcurso del tiempo; característica propia del contrato de salud previsional, también ha sido recogida en el considerando 170° del fallo del Tribunal Constitucional y también la Corte Suprema.

Menciona que se trata de un contrato de adhesión, respecto del cual lo previsto en el inciso segundo del artículo 189 de la citada normativa no tiene asidero alguno, desde que los afiliados no se encuentran en condición alguna de negociar libremente las disposiciones contractuales ni coberturas propias de su plan de salud, describiendo el clausulado del contrato.

En lo tocante al denominado “FUN”, describe que tienen distintas categorías, efectos, siendo el FUN Código 1, el correspondiente a la suscripción del contrato de salud previsional y los restantes códigos (por ejemplo, 7 para incorporación de beneficiarios, 8 para cambio de cotización pactada y 9 para cambio de plan), modificaciones realizadas por las partes durante la vigencia de este contrato a término indefinido, para actualizar sus estipulaciones, todo ello de acuerdo a la normativa vigente y bajo la misma modalidad de formulario o contrato de adhesión. El Título III del Capítulo III del Compendio de Normas Vigentes sobre Instrumentos Contractuales de la Superintendencia de Salud, contenido en circular IF/80 establece en su numeral 1.5. que *“Deberán completarse todos los campos respecto de los cuales corresponda registrar información. Excepcionalmente, podrán quedar en blanco los campos referidos a teléfono, celular, correo electrónico, fax y casilla de correo, referidos al empleador y afiliado, cuando por voluntad de este último quisiera guardar reserva respecto de ellos”*. El punto 1.6. agrega: *“Se deberán registrar los datos actualizados del contrato, independiente de la notificación de que se trate [...]”*.

Afirma que, de las referidas disposiciones, es posible extraer las siguientes premisas:

a.- El FUN es el documento que consigna la suscripción del contrato y las modificaciones del contrato de salud previsional suscrito originalmente entre las partes, durante toda la vigencia de este.

b.- Dentro de los campos completados en cada uno de los FUN emitidos por la demandada durante la vigencia del contrato (y que se



grafican en la Carta de adecuación emitida por la demandada con fecha 25 de marzo de 2022, figura el precio base del plan de salud, así como el factor de grupo familiar por el cual dicho precio base es multiplicado para la determinación del precio del plan.

c.- Se adjuntan a dicho documento y forman parte de este las “Condiciones Tipo” establecidas por la Superintendencia de Salud, las cuales se entienden incorporadas y escritas en cada una de las modificaciones pactadas entre las partes.

Reitera que la demandada ha impuesto al actor durante toda la vigencia de su afiliación previsional a dicha institución, un precio final a pagar, para el acceso a las coberturas derivadas del contrato de salud previsional, acudiendo a elementos que, en la actualidad, no existen en nuestro ordenamiento jurídico nacional al haber sido excluidos expresamente, a partir del 9 de agosto de 2010, lo que en su concepto se grafica mediante la comparación entre ambas legislaciones:

Art. 199 Ley de Isapres previo a Sentencia Rol N°1710-10- INC	Art. 199 Ley de Isapres posterior a Sentencia Rol N°1710- 10-INC
Artículo 199.- 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	Artículo 199.- 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 con 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,



<p>edad que se deban utilizar.</p> <p>Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:</p> <p>1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;</p> <p>2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;</p> <p>3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;</p> <p>4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, y</p> <p>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.</p> <p><u>En el marco de lo señalado</u> <u>en el inciso precedente,</u> las</p>	<p>según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.</p> <p>Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:</p> <p>1.- DEROGADO;</p> <p>2.- DEROGADO;</p> <p>3.- DEROGADO;</p> <p>4.- DEROGADO, y</p> <p>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.</p>
---	---



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

Precisado lo anterior, del análisis de las disposiciones transcritas, advierte las siguientes premisas:

i.- El contrato previsional como contrato regulado por normas de previsión y se de seguridad social que, como tales, son de orden público, determina la sujeción instantánea del contrato al marco jurídico vigente que rige la convención, para lo cual se remite al fallo de la Corte Suprema, en autos en autos Rol N°2.618-2020.

ii.- La estructura de la tabla de factores de riesgo debía ser fijada por la Superintendencia de Salud, sujetándose para ello a reglas que han sido derogadas del ordenamiento jurídico nacional al ser declaradas inconstitucionales. En consecuencia, las tablas de factores de riesgo elaboradas por la Superintendencia, han dejado de tener validez desde el mes de agosto de 2010; y



iii.- La “libertad” de las Isapres para escoger la tabla de factores empleada en sus planes 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.

Reitera lo dicho respecto al fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional en el año 2010, el cual, además, transcribe en lo que estima pertinente; todo ello, sin perjuicio de la jurisprudencia de los tribunales de justicia chileno que reseña al efecto.

En cuanto a la naturaleza de las obligaciones contenidas en el contrato, expresa que se trata de un contrato de salud previsional, de naturaleza bilateral y regulado por disposiciones de orden público establecidas en la Ley de Isapres. Es un contrato complejo, de tracto sucesivo y destinado a cumplirse en el tiempo, este contrato ha generado obligaciones de diversa naturaleza para las partes: de dar, hacer y de no hacer.

Acota que en cuanto a su representado existe una obligación de dar, cual es el pago mensual de la cotización de salud establecida en las disposiciones contractuales y legales vigentes que rigen la convención. Existen obligaciones de hacer tales como acceder a las atenciones de los prestadores médicos de la red preferente o cerrada de la Isapre, para acceder a las bonificaciones preferentes o GES. Existen asimismo obligaciones – o más propiamente, cargas precontractuales - de no hacer, tales como omitir enfermedades preexistentes en su declaración privada de salud y cuyo incumplimiento determinaría la reducción de las coberturas o, en su caso, su desafiliación si aquello causa perjuicio a la aseguradora o hubiera sido una consideración esencial que la inhibiera de contratar.

Agrega que, desde la perspectiva de Banmédica, el contrato en cuestión ha generado igualmente, obligaciones de diversa naturaleza. Existe así una obligaciones de dar, siendo la principal, la obligación de bonificar las prestaciones médicas otorgando la cobertura de salud previsional a Alberto Bernardo Bortnik Meimis, de acuerdo al régimen de previsión social vigente y de acuerdo al régimen de salud previsional privado contenido en el Libro II del DFL 1/2005 del Ministerio de Salud, cumpliendo las



obligaciones propias emanadas de las disposiciones de orden público que rigen el contrato de salud previsional vigente entre las partes.

Existen asimismo obligaciones de hacer, dentro de la cual, para los fines de esta demanda, se encuentra la de calcular y determinar el precio de la cotización a pagar por el Afiliado y sus cargas, con arreglo a la normativa vigente, disponiendo la emisión y notificación de los FUN correspondientes, los cuales deben ser puestos a disposición del afiliado y/o de su empleador o entidad encargada del pago de suspensión, para el descuento y retención de tales cotizaciones con cargo a sus remuneraciones y/o pensiones, para su posterior declaración y pago directo a la aseguradora a más tardar, el día 10 del mes siguiente de su retención.

Como corolario de lo anterior, refiere que existen asimismo para la aseguradora, obligaciones de no hacer, dentro de la cual, para los fines de esta demanda, está la de no cobrar o, en su caso, retener excesos de cotización, ya sea obtenidos de manera accidental (por error en la declaración y pago del empleador, bonificaciones extraordinarias o descuento del 7% por más de un empleador), como, en la especie, por un hecho imputable a la propia Isapre, sobre la base de un cálculo realizado con cargo a índices y factores inexistentes en el ordenamiento jurídico que rige la convención, al momento de la retención y del pago. Añade que, dicho de otra forma, abstenerse ejercer facultades que la Ley ya no le reconoce al momento de la contravención.

Menciona que el aludido análisis tiene por objeto sentar las bases de la legitimación activa de la demandante para el ejercicio de la acción y la legitimación pasiva de la demandada. En efecto, cita el artículo 1552 del Código Civil e indica que desde esa perspectiva el actor ha dado íntegro, cabal y oportuno cumplimiento a las obligaciones derivadas del contrato de salud previsional vigente entre las partes.

Plantea que se ha sostenido que la acción de indemnización de perjuicios compensatoria no es autónoma, como remedio jurídico de reparación frente a un incumplimiento contractual. Este tópico reviste trascendental importancia, puesto que sostener que frente al incumplimiento de un contrato bilateral el acreedor sólo puede demandar al deudor incumplidor la resolución del contrato



o el cumplimiento forzado de éste y, en ambos casos, una indemnización de perjuicios complementaria significa desconocer su derecho a solicitar la indemnización compensatoria como único remedio por incumplimiento, remedio procesal que es el más adecuado a aquellos contratos en los cuales el incumplimiento del deudor es parcial y aquellos de tracto sucesivo, como en el caso de la convención *ad litem*.

Señala que, por ese motivo, el legislador reconoce al acreedor de una obligación de hacer la facultad para demandar la indemnización compensatoria como un remedio autónomo por incumplimiento, toda vez que el artículo 1553 del Código Civil le permiten solicitar tal indemnización frente a la inejecución del deudor, sin exigir como requisito previo que el acreedor demande la resolución o cumplimiento forzado del contrato.

Respecto de la obligación de la 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 que rige la convención, al momento de la retención y del pago o, dicho de otro modo, abstenerse ejercer facultades que la Ley ya no le reconoce, al momento de la contravención, dicha contravención representa el incumplimiento de una obligación de no hacer, la cual siempre se resuelve con la correspondiente indemnización de perjuicios, conforme lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1555 del Código de Bello.

Sobre los presupuestos copulativos para la procedencia de la indemnización de perjuicios contractuales, expone que, de acuerdo con la Corte Suprema, tales exigencias corresponden a: a) *Vinculación jurídica, negocio, convención o contrato*; b) *Obligaciones que dan origen a prestaciones que debe satisfacer el deudor al acreedor*; c) *Incumplimiento de la obligación previamente establecida*; d) *Hecho de la imputación del incumplimiento o culpabilidad*; e) *Perjuicios*; f) *Relación de Causalidad entre Incumplimiento y Perjuicios*; g) *Ausencia de causales de justificación, exención y extinción de la responsabilidad del deudor*; h) *Mora del deudor*.



En cuanto al primer requisito, indica que el contrato de salud previsional y sus respectivas modificaciones, suscrito por las partes el día 1 de junio de 1994 y vigente a la fecha.

Acota que, desde la perspectiva de Banmédica, 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 que rige la convención, al momento de la retención y del pago o, dicho de otro modo, abstenerse ejercer facultades que la ley ya no le reconoce.

En lo tocante al incumplimiento de la obligación previamente establecida, refiere que se trata de una contravención por parte de la demandada, de las disposiciones legales de orden público que regulan el contrato de salud previsional que la vincula. Y, en este caso, esta infracción de la normativa de previsión y de seguridad social que rige la convención, se funde con las obligaciones propias derivadas de la misma. Es en ese orden de ideas donde nos encontramos con un evento de contravención legal que, al mismo tiempo, configura un incumplimiento de las obligaciones propias del contrato de salud

previsional, por parte de la demandada, incumplimiento que se traduce en un cobro excesivo de cotizaciones de salud por aplicación ilegal de una tabla de factores de riesgo que incorpora elementos discriminatorios que no forman parte de la legislación que rige la convención, desde el mes de agosto de 2010 y que, como tal, da pie a la obligación de la demandada, de resarcir al afiliado, todos los perjuicios ocasionados a consecuencia de dicha contravención.

En cuanto al hecho de la imputación del incumplimiento o culpabilidad, sostiene que esta se traduce en que el incumplimiento se debe a culpa del deudor. En ese sentido, define la culpa e indica que se trata de un contrato sinalagmático perfecto, oneroso y conmutativo, cediendo en beneficio recíproco de ambas partes, lo cual impuso obligaciones a Isapre Banmédica por las que debía responder de culpa leve, esto es, emplear un cuidado o diligencia medianos. Conforme lo latamente expuesto, considera



que la demandada ha incurrido en una contravención culpable, que puede incluso encasillarse dentro de los estándares de la culpa lata o grave, equivalente al dolo civil manifestado por la intención de obtener un beneficio antijurídico a costa del empobrecimiento sostenido el actor, de manera creciente debió soportar en su patrimonio, la imposición de una cotización de salud, cada vez más onerosa, por la aplicación arbitraria e ilegal de aquellos elementos declarados inconstitucionales y, por ende, desterrados del ordenamiento jurídico que rige la convención entre las partes.

Estima que la demandada no puede excusarse en un supuesto “cumplimiento” de instrucciones controvertibles que, sobre la materia, haya tenido la Superintendencia de Salud, cuya interpretación de las normas pertinentes no es vinculante para la parte que represento ni tampoco para los Tribunales de Justicia. A mayor abundamiento, el errático criterio del ente fiscalizador, sobre esta materia, ha sido sistemáticamente contrariado por la nutrida jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, a que hemos aludido precedentemente y por el propio Tribunal Constitucional.

Acota que el carácter arbitrario, esto es, carente de lógica y motivado únicamente por el capricho e inagotable afán de lucro de la demandada, como ilegal de su proceder, ya ha sido declarado entre las partes del contrato, en la sentencia recaída en el recurso de protección ingreso Corte N°Proteccion-43.702-2021, lo cual viene en pavimentar, con mayor asidero la imputabilidad a la demandada de este incumplimiento contractual y los perjuicios que de ello han derivado, conforme se analizará a continuación. Sin embargo, el actual conocimiento de la ilicitud de proceder deviene no únicamente del fallo recaído

en el recurso de protección interpuesto en beneficio del afiliado, con anterioridad, sino, además, en las miles de sentencias que mes a mes se dictan en contra de la Isapre demandada sobre esta misma materia. Es un hecho público y conocido que las Isapres enfrentan de manera cada vez más creciente, recursos de protección derivados precisamente del empleo arbitrario e ilegal de la tabla de factores de riesgo, cuyos elementos han sido derogados del ordenamiento jurídico nacional hace más de 10 años.



Bajo el acápite que denomina de los perjuicios, previas referencias a su conceptualización y tipología, se detiene en primer término en el daño emergente y, a su respecto, señala que el perjuicio directo ocasionado al acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Dentro de este concepto, menciona que se deben reconocer todos los excesos de cotizaciones cobrados por Isapre Banmédica a Alberto Bernardo Bortnik Meimis, con cargo a 60 meses de cotizaciones de salud, por un total proyectado de UF 472,416, por su equivalente en pesos al día del pago efectivo. Lo anterior, sin perjuicio de los excesos que sigan cobrándose al afiliado 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 que serán tenidos a la vista en la etapa procesal pertinente.

Indica que tales excesos se encuentran graficados en detalle en la sección 2. del Capítulo I de la presente demanda, a la cual, al día de la presentación de la demanda, ascienden en pesos a la suma de \$15.786.725 (quince millones setecientos ochenta y seis mil setecientos veinticinco pesos).

En cuanto al lucro cesante, aduce que este rubro deriva directamente de la contravención de la demandada a las obligaciones del contrato que las vincula. Adiciona que en la especie se demanda el lucro cesante consistente en los intereses corrientes aplicados a todos los excesos de cotización pagados por Alberto Bernardo Bortnik Meimis a la demandada, con motivo del empleo de la tabla de factores de factores de riesgo, derogada por el Tribunal Constitucional, para el cálculo y cobro de sus cotizaciones de salud. Los intereses corrientes representan en este caso la rentabilidad razonable y cierta que el actor habría obtenido del capital que se destinó a tales excesos y que, evidentemente, se dejó de percibir. Teniendo presente la apreciación prudencial que el tribunal debe tener presente que, la parte demandante tenía una razonable expectativa de incrementar su patrimonio con esos ingresos o valores, pues de no mediar la contravención por parte de la demandada, a las normas de previsión y seguridad social que rigen el contrato de salud entre las partes, es altamente probable que el afiliado haya



podido percibir los intereses corrientes, aplicados sobre tales cantidades, según un curso normal de los acontecimientos, y por ello esta regla cumple el requisito de certidumbre, exigido por la jurisprudencia nacional.

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 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, que estipula: *“Los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubiesen sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario”*.

Precisa que no se deben confundir los intereses corrientes que ha demandado, como elemento de valoración del lucro cesante sufrido por el afiliado, con los intereses legales debidos por la demandada, desde la notificación de la presente demanda, de conformidad a lo prevenido en el artículo 1557 del Código Civil. En efecto, naturalmente el lucro cesante diverge de los intereses legales producto de la dictación de la sentencia, tal y como aparece enunciado en el artículo 129 del Código Orgánico de Tribunales, cuyo inciso 1° establece que *“Tampoco sufrirá la determinación (de la cuantía) alteración alguna en razón de lo que se deba por intereses o frutos devengados después de la fecha de la demanda, ni de lo que se deba por costas o daños causados durante el juicio”*.

Menciona que en base al sobreprecio cobrado mes a mes al afiliado, de acuerdo con las estimaciones realizadas en la sección 2. del Capítulo I de la presente demanda y teniendo en vista los índices publicados por las reparticiones indicadas precedentemente, los intereses corrientes demandados a título de lucro cesante en favor de Alberto Bernardo Bortnik Meimis ascenderían a la suma de \$11.276.069 (once millones doscientos setenta y seis mil sesenta y nueve pesos), conforme a la liquidación que



inserta en su libelo. Ello, 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.

En cuanto al daño moral, esgrime que el actor ha debido enfrentar la aflicción de verse expuestas a soportar durante largos años, 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.

Asimismo, 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, por cuanto el enorme sobreprecio impuesto por la demandada y que de forma creciente, fue minando sus remuneraciones líquidas mensuales, en numerosas ocasiones han hecho cuestionar al actor en la permanencia en su plan de salud BCRPR3, excesivamente encarecido a consecuencia de la aplicación de la tabla de riesgos por parte de la demandada.

Refiere que, ante cualquier emergencia, el afiliado o sus cargas familiares podrían enfrentarse a requerir prestaciones médicas cuyo valor no pueden costear por sí mismas, sin la cobertura adecuada, es una situación sumamente angustiante para cualquier afiliado al sistema previsional privado de salud, preocupado por la integridad de su vida y la de sus seres queridos. Así, esta afectación a la integridad psíquica de Alberto Bernardo Bortnik Meimis proviene de la aflicción y angustia por las serias consecuencias personales, familiares y económicas que ha debido afrontar con ocasión del enorme sobreprecio impuesto por la demandada, por largos años y sus consecuencias directas.

Insiste que existe en Chile una asentada práctica jurisprudencial en orden a interpretar de manera extensiva la noción de “afectación a la integridad psíquica”. Efectivamente, existe abundante jurisprudencia, que considera indemnizable la “aflicción psicológica” la “angustia, estrés, ansiedad, temor, incertidumbre, desconfianza, frustración y pesar, entre otros”.



Se explaya en lo denomina el daño moral derivado de la afectación de la dignidad humana, en especial teniendo presente que el quid del presente caso versa sobre la aplicación sistemática e ilegal por parte de la demandada en perjuicio del actor, de una tabla de factores de riesgo por edad, sexo y condición, cuyos elementos han sido considerados como inconstitucionales y derogados del ordenamiento jurídico nacional, por atentar contra importantes derechos y garantías constitucionales entre las que figura el derecho a la igualdad ante la ley, de propiedad, de protección de la salud, y a la seguridad social, todos reconocidos a todas las personas en atención precisamente al respeto de la dignidad de la persona humana.

La cautela de aquellos derechos ya fue obtenida por Alberto Bernardo Bortnik Meimis, mediante sentencia dictada por la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso en el recurso de protección conocido bajo el rol de ingreso N° Protección-43702-2021. Ahora, en esta sede, corresponde que se declare la indemnización del daño moral proveniente precisamente de la vulneración de tales derechos constitucionales que no son sino una expresión de la dignidad de la persona humana.

La afectación se produce desde el momento que las Isapres instrumentalizan la necesidad de los afiliados al sistema de acceder a mejores prestaciones y coberturas que las que ofrece el sistema de salud público, para obtener una mayor ganancia que la que corresponde, de acuerdo a las disposiciones del contrato de salud previsional vigente, regido como se ha dicho, por normas de orden público y que, por ende, escapan de la autonomía de la voluntad o clausulado particular de las partes.

La demandada se ha aprovechado, sin ningún miramiento, de las deficiencias estructurales del sistema de salud público. Es conocedora de su inaceptable calidad, y de la voluntad de Alberto Bernardo Bortnik Meimis de evitar, en cuanto sea posible, recurrir a él. Así, sabiendo que el demandante y la colectividad de sus afiliados, en general, se sienten constreñidos a soportar cuanto se les imponga para evitar migrar al sistema público, hace uso de facultades que, sin bien el marco legal construido como “traje a la medida” de sus intereses, le reconocía con anterioridad al mes de agosto de 2010, se encuentran al día de la demanda totalmente proscritas del ordenamiento jurídico que rige su actividad, forzando a sus afiliados,



año tras año, a aceptar condiciones cada vez más gravosas, angustiantes y aflictivas.

Considera que resulta de evidente que el proceder negligente, arbitrario e ilegal de la demandada en la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato de salud previsional suscrito con Alberto Bernardo Bortnik Meimis, aplicando durante largos años un sobreprecio determinado por factores derogados del ordenamiento jurídico nacional, obteniendo un provecho patrimonial antijurídico a costa del empobrecimiento sostenido de Alberto Bernardo Bortnik Meimis, afectó gravemente la dignidad humana del afiliado, perjuicio que debe ser reparado con la indemnización de perjuicios procedente.

Solicita por concepto de indemnización de perjuicios por daño moral, en beneficio de Alberto Bernardo Bortnik Meimis, la suma total de \$5.000.000 (cinco millones de pesos).

En cuanto a la relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios, esgrime que estos han sido consecuencia directa e inmediata del incumplimiento por parte de Isapre Banmédica a las obligaciones legales derivadas del contrato de salud previsional que la vincula con Alberto Bernardo Bortnik Meimis y que emanan de las normas de orden público que rigen dicha convención, de tal suerte que, de no mediar dicha contravención, el afiliado hubiera ahorrado UF 7,8736 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, todo lo cual da sustento a los conceptos demandados en la sección 7.5. que antecede.

Enfatiza que no se verifica en el caso ninguna de las causales de justificación que prevé el legislador y, por otro lado, manifiesta que la demandada se encuentra en mora.

Como corolario de lo anterior, formula las siguientes conclusiones:

a. Que Alberto Bernardo Bortnik Meimis se encuentra afiliado(a) a Isapre Banmédica, desde el 1 de junio de 1994, fecha en la cual suscribió un contrato de salud previsional y formulario único de notificación, que inició la relación contractual que mantiene con la demandada, hasta la fecha.



b. Que desde el inicio de su afiliación Isapre Banmédica ha calculado y cobrado el precio final del plan de salud de salud de Alberto Bernardo Bortnik Meimis, quien a la fecha tiene 72 años de edad, mediante la multiplicación del precio base de dicho plan, ascendente a UF 2,812, por una tabla de factores de riesgo, aplicada al afiliado y cada una de sus cargas, en función de su edad y sexo y cuya sumatoria (definida como “*factor de grupo familiar*”), actualmente es de 4,800 lo cual determina un precio final en de UF 13,498 mensuales (excluyendo GES y beneficios adicionales).

c. Que con fecha 6 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional, en sentencia recaída en autos 1710-10-INC declaró inconstitucionales los preceptos contenidos en los numerales 1° a 4° del artículo 199 del DFL N°1/2005 del Ministerio de Salud, que refunde el texto vigente de la Ley de Isapres. Dicha sentencia, fue publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de agosto de 2010, fecha a partir de la cual tales disposiciones se entendieron derogadas, desapareciendo del ordenamiento jurídico nacional. A partir de dicha fecha, la facultad de Isapre Banmédica para emplear tablas de factores construidas en base a elementos de discriminación por edad y sexo dejó de tener todo sustento legal.

d. Que en cada uno de los FUN emitidos por la demandada, con posterioridad al 9 de agosto de 2010, en relación con el contrato de salud previsional suscrito por Alberto Bernardo Bortnik Meimis, la demandada siguió utilizando la tabla de factores de riesgo determinado con arreglo a los numerales 1 a 4 del artículo 199 de la Ley de Isapres, para la determinación del factor de grupo familiar del plan. Estos formularios fueron informado al afiliado, o bien, a su empleador o entidad encargada del pago de su pensión, en su caso, para ser descontado directamente de sus remuneraciones y/o pensiones.

e. Que el empleo de dicha tabla ha provocado un sobreprecio cobrado por Isapre Banmédica a Alberto Bernardo Bortnik Meimis, representado por la diferencia entre el producto de la multiplicación del precio base plan por la tabla de riesgos y el producto de la multiplicación del precio base por el número de beneficiarios de este, considerado en forma unitaria y sin distinción de edad, sexo o calidad.



$$\begin{array}{ccccc} \text{(Precio Base x Factor} & & \text{(Precio Base x N}^\circ & & \\ \text{Grupo Familiar)} & - & \text{de Beneficiarios)} & = & \text{Excesos} \end{array}$$

f. Que con fecha 22 de diciembre de 2021 la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un recurso de protección interpuesto en beneficio de Alberto Bernardo Bortnik Meimis, bajo el rol de ingreso Protección 43702-2021, decretó, en lo pertinente: *“se dispone que la recurrida deberá determinar el precio del 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 a o 2010, en autos Rol 1710 10 INC”*.

g. El contrato de salud previsional es un contrato regulado por normas de orden público, que escapan de la esfera de la autonomía de la voluntad de las partes quienes deben ceñir su actuar y la ejecución del contrato, en todo momento, al marco legal e institucional vigente.

h. Que la aplicación, por parte de la demandada, de la tabla de factores de riesgo asociada al plan de salud BCRPR3, para el cálculo del precio a pagar por parte de Alberto Bernardo Bortnik Meimis, a la par de ser considerada como una actuación arbitraria e ilegal que vulnera el derecho de propiedad del Afiliado (Artículo 19 N°4 de la Constitución), configura asimismo, un incumplimiento culpable de obligaciones legales y contractuales para con el Afiliado, emanadas de normas legales de orden público que regulan el contrato de salud previsional. Y el incumplimiento de tales obligaciones debe dar lugar al resarcimiento de todos los perjuicios ocasionados a Alberto Bernardo Bortnik Meimis, originados por el cobro de un sobreprecio ilegal, representado por los excesos de cotización 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 al afiliado considerando la posición dominante y abusiva de la Isapre.

En consecuencia, solicita se acoja la presente acción, en el sentido de declarar: 1. Que al haber aplicado la tabla de factores de riesgo



determinada en base a los elementos establecidos en los numerales 1 a 4 del artículo 199 de la Ley de Isapres, la demandada, Isapre Banmédica, ha incurrido en un incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de salud previsional que la vincula con Alberto Bernardo Bortnik Meimis, al haber infringido las disposiciones de orden público que establecen los derechos y obligaciones derivados de tales contratos. 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, de acuerdo con la estimación actual, a \$32.062.794 (treinta y dos millones sesenta y dos mil setecientos noventa y cuatro pesos), que comprende: a) UF 472,416 equivalentes a la fecha de presentación de esta demanda a la suma de \$15.786.725 (quince millones setecientos ochenta y seis mil setecientos veinticinco pesos), por concepto de daño emergente, por los perjuicios directos sufridos por Alberto Bernardo Bortnik Meimis representados por los excesos de cotizaciones de salud cobrados por la demandada durante los últimos 5 años, así como todos los que se devenguen hasta la eliminación efectiva de la tabla de riesgos en su plan de salud. Lo anterior, sin perjuicio de las sumas exactas que sean determinadas por este concepto, de acuerdo con el mérito del proceso; b) La suma de \$11.276.069 (once millones doscientos setenta y seis mil sesenta y nueve pesos) por concepto de lucro cesante, correspondientes a los intereses corrientes aplicados a todos los excesos indebidamente cobrados a Alberto Bernardo Bortnik Meimis por todo el período cubierto por la presente demanda; c) \$5.000.000 (cinco millones de pesos) por concepto de daño moral, conforme los argumentos de la demanda.

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.

Al folio 6, consta la notificación personal practicada a la parte demandada con fecha 23 de septiembre de 2022.

Al folio 7, comparece el abogado don Germán Concha Zavala, quien en representación de la demanda Isapre Banmédica **contesta la demanda** y solicita el rechazo de la acción, con costas.



Previa referencia a los aspectos normativos del caso, en forma categórica solicita el rechazo de la demanda en todas sus partes, por cuanto no existe ni ha existido de manera alguna, incumplimiento contractual de parte de Banmédica.

En lo pertinente, sostiene que no obstante que el Tribunal Constitucional efectivamente derogó parte del artículo 38 ter de la Ley N°18.933, actual artículo 199 del DFL N°1, lo cierto es que dicha decisión jurisprudencial, contrariamente a lo que sostiene la demandante, no eliminó la tabla de factores como mecanismo de generación de precios de los contratos de salud previsional celebrados por las Isapres con sus afiliados, pues como será explicado a continuación, éstas constituyen un mecanismo fundamental para la determinación del precio en dichos contratos, atendida la naturaleza de los mismos.

Enseguida, manifiesta que las tablas de factores constituyen un mecanismo esencial en la determinación de precios de los contratos de salud previsional, atendida la naturaleza de los mismo.

Precisa que a lo largo de la demanda el actor le imputa a la Isapre, el obrar el obrar de manera ilegal al continuar aplicando, con posterioridad al fallo pronunciado por el Tribunal Constitucional en el año 2010, las tablas de factores en la determinación del precio del plan de salud contratado por el señor Bortnik Meimis. Sin embargo, dicha aplicación no constituye en caso alguno un obrar ilegal. Las tablas de factores no han sido derogadas ni eliminadas como mecanismo de determinación de precios de los contratos de salud previsional.

Refiere que para comprender lo anterior, ha de tenerse en consideración que las tablas de factores corresponden, tal como lo dispone la letra n) del artículo 170 del DFL N°1, a *“aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario.*

Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el



afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan. ”

Acota que dichas tablas, según lo que ha dispuesto el propio Legislador, juegan un rol fundamental en la determinación del precio de los contratos de salud previsional, pues la letra m) del artículo 170 del DFL N°1, prescribe que:

“El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores. ”

En ese sentido, destaca que lo anterior no ha sido establecido de manera antojadiza por el legislador, sino que es consecuencia de la naturaleza que tienen los contratos de salud previsional que celebran las Isapres con sus afiliados, que no es otra que la de un contrato de seguro.

Agrega que aquello ha sido expresamente reconocido por la doctrina al referirse a la cotización que se paga mensualmente por la persona afiliada a una Isapre según indica en el libelo; cuestión, que en su concepto, tiene sentido, puesto que la base fundamental de un contrato de seguro está constituida por la transferencia del riesgo, desde aquél que está afectado por el mismo (en este caso, el afiliado), a un tercero que lo asume por el pago de una prima (en este caso, la Isapre), y el riesgo que se transfiere, según lo ha señalado uniformemente la doctrina, corresponde a la salud del afiliado. Tal aspecto refiere que es básico para el funcionamiento de los contratos de seguro, cualquiera sea el riesgo al que se refieran, es la delimitación de este. Es decir, resulta fundamental para la eficacia de los contratos de seguro, el precisar de qué riesgo se trata y cuál es el alcance que puede tener, pues no resulta posible asegurar ilimitadamente el riesgo. Sin embargo, estima que ha de tenerse en consideración que la delimitación de los riesgos en el contrato de seguro no proviene del mundo sensible, sino que es una construcción del mundo lógico que está basada en antecedentes empíricos del pasado y que son de tipo estadístico. En otras palabras, para definir la posibilidad de ocurrencia de un siniestro, se analiza la experiencia pasada acerca de siniestros semejantes. Así, solo una vez que se ha delimitado el



riesgo, es posible determinar el valor que debe alcanzar el precio que se paga por el contrato de seguro (la prima), lo cual, es particularmente complejo cuando el riesgo que se asegura es la salud de las personas, puesto que son muchos los factores que pueden influir en que la salud de alguien se vea afectada a lo largo de su vida.

Así las cosas, esgrime que la decisión del Legislador de seguir la lógica del contrato de seguro para garantizar el derecho a la protección de la salud contenido en el N°9 del artículo 19 de la Constitución Política, parece adecuada (cuando menos, y aún si no se comparte el actual diseño del sistema, no resulta arbitraria o injustificada), pues el funcionamiento de los contratos de salud previsional supone, necesariamente, que opere la solidaridad entre los afiliados. Esto, pues en la naturaleza propia de los contratos de seguro está el efecto de reducir los cobros que se hacen a los asegurados, en la medida que se les agrupan, toda vez que permite que los menos riesgosos subsidien implícitamente a aquellos que lo son más.

Indica que en ese contexto, la aplicación de la tabla de factores juega un rol fundamental en el contrato de salud previsional, pues sólo mediante la aplicación de dicha tabla en conjunto con los precios bases, se logran reflejar adecuadamente los riesgos que asumen las Isapres. Así, mientras el precio base representa los costos que están asociados a una determinada cobertura de salud de manera general, atendido el contenido y alcance de esta, los factores de las referidas tablas representan la incidencia que en los costos antes señalados tiene la situación específica en que se encuentra la persona de que se trata.

Estima que de acuerdo a la legislación vigente, pensar la determinación de los precios de los contratos de salud previsional, sin la aplicación conjunta de la tabla de factores con los precios bases, constituye una desnaturalización grave de la forma en que dichos contratos han sido configurados por el legislador.

Expone que lo anterior, cobra especial relevancia si se considera que en virtud de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 189 del DFL N°1, los contratos de salud previsional que celebran las Isapres con sus afiliados, como es el caso de autos, son contratos de plazo indefinido, lo que hace aún más necesario que cuenten con mecanismos que permitan ajustar su precio



a las variaciones de riesgos que suponen los cambios que experimenta la situación real y concreta de los afiliados.

Destaca que la sentencia del Tribunal Constitucional no proscribió en general las tablas de factores, sino tan sólo derogó algunas de las disposiciones específicas del actual artículo 199 del DFL N°1. En primer lugar, porque de haber considerado el Tribunal Constitucional que era necesario proscribir en general la tabla de factores, claro está que habría procedido, al menos, a declarar inconstitucional todo el artículo 199 del DFL N°1 y no solo algunas disposiciones de éste como ocurrió en realidad. Es más, la propia sentencia en cuestión, en su considerando centésimo sexagésimo tercero, dispone que las tablas de factores no son *per se* contrarias al ordenamiento constitucional vigente.

En segundo lugar, y según ha sido señalado previamente, existen otras normas a lo largo del DFL N°1, que hacen alusión a las tablas de factores y a la forma en que éstas deben operar en la determinación del precio de los contratos de salud previsional, las que, por cierto, no fueron modificadas de manera alguna por la sentencia Rol 1710.

Enseguida, afirma que la aplicación de las tablas de factores con posterior a la dictación de la referida sentencia ha sido validada por el aludido tribunal. Lo cierto es que la aplicación de las tablas de factores está regulada expresamente en el artículo 170, letras m) y n) del DFL N°1, ya varias veces mencionado. A partir de él, para efectos de determinar el precio a cobrar a un determinado afiliado por el plan de salud que ha suscrito, las Isapres proceden a multiplicar el precio base del plan de salud, por el factor de la tabla que le corresponde a dicho afiliado. Por cierto, y según es sabido, la tabla de factores es pública y conocida por el afiliado al momento de celebrar el contrato de salud previsional y de seleccionar el respectivo plan de salud.

Esto es, precisamente, lo que Banmédica ha realizado en el caso del señor Bortnik Meimis para efectos de determinar el precio a pagar por la cobertura de salud contratada. Específicamente, el precio base del plan de salud suscrito por el señor Bortnik Meimis (UF 2,812), ha sido multiplicado por el factor del grupo familiar (que corresponde a la sumatoria de los factores de riesgo que, de acuerdo a la tabla de factores, resultan aplicables



al afiliado y a las personas que han sido incluidas como cargas o beneficiarias en su contrato de salud previsional), factor que, en el caso específico del demandante corresponde a 2 U.F. (resultado de la suma del factor aplicable al señor Bortnik y el factor aplicable a la carga)

Así las cosas, multiplicado el precio base del plan contratado por el señor Bortnik Meimis, por el factor del grupo familiar, se obtiene que el precio a pagar asciende a UF 5,624 U.F. (sin considerar el precio de la cobertura GES); lo que refuerza mediante reseñas jurisprudenciales.

Acota que la Superintendencia de Salud, con posterioridad a la fecha de la dictación del fallo 1710, ha reconocido expresamente la existencia de las tablas de factores y la procedencia de la aplicación de estas.

Enfatiza que la Superintendencia del ramo, instruyó mediante circular la obligación de aplicar cada vez que corresponda la reducción del precio por cambio del factor de los beneficiarios de los contratos de salud previsional.

En tales condiciones, afirma que el reconocimiento de que la facultad de aplicar la tabla de factores en la determinación del precio de los planes de salud, no ha sido derogada por la sentencia Rol 1710, la Superintendencia de Salud determinó, mediante la Circular en cuestión, instruir la eliminación de la discriminación por sexo y restringir la discriminación por edad en la fijación de los factores de las referidas tablas, configurando una tabla de factores única para la totalidad de los planes de salud que se comercialicen por las Isapres durante los próximos cinco años, contados desde la entrada en vigencia de dicha circular (1 de abril de 2020).

Así las cosas, menciona que la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso con relación al recurso de protección Rol 43.702-2021, no puede servir de fundamento para la acción de indemnización de perjuicios incoada.

Reitera que lo que se reprocha a la demandada y se califica por ella como incumplimiento contractual, es precisamente aquello que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha validado, no solo en consideración a que la aplicación de la tabla de factores no genera un resultado inconstitucional y, por ende, vulneratorio de garantías constitucionales de los afiliados, sino además, en consideración a la



esencialidad que reviste dicho mecanismo en un contrato de salud previsional como el celebrado por las partes de autos.

Plantea que en el contexto que se ha descrito, lo que corresponde entender es, a diferencia de lo que se sostiene en el libelo de autos, que si bien la Isapre debe dar cumplimiento a lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la sentencia dictada en los autos sobre recurso de protección Rol N°43702 – 2021, ello no significa que, a partir de dicho pronunciamiento judicial, se pueda entender que se encontraba en una situación ilícita o de incumplimiento de sus obligaciones.

Agrega que el hecho que el actor pretenda dar a la referida sentencia un efecto retroactivo (el que, por cierto, no tiene, ni puede tener), intentando que el comportamiento de mi representada, anterior a su dictación, sea calificado como constitutivo de un incumplimiento contractual y de vulneración normativa, para efectos de obtener el pago de diferentes montos que la misma ha calificado como perjuicios, carece de toda y cualquier base jurídica.

Aduce que la demanda de indemnización de perjuicios debe ser rechazada por cuanto no es posible atribuir a Banmédica ninguno de los supuestos perjuicios que reclama el demandante.

En efecto, el comportamiento desplegado por la demandada, hasta la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, consistente en aplicar en la determinación del precio del plan de salud seleccionado por el señor Bortnik Meimis, la tabla de factores no puede ser calificado como un actuar ilegal y, por ende, tampoco como un incumplimiento contractual, razón por la cual no se le puede atribuir la generación de perjuicios al demandante.

En cuanto a los daños invocados, sostiene que no pueden ser considerados como excesos y, por ende, como daño emergente, lo que pagó al señor Bortnik Meimis, durante los últimos cinco años transcurridos antes de la dictación de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por la aplicación de la tabla de factores en la determinación del precio del plan de salud que ella seleccionó para las personas que ella decidió incluir en su cobertura, pues la aplicación de dicho mecanismo no ha sido proscrita de manera general por tribunal alguno, encontrándose la Isapre legalmente facultada para proceder de dicha forma.



En lo que se refiere al lucro cesante y al daño moral, junto con reiterar lo ya señalado respecto del supuesto daño emergente, cabe referir, además, que estas partidas indemnizatorias ni siquiera han sido suficiente y adecuadamente justificadas por la parte demandante.

Arguye que la tabla a la cual se hace referencia, ubicada en la sección 2 del Capítulo I del libelo, no señala la entidad que fija el interés corriente respecto del cual se basa para realizar el cálculo, por lo que dicha determinación parece ser más resultado de una mera arbitrariedad que de un cálculo realizado en consideración a parámetros objetivos y acreditables.

En cuanto a la determinación del daño moral, ésta se ha efectuado de manera arbitraria por el parte demandante, argumentando como antecedente para ello, la vulneración grave de la dignidad humana del afiliado, sin argumentar como ello ha sido efectivo.

En consecuencia, en virtud de lo señalado precedentemente, la demanda de indemnización de perjuicios deducida en autos debe ser rechazada en todas sus partes, toda vez que no es posible atribuir a la Isapre ninguno de los supuestos perjuicios reclamados por la parte demandante, no sólo desde el momento en que no ha existido incumplimiento alguno atribuible a la Isapre que pudiera haberlos generado, sino además, porque los supuestos perjuicios padecidos no han sido suficientemente justificados por el actor.

En subsidio de lo que se ha señalado, en el evento que se acogiera la demanda de autos, sea en todo, sea en parte, el monto que se reclama por la parte demandante debe rebajarse a uno que resulte más conforme a justicia, equidad y al mérito del proceso.

Sin perjuicio de las consideraciones que han sido expuestas en los capítulos precedentes en relación al por qué la demanda de indemnización de perjuicios deducida en autos debe ser rechazada en todas sus partes, lo cierto es que los defectos relativos al modo en que en ella se pretenden determinar los montos que se demandan a título de indemnización de perjuicios son de tal magnitud que, aún en el evento que se decidiera acoger la presente demanda (cosa con la que, por cierto, esta parte no está de acuerdo), sería indispensable reducir los referidos montos de manera radical (al mínimo posible de conformidad a derecho).



En subsidio de lo anterior, solicita que se rebaje los montos que en ella se reclaman, al mínimo posible de conformidad con la justicia, el derecho, la equidad y el mérito del proceso.

Finalmente, solicita se tenga por contestada, la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual que se ha deducido en autos, teniendo por controvertidos y rechazados, expresamente y para todos los efectos legales, todas y cada una de las afirmaciones planteadas por la parte demandante y, en definitiva, rechazar la señalada demanda en todas sus partes, con costas. En subsidio de lo anterior, y para el evento que el tribunal acoja la referida demanda, sea en todo, sea en parte, solicita se rebaje el monto demandado al mínimo posible atendidos los criterios de justicia y equidad, y el mérito del proceso.

Al folio 12, la parte demandante evacúa el trámite de la réplica, reiterando las aseveraciones vertidas en el libelo pretensor. A lo anterior agrega que con respecto al carácter de contrato dirigido del contrato de salud previsional que liga a las partes, constituye un hecho pacífico de la causa la circunstancia de que el contrato de salud previsional que vincula a Alberto Bernardo Bortnik Meimis con la demandada, es el instrumento por el cual los afiliados al sistema previsional privado de salud, pueden acceder a las coberturas brindadas por las Instituciones de Salud Previsional regidas por las disposiciones de la Ley N° 18.933 actualmente incorporada en el Título III del DFLN°1 del año 2005 del Ministerio de Salud (en adelante “Ley de Isapres”).

Es un contrato regulado, por las disposiciones contenidas en la Ley de Isapres, antes reseñadas, cuyas obligaciones, cargas, exclusiones, condiciones de determinación de precio y, en general, el clausulado mismo de dicho contrato, son fijados a través de normas 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, en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la



República (cuyas normas sustantivas se encuentran del mismo modo en el Título II del DFL 1/2005 antes referido).

Esta característica propia del contrato de salud previsional también ha sido recogida en el considerando 170° del fallo del Tribunal Constitucional (1710-10-INC), el cual, armonizando los efectos de la derogación con la naturaleza y normas que rigen el contrato de salud previsional, anotadas en la sección anterior, dispone expresamente que el contenido de tales contratos, de tracto sucesivo, debe de todas formas adecuarse a la normativa vigente producto de la derogación.

Agrega que no pretende desconocer la regulación del sistema de fijación de precios que contempla la ley, sino la manera en que la demandada sistemáticamente ha aplicado la normativa vigente en perjuicio de la parte que represento, acudiendo al empleo de una tabla de factores de riesgo que contempla discriminación por edad, sexo y condición del afiliado y sus cargas.

Aclara que el planteamiento de su parte no ha versado en ningún momento sobre la derogación de las tablas en sí mismas, sino precisamente de la derogación de aquellos elementos que daban sustento a dichos índices de fijación de precio, vale decir: *los numerales 1° a 4° del artículo 199 del DFL N°1/2005 del Ministerio de Salud.*

La demandada ha impuesto a la demandante un precio final determinado según elementos que actualmente no existen en nuestro ordenamiento jurídico nacional. Tales elementos se encuentran en contravención con las disposiciones de orden público contenidas en el actual texto de la Ley de Isapres, reduciéndose desde ese momento las facultades que la demandada detentaba y que le reconocía el ordenamiento jurídico vigente hasta el mes de agosto de 2010.

En tales convenciones modificatorias la demandada no hace sino hacer uso de los criterios discriminatorios contenidos en los ya derogados numerales 1° a 4° del artículo 38 ter de la Ley N°18.933 (actual art. 199 del DFL 1 de 2005), justificando su proceder bajo el entendido de que existen otras normas que sí hacen alusión a las Tablas de Factores, aparentando un respeto meramente formal de las normas constitucionales.



Tales criterios, al atentar contra del principio de igualdad ante la ley establecido en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, llevó a la derogación de tales elementos por intermedio de la sentencia antes citada. Efectivamente, el espíritu del fallo del Tribunal Constitucional, como es de público conocimiento, ha sido el poner fin a las discriminaciones por edad y sexo entre los afiliados para el acceso al sistema de salud previsional administrado por las Isapres y que por largos años estuvo en la agenda de la opinión pública.

Tales criterios discriminatorios, su inconstitucionalidad, su expulsión del ordenamiento jurídico vigente y la persistente aplicación a través de las tablas de riesgo por parte de la Isapre demandada, se puede graficar mediante la comparación entre ambas legislaciones, reiterando que la recurrida ha seguido aplicando el marco vigente con anterioridad a su derogación, usando para ello el clausulado establecido en el artículo 19 de la Circular IF/305 de la Superintendencia de Salud.

En lo demás, reitera lo ya señalado.

Al folio 14, la parte demandada contesta el trámite de la dúplica, reiterando las alegaciones, excepciones y defensas opuestas en la contestación de la demanda.

En lo pertinente, en cuanto a las consideraciones con relación al título primero de la réplica, denominado “Con respecto al carácter de contrato dirigido del contrato de salud previsional que liga a las partes”, indica que la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de agosto del año 2010, dictada en los autos Rol N°1710 – 2010 – INA, en adelante e indistintamente, la “sentencia Rol 1710” no eliminó la tabla de factores como mecanismo de generación de precios de los contratos de salud previsional celebrados por las Isapre con sus afiliados, pues, éstas constituyen un mecanismo fundamental para la determinación del precio en dichos contratos, atendida la naturaleza de los mismos.

Respecto del título segundo de la réplica, denominado “Con respecto a la derogación de las tablas de factores de riesgo por sentencia del Tribunal Constitucional y sus efectos.”, efectúa algunas consideraciones, en cuanto que



contrariamente a lo que sostiene la demandante en su réplica, no ha sido esta parte la que ha planteado en autos la discusión sobre la supuesta derogación de las tablas de factores, sino ella misma, quien en varias oportunidades a lo largo de su demanda alude a dicha supuesta derogación.

En resumen, afirma que no pueden atribuirse antojadizamente efectos una sentencia pronunciada por un Tribunal de la República que vayan más allá de lo que la propia sentencia señala, sino porque, además, la demandante obvia lo que el propio Tribunal Constitucional señaló en la sentencia Rol 1710.

Acota que no obstante lo anterior, la demandante insiste en intentar explicar por qué no fueron eliminadas de nuestra legislación todas las referencias a la tabla de factores y para ello, la contraria acusa una suerte de imperfección en la técnica por medio de la cual se habría generado la modificación normativa en cuestión.

En su concepto queda claro que la discusión sobre si la sentencia del Tribunal Constitucional ha tenido como efecto el proscribir de manera general la utilización de la tabla de factores en la determinación del precio de los contratos de salud, no es una discusión inoficiosa para efectos de la presente demanda y, por ende, de la pretensión indemnizatoria de la demandante, sino muy por el contrario, constituye el corazón o eje central de la misma.

En lo tocante a las consideraciones respecto al título tercer de la réplica, denominado “Incorporación inmediata de los efectos del fallo del Tribunal Constitucional al Contrato de Salud entre las partes. Incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de la demandada”. Menciona que la discusión planteada por la contraria se centra en si el fallo del Tribunal Constitucional tuvo o no, por efecto, la proscripción general de la utilización de la tabla de factores como mecanismo de determinación del precio de los contratos de salud y, si como consecuencia de ello, al aplicarla ha incurrido en un actuar ilegal y, con ello, ha infringido sus obligaciones contractuales para con la demandante.

En relación con este punto, le parece importante reiterar un aspecto que no fue controvertido por la contraria en su escrito de réplica no obstante revestir suma importancia en el juicio de marras. Y es que resulta



difícil entender que el efecto de la sentencia Rol 1710, sea el haber tornado en ilegal la aplicación de la tabla de factores por parte de las Isapre, cuando ha sido el propio Tribunal Constitucional el que, según se señaló precedentemente, ha validado su utilización con posterioridad a la dictación del referido fallo. Concretamente, y a propósito de casos en que lo discutido ha sido, precisamente, la constitucionalidad de la aplicación de la tabla de factores, el Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de ésta como instrumento en la determinación del precio de los contratos de salud y ha reiterado que, en virtud de ello, la sentencia Rol 1710 no ha producido la derogación de esta ni la proscripción general de su utilización.

Considera que la demandante reduce absolutamente la defensa esgrimida en autos, pues en ningún momento ha sido señalado esta parte que el único fundamento de la aplicación de la tabla de factores en la determinación del precio del plan de salud del afiliado se esté constituido por un acto de autoridad emanado de la Superintendencia de Salud. Lo que sí, indica que la aplicación de la tabla de factores resulta absolutamente consistente con la normativa actualmente vigente, siendo ésta la que impone su obligatoriedad, pues contrariamente a lo que indica la parte demandante, la sentencia Rol 1710 no derogó aquellas normas que establecen la existencia de las tablas de factores y que la disponen como un mecanismo de la determinación del precio del plan de salud. Lo que ha hecho la Superintendencia de Salud, entonces, ha sido reconocer dicha aplicabilidad de las tablas de factores (con posterioridad a la sentencia Rol 1710), mediante la dictación de circulares que establecen directrices para la utilización de estas.

Considera que, en relación al título cuarto de la réplica, denominado “Con respecto a la sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° Protección 45480-2021”, afirmando que es menester tener presente que lo resuelto por la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso constituye una interpretación normativa, que por cierto y tal como reconoce la misma demandante, no resulta vinculante en lo que respecta al presente juicio y no tiene la facultad de producir los efectos retroactivos que pretende la contraria en autos.



Ahora bien, estima que lo resuelto por la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso es resultado de una interpretación normativa, que según ha sido señalado en reiteradas oportunidades, no se condice con la interpretación que el propio Excmo. Tribunal Constitucional hace de su sentencia Rol 1710, al reconocer en numerosos fallos posteriores la aplicabilidad de las tablas de factores de conformidad a la legislación vigente en la materia.

Efectúa consideraciones relativas a los supuestos perjuicios sufridos. E remite a lo expresado en cuanto al daño emergente. En cuanto al lucro cesante, afirma que la explicación sobre este concepto es una reiteración de lo ya señalado en la demanda, por cuanto se vuelve a señalar que el lucro cesante correspondería a *“Los intereses compensatorios contractuales representan en este caso la rentabilidad razonable y cierta que Alberto Bernardo Bortnik Meimis habría obtenido del capital que se destinó a tales excesos y que, evidentemente, se dejó de percibir.”*

Es del parecer que la explicación de la parte demandante carece de sentido, desde que si lo demandado son los intereses corrientes sobre un monto determinado, que está calculado en unidades de fomento (daño emergente) y, por ende, es en esencia reajutable, no resulta admisible que dichos intereses sean determinados en base a la tasa de interés corriente para operaciones no reajustables en moneda nacional.

Respecto al daño moral demandado en autos, reitera que no se han proporcionado los criterios objetivos en base a los cuales ha sido determinado y, además, se le ha otorgado una finalidad punitiva que no corresponde a la luz de nuestra legislación, lo que no ha sido controvertido por la contraria.

Al folio 21, consta que las partes fueron llamadas a conciliación, la cual no se produjo, atendida la rebeldía de la parte demandante.

Al folio 22, comparece la parte demandada, oponiendo excepción de cosa juzgada, la que funda en el hecho que el pasado 30 de noviembre de 2022, la Excmo. Corte Suprema dictó sentencia en los autos Rol N°13.979 - 2022, caratulados “FREDES con ISAPRE BANMEDICA S.A.”.

Según también es de conocimiento público, mediante dicho pronunciamiento el Tribunal confirmó la aplicación de una tabla de factores



para la determinación del precio de los contratos de salud previsional, ordenando, en concreto, la utilización de aquella establecida a través de la Circular IF/Nº 343, de la Superintendencia de Salud, e instruyendo a dicho ente público llevar adelante los correspondientes procedimientos (incluidos los referidos a eventuales restituciones de sumas de dinero a los cotizantes), dentro del plazo de 6 meses.

De esta manera, atendido lo que ha resuelto la Excma. Corte Suprema en la sentencia, estima que es necesario concluir que la controversia de autos ya se encuentra resuelta por nuestro máximo tribunal y, en consecuencia, no resulta procedente la continuación del presente procedimiento.

Es del parecer que debe acogerse la aludida excepción, por cuanto, queda de manifiesto de los antecedentes de autos, en la especie concurre la triple identidad a que se refiere el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, desde el momento que:

Existe *identidad legal de personas* en la medida que, según se indica en la sentencia, ella se extiende a los cotizantes y, por ende, a la parte demandante de autos.

Existe *identidad de la cosa pedida* en la medida que, según se indica en la sentencia, ella se pronuncia respecto a la aplicación de las tablas de factores y a las eventuales restituciones que sería procedente realizar a los cotizantes de Isapre Banmédica S.A., entre los que se encuentra la parte demandante de autos.

Existe *identidad de la causa de pedir* en la medida que los fundamentos de hecho y de derecho que se esgrimieron en la acción que resolvió la sentencia, corresponden a los que ha esgrimido la parte demandante de autos.

La cosa juzgada se encuentra estrechamente ligada a un elemento central de todo Estado de Derecho, cual es la seguridad jurídica. Se trata, como ha resuelto la Excma. Corte Suprema, de una institución que busca impedir: “[...] la renovación indefinida de pleitos entre las partes sobre el mismo asunto y da certeza, seguridad y estabilidad jurídica, a quien ha obtenido el reconocimiento de sus derechos.”



A mayor abundamiento, cabe tener presente lo que ha resuelto la Excma. Corte Suprema en relación a la denominada cosa juzgada refleja o por conexidad,² que se configura cuando, aun no concurriendo en un sentido estricto las tres identidades recién señaladas, ambos procesos se encuentran vinculados en términos tales que la resulta necesario que se produzca el efecto de la cosa juzgada.

De esta manera, concluye que también desde esta perspectiva, el respeto a la sentencia (y evitar eventuales efectos contradictorios o restituciones improcedentes que generasen enriquecimiento sin causa), supone admitir la excepción de cosa juzgada que se deduce en este acto.

Finalmente cabe tener en consideración que la oposición de la excepción de cosa juzgada en este acto resulta plenamente procedente en la especie, atendido lo que se dispone expresamente en el inciso 1° del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil en el sentido que: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda.”*

Al folio 25, la parte demandante evacúa el traslado conferido, en orden a solicitar el rechazo de la excepción, por cuanto -en lo pertinente-, expresa que el 30 de noviembre de 2022, la Excma. Corte Suprema, conociendo de los recursos de apelación interpuestos por Isapres Colmena, Consalud, Cruz Blanca, Vida Tres y Banmédica, en contra de diversos recursos de protección interpuestos por afiliados solicitando la exclusión de las tablas de factores de riesgo como mecanismo de fijación del precio de los planes de salud y de modificación de precios por incorporación de cargas, dictó una serie de fallos que, en la práctica, tendrán aplicación general, toda vez que imparten instrucciones precisas a las Isapres, respecto de toda su cartera de afiliados, afectando con ello a todos los recursos de protección que actualmente se tramitan sobre la materia.

En ese orden de ideas, afirma que, para los fines del presente acápite, la Excma. Corte Suprema ha decretado que el precio de los planes de salud a los que aún se aplique la antigua tabla de factores de riesgo (construida en



base a numerales 1 a 4 del artículo 199 de la Ley de Isapres ya derogados) deberá determinarse con acuerdo a la tabla única de riesgos fijada por la Superintendencia de Salud mediante Circular IF 343. Y si la aplicación de dicha tabla determina un incremento o alza en el precio final del afiliado, el procedimiento administrativo establecido en dicho fallo resulta inaplicable.

Considera que la demandada no se encuentra legitimada activamente para el ejercicio de la excepción, ya que la norma en comento legitima activamente para el ejercicio de la excepción de cosa juzgada al litigante que haya obtenido en el juicio o por todo aquel a quien, según la ley aprovecha el fallo. En la especie, la acción de protección constitucional resuelta por la Excma. Corte Suprema ha condenado a Isapre Banmédica S.A. y al resto de las Isapres a abstenerse de aplicar los factores de riesgo inconstitucionales, contenidos en las tablas anteriores a la entrada en vigencia de la circular IF 343 de la Superintendencia de Salud, ordenando la restitución parcial de los excesos correspondientes por vía administrativa siendo los únicos beneficiarios de dicha sentencia, la colectividad de afiliados a quienes aún se aplican dichas tablas de factores de riesgo.

En consecuencia, la demandada no se encuentra legitimada activamente para el ejercicio de la excepción en comento.

Alega que su representada no ha sido parte y, a mayor abundamiento, le resultan absolutamente inoponibles los efectos del fallo citado por la contraria, por cuanto, en la materia de qué trata, esto es, acción de protección constitucional, ya ha operado entre las partes cosa juzgada formal y material, en virtud de la sentencia dictada en favor de mi representado, con fecha 22 de diciembre de 2021, en autos rol de ingreso Proteccion-43702-2021, seguidos ante la Iltna. Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia que, a la fecha se encuentra firme y ejecutoriada y por la cual se ordenó a la demandada – y recurrida en dichos autos – abstenerse de multiplicar el precio base del plan de salud del recurrente, por la tabla de factores de riesgo elaborada con arreglo a los criterios establecidos en los numerales 1 a 4 del artículo 199 (antiguo 38 ter) de la Ley de Isapres.

Y la demandada, en cumplimiento de dicho fallo, ya rebajo el precio del plan de salud de mi representado, en el mes de noviembre de 2021 a casi la mitad, según se desprende del certificado de cotizaciones de salud



acompañado a estos autos y que será corroborado con los documentos contractuales que la demandada deberá exhibir en el curso de la tramitación de la presente demanda.

Noviembre 2021	574.340-5	ALBERTO BORTNIK MEIMIS
Noviembre 2021	9.800.000-0	A.F.P. Capital S.A.
Total pactado:		\$209.310
Octubre 2021	9.800.000-0	A.F.P. Capital S.A.
Octubre 2021	574.340-5	ALBERTO BORTNIK MEIMIS
Total pactado:		\$445.865

Por lo anterior, estima que el fallo citado por su contraria resulta doblemente inaplicable a su representado, en mérito de lo establecido en el numeral 4 de lo resolutivo del mismo, por cuanto, en la actualidad, el factor de riesgo aplicado a su representado Alberto Bernardo Bortnik Meimis, de 72 años, es de 1, en lugar de los 2,4 que cabría aplicarle siguiendo la tabla única de la circular IF 343. Y, en el caso de su carga Marion Konsens Seelman, de 68 de edad, su factor se incrementaría de 1 a 2,2. Por ello, el procedimiento administrativo establecido por la Corte Suprema resulta completamente inaplicable a su representado, por cuanto dicha sentencia establece expresamente que *“La aplicación del procedimiento anterior no podrá importar un alza del precio final de los contratos de los afiliados a la recurrida, respecto del fijado al momento de ejecutoriarse esta sentencia”*.

Arguye que no concurre identidad de cosa pedida, puesto que recurso de protección de garantías constitucionales, es una acción cautelar establecida en beneficio de toda persona que, a consecuencia de un acto u omisión arbitraria e ilegal, ha sufrido privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos constitucionales establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política y que se encuentran contenidos en el catálogo de garantías amparables por esta vía, en el numeral 20 de la Carta Magna. En el caso de los recursos resueltos por la Excm. Corte Suprema, la acción ilegal vino dada por la aplicación por parte de la recurrida, de las tablas de factores de riesgo elaboradas con arreglo a los



numerales 1 a 4 del artículo 199 de la Ley de Isapres, ya derogados desde el año 2010, para la determinación del precio final a ser pagado por el afiliado y el objeto de la misma, era que la demandada, dejase de realizar discriminaciones por edad y sexo entre afiliados, para el cálculo del precio a pagar por los planes de salud.

La presente acción civil de indemnización de perjuicios, tiene por objeto que se declare que la demandada, a consecuencia de la aplicación de las citadas tablas con elementos declarados inconstitucionales, ha incumplido las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de salud previsional entre las partes en pleito, cuya naturaleza es la de obligaciones de hacer y, a consecuencia de dicha contravención y en los términos establecidos en el artículo 1553 del Código Civil, se ordene a la demandada al pago de una indemnización de perjuicios, en beneficio del demandante, que comprende a título de daño emergente, todos los excesos de cotización cobrados a consecuencia de la aplicación ilegal de la citada tabla durante todo el período de prescripción, los intereses corrientes aplicables a dichos excesos y, por supuesto, el daño moral.

Las diferencias entre los objetos de ambas acciones en análisis son tan diversas que la falta de identidad de objeto no resiste ni el menor análisis. Más aun, se debe puntualizar que por intermedio de la presente demanda se 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 vigor de la tabla única fijada mediante circular IF 343/2019. Por ese motivo, la devolución de excesos que, por vía administrativa, establece la sentencia del Supremo Tribunal, no satisface en modo alguno el objeto de la presente acción, por cuanto restringe dichos excesos únicamente a los 2 últimos años de vigencia de la citada circular y, por supuesto, no comprende todos los conceptos demandados por esta parte, en los términos establecidos en el artículo 1553 y 1556 del Código Civil.

De igual modo, considera que no concurre la identidad de causa de pedir, por cuanto el único elemento en que se puede encontrar un *principio de fundamento común*, entre ambas acciones, es el fundamento inmediato de lo alegado en ambos pleitos, esto es la ilegalidad del empleo de las tablas



de factores de riesgo elaboradas con arreglo a lo dispuesto en los numerales 1 a 4 del artículo 199 de la Ley de Isapres para la determinación del precio a pagar por los afiliados, con el agregado de que, para los fines de la presente acción, dicha ilegalidad califica el incumplimiento por parte de la demandada de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de salud previsional vigente entre las partes.

Asimismo, señala que debe tenerse presente que el contenido de la sentencia de la Corte Suprema en materia de tabla de riesgo no resulta tampoco aplicable al fondo de la acción de autos.

Al folio 26, se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que consta en autos.

Al folio 61: se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

I.- EN CUANTO A LA EXCEPCIÓN ANÓMALA DE COSA JUZGADA OPUESTA POR LA ISAPRE BANMÉDICA:

PRIMERO: Que, previo a abordar el estudio del fondo de la controversia, corresponde emitir pronunciamiento sobre la excepción perentoria anómala de cosa juzgada opuesta por el demandado, toda vez que su decisión incide en el fondo de la pretensión indemnizatoria del actor.

Dicha excepción anómala la funda en el hecho que con fecha 30 de noviembre de 2022, la Corte Suprema dictó sentencia en los autos Rol 13.979-2022, caratulados “Fredes con Isapre Banmédica”, y mediante dicho pronunciamiento el Tribunal confirmó la aplicación de una tabla de factores para la determinación del precio de los contratos de salud previsional, ordenando, en concreto, la utilización de aquella establecida a través de la Circular IF/N°343, de la Superintendencia de Salud, e instruyendo a dicho ente público llevar adelante los correspondientes procedimientos (incluidos los referidos a eventuales restituciones de sumas de dinero a los cotizantes), dentro del plazo de 6 meses.

Argumenta que en la especie se reúnen las exigencias para declarar la cosa juzgada según lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En cuanto a la identidad legal de personas, esboza que la sentencia en comento se extiende a los cotizantes y, por ende, al actor. Respecto de la identidad de la cosa pedida, el fallo se pronuncia respecto a



la aplicación de las tablas de factores y a las eventuales restituciones que sería procedente realizar a los cotizantes de Isapre Banmédica S.A., entre los que se encuentra la parte demandante de autos. Finalmente, señala que existe causa de pedir, en la medida que los fundamentos de hecho y de derecho que se esgrimieron en la acción que resolvió la sentencia, corresponden a los que ha esgrimido la parte demandante de autos.

SEGUNDO: Que la demandante al evacuar el traslado conferido, solicita el rechazo de la excepción, fundado en el hecho que la demandada no se encuentra legitimada activamente para el ejercicio de la excepción, ya que la norma en comento legitima activamente para el ejercicio de la excepción de cosa juzgada al litigante que haya obtenido en el juicio o por todo aquel a quien, según la ley aprovecha el fallo. De otro lado, menciona que el actor no ha sido ni es parte del fallo en el cual la demandada asila su excepción, de modo que no puede operar la cosa juzgada.

Agrega que tampoco procede la referida excepción, al no existir identidad de cosa pedida, puesto que un proceso guarda relación con una acción constitución de protección y otro, con una acción de indemnización de perjuicios y tampoco se reuniría en requisito relativo a la identidad de la causa de pedir, por cuanto el único elemento en que se puede encontrar un principio de fundamento común, entre ambas acciones, es el fundamento inmediato de lo alegado en ambos pleitos, esto es la ilegalidad del empleo de las tablas de factores de riesgo elaboradas con arreglo a lo dispuesto en los numerales 1 a 4 del artículo 199 de la Ley de Isapres para la determinación del precio a pagar por los afiliados,

TERCERO: Que se ha entendido por nuestra doctrina y jurisprudencia, que la cosa juzgada se configura fundamentalmente como una institución que busca evitar la reiteración de juicios, para impedir que un asunto que ya fue decidido pueda ser nuevamente conocido en otra oportunidad, con el objeto de otorgar seguridad jurídica y estabilidad a las decisiones judiciales, poniendo fin de forma irrevocable a la cuestión de fondo, por haber sido objeto de una decisión jurisdiccional definitiva en un proceso judicial, evitando que las personas que ya han obtenido una sentencia respecto a un determinado asunto puedan volver a litigar el mismo conflicto en un proceso futuro.



De esta forma, el concepto de cosa juzgada ayuda a la coherencia de nuestro sistema de justicia, operando como una prohibición de reiteración de juicios y de esa manera evitar la posibilidad de un doble pronunciamiento sobre un mismo asunto e impedir la existencia de sentencias contradictorias

CUARTO: Que al respecto cabe citar el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, que reza: “*Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o excepción de cosa juzgada*”.

A su vez, el artículo 177 del mismo Código, dispone que: “*La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:*

1º Identidad legal de personas;

2º Identidad de la cosa pedida; y

3º Identidad de causa de pedir.

Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”.

La concurrencia de las identidades necesarias para que se produzca la cosa juzgada debe apreciarse mediante un juicio comparativo entre lo resuelto en el proceso ya fenecido por sentencia firme y las pretensiones del ulterior proceso. Los elementos para realizar el ejercicio de identificación de las pretensiones se encuentran establecidos por el artículo 177 del Código de enjuiciamiento civil. (Corte Suprema, rol 3597-2015).

QUINTO: Que en primer lugar, cabe referirse a la alegación de la demandante, en orden a que la Isapre demandada carece de legitimación activa para los efectos de oponer la excepción en estudio.

Al respecto, en concepto de esta juez, la actora lleva la razón sobre este asunto, desde que según prevé el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil “*La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo...*”, de modo que no consta tal hipótesis, lo que conduce al rechazo de la excepción en comento, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación.



SEXTO: Que a mayor abundamiento, de todos modos dicha excepción correrá igual suerte, según los argumentos que a continuación se explicitan.

En efecto, para determinar la concurrencia de la excepción perentoria deducida en esta causa, corresponde analizar los requisitos que exige la ley para que opere la excepción de cosa juzgada, debiendo concurrir copulativamente la identidad legal de personas, de la cosa pedida y de la causa a pedir, no permitiendo prescindir de la concurrencia de uno de dichos requisitos, sin perjuicio de las similitudes que puedan apreciarse entre las peticiones.

SÉPTIMO: Que en relación al primer requisito, éste dice relación con los sujetos que participaron en un proceso y que quedan vinculados por los efectos que produce una sentencia judicial, significando que el demandante y el demandado deben ser en ambos juicios la misma persona; en el caso *sub lite*, de los dichos de la parte demandada, que no fueron controvertidos por la demandante, y especialmente de la lectura integrada de la documental allegada por la parte demandada, especialmente, la copia de la sentencia dictada en los autos sobre recurso de protección seguidos ante la Corte Suprema bajo el Rol

13.979-2022, caratulados “Fredes con Isapre Banmédica”, consta que las partes difieren en cuanto al actor, de modo que no hay identidad entre la recurrente de protección de dichos autos y el demandante de estos.

OCTAVO: Que en cuanto al segundo requisito, relativo a la identidad de la cosa pedida, la cual se puede identificar a través de la acción interpuesta por el actor en el respectivo juicio, correspondiendo al beneficio jurídico inmediato que se pretende lograr, lo cual debe establecerse determinando cuál ha sido la pretensión cuya satisfacción se ha solicitado en los dos pleitos; teniendo presente que de la documental allegada por el demandado a esta causa, inobjetada de contrario, se desprende que las acciones interpuestas son diversas, por cuanto, por un lado lo pretendido es el resguardo de derechos fundamentales a través de una acción de protección constitucional y otro, lo pedido es una indemnización de perjuicios, es que no se reúne la aludida exigencia.



NOVENO: Que en relación al último requisito, consistente en la causa de pedir o *causa petendi*, que se define como el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio y que se caracteriza por los hechos jurídicos en que se apoya la pretensión, para su concurrencia corresponde determinar el objeto del proceso en el estudio de cada caso específico, consta que en autos lo que se demanda son los perjuicios irrogados con ocasión del incumplimiento contractual que se le imputa a la demandada, cuestión distinta de los motivos que llevaron a presentar la acción de protección antes anotada, de modo que ambos procesos de todos modos difieren en este extremo.

DÉCIMO: Que atendido lo resuelto en los motivos que preceden, se desestimaré la excepción de cosa juzgada opuesta por la parte demandada, conforme se dirá en lo resolutivo.

II.- EN CUANTO AL FONDO:

UNDÉCIMO: Que al folio1 comparece el abogado don José Luis Baro, en representación de don ***Alberto Bernardo Bortnik Meimis***, en juicio ordinario de mayor cuantía, deduce demanda de indemnización de perjuicios en contra de ***Isapre Banmédica S.A.***, con el fin que se acoja la presente acción, en el sentido de declarar el incumplimiento de la demandada de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de salud previsual 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, derogado parcialmente por el Tribunal Constitucional mediante sentencia dictada con fecha 6 de agosto de 2010, en la causa rol N°1710 -10 -INC, publicada en el Diario Oficial de fecha 9 de agosto de 2010, para el cálculo del precio final pagado mensualmente, para acceder a su plan de salud y la indemnización de todos los perjuicios ocasionados al afiliado, con costas.

Basa su demanda en los antecedentes de hecho y derecho que fueron extensamente reseñados en lo expositivo de la presente sentencia, los que se dan por reproducidos por razones de economía procesal.

DUODÉCIMO: Que la demandada solicitó el rechazo de la demanda, con costas, alegando que en el caso *sublite*, no se cumplen los requisitos de la acción deducida, que genere la obligación de indemnizar,



esto es, i) Incumplimiento de obligación contractual por parte de la demandada, ii) Existencia de Perjuicios, iii) Existencia de dolo o culpa y iv) Relación de causalidad; en la forma que extensamente se expuso en la parte expositiva de esta sentencia.

DECIMOTERCERO: Que con el fin de acreditar sus asertos la parte demandante rindió la siguiente prueba instrumental:

Al anexo del folio 1:

1.- Certificado de afiliación de Alberto Bernardo Bortnik Meimis a Isapre Banmédica.

2.- Certificado de cotizaciones de salud pagadas por Alberto Bernardo Bortnik Meimis a Isapre Alberto Bernardo Bortnik Meimis durante los últimos 2 años.

3.- Plan de salud BCRPR3, actualmente asociado al contrato de salud previsional de Alberto Bernardo Bortnik Meimis y cuya aplicación ilegal por parte de la demandada motiva la presente acción.

4.- Carta de adecuación emitida por la demandada con fecha 25 de marzo de 2022, que grafica las condiciones vigentes de precio del plan de salud BCRPR3 contratado por Alberto Bernardo Bortnik Meimis a Isapre Banmédica, con anterioridad a la eliminación de la tabla de riesgos asociada a su plan, por sentencia recaída en autos Proteccion-43702-2021

5.- Copia autorizada de sentencia recaída en recurso de protección rol de ingreso Protección 43702-2021, tramitado ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Al anexo del folio 46:

6.- Ebook de causa seguida ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol Protección 43.702-2021, caratulado “Bortnik/ Isapre Banmedica S.A.”, fecha de ingreso 04 de octubre de 2021.

7.- Presentación dirigida a la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, por Omar Matus de la Parra Sardá, en representación de la recurrida, en autos sobre recurso de protección, caratulados “Alberto Bernardo Bortnik Meimis / Isapre Banmedica S.A.”, número de ingreso Corte 43702-2021.



8.- Documento denominado “Cálculo de excesos (daño emergente) e intereses corrientes (lucro cesante) Alberto Bernardo Bortnik Meimis. 8ºJLC Santiago C-7329-2022 Bortnik/Isapre Banmédica S.A.”

9.- Certificados emanados de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras Chile.

10.- Copia de la sentencia pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, con fecha 6 de agosto de 2010, en los autos Rol N° INC – 1710-2010.

11.- Copia de Circular IF/N° 343, de 11 de diciembre de 2019, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, que “imparte instrucciones sobre procedimiento de adecuación de los precios base de los planes de salud ajustado a la ley 21.350”.

12.- Copia de sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 18 de febrero de 2022, en causa N°Protección-778-2022.

13.- Presentación dirigida a la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, por Francisco González Sese, por la recurrida Isapre Consalud S.A. en los autos sobre recurso de protección caratulados: “Vargas/Isapre Consalud S.A.” N° de Ingreso Corte 10264-2021.

14.- Presentación dirigida a la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, por Matías Garrido Manlla, en representación de la recurrida Isapre Cruz Blanca S.A., Institución de Salud Previsional, en los autos sobre Recurso de Protección caratulados “Pérez De Castro/Isapre Cruz Blanca S.A.”, N° de Ingreso Corte 31341-2021.

15.- Presentación dirigida a la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, por Omar Matus de la Parra Sardá, en representación de la recurrida, en autos sobre recurso de protección, caratulados “Rolando Jose Lay Lofat / Isapre Banmedica S.A.”, número de ingreso Corte 33869-2021.

16.- Presentación dirigida a la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, por Omar Matus de la Parra Sardá, en representación de la recurrida, en autos sobre recurso de protección, caratulados “Marcela Maria Duval Delano / Isapre Vida Tres S.A.”, número de ingreso Corte 29074-2021.



17.- Documento de 18 páginas, relativos a causa seguida ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso Protección-34845-2021.

18.- Presentación dirigida a la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, por María Bernardita Donoso Alarcón, en representación de Isapre Colmena Golden Cross, en autos sobre recurso de protección Rol ingreso N° 43705-2021.

DECIMOCUARTO: Que a su turno, la parte demandada rindió prueba instrumental, acompañando los siguientes documentos:

Al anexo del folio 7:

1.- Copia de sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, con fecha 23 de diciembre de 2019, en los autos Rol N° 6523 – 19 – INA.

2.- Copia de sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, con fecha 17 de octubre de 2019, en los autos Rol N° 5795 – 18 – INA.

3.- Copia de documento denominado Formulario Único de Notificación, N° de folio 14581101, emitido por Isapre Banmédica S.A., con fecha 8 de agosto de 2021.

Al anexo del folio 22:

4.- Copia de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema con fecha 30 de noviembre en los autos Rol Ingreso Corte N° 13.797-2022.

Al anexo del folio 40:

5.- Copia del contrato de salud previsional suscrito entre la Isapre y el demandante.

6.- Documento denominado Set con copias de los Formularios Únicos de Notificación emitidos por la ISAPRE respecto al demandante de autos.

7.- Copia de certificado de cartola de excesos emitido por la Isapre respecto al demandante de autos.

8.- Copia de certificado de cotizaciones de salud emitido por la Isapre respecto al demandante de autos.

Al anexo del folio 43:

9.- Copia de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en los autos Rol Ingreso Corte N°13.979-2022.

10.- Copia de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en los autos Rol Ingreso Corte N°13.981-2022.

Al anexo del folio 49: Antecedentes de derecho:



11.- Copia del Decreto con Fuerza de Ley N°1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, de 2005, del Ministerio de Salud, cuya última modificación fue introducida por la Ley N° 21.350, de 14 de junio de 2021.

12.- Copia de la Ley N° 21.350, que regula el procedimiento para modificar el precio base de los planes de salud, promulgada el 9 de junio de 2021 y publicada el día 14 de junio de 2021.

13.- Copia de la Circular IF/N° 316, de 18 de octubre de 2018, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales, que “imparte instrucciones que prohíben crear nuevas tablas de factores”.

14.- Copia de la Circular IF/N° 317, de 18 de octubre de 2018, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales, que “instruye a las Isapres a la reducción del precio por cambio de factor etario en la ejecución de los contratos de salud previsual”.

15.- Copia de la Resolución Exenta SS/N° 221, de 20 de marzo de 2019, de la Superintendencia de Salud.

16.- Copia de la Resolución Exenta SS/N° 225, de 21 de marzo de 2019, de la Superintendencia de Salud.

17.- Copia de Circular IF/N° 343, de 11 de diciembre de 2019, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, que “imparte instrucciones sobre procedimiento de adecuación de los precios base de los planes de salud ajustado a la ley 21.350”.

18.- Copia de Circular IF/N° 401, de 30 de diciembre de 2021, de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, que “imparte instrucciones sobre procedimiento de adecuación de los precios base de los planes de salud ajustado a la ley 21.350”.

19.- Copia de la sentencia pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, con fecha 17 de octubre de 2019, en los autos Rol N° INA – 5795 – 2018.

20.- Copia de la sentencia pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, con fecha 10 de diciembre de 2019, en los autos Rol N° INA – 6335 – 2019.



21.- Copia de la sentencia pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, con fecha 7 de noviembre de 2019, en los autos Rol INA – 6767-2019.

22.- Copia de la sentencia pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, con fecha 6 de agosto de 2010, en los autos Rol N° INC – 1710-2010.

23. Copia de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema con fecha 30 de noviembre en los autos Rol Ingreso Corte N° 13.979-2022.

24. Copia de la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema con fecha 13 de diciembre de 2022, en los autos Rol Ingreso Corte N° 13.981-2022

Al anexo del folio 50:

25.- Copia del contrato de salud previsional suscrito entre la Isapre y el demandante.

26.- Set con copias de los Formularios Únicos de Notificación emitidos por la Isapre respecto al demandante de autos.

27.- Copia de certificado de cartola de excesos emitido por la Isapre respecto al demandante de autos.

28.- Copia de certificado de cotizaciones de salud emitido por la Isapre respecto al demandante de autos.

Al anexo del folio 51:

29.- Copia de sentencia dictada por el 25° Juzgado Civil de Santiago, Tribunal que conociendo de una demanda interpuesta por el mismo abogado patrocinante de la demandante de autos y por iguales fundamentos.

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

1.- Que de acuerdo con el certificado de afiliación del anexo del folio 1, el actor don Alberto Bortnik Meimis, se encuentra afiliado a la Isapre Banmédica S.A., desde el 1 de junio de 1994, plan de salud individual BCRPR3 cuyo valor es de UF 7,23 al 18 de julio de 2022.

2.- Que con fecha 22 de diciembre de 2021, la Iltna. Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió con costas, el recurso de protección deducido por el actor en contra de la Isapre Banmédica S.A., en ingreso



Rol 43.702-2021, disponiendo: *“que la recurrida deberá determinar el precio del plan de salud de la parte recurrente, 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.”*

3.- Que de acuerdo con el Formulario Único de Notificación folio 14581101, contrato N° 4803788, respecto del Plan BCRPR3, Cordillera Pro3, vigencia anticipada diciembre de 2021, observación “Recurso de protección Cod. 1304, Rol 43.702-2021, Valparaíso”, se consignó que el total de la cotización pactada corresponde a la de 6,804, con vigencia desde el mes de enero de 2022, descontándose a partir de la cotización de diciembre de 2021; correspondiendo al precio base del plan 2,812, factor grupo familiar “2”; precio de plan complementario 5,624, más GES 1,18, total cotización la indicada.

4.- Que, el Excmo. Tribunal Constitucional, en sentencia de 06 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”*;

5.- Que, con fecha 11 de diciembre de 2019, la Superintendencia de Salud, emitió la Circular IF/N°343, que establece una tabla de factores única, vigente desde el 1 abril de 2020.

DECIMOSEXTO: Que, de esta manera, tratándose de una demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato, resulta pertinente señalar que, se ha definido tradicionalmente la indemnización de perjuicios como una suma de dinero que el deudor que incumple debe pagar al acreedor y que sería un equivalente a lo que le habría reportado a este último el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación (Ramos Pazos, De las Obligaciones. Santiago: Legal Publishing Chile 2008, pág. 239).

DECIMOSÉPTIMO: Luego, los requisitos de procedencia de la indemnización de perjuicios son los siguientes: 1) la existencia de un contrato bilateral; 2) el incumplimiento de la obligación; 3) la existencia de perjuicios; 4) la relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios; 5) la imputabilidad de la conducta, esto es, la culpa o dolo del



deudor; 6) que no concurra una causal de exención de responsabilidad del deudor; y 7) la mora del deudor.

Por su parte el incumplimiento de la obligación, conforme a lo señalado en el artículo 1556 del Código Civil, se configura cuando la obligación no se cumple, se cumple imperfectamente o se retarda su cumplimiento.

DECIMOCTAVO: Que, en cuanto al primero de los requisitos señalados, esto es, la existencia de un contrato, ambas partes se encuentran contestes en que celebraron el contrato de salud previsional, el cual es un contrato dirigido, esto es, que se encuentra regulado por normas de orden público, no obstante, éste es un contrato privado, cuyos derechos y obligaciones se generan únicamente entre las partes de éste, es decir quienes lo celebran.

DECIMONOVENO: Que en lo tocante al segundo requisito de la acción, el actor refiere que el incumplimiento contractual de la demandada se encuentra dado por el cobro excesivo de las cotizaciones previsionales al señor Bortnik durante los últimos 5 años, y en consecuencia, de acuerdo a lo señalado por dicha parte, corresponde al periodo que media entre el mes de septiembre del año 2017 hasta septiembre de 2022 –atendido que en septiembre de 2022 ocurrió la notificación de la demanda-, aplicando la aludida tabla de factores de riesgos, cuyos factores son inexistentes desde el año 2010, monto que en su concepto asciende a la suma de 472,416 Unidades de Fomento. Sin embargo, desde ya cabe indicar que esto no es posible, toda vez que, habrá de analizarse la efectividad del incumplimiento, respecto del cobro excesivo de las cotizaciones entre el mes septiembre del año 2017 hasta marzo de 2020, respecto del periodo de tiempo con anterioridad a la fecha en que entró en vigor la circular 343, es decir, desde marzo de 2020 hacia atrás.

VIGÉSIMO: Que, en ese contexto, conviene tener presente que ha sido variada la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en orden a considerar que la sentencia antes señalada dejó sin efecto la aplicación de la tabla de factor de riesgo, al derogar los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley N°18.933 (Ley de Isapres) cuyo texto,



refundido, coordinado y sistematizado, se encuentra en el D.F.L. N°1 de 2005 del Ministerio de Salud.

Como contrapartida, asimismo existe jurisprudencia, a la que adscribe esta juez, que existen razones legales y reglamentarias para sostener la vigencia de la tabla de factores, en efecto, continúan vigentes los artículos 170, letras n) y m), 199, inciso primero, 202 y 203, que hacen referencia expresa a las tablas de factores según edad, sexo y condición de cotizante o carga con respecto a grupos definidos por la Superintendencia en instrucciones de general aplicación y a la forma como ellas inciden en la determinación del precio final de los contratos individuales de salud.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que cabe señalar, que previo a la publicación en el Diario Oficial de la Sentencia de 6 agosto del año 2010, pronunciada por el Tribunal Constitucional, en causa rol 1710-2010, se encontraban vigente y en plena aplicación los numerales 1º, 2º, 3º, 4º del artículo 38 Ter de la ley 18.933, los cuales disponían lo siguiente: *“Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores. La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar. Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas: 1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan. 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo”.*

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que consignado lo anterior, corresponde analizar los alcances e interpretación de la sentencia derogatoria del



Tribunal Constitucional dictada en la causa Rol 1710-10 INC, en la cual la actora funda su demanda, y de este modo determinar si efectivamente dicho veredicto eliminó la “*tabla de factores*” y, en consecuencia, los pagos realizados en atención a ella devienen injustificados, lo cual constituye el centro de la controversia de la presente causa.

Así las cosas, del análisis de la citada sentencia, se infiere que lo que hizo fue derogar los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del Artículo 38 ter de la Ley N°18.933 – que corresponde al actual artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 24 de abril de 2006- y que se referían a normas para determinar la estructura que debían tener las tablas de factores relativos por sexo y edad en los contratos de salud.

En ese sentido, es dable consignar que por considerando Centesimosexagesimotercero de la citada sentencia derogatoria, el Tribunal Constitucional consignó que: *“Esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo”*.

De este modo, se ha señalado expresamente en dicho fallo, que los órganos colegisladores, en uso de sus facultades colegisladoras deberían determinar la forma de dar cumplimiento a la tabla de factores.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en relación a lo anterior, cabe traer a colación el actual artículo 170 del D.F.L. N°1 de 2005, del Ministerio de Salud, que dispone que *“Para los fines de este Libro se entenderá: (...) n) “La expresión “tabla de factores” por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario”*. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de



suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.

m) *“El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores.”*

Por su parte el artículo 199, del mismo texto legal dispone que *“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”*.

De esta forma, es dable concluir, que la actual legislación en la materia ha mantenido la referencia a una tabla de factores, modificando solamente su composición para determinar el guarismo que finalmente se aplicará al afiliado para el caso concreto.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en el mismo orden ideas y con ocasión de la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional analizada en autos, la Superintendencia de Salud instruyó a las Isapres mediante Ordinario SS/N°548, de 18 de marzo del año 2011, indicando que no se podría efectuar cambios de precios a los planes de Salud de sus afiliados en conformidad a las Tablas de Factores pactadas en los mismos, en cuanto dispone que *“6. El fallo del Tribunal Constitucional dio lugar a diversas interpretaciones legales, sin embargo, la Excma. Corte Suprema, en fallos del 28 de enero y del 17 de febrero ambos de 2022, al resolver recursos de apelación en causas de protección en contra de las Isapres Consalud y Banmédica, por aplicación de las tablas de factores, adoptó el criterio del Tribunal Constitucional, zanjando definitivamente las discusiones que existían en esta materia, sosteniendo que la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 199 ter, y su consecuente derogación, impide a las Isapres modificar el precio por cambio de tramo etario, por cuanto esa facultad contemplada en el contrato ha quedado sin sustento legal”*.



Por su parte, con fecha 21 de marzo de 2019, la misma Superintendencia dictó la Resolución Exenta SS/Nº 225, que señaló que las Isapres deberán aplicar las rebajas por concepto de tramo etario que correspondan, desde la entrada vigencia de la Circular, lo que ocurriría con fecha 21 de marzo de 2021. En el número 4 del dicho documento se consignó: *“Dejase expresamente establecido que las Isapres estarán obligadas a aplicar la rebaja de precio cuando se verifique un cambio de tramo etario con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente normativa. Por tanto, no se aplicará la rebaja instruida respecto de beneficiarios que hubiesen experimentado el cambio de tramo etario con anterioridad a la vigencia de esta circular.”*

Posteriormente, por Circular IF Nº317 de fecha 18 de octubre de 2018, mediante la cual se establecían instrucciones para la rebaja de precio de los planes de salud por cambio etario según corresponda, la misma repartición pública consigna que *“Que mediante sentencia dictada en agosto de 2010, en causa Rol Nº1710-10, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los números 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley Nº18.933 (actual artículo 199 del D.F.L Nº1 de 2005, de Salud) dejando en consecuencia fuera del ordenamiento jurídico las normas que se refieren a la forma de estructurar las tablas de factores de los planes de salud, sobre la base de la doctrina que atribuye al contrato de salud previsional una naturaleza de seguridad social y orden público. Desde entonces las Isapres han estado impedidas de “modificar el precio por cambio etario, por cuanto esa facultad contemplada en el contrato ha quedado sin sustento legal”* (Oficio SS/Nº 548, de 2011), no obstante que la citada sentencia no derogó ni cuestionó la constitucionalidad de las demás normas que consagran la existencia de las tablas vigentes a la fecha de la dictación del fallo.

Luego, la misma Superintendencia de Salud, mediante Resolución Exenta SS/Nº 282, de 5 de abril de 2019, revocando parcialmente la indicada Resolución Exenta SS/Nº 225, eliminando sus Resueltos tercero y cuarto, y modificando de igual modo la señalada Circular IF Nº 317, instruye en su reemplazo que: *“a partir del 19 de octubre de 2019 las Isapres deberán aplicar, cada vez que corresponda, según la anualidad del*



contrato, la rebaja de precio respecto de todos los beneficiarios que cumplan dos años de edad.” y que: “A contar del 16 de abril de 2020 las isapres deberán aplicar, cada vez que corresponda, según la anualidad del contrato, la rebaja de precio respecto de todos los demás beneficiarios que cambien a un tramo etario al que le corresponda un factor más bajo.”

Enseguida, la Superintendencia de mediante Circular IF N°343, establece una nueva tabla de factores de carácter única para el sistema de Isapres, señalando que *“Sin embargo, quedó vigente el inciso primero del Artículo 199 del citado texto legal, que dispone que: 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”* Por consiguiente, se mantiene vigente la facultad que tienen las Isapres de fijar el precio final de los planes de salud que comercialicen aplicando para ello la *Tabla de Factores*”.

Así las cosas, se puede colegir que la tabla de factores del afiliado se mantuvo invariable desde la dictación de la sentencia derogatoria del Tribunal Constitucional; situación que se mantuvo hasta la sentencia que se pronunció sobre el recurso de protección incoado por el actor, dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso que le ordenó a la demandada abstenerse de multiplicar el precio base por el factor etario que correspondía según lo establece la ley, razón por la cual no se aplicó en lo sucesivo la señalada tabla de factores.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, como corolario, según fluye del tenor de las disposiciones normativas transcritas en particular la letra n) y m) del artículo 170 y artículo 199 del D.F.L. N°1 de 2005, del Ministerio de Salud, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 6 de agosto de 2010, y de la inteligencia de los ordinarios normas e instrucciones administrativas dictadas por la Superintendencia de Salud, las tablas de factores por edad, sexo y condición no fueron suprimidas en virtud de la derogación de los numerales 1,2,3 y 4 del artículo 38 Ter de la ley 18.933 decretada por el Tribunal Constitucional, de manera que sólo se ha visto alterada la determinación de la estructura de la señalada tabla, lo que ha llevado a la



Superintendencia de Salud, en virtud de los Ordinarios transcritos precedentemente, a fijar los alcances de la tabla de factores, los cuales deben ser acatados por la Isapre en virtud de lo dispuesto en los artículo 110 y 223 del D.F.L N°1 de 2005.

No obstante, lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional, ya referida, la Superintendencia de Salud, recién con fecha 11 de diciembre de 2019, la Superintendencia de mediante Circular IF N°343, establece una nueva Tabla de Factores de carácter única para el sistema de Isapre, fijando su entrada en vigor el 1 de abril de 2020.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, de otro lado, cabe recordar y sin perjuicio de haberse aparejado la sentencia pertinente, que la Corte Suprema acogió diversos recursos de protección y en síntesis, determinó la eliminación de las denominadas tablas de factores, disponiendo que aquellas deban dar aplicación a la tabla de factores contenida en la circular 343 de la Superintendencia de Salud, que rige desde el 1 de abril de 2020.

Asimismo, resolvió que la Superintendencia de Salud, en el ejercicio de sus facultades de fiscalización y dentro de seis meses, determinará el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contrato de salud, a los términos de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N°343; y para el evento que la aplicación de la tabla determine un precio final del contrato inferior al cobrado y percibido por la recurrida, las cantidades recibida en exceso y cuyo cobro no esté prescrito sea restituida como excedente de cotizaciones.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que sobre este punto es necesario señalar que a la fecha de la dictación de la presente sentencia ya se encuentra vigente la denominada “Ley Corta de Isapre” N°21.674 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 y modifica normas relativas a las instituciones de salud previsional”, la cual -como se sabe- tiene por finalidad dar cumplimiento a la sentencia de la Excm. Corte Suprema; destacando -entre otros- el establecimiento de un plan de pago de pago y ajustes que debe contener la propuesta de devolución de la deuda resultante de la aplicación de tablas distintas a la Tabla Única de Factores, incluyendo el número de contratos



afectados, los montos a devolver a cada afiliado, plazos máximos de devolución y modalidades de devolución, una propuesta de reducción de costos de la institución, incluyendo un sistema de pago eficiente a los prestadores y transparencia en los gastos para los afiliados, una propuesta para incorporar una prima extraordinaria por beneficiario en todos los contratos de la institución, destinada a cubrir costos relacionados con prestaciones, licencias médicas, por mencionar algunos. Asimismo, contempla la obligación de ajustar el precio final de los contratos que se encontraban vigentes al 1 de diciembre de 2022, en la que no podrá importar un alza del precio final de los contratos vigentes, ni que pueda significar una reducción del precio pactado por debajo de la cotización legal obligatoria, entre otros.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que sin perjuicio que el actor se refiere a los últimos cinco años de cobro excesivo, lo cierto es que según lo señalado en esta sentencia, habrá de analizarse la efectividad del incumplimiento, respecto del cobro excesivo de las cotizaciones entre el mes septiembre del año 2017 hasta marzo de 2020, invocado como daño emergente, por ende, respecto del periodo de tiempo con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la circular 343, es decir, desde marzo de 2020 hacia atrás.

VIGÉSIMO NOVENO: Que de acuerdo con lo resuelto por sentencia de la Il. Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 22 de diciembre de 2021, rol 43.702-2021, determinó que la demandada Isapre Banmédica S.A, incurrió en una acción arbitraria e ilegal, al aplicar la tabla de factores del plan de salud en contra del demandante.

En consecuencia, ese hecho ilícito prueba que la demandada ha incumplido el contrato de salud previsional, al haber aplicado una tabla de factores derogada. Además la demandada dio cumplimiento a dicha sentencia, al abstenerse de multiplicar el valor del precio base de la tabla de factores, emitiendo el FUN “Formulario único de notificación”, folio 14581101, contrato N°4803788, respecto del Plan BCRPR3, Cordillera Pro3, vigencia anticipada diciembre de 2021, observación “Recurso de protección Cod. 1304, Rol 43.702-2021, Valparaíso”, total de la cotización pactada corresponde a la de 6,804, con vigencia desde el mes de enero de 2022, descontándose a partir de la cotización de diciembre de 2021;



correspondiendo al precio base del plan 2,812, factor grupo familiar “2”; precio de plan complementario 5,624, más GES 1,18, total cotización la indicada.

TRIGÉSIMO: Que, en cuanto al daño emergente, entendido para el caso en comento como el perjuicio directo ocasionado al acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Dentro de este concepto, menciona que se deben reconocer todos los excesos de cotizaciones cobrados por Isapre Banmédica a Alberto Bernardo Bortnik Meimis, con cargo a 60 meses de cotizaciones de salud, por un total proyectado de UF 472,416, por su equivalente en pesos al día del pago efectivo.

Lo cierto es que habiéndose determinado que la demandada incumplió el contrato, en términos, que aplicó una tabla de factores que no debía aplicarse, este Tribunal analizará los eventuales cobros en exceso por el período antes anotado, esto es, entre el mes septiembre del año 2017 hasta marzo de 2020, considerando al cotizante con un factor grupo familiar al multiplicarse por el precio base de UF 2,812.

Cabe señalar que entre marzo de 2017 y marzo de 2020, de acuerdo al FUN agregado al proceso, se empleó un factor grupo familiar de 4,8, cobrándose un valor total de UF 14,216, aplicándose de esta forma un cobro de UF 13,496 (sin considerar GES u otros, sino solo precio base por factor), en vez de un cobro de UF 5,624, suma efectivamente correspondiente al precio de plan complementario, existiendo de esta forma una diferencia de cotización mensual de UF 7,8720 en desmedro del actor, lo que debe multiplicarse por lo meses referidos, esto es, un total de 30 meses, lo que arroja como resultado UF 236,16, suma que deberá ser restituida por la demandada, en su equivalente en pesos al día del pago, de acuerdo a la liquidación que se efectuará en su oportunidad por el Tribunal, más intereses para operaciones de crédito de dinero, no reajustables, devengados desde que se encuentre firme y ejecutoriada la sentencia.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que respecto del lucro cesante corresponde a la pérdida de la legítima ganancia esperada. Respecto del lucro cesante, el actor lo avalúa en \$11.276.069 (once millones doscientos setenta y seis mil sesenta y nueve pesos), los que en su concepto estarían



dados por los intereses corrientes aplicados a todos los excesos indebidamente cobrados, con motivo del empleo de la tabla de factores de factores de riesgo, derogada por el Tribunal Constitucional, para el cálculo y cobro de sus cotizaciones de salud. Los intereses corrientes representan en este caso la rentabilidad razonable y cierta que el actor habría obtenido del capital que se destinó a tales excesos y que, evidentemente, se dejó de percibir.

Basta para rechazar reiterar que la restitución de las cotizaciones cobradas en excesos y que deben ser devueltas por la demandada se dispuso al valor de la Unidad de Fomento y más intereses en caso de mora del deudor.

A mayor abundamiento, el acceder del modo propuesto en la demanda en este asunto, conllevaría el riesgo de acumular los intereses devengados al capital, provocando que se devenguen nuevos intereses.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que para efectos de emitir pronunciamiento acerca de la existencia del daño extrapatrimonial, antes que todo resulta relevante señalar que el daño moral, es toda lesión causada culpable o dolosamente que signifique molestias, perturbación en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona e imputable a otra, daño que no es de naturaleza propiamente económica y que no implica, un deterioro o menoscabo real y directo en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa, sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva, que debe ser probado por quien lo alega.

Basta para rechazar la demanda en este extremo el hecho que no se ha acreditado los padecimientos, aflicciones o lesiones a los intereses extrapatrimoniales del actor, razón por la cual no es posible a esta sentenciadora, acceder a tal rubro.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que conforme lo resuelto precedentemente se tiene también por probado el nexo causal entre el incumplimiento demandado y parte de los perjuicios alegados.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que finalmente, en lo que respecta a la solicitud de que el monto al que sea condenada la demandada sea



reajustado, se dirá que tal petición debe ser rechazada sin mediar mayor trámite, en tanto, se ha demandado el pago de una cifra expresada, precisamente, en Unidades de Fomento, lo que por su misma naturaleza, se reajusta diariamente según la variación del Índice de Precios al Consumidor del mes anterior, motivo por el cual se hace improcedente acceder a lo pretendido, ya que dicha petición se erige como una verdadera doble prestación sobre el mismo ítem indemnizatorio.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que los demás antecedentes y pruebas que obran en autos en nada alteran lo razonado precedentemente, haciéndose innecesario su análisis pormenorizado.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, no se condenará a la demandada al pago de las costas de la causa, por estimar que ha litigado con motivo plausible.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, a juicio de esta sentenciadora, resulta necesario, hacer presente que si bien lo resuelto precedentemente, difiere del criterio aplicado en la causa Rol N°8223-2021, con fecha 15 de enero de 2024, de este mismo Tribunal. En efecto en dicha sentencia definitiva, los argumentos para el rechazo de la demanda subsidiaria de incumplimiento contractual, se encuentran en los considerandos trigésimo tercero y trigésimo cuarto, que rezan:

“TRIGÉSIMO TERCERO: Que acoger la demanda de incumplimiento contractual en los términos solicitados por la actora, implica modificar en la especie lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en el fallo ejecutoriado antes señalado; y que es de público conocimiento que se encuentra en proceso de tramitación la modificación legal, con el fin de dotar a la Superintendencia de Salud de las facultades de establecer la forma y montos de devolución que corresponda.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, como corolario de lo anteriormente expuesto, resulta el rechazo de la demanda subsidiaria de incumplimiento contractual, como se dirá en lo dispositivo del fallo. ”

De ello, se constata que las circunstancias actuales, son diferentes, por cuanto el tema objeto de esta demanda, ya se encuentra zanjado por la Superintendencia de Salud, al haberse aprobado los planes de devolución de lo cobrado en exceso por la aplicación de la Tabla de Factores.



Lo anteriormente señalado, con un estudio acabado de los antecedentes, como se ha desarrollado latamente en este fallo, ameritan el cambio de criterio en la materia.

Y de acuerdo lo dispuesto en los artículos 160, 170, 254, 342, 346, 385 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; artículos 1437, 1545, 1698, 1700, 1702 del Código Civil; artículos 110 N° 2 y 4, 170 letras n) y m), 199, 223 del D.F.L. N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud; Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en la Causa Rol 1710-10 INC con fecha 6 de agosto de 2010 y demás pertinentes, **se declara que:**

I.- Se rechaza la excepción de cosa juzgada opuesta por la demandada.

II.- Que, se acoge parcialmente la demandada de lo principal de folio 1, deducida en favor de don ***Alberto Bernardo Bortnik Meimis***, sólo en cuanto se condena a la ***Isapre Banmédica S.A.***, a pagar al actor por concepto de daño emergente, la suma de dinero relativa a las cotizaciones en exceso solucionadas, esto es, la cantidad de ***UF 236,16***, en su equivalente en pesos al día del pago, de acuerdo a liquidación que efectuará en su oportunidad por el Tribunal, a través de la respectiva Unidad de Liquidaciones, más intereses para operaciones de dinero no reajustables, devengados desde la fecha en que la sentencia quede firme y ejecutoriada hasta el pago; rechazándose la demanda en todo lo demás, según lo establecido en el presente fallo.

III.- Que no se condena a la demandada al pago de las costas de la causa.

Regístrese, anótese, notifíquese y archívese

ROL: C-7329-2022

Pronunciada por doña Isabel Eyzaguirre Flores, juez titular.

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



