

San Miguel, treinta y uno de agosto de dos mil veinte.

A los escritos folios N°s 70427, 70430 y 70760: A todo, téngase presente.

Al escrito folio N° 70709: A sus antecedentes.

### **Vistos**

**Primero:** Comparece doña Carla Velásquez Sagredo y don Aníbal Arias Seguel, quienes interponen recurso de protección en favor de su hijo Maximiliano Arias Velásquez, de tres años de edad, en contra de SERVICIOS CLINCOS MEDICOS DOMICILIARIOS SAN JUAN DE DIOS LTDA. e ISAPRE BANMÉDICA S.A., solicitando se reestablezca el imperio del derecho, ordenando dejar sin efecto la decisión de poner término unilateral al contrato de prestación de servicios de hospitalización domiciliaria respecto del menor, suspendiendo un eventual cambio de prestador médico hasta que se intervenga quirúrgicamente, por el inminente riesgo que significaría para la salud y vida del mismo en virtud del contexto de pandemia por COVID-19, ordenando, además, al prestador médico a proporcionar todos los implementos de higiene y seguridad necesarios al personal que atiende a su hijo., en virtud de los argumentos de hecho y derecho que paso a exponer.

Refieren latamente los antecedentes médicos pretéritos del menor Maximiliano, señalando que nació prematuramente de 28 semanas y media, con fisura de labio y paladar, además de displasia nasal e insuficiencia respiratoria. Con posterioridad, fue diagnosticando con una faringo laringo malasia severa, y es por esto que decidieron realizar una traqueotomía, quedando hospitalizado. Después de 4 meses logró salir de la Clínica bajo Régimen de Hospitalización Domiciliaria desde el 20 de abril de 2017, con el Home Care (prestador médico) Peter Swuan, con quien estuvo hasta julio del año 2019. Agrega, que el menor ha sido operado por las delicadas afecciones que sufre y después se ha tratado de realizar en tres ocasiones el proceso de decanulación (sacar su cánula y sellar su tráquea) para poder realizar su respiración normal, pero han sido infructuosos. Dado el último intento, los médicos programaron realizar una intervención quirúrgica el 27 de marzo de este año 2020, la cual corregiría el funcionamiento de sus cuerdas vocales y de su respiración, pero debido al inicio de la pandemia por Coronavirus se debió suspender todo y continuar en el estado actual hasta una nueva fecha aún no definida, pero que, puede estimarse recién para finales de este año dependiendo de la situación sanitaria del país.

Respecto de los hechos que expresan como vulneraciones a garantías constitucionales protegidas por la acción de protección, se basan en que producto de la enfermedad de su hijo se mudaron en febrero de este año desde un departamento a una parcela en Calera de Tango, la que tiene mucho más espacio para el tratamiento médico que requiere su hospitalización domiciliaria. Agregan que el inicio de la Pandemia los obligó a extremar los cuidados de las personas que cuidaban y realizaban las terapias de su hijo, llegando a determinar su médico tratante, el 15 de marzo de 2020, que se debía suspender toda visita de los profesionales que realizaban terapias y dejando en caso de urgencia la visita de Kinesiólogos, Fonoaudiólogos y Terapeutas ocupacionales, con quienes han sesiones los padres online. Refieren que a principio del mes de mayo del



presente, en virtud del drástico aumento de contagios y fallecidos por la pandemia, se decidió suspender toda visita de personas al domicilio para salvaguardar la vida y la integridad física de nuestro hijo. Cabe mencionar que el acuerdo de rotación de las técnicas en enfermería (TENS) para los cuidados del hijo es que se debía tener cuatro técnicos activos visitando el domicilio y uno de respaldo en caso de indisponibilidad de alguna de las principales, situación que en ningún caso se cumplió. A causa de la situación sanitaria de pandemia, se acordó con el prestador médico San Juan Ltda. aislar el domicilio lo más posible de probables contagios. Se implementó la rotación teniendo dos Técnicos viviendo en su casa y una tercera viniendo al domicilio cada dos días. Esta metodología de trabajo no funcionó producto de restricciones impuestas por la Empresa y por problemas de convivencia en el domicilio, por lo que el día 30 de abril del presente, se le pidió al prestador que implementara un protocolo de cuidados y limpieza para el nuevo escenario de pandemia donde las técnicas regresaran a su domicilio al terminar su turno. Finalmente, señalan que una de las TENS dejó de asistir quedando finalmente dos, las que muchas veces llegaban, según el recurso, sin los implementos adecuados de higiene y seguridad que el prestador les debiese otorgar para el cuidado de contagios por Covid-19.

Con fecha 16 de junio del presente año recibieron los recurrentes una carta a su domicilio en Calera de Tango, por parte del prestador médico San Juan de Dios Ltda., donde se comunica, sin fundamento alguno, según expresa, su decisión de “poner término” al contrato de prestación de servicios de hospitalización domiciliaria suscrito, lo que se haría efectivo a partir del 16 de julio del 2020 y que previo a esa fecha harían el retiro del equipamiento y personal médico que atienden a su hijo. Sostienen que el hecho es completamente ilegal y arbitrario, no solo porque el período de hospitalización domiciliaria se extiende hasta el 17 de agosto de 2020, renovable por 30 días de manera autónoma y sucesiva (cláusula quinta del contrato), salvo que exista una re-hospitalización de su hijo, lo que recién ocurriría a finales de este año donde se intervendría quirúrgicamente, dependiendo de las condiciones de la actual pandemia por COVID-10, pero, además, porque tal decisión es completamente grave al poner en riesgo la vida y salud de su hijo. Además, implicaría una sobreexposición propia y de sus hijos, a un eventual contagio por coronavirus, con un personal de un nuevo prestador que proporcione la Isapre. Añaden que no se cumplen en la especie las hipótesis que el contrato contempla en sus cláusulas quinta y sexta, para poner término al mismo, que la decisión de esta recurrida carece de fundamento y que con aquella se conculcan las garantías contenidas en los números 1 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política, al poner en riesgo la vida y salud de su hijo Maximiliano, por no contar con los insumos hospitalarios y ante el inminente cambio del personal que atiende al niño, lo que aumentará el peligro de contagio del paciente por COVID -19. Luego, en lo que atañe a la segunda garantía que estima vulnerada, afirma que existe un derecho indubitado que emana del contrato de hospitalización domiciliaria, el que se ha vulnerado por la violación a la ley del contrato cometida por el recurrido San Juan de Dios Limitada.



Solicita que esta Corte ordene dejar sin efecto la decisión de poner término unilateral al contrato de prestación de servicios de hospitalización domiciliaria, suspendiendo un eventual cambio de prestador médico, ordenando, además, al prestador médico que proporcione todos los implementos de higiene y seguridad necesarios al personal que atiende al niño en cuya representación se recurre y las demás providencias necesarias y convenientes para restablecer el imperio del derecho y garantizar los derechos fundamentales del recurrente, con costas.

**Segundo:** Que, informa la recurrida Servicios Clínicos domiciliarios San Juan de Dios Ltda., explicando en lo pertinente, que las razones por las que hizo uso de la cláusula quinta del contrato de prestación de servicios hospitalarios se debe a que el padre de Maximiliano maltrató a sus funcionarios que concurrían al domicilio a atender al menor, mediante hostigamiento, trato denigrante y vejatorio hacia las técnicas en enfermería, produciéndose una rotación de aquellas ante los reclamos formulados en éste, argumentando vulneración de derechos laborales. Agrega, que han tomado las medidas necesarias de protección, ordenadas por la autoridad sanitaria, respecto de la situación nacional de pandemia.

Señala que el domicilio de los recurrentes, es el que mayor rotación de funcionarios tiene la prestadora, lo que resulta absolutamente excepcional para ellos.

Solicita el rechazo del recurso en todas sus partes costas.

**Tercero:** Que informando a su turno la recurrida Isapre Banmédica S.A., sostiene que la acción de protección no es la vía idónea para conocer del asunto que aquí se debate, ya que se trata de una divergencia interpretativa entre los recurrentes y el prestador San Juan De Dios Ltda., respecto de las cláusulas que se permiten poner término al contrato por ellos suscrito, lo que solo se puede resolver mediante un procedimiento de lato conocimiento, ante el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, en su calidad de órgano competente y especializado en supervigilar y velar por la aplicación práctica de los contratos celebrados entre los prestadores de salud y las instituciones de salud previsional. Argumenta, además, que las materias referidas al cumplimiento de un contrato de salud, no supone, en caso alguno, la existencia de derechos indubitados, por lo que insiste en que se está ante materias que deben resolverse a través de un procedimiento de lato conocimiento.

Agrega que Isapre Banmédica S.A. no ha incurrido en acción u omisión alguna que pueda considerarse ilegal o arbitraria, fundamentando principalmente que se trata de un tema entre el prestador de servicios de hospitalización domiciliaria y la afiliada, que suscribieron un contrato el año 2019. Manifiesta que se trata del segundo prestador puesto a disposición de la recurrente, ya que originalmente fue PETER SWUAN quien desempeñó dicha función, prestador que señaló la imposibilidad de continuar con el servicio, entre otros motivos, en razón de la disconformidad del padre del menor con el mismo. Por lo expuesto se proveyó de este otro prestador San Juan de Dios Ltda.

Finalmente expone diversas comunicaciones escritas entre la recurrente y la otra recurrida y solicita el rechazo del recurso.



**Cuarto:** Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción constitucional de urgencia, de naturaleza autónoma, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

Es una acción destinada a cautelar derechos fundamentales, frente a menoscabos derivados de acciones u omisiones de carácter ilegal o arbitrario, en las que pueden incurrir autoridades o particulares. Se ha considerado entonces que dicha acción cautelar supone la concurrencia de ciertos presupuestos. A saber: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que como consecuencia de esa acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho fundamental; c) que ese derecho esté señalado como objeto de tutela en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y d) Que conforme el auto acordado de la Excma. Corte Suprema Sobre Tramitación del Recurso de Protección, el mismo debe sea interpuesto dentro del plazo fatal de 30 días corridos desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticia o conocimiento cierto de los mismo, lo que se hará constar en autos. Tales lineamientos deben ser tenidos en cuenta a la hora de resolver el asunto sometido al conocimiento de esta magistratura.

**Quinto:** Que conforme expone el recurrente, el acto impugnado mediante esta vía recursiva de protección es *“la decisión de poner término unilateral al contrato de prestación de servicios de hospitalización domiciliaria respecto de nuestro hijo Maximiliano, suspendiendo un eventual cambio de prestador médico hasta que se intervenga quirúrgicamente ...”*. Acción que se imputa directamente, conforme fluye del propio libelo recursivo, a la prestadora del servicio de hospitalización domiciliaria.

**Sexto:** Que, al efecto el propio tenor del recurso, hace referencia a las cláusulas quinta y sexta del contrato de prestación de servicios suscrito entre la prestadora y la recurrente, de 18 de julio de 2019, cuestionando que éstas puedan ser invocadas para poner término al mismo, pues aquello sería un *“acto completamente arbitrario e ilegal por cuanto desatiende de forma unilateral las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios para la hospitalización domiciliaria...”*, quedando de manifiesto que lo reclamado supone, a juicio de la recurrente, un incumplimiento contractual, respecto de una obligación que emana del mismo, situación que resulta controvertida en el informe de la recurrida Servicios Clínicos domiciliarios San Juan de Dios Ltda.

**Séptimo:** Que, de lo referido precedentemente es dable concluir que la vía idónea para reclamar el incumplimiento contractual, tantas veces señalado, es a través de un juicio de lato conocimiento, seguido ante la autoridad expresada por la recurrida Isapre Banmédica u otro conforme las reglas de competencia que establece nuestra normativa procesal, pero no esta vía recursiva proteccional. Al efecto la jurisprudencia nacional ha señalado...*“El Recurso no es la vía para declarar, constituir o extinguir derechos y solo opera cuando los derechos amagados son indiscutidos”*. (C. A. de Concepción ,23 de octubre de 2014, rol: 3311-2014).



**Octavo:** Que, de los antecedentes acompañados por la recurrente y los recurridos, es un hecho pacífico, que doña Carla Velásquez Sagredo celebró un contrato de prestación de servicios con Servicios Médicos Domiciliarios San Juan de Dios Ltda., el 18 de julio de 2019 y, que el cumplimiento o incumplimiento del mismo, según la parte que lo invoque, ha motivado el presente recurso, a partir de la carta que la prestadora médica remitiera a la recurrente el 16 de junio del presente, informando su decisión de “*poner término al mismo con fecha 16 de julio*”.

**Noveno:** Que, la ilegalidad o arbitrariedad del acto impugnado es uno de los presupuestos indispensables para que prospere una acción constitucional de este tipo. En consecuencia, es ineludible examinar la legalidad y fundamentos del acto reprochado. Si estos concurren, el recurso no puede prosperar.

Al efecto, el propio contrato suscrito por la recurrente, contiene normas expresas que permiten poner término al mismo en determinadas circunstancias y plazos, como se ha expresado, por lo cual es dable colegir, que resulta amparado por el derecho hacer uso de esa facultad, quedando entregado a una acción de lato conocimiento el determinar si lo actuado se encuentra o no acorde a la ley y/o al propio contrato.

**Décimo:** Que, por lo expuesto en los anteriores razonamientos, en los que se ha determinado que el acto reprochado a los recurridos, en especial, a la prestadora de servicios médicos domiciliarios, no es ilegal ni arbitrario, pues corresponde claramente a una diferencia jurídica respecto al cumplimiento o no de obligaciones que nacen de una relación contractual, imposibilitando en consecuencia, estimar concurrentes en este caso, los presupuestos exigidos en el artículo 20 de la Constitución Política de la República para la procedencia de la acción de protección impetrada, razón por la que necesariamente deberá ser rechazada.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, **se rechaza** la acción constitucional deducida por doña Carla Velásquez Sagredo y don Aníbal Arias Seguel.

Déjese sin efecto orden de no innovar concedida.

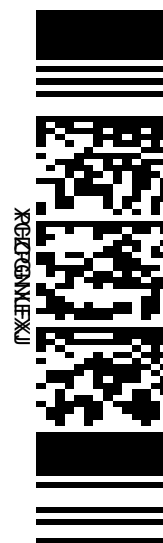
Regístrese y archívese, en su oportunidad.

**Rol N° 6410-2020 - Protección.**

**Redacción del Abogado Integrante Sr. Carlos Castro Vargas.**

Pronunciada por la Sexta Sala Zoom de la Illtma. Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por los ministros Sra. Carolina Vásquez Acevedo, Sr. Carlos Hidalgo Herrera y Abogado Integrante Sr. Carlos Castro Vargas.

Se deja constancia que no firma el Abogado Integrante Sr. Carlos Castro Vargas, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo, por encontrarse ausente.





Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>

Pronunciado por la Sexta Sala de la C.A. de San Miguel integrada por los Ministros (as) Carolina Vasquez A., Carlos Osvaldo Hidalgo H. San miguel, treinta y uno de agosto de dos mil veinte.

En San miguel, a treinta y uno de agosto de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

