Santiago, veinticuatro de abril de dos mil veintiséis.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de primer grado con excepción de los considerandos quinto a undécimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además presente:

Primero: Que, en estos autos sobre indemnización de perjuicio por responsabilidad contractual, el apoderado de demandante se alza en contra de la sentencia de treinta de agosto de dos mil veintidós que rechazó la demanda sin costas.

Solicita que se enmiende la sentencia recurrida y se resuelva que se acoge la demanda principal de indemnización de perjuicios deducida por don , en contra de ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A., con costas.

Segundo: Que son hechos asentados en la sentencia censurada (considerando cuarto):

a) Las partes celebraron un contrato de salud previsional, suscrito el 29 de diciembre de 2010, que ha sido objeto de sucesivas modificaciones debiéndose precisar que el plan contratado se denomina en la actualidad “ASPEN 21013”.

b) La modificación suscrita el 31 de marzo de 2021, notificada para regir desde febrero de 2021, se informa un precio base de 4,17 UF; un factor grupo familiar de 1,15 UF; un precio GES de 0,77 UF; y un total de la cotización pactada de 5,57 UF.

c) El demandante interpuso un recurso de protección en contra de la demandada, tramitado ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, planteando que la aplicación de la Tabla de Factores sería arbitraria, acusando la vulneración de las garantías consagradas en el artículo 19 N°2, 9 y 24, recurso que fue acogido mediante sentencia de 1° de octubre de 2021, disponiendo que la Isapre “deberá determinar el precio del plan de salud de la actora, 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”.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: VRBWCDHTBRU

d) En la modificación suscrita el 23 de agosto de 2021, notificada para regir desde octubre de 2021, se informa un precio base de 4,17 UF; un precio GES de 0,77 UF; y un total de la cotización pactada de 4,94 UF, lo cual da cuenta del acatamiento de la orden de no innovar librada en el recurso de protección antes referido.

e) El Tribunal Constitucional dictó sentencia el 6 de agosto de 2010, en la causa Rol 1710-10-INC, publicada el 9 de agosto de 2010, que dispuso lo siguiente: "SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N°18.933, SON INCONSTITUCIONALES".

Tercero: Que, corresponde analizar si la ISAPRE demandada ha incumplido el contrato de salud celebrado entre las partes, al cobrársele al actor una cotización calculada con arreglo a una tabla de factores de riesgo inexistente, en atención a que el artículo 199 del DFL N°1 de 2005, fue derogado parcialmente por el Tribunal Constitucional mediante sentencia dictada el 6 de agosto de 2010, incumpliendo la obligación consistente en calcular y determinar el precio de la cotización a pagar por el afiliado y sus cargas, con arreglo a la normativa vigente, disponiendo de la emisión y notificación de los FUN correspondientes; solicitando que se le paguen los excesos de cotización generados.

Cuarto: Que, en la especie, el actor circunscribe su acción al total de excesos de cotización generados durante los 60 meses**,** que corresponden al período que media entre enero de 2017 y enero de 2022.

Sin embargo, del mérito de los antecedentes que obran en autos, se advierte que en el mes de septiembre de 2021, fecha de emisión del Formulario Único de Notificación, la demandada dejó de aplicar el factor de riesgo que motiva esta demanda, para el cálculo del precio del plan de salud del Afiliado, en cumplimiento del fallo recaído en recurso de protección rol de ingreso Protección N°39.570-2021 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Quinto: Que como ya se ha señalado, el Tribunal Constitucional el 6 de agosto de 2010, en causa Rol 1710-10-INC, declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 199 del DFL N°1 de 2005,

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: VRBWCDHTBRU

siendo derogada dicha parte de la disposición citada pero no el restante texto del artículo, el cual prescribe, en lo pertinente a la presente causa:

"Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores. La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar. Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1.- DEROGADO;

2.- DEROGADO;

3.- DEROGADO;

4.- DEROGADO, y

5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo (…)"

En virtud de lo anterior, el 11 de diciembre de 2019 la Superintendencia de Salud dictó la Circular IF/N°343 que imparte instrucciones sobre una tabla de factores única para el sistema Isapre, teniendo en expresa consideración la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de los preceptos señalados, por considerarlos incompatibles con las garantías constitucionales que consagran el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección a la salud y el derecho a la seguridad social.

La mencionada Circular razona que, quedando vigente el inciso primero del artículo 199 ya citado, se mantiene la facultad de las Isapres de fijar el precio final de los planes de salud aplicando la tabla de factores, por lo que, a fin de dar cumplimiento a la normativa vigente y siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, fija la tabla de factores única que indica, teniendo en consideración los siguientes aspectos: a) Eliminar la discriminación por sexo; b) Restringir la discriminación por edad en la fijación de los factores.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: VRBWCDHTBRU

Sexto: Que no obstante lo resuelto en dicha sentencia, la ISAPRE Colmena Golden Cross S.A. continuó aplicando el factor de riesgo 1,150 contemplado en la Tabla de Factores hasta el mes de agosto de 2021, oportunidad en que la demandada emitió el Formulario Único de Notificación folio N° 20487816 por el cual el precio del contrato de salud se redujo a UF 4,94, (precio base de 4,170 *1,00 beneficiarios sin tabla de factores), sin considerar precio GES y beneficios adicionales, para determinar el precio del plan de salud del actor a contar de octubre de 2021.

De este modo, y tal como lo señala la sentencia censurada, queda establecido que ha existido un incumplimiento contractual por parte de la demandada, al haberse determinado el precio del plan de salud del demandante utilizando una tabla de factores sustentada en elementos proscritos del ordenamiento jurídico, en contravención a la ley.

Séptimo: Que la demandada esgrime en su defensa, que la tabla de factores no fue derogada por la sentencia del Tribunal Constitucional a que se ha hecho referencia en el fallo en alzada, por lo que su parte está obligada a su aplicación. Efectivamente no se encuentra derogada la tabla de factores, pero sí que en su elaboración se utilicen criterios la discriminación por edad, sexo y condición.

Octavo: Que conforme se viene reflexionando, corresponde hacer parcialmente lugar al planteamiento de la demandante.

Noveno: Que, resulta ser un hecho público la sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema, el 30 de noviembre de 2022, recaída en los ingresos Corte 16.630-2022; 25.570-2022; 14.513-2022 y 13.979-2022, que produjo sus efectos erga omnes, en que dispuso:

1.- Dejar sin efecto la “tabla de fijación de precios de suscripción y modificación al número de beneficiados” o tabla de factores que la recurrida, Isapre (…)., tiene asociada al plan de salud contratado por la recurrente;

2. Consecuencialmente, se deja sin efecto la aplicación de dicha tabla de factores para calcular el precio final de todos los contratos de salud individual administrados por la Isapre (…).;

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: VRBWCDHTBRU

3.- Dispuso la aplicación de una tabla de factores para la determinación del precio de los contratos de salud previsional, ordenando, 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.

4.- 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.

5.-. Una vez calculado el precio final de los contratos individuales, aplicando la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N°343 de la Superintendencia de Salud, sólo podrá autorizarse una alza del precio final de dichos contratos cuando se funde en la incorporación de nuevas cargas o beneficiarios y la suma de los factores de riesgo del grupo familiar allí previstos así lo determine, alza cuyo cobro se suspenderá hasta que la nueva carga cumpla dos años de edad en caso de ser no nata o menor de esa edad.

6°. La Superintendencia de Salud, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y dentro del plazo de seis meses, determinará el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud administrados por la recurrente a los términos de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N°343.

7.- La Superintendencia de Salud dispondrá, además, las medidas administrativas para que, en el evento de que la aplicación de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N°343 de la Superintendencia de Salud determine un precio final del contrato inferior al cobrado y percibido por la recurrida, las cantidades recibidas en exceso y cuyo cobro no esté prescrito sean restituidas como excedentes de cotizaciones.

8.- El secretario de la Corte Suprema oficiará a todas las Cortes de Apelaciones que estén conociendo recursos de protección contra la recurrida por la aplicación de “Tabla de fijación de precios de suscripción y modificación al

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: VRBWCDHTBRU

número de beneficiados", para que se agregue copia autorizada de esta sentencia".

9.- La Circular IF/N° 343 de 11 de diciembre de 2019, que imparte instrucciones sobre una tabla de factores única para el sistema ISAPRE entró a regir el 1 de abril de 2020.

La sentencia de la Excma. Corte Suprema, no puede ser desconocido por el juez, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: *"Sin perjuicio de las demás circunstancias que, en concepto del tribunal o por disposición de la ley, deban estimarse como base de una presunción, se reputarán verdaderos los hechos certificados en el proceso por un ministro de fe, a virtud de orden de tribunal competente, salvo prueba en contrario.*

Igual presunción existirá a favor de los hechos declarados verdaderos en otro juicio entre las mismas partes."

De ahí, que teniendo presente que, conforme a lo resuelto en la referida sentencia de la Excma. Corte Suprema, respecto de la generalidad de los cotizantes de Isapre Colmena, se han eliminado las tablas de factores elaboradas por dicha Isapre, disponiéndose la aplicación de la tabla de factores emitida por la Superintendencia del ramo en la Circular IF/N°343, con vigencia desde el 1 de abril de 2020; cabe concluir que los períodos comprendidos en el presente libelo desde septiembre de 2020 hasta septiembre de 2021, se encuentran incluidos en dicho fallo, estando impedido este tribunal de emitir un nuevo pronunciamiento al respecto, correspondiendo a la Superintendencia de Salud disponer las medidas administrativas para que en el evento de existir cantidades recibidas en exceso por la Isapre y cuyo cobro no esté prescrito, sean restituidas como excedentes de cotizaciones.

Décimo: Que conforme el razonamiento que precede, la indemnización por concepto de daño emergente se limitará al periodo comprendido entre enero de 2017 y agosto de 2020 (43 meses). Por consiguiente, el exceso que resulta por el período señalado es de 26,918 Unidades de Fomento cantidad que la demandada deberá restituir al actor en su equivalente en pesos al día del pago, más los

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: VRBWCDHTBRU

intereses más intereses para operaciones reajustables desde que el fallo se encuentre ejecutoriado.

Undécimo: Que, en cuanto al lucro cesante, el demandante solicita que se condene a la demandada al pago de los intereses corrientes aplicados a todos los excesos de cotización cobrados de forma indebida. Sin embargo, en atención a que se ha ordenado la restitución de dichos montos de acuerdo con el valor de la Unidad de Fomento, que de por sí es una unidad de cuenta reajustable, se desestimará esta petición.

Duodécimo: Que, en lo concerniente al daño moral, ha de señalarse que, a pesar de su naturaleza particular, debe ser probado por quien lo reclama, toda vez que éste constituye un presupuesto para el origen de la responsabilidad civil, y por tanto, aquel que intente beneficiarse de la concurrencia de la misma, tendrá la carga probatoria de demostrar su existencia. Así, la indemnización del daño moral requiere que el mismo sea cierto, vale decir, que sea real y no hipotético, el que deberá ser demostrado por los medios de prueba legalmente establecidos.

En dicho contexto, teniendo presente que la única prueba rendida a este efecto, lo constituye la absolución de posiciones del actor, lo que de suyo resulta insuficiente por lo que se rechazará lo solicitado a este respecto.

Décimo Tercero: Que al haberse acogido parcialmente la acción principal, corresponde omitir pronunciamiento respecto de la acción de nulidad formulada en forma subsidiaria a aquella.

Décimo Cuarto: Que las demás alegaciones vertidas en los recursos de apelación en nada alteran las conclusiones a que ha arribado el fallo y que esta Corte comparte.

Décimo Quinto: Que al no haber resultado totalmente vencido se eximirá a la demandada del pago de las costas.

Y, de conformidad, con las normas legales citadas y lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de treinta de agosto de dos mil veintidós, pronunciada por el 29° Juzgado Civil de esta ciudad, en aquella parte que rechaza la acción principal y en su lugar se declara que **se condena a la demandada pagar a la**

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: VRBWCDHTBRU

demandante a título de daño emergente 26,918 Unidades de Fomento más intereses corrientes desde que la demandada incurra en mora. Cada parte soportará sus costas.

Se confirma, en lo demás apelado la referida sentencia.

Regístrese y devuélvase.

N°7862-2023 Civil.

Redactó la ministra Claudia Lazen M.

Pronunciada por la Décima Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago integrada con los ministros Carolina Vásquez Acevedo, Claudia Lazen Manzur y Andrea Soler Merino.

No firma la ministra Carolina Vásquez Acevedo por encontrarse con feriado legal.

Claudia Andrea Lazen Manzur
Ministro
Corte de Apelaciones
Veinticuatro de abril de dos mil veintiséis
12:22 UTC-4

ANDREA PAOLA SOLER MERINO
Ministro(S)
Corte de Apelaciones
Veinticuatro de abril de dos mil veintiséis
09:59 UTC-4

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: VRBWCDHTBRU

Pronunciado por la Decimotercera (zoom) Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Claudia Lazen M. y Ministra Suplente Andrea Paola Soler M. Santiago, veinticuatro de abril de dos mil veintiseis.

En Santiago, a veinticuatro de abril de dos mil veintiseis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: VRBWCDHTBRU