San Miguel, veintitrés de febrero de dos mil veintitrés.

VISTOS:

PRIMERO: Que comparece Sebastián Nicolás Roco Fredes, abogado, en favor de doña Valentina de los Ángeles Moreno Sepúlveda, domiciliada en Alava 3952, Comuna de Puente Alto, Santiago, quien a su vez actúa en representación de su hijo Lucas Bascuñán Moreno, de su mismo domicilio, deduciendo recurso de protección en contra de Isapre Colmena Golden Cross S. A. por el acto ilegal y arbitrario consistente en la decisión unilateral de no bonificar por un periodo de 5 años patologías supuestamente no declaradas del menor, además de no entregar la bonificación requerida para el programa de atención medica N° 4470888, correspondiente a una operación en la Clínica Alemana de Frenillo Sublingual Tipo uno, Lipoma Supraesternal Derecho y Fimosis, por estimar que aquellas serían preexistencias, lo que vulnera sus garantías constitucionales de los numerales 2, 9 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Relata que su representada fue informada de la decisión en contra de la cual se recurre por medio una carta certificada de 29 de marzo de 2022, que fue recibida el 2 de mayo de 2022 en su domicilio y en la que la Isapre recurrida aduce un incumplimiento por parte de Valentina Moreno Sepúlveda de las obligaciones estipuladas en la declaración de salud, consistente en no declarar las patologías de Frenillo Sublingual Tipo uno, Lipoma Supraesternal Derecho y Fimosis. Añade que dicha decisión se traduce en que el hijo de la recurrente, de 5 años, queda completamente desprotegido y con el máximo desamparo respecto de un derecho garantizado por nuestra Carta Fundamental, como es el derecho a la salud, lo cual a todas luces y en todo caso, ha de considerarse y entenderse como arbitraria e ilegal.

Explica que su representada declaró al momento de su admisión todo aquello que le fue requerido por el agente de ventas de la Isapre, entre ellos, información acerca de una lipomatosis múltiple y su tratamiento, acompañó su informe e indicó que hace 15 años se hizo una eco mamaria y tuvo una

XKYKXDWBOHX

operación. Añade que incluso el agente de ventas le propuso ir llenando en conjunto la declaración de salud, tuvieron contacto telefónico, ahí ella le informo que respecto de ella no tenía nada más que señalar y que respecto del menor Lucas Bascuñán Moreno, éste fue operado de las amígdalas, y lo demás fueron consultas médicas normales de la edad, donde se le hizo una ecotomografía de partes blandas por un supuesto lipoma, lo que nunca arrojo un diagnóstico definitivo por parte de los médicos.

Expresa que todo fue informado en base a los requerimientos de la Isapre, siendo autorizado su contrato, tomando pleno conocimiento, aun cuando la declaración digital no dejara evidencia de lo declarado verbalmente.

Afirma que, en consecuencia, la recurrente cumplió cabalmente su obligación de enterar todos los antecedentes de salud que la Isapre requirió y que avalan su declaración verbal de salud en orden a que informo y acompañó los documentos de salud con estricto apego a la realidad, siendo acusada injusta e infundadamente de mentir en ella.

Plantea que la oportunidad para alegar el rechazo de un potencial afiliado es al momento de la solicitud de afiliación misma, puesto que una vez que se admite totalmente a un afiliado y que no es de justicia que una vez que se utiliza la cobertura recién se haga el estudio de admisibilidad que debió hacerse en un principio, alegando supuestas circunstancias que eran desconocidas por la recurrida, ya que se entregaron todos los antecedentes objetivos y declaró en conformidad a ellos de manera verbal vía telefónica, no teniendo la oportunidad de fiscalizar lo que los ejecutivos dependientes exclusivos de la misma Isapre realizan en lo digital, no siendo su responsabilidad los errores u omisiones que tales dependientes realizan.

Por otro lado, plantea que la Isapre, teniendo toda la información solicitada la afilia a ella y su hijo, y después de meses de cobrar, deciden congelar el contrato de salud por 5 años respecto del menor y no cubrir la prestación medica ya individualizada, sin razón válida alguna.

Agrega que no hay antecedente que respalden el fundamento señalado para negar estas coberturas -que es parte de una enfermedad preexistente no

XKYKXDWBOHX

declarada- ya que no pueden dar fe de lo expresado por la recurrente en ese momento ante el ejecutivo Cristopher Rivas, debiendo la recurrida ser capaz de probar que esta parte no declaró con apego a la verdad, cuestión que no podrán acreditar por ser del todo erróneo.

Indica que se vulnera la igualdad ante la ley ya que la recurrida, al negar cobertura al niño recurrente, comete un acto de discriminación supuestamente por tener una enfermedad preexistente. Se afecta su derecho a elegir un sistema de salud y su derecho de propiedad sobre bienes incorporales, como son las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes.

Pide se acoja su recurso en todas sus partes, ordenando a la recurrida, que siga vigente el contrato de salud celebrado con valentina Moreno, no cesando la cobertura respecto de su hijo por los próximos 5 años por la patologías supuestamente no declaradas y dando cobertura al tratamiento y gastos médicos producidos por la dolencia de su hijo y disponiendo que la Superintendencia de Salud, aplique a la recurrida, la multa que proceda de acuerdo a la ley, todo con expresa condenación en costas por los perjuicios causados.

SEGUNDO: Que informó al tenor del recurso Julio Javier Saavedra Saldías, abogado, en representación de Isapre Colmena Golden Cross S.A., solicitando que el recurso sea rechazado en todas sus partes por improcedente, falta de fundamentos, y porque su representada no ha vulnerado las garantías constitucionales de la señora Moreno ni de su hijo.

Plantea que no es efectivo de que Colmena Golden Cross S.A., haya incurrido en algún acto ilegal o arbitrario en su contra con motivo de la negativa de cobertura para las prestaciones relacionadas directamente con el diagnóstico por un período de cinco años ya señalado, ya que consta que no se consignó la patología preexistente y diagnosticada desde antes de ingresar a la Isapre, por lo que tampoco es efectivo que haya conculcado con ello las garantías constitucionales, toda vez que al adoptar tal decisión se ajustó plenamente a la normativa vigente, a las estipulaciones contenidas en su contrato de salud, como en su declaración de salud, que forma parte integrante del contrato de salud y

XKYKXDWBOHX

por supuesto, a los antecedentes médicos que evidencian que la recurrente conocía el diagnóstico con una fecha anterior a su afiliación a la Isapre. Agrega que, en todo caso, el presente recurso de protección debe ser rechazado en atención a que su materia es de aquellas que corresponde conocer de acuerdo con el procedimiento arbitral ante la Superintendencia de Salud, establecido por la ley.

Señala que la Sra. Moreno se afilió a Isapre Colmena el 18 de marzo de 2021, suscribiendo para ello tanto el respectivo contrato de salud, como su declaración de salud ID interno N° 918626 que forma parte integrante del contrato. Añade que en dicha declaración de salud omitió la patología preexistente que tiene como consecuencia la negativa de cobertura, en el caso concreto, no declaró padecer Frenillo Sublingual Tipo Uno, Lipoma Supra Esternal Derecho y Fimosis; consignando en forma negativa si había padecido *"Otras Enfermedades: Consigne aquí si Ud. o alguno de sus beneficiarios padece o ha padecido alguna enfermedad o condición de salud, lesión o cualquier otra condición médica y/o enfermedad originada con posterioridad al nacimiento, que no esté identificada anteriormente y que se le haya diagnosticado medicamente."* (Apartado N° 23 de la Declaración de Salud).

Explica que fue en virtud de lo expuesto por la señora Moreno en su declaración de salud, que su representada aceptó la afiliación sin ningún tipo de restricción, ya que, según la afiliada, no existían condiciones de salud preexistentes que ameritaran el rechazo a su solicitud de afiliación, o restricción en las coberturas relacionadas con enfermedades relacionadas a la nariz o sistema respiratorio. Recalca que, en el comienzo de la declaración de salud firmada por la recurrente, se establece en caracteres desatacados que: *"Importante. es de su exclusiva responsabilidad el llenado completo, correcto y veraz de este documento. si usted no declara alguna enfermedad, patología o condición de salud preexistente la Isapre puede: 1. negar la cobertura, para dicha enfermedad, por un plazo máximo de hasta 5 años desde la suscripción del contrato o de la incorporación del beneficiario y/o 2. terminar su contrato de salud. esta declaración debe ser llenada en su totalidad, por usted, aunque se le*

XKYKXDWBOHX

indique lo contrario". Explica que ello obliga al afiliado a consignar TODA patología o condición médica lo que es, reitera, de exclusiva responsabilidad de quien la llena y se advierte precisamente que existe el riesgo, en caso de no consignar algo, de excluir la bonificación y de poner término al contrato.

Expresa que no es posible que la sola declaración de la recurrente sea suficiente elemento de convicción para justificar la omisión del diagnóstico preexistente, requiriéndose de un término probatorio, en que ambas partes tengan la posibilidad de ejercer una adecuada defensa, lo que no es compatible con este proceso de naturaleza cautelar, sobre todo teniendo en cuenta los antecedentes médicos que establecen que no puede entenderse que estemos frente a un derecho indubitado por parte de la recurrente.

En efecto, la señora Moreno, tenía diagnosticada una patología no declarada con anterioridad a la fecha de reingreso a Isapre Colmena Golden Cross S.A., realizándose incluso exámenes médicos días antes de su afiliación, que daban cuenta de esta preexistencia, como consta en Certificado emitido por Clínica Alemana, de 22 de octubre de 2021 que consigna el diagnóstico de Frenillo Sublingual Tipo Uno, Fimosis y Lipoma Supra Esternal Derecho, señalando inclusive que se propone cirugía.

Sostiene que existe un incumplimiento de su parte al no consignarlo en su declaración de salud, lo que la recurrente no justifica de ninguna forma. Agrega que no resulta procedente sostener que dicha omisión de estas preexistencias sea imputable a la recomendación del Agente de Venta, ya que consta en los propios pantallazos de conversación a través de la plataforma WhatsApp que nunca se le señaló que omitiera información, es más, claramente queda manifiesto que se le solicitaban todos los antecedentes.

En consecuencia, la negativa de cobertura por un plazo de cinco años por el diagnóstico de "Frenillo Sublingual Tipo Uno, Lipoma Supra Esternal Derecho y Fimosis", se debe a la preexistencia, esto es, patología o condición de salud que era conocida por la parte recurrente y diagnosticada en el ámbito de una consulta médica con anterioridad a la suscripción del contrato con la Isapre, razón por la que la se le envió una carta en la que se le comunicó la negativa de

XKYKXDWBOHX

cobertura. Refiere que tal como establece la declaración de salud, la afiliada debió declarar todas sus patologías preexistentes, sin importar su estado actual, incluso aquellas en que hubiera sido dada de alta, declaración que es parte integrante y esencial del contrato que une a las partes y que contempla esta situación de manera expresa esta obligación.

Por otro lado, existe un procedimiento arbitral seguido ante la Superintendencia de Salud por el que se debería conocer la materia de autos, ya que, al tratarse de un organismo técnico, compuesto también por médicos, podría evaluarse la situación desde esa perspectiva, con un término probatorio en que ambas partes puedan acreditar sus dichos, sobre todo en lo que dice relación con el conocimiento médico, oportunidad que en un procedimiento de naturaleza cautelar no es posible.

Por lo anterior concluye que no existe un derecho indubitado respecto del cual se busque protección, sino que la situación es diferente, existe una serie de hechos controvertidos, entre los cuales se encuentra el aspecto técnico, que es vital para poder resolver el caso.

Afirma que, conforme a lo señalado, Isapre Colmena no ha tenido una conducta ilegal o arbitrario, desde el momento en que se limitó a hacer uso de la facultad legal y contractual, siendo la recurrente quien generó esta confusa situación al negar el conocimiento de este diagnóstico, sin perjuicio de que s consta en los antecedentes que acompaña y en mérito de lo expuesto solicita sirva el rechazo el recurso, con costas.

TERCERO: Que, el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos indubitados y preexistentes consagrados en la Carta Fundamental, 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. En este contexto, resulta que actúa ilegalmente tanto el que se aparta de la preceptiva vigente que lo obliga, como el que desconoce el derecho y obra contra ley o sin seguir lo que la ley le manda.

XKYKXDWBOHX

Por su parte, actúa arbitrariamente el que decide y obra a su antojo, por mero capricho, sin razones o argumentos que apoyen su conducta.

CUARTO: Que, en consecuencia, para resolver la procedencia del presente recurso de protección, en primer lugar, debe establecerse la existencia de una conducta ilegal o arbitraria y luego, si con ocasión de ella la recurrente sufre la afectación de alguna de las garantías constitucionales tuteladas por esta vía cautelar de urgencia.

QUINTO: Que la recurrida acompañó los siguientes antecedentes:

1) Carta de 24 de marzo de 2022 en que se solicita a Clínica Alemana mayores antecedentes del menor Lucas Bascuñán Moreno.

2) Certificado de consulta emitido por Clínica Alemana respecto del menor Lucas Bascuñán Moreno de fecha 22 de octubre de 2021.

3) Carta de 29 de marzo de 2022 en que se comunica negativa de cobertura a solicitud de tratamiento a patología preexistente no declarada por un término de cinco años.

4) Declaración de Salud.

Adicionalmente, en su informe corrobora lo expuesto en el recurso en cuanto a que la señora Valentina Moreno se afilió a la Isapre Colmena el 18 de marzo de 2021.

SEXTO: Que, del análisis de la documentación acompañada se constata, en primer lugar, que la declaración de salud aportada por la Isapre recurrida se encuentra firmada únicamente por ésta, consignándose en ella los siguiente: *"Firmado Digitalmente por colmena.cl Fecha: 28/10/2021 15:47:36 CLST Razón: ENVIAR DS A RESOLVER".* De ello es posible concluir que la declaración de salud agregada a estos autos por la recurrida no fue firmada al momento de suscribirse el contrato de salud, sino 7 meses después, o bien que existe otro documento suscrito oportunamente por las partes y no acompañado.

Por otro lado, el certificado de la Clínica Alemana, que en concepto de la recurrida daría cuenta de la preexistencia de las patologías materia del presente recurso es de 22 de octubre de 2022, esto es, siete meses después de la afiliación y, si bien refiere frenillo sublingual sin resultados al tratamiento con

XKYKXDWBOHX

fonoaudiólogo, no es posible determinar a partir de dicho documento la fecha del primer diagnóstico de la patología, ni si desde su inicio se indicó la cirugía que la recurrida se niega a cubrir.

Adicionalmente, el documento del centro asistencial en análisis proporciona un diagnóstico de fimosis y lipoma de cuello, sin que se advierta en él algún antecedente que dé cuenta de su preexistencia ni menos de la fecha en que la recurrente habría tomado previamente conocimiento cierto de él, ni de su pronóstico o tratamiento, en circunstancias que la afiliación es siete meses antes del certificado en cuestión.

SÉPTIMO: Que, al respecto, el artículo 190 inciso 2º del DFL N°1 de Salud del año 2005, en su numeral 6 se refiere a las enfermedades preexistentes no declaradas, en los siguientes términos: "*Asimismo, no podrá convenirse exclusión de prestaciones, salvo las siguientes: 6.- Enfermedades o condiciones de salud preexistentes no declaradas, salvo que se acredite justa causa de error.*

Para los efectos de esta Ley, se entenderá que son preexistentes aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. Tales antecedentes de salud deberán ser registrados fidedignamente por el afiliado en un documento denominado Declaración de Salud, junto con los demás antecedentes de salud que requiera la Institución de Salud Previsional. La Declaración de Salud deberá ser suscrita por las partes en forma previa a la celebración del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. La Declaración de Salud forma parte esencial del contrato; sin embargo, la falta de tal declaración no lo invalidará, pero hará presumir de derecho que la Institución de Salud Previsional renunció a la posibilidad de restringir la cobertura o de poner término a la convención por la omisión de alguna enfermedad o condición de salud preexistente.

Sin perjuicio de lo anterior, la Institución de Salud Previsional estará obligada a concurrir al pago de prestaciones por enfermedades o condiciones de

XKYKXDWBOHX

salud preexistentes no declaradas, en los mismos términos estipulados en el contrato para prestaciones originadas por enfermedades o condiciones de salud no preexistentes cubiertas por el plan, si se acredita que la omisión se debió a justa causa de error o cuando haya transcurrido un plazo de cinco años, contado desde la suscripción del contrato o desde la incorporación del beneficiario, en su caso, sin que el beneficiario haya requerido atención médica por la patología o condición de salud preexistente. En estos casos, tampoco procederá la terminación del contrato de salud.

Se presumirá la mala fe si la Institución probare que la patología o condición de salud preexistente requirió atención médica durante los antedichos cinco años y el afiliado a sabiendas la ocultó a fin de favorecerse de esta disposición legal. En estos casos, la Institución de Salud Previsional podrá poner término al contrato, en los términos señalados en el artículo 201;"

OCTAVO: Que, el incumplimiento contractual que se imputa a la afiliada y que en concepto de la Isapre la autoriza para negarle cobertura a las cirugías del menor y las posteriores prestaciones se sustenta en el hecho que la madre no consignó en su declaración de salud tales patologías, declaración que habría suscrito el 28 octubre de 2021, esto es, 6 días después del certificado médico que da cuenta de ellas. Sin embargo, la sanción aplicada por la recurrida carece de sustento fáctico, primeramente, por cuanto la declaración de salud que invoca no aparece suscrita por la afiliada y, además, porque tal declaración debió ser firmada al momento de afiliarse, esto es, en marzo de 2021. En efecto, el citado artículo 190 señala expresamente: "*La Declaración de Salud deberá ser suscrita por las partes en forma previa a la celebración del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. La Declaración de Salud forma parte esencial del contrato; sin embargo, la falta de tal declaración no lo invalidará, pero hará presumir de derecho que la Institución de Salud Previsional renunció a la posibilidad de restringir la cobertura o de poner término a la convención por la omisión de alguna enfermedad o condición de salud preexistente."*

En otras palabras, de ser efectivo que la declaración de salud se firmó en octubre de 2021 y no en marzo del mismo año al suscribir el contrato, la ley

XKYKXDWBOHX

dispone expresamente que ello hace presumir la renuncia de la Institución de Salud Previsional a la posibilidad de restringir la cobertura.

Por otro lado, si existió una declaración de salud suscrita en forma previa a la celebración del contrato como lo dispone la ley, no hay antecedentes que permitan concluir la preexistencia. En efecto, y según la definición del artículo 201 del DFL Nº 1 recién citado, son preexistentes las *"enfermedades o patologías que hayan sido conocidas y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato",* sin que haya sido justificado que las patologías del menor hayan sido efectivamente conocidas y diagnosticadas con anterioridad al 18 de marzo de 2021, fecha de la suscripción del contrato.

NOVENO: Que, de lo razonado, se desprende que la actuación unilateral de la recurrida carece, para los efectos de esta acción, de sustento fáctico y jurídico, lo que resulta suficiente para calificarla como ilegal y arbitraria, toda vez que no ha evidenciado que concurrieran los presupuestos básicos para actuar como lo hizo, esto es, que las patologías hubiesen sido preexistentes y que se contara con un diagnóstico que diese cuenta de ellas con anterioridad a su afiliación, perturbando de este modo el derecho de propiedad que garantiza a la recurrente la Constitución Política de la República, puesto que se afecta su patrimonio al no poder acceder a las coberturas médicas convenidas en un contrato de salud regulado en la ley.

DÉCIMO: Que, por último, en cuanto a la alegación de la recurrida consistente en encontrarse previsto un procedimiento arbitral ante la Superintendencia de Salud para la resolución de los conflictos entre las partes, cuyo inicio en este caso tampoco fue acreditado, cabe señalar que ello no excluye el presente mecanismo de cautela de garantías constitucionales.

Por estas consideraciones y de conformidad con dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de justicia sobre la materia **se acoge, con costas**, el recurso de protección deducido por Sebastián Nicolás Roco Fredes, abogado, en favor de doña **Valentina de los Ángeles Moreno Sepúlveda**, en representación de su hijo Lucas Bascuñán Moreno, en contra de la Isapre

XKYKXDWBOHX

Colmena Golden Cross S. A, debiendo la recurrida dar cabal cobertura a las cirugías del menor correspondientes a Frenillo Sublingual Tipo uno, Lipoma Supraesternal Derecho y Fimosis, así como a las posteriores prestaciones por estas patologías, en los términos pactados en el respectivo contrato de salud.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Redacción abogada integrante Sra. Bentjerodt.

N° 14070-2022 Protección.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel**,** presidida por la ministra señora María Teresa Díaz Zamora e integrada por el ministro suplente señor Leonardo Varas Herrera y por la abogada integrante señora Yasna Bentjerodt Poseck.

MARIA TERESA DIAZ ZAMORA
Ministro
Fecha: 23/02/2023 09:53:01

LEONARDO VARAS HERRERA
Ministro(S)
Fecha: 23/02/2023 09:31:35

YASNA TATIANA BENTJERODT POSECK
Abogado
Fecha: 23/02/2023 09:53:01

XKYKXDWBOHX

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel integrada por Ministra Maria Teresa Diaz Z., Ministro Suplente Leonardo Varas H. y Abogada Integrante Yasna Bentjerodt P. San Miguel, veintitrés de febrero de dos mil veintitrés.

En San Miguel, a veintitrés de febrero de dos mil veintitrés, 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 o en la tramitación de la causa.
A contar del 11 de Septiembre de 2022, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl.