NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 2º Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-994-2018
CARATULADO : MORENO/ISAPRE BANMEDICA S.A.

Santiago, treinta de Octubre de dos mil veinte.

VISTO:

Con fecha 11 de enero de 2018, y aclaración de fecha 5 de marzo del mismo año, comparece el abogado **Tomás Cantó Caballero**, en representación de la sucesión hereditaria quedada al fallecimiento de Raúl Moreno Jeria, conformada por **MARÍA LUISA BEIZA DUARTE**, pensionada; **RAÚL ALEJANDRO MORENO BEIZA**, ingeniero industrial; y **JACQUELINE LORENA MORENO BEIZA**, comerciante, todos domiciliados en Avenida Apoquindo N° 4445, oficina 401, comuna de Las Condes, quien interpone demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, en juicio ordinario de mayor cuantía, en contra de **ISAPRE BANMÉDICA S.A.**, del giro Isapre, representada legalmente por Fernando Matthews Cádiz, ingeniero comercial, ambos domiciliados Calle Arturo Prat N° 1271, oficina 202, comuna de Santiago.

En cuanto a los argumentos de hecho, expone que se encontraba vigente entre Raúl Moreno Jeria (Q.E.P.D) e Isapre Banmédica el contrato de salud "Familiar Red 35/12", que establecía una modalidad hospitalaria de bonificación preferente del 90% sin tope, siempre cuando las prestaciones fueran otorgadas en Clínica Dávila o Clínica Vespucio.

Relata que producto de la enfermedad de base que padecía el beneficiario, Parkinson Rígido, aquel requirió asistencia médica y hospitalización en tres oportunidades, suscitándose los siguientes acontecimientos:

(i) **Hospitalización desde el 17 al 27 de mayo de 2014:** asistido en su domicilio por la empresa Help, se determinó el riesgo vital y necesidad de traslado inmediato. Clínica Dávila informó por teléfono imposibilidad de atención por falta de cupo, extendiendo ambas entidades los certificados correspondientes para que, mediante ley de urgencias y mantención del plan preferente establecido en su contrato de salud, el paciente ingresara a la Clínica Santa María, centro asistencial médico más cercano.

LXXKRXXXKG

Posteriormente, con fecha 29 de julio de 2014, Clínica Santa María envió una carta al paciente informando que el monto de los honorarios clínicos ascendía a $8.000.000, debiendo pagar él $6.000.000 y $2.000.000 la Isapre. Aquello alertó al mandatario e hijo del beneficiario, Raúl Moreno Beiza, demandante en autos, respecto a la aplicación por parte de la Isapre de la modalidad libre elección, que posee una cobertura menor al plan preferencial. Para revertir aquello, presentó a la Isapre los certificados correspondientes, sin embargo, aquella insistió en la modalidad de libre elección, razón por la cual interpuso, con fecha 9 de marzo de 2015, un reclamo administrativo ante la Superintendencia de Salud, N° de ingreso 4205, que resolvió favorablemente para el beneficiario, obligando a la Isapre a aplicar la modalidad preferencial pactada.

(ii) **Hospitalización desde el 30 de junio al 4 de agosto de 2014:** asistido domiciliariamente por empresa Help y constatado el riesgo vital y la falta de cupos en Clínica Dávila, el paciente es ingresado en Clínica Santa María el día 30 de junio de 2014 bajo ley de urgencias, emitiéndose los certificados correspondientes. Recibió tratamiento en la unidad de cuidados grave, con apoyo ventilatorio invasivo y monitorización hemodinámica, hasta que con fecha 9 de julio de 2014 personal de la clínica lo declaró estabilizado, reubicándolo en la unidad de cuidados intermedios y dando por concluida la ley de urgencias. Sin embargo, sus familiares desconfiaron del diagnóstico de estabilización, corroborándose el temor el día 11 de julio del mismo año, al desarrollar el paciente una falla respiratoria y siendo nuevamente trasladado al área de cuidados críticos.

El 17 de julio la médica tratante, Dra. Claudia Sepúlveda, informó a la familia que el alta médica se condicionaba a la contratación de cuidados intensivos domiciliarios atendido el deterioro de salud del paciente. Por ello, el hijo y mandatario del paciente, Raúl Moreno Beiza, cotizó los servicios de la empresa Home Medical Clinic, la cual no fue posible contratar tras la imposición unilateral y arbitraria de Isapre Banmédica para convenir los servicios de la empresa Xinermed. A este respecto, indica la dificultad para obtener un pronunciamiento de la Isapre o de la empresa sobre la modalidad del plan de salud que operaría, siendo finalmente confirmado por la doña Claudia Cares, de Xinermed, que se aplicaría el plan de oferta

LXXKRXXXKG

preferente del 90% sin tope, accediendo los familiares a la contratación del servicio.

El día 27 de julio de 2014 el paciente se estabilizó y fue trasladado a cuidados intermedios, para, finalmente, ser dado de alta el 4 de agosto de 2014 con orden médica de continuar con hospitalización domiciliaria, mediante los servicios de Xinermed.

Con fecha 13 de agosto de 2014 la Isapre informó que la cobertura sería de libre elección, generándose una incongruencia con lo aseverado por Xinermed y poniendo en riesgo la continuidad del servicio y la salud del paciente.

Con fecha 18 de agosto de 2014 el personal de Xinermed a cargo llevó al paciente a la Clínica Santa María para la realización de un examen de traqueotomía. Tras la revisión médica, el Dr. Alexander Adauy Díaz adujo que el aseo de rigor estaba siendo mal ejecutado, lo cual era responsabilidad de la empresa Xinermed. Señala que la real intención de la empresa era poner término al servicio, abandonando al paciente en la clínica, hecho que habría sido ratificado por la profesional técnico de Xinermed, Dominique Marín, quien se opuso a cumplir la orden, bajo la insistencia de la técnico de la misma empresa, Susana.

Asevera que, respecto a la hospitalización entre el 30 de junio y el 8 de julio de 2014, se recurrió a la Superintendencia de Salud ingresando el reclamo administrativo N° 9615 de fecha 4 de julio de 2016, con el objetivo de que se respetara el plan preferente del paciente. A su vez, en cuanto a la hospitalización entre el 9 de julio y el 4 de agosto de 2014, se interpuso el reclamo administrativo N° 11020, con fecha 12 de octubre de 2016, el cual se resolvió favorablemente al beneficiario, ordenando la aplicación de la bonificación preferente pactada.

(iii) **Hospitalización desde el 20 al 22 de agosto de 2014:** expone que el 20 de agosto de 2014 personal de Xinermed engañó a la cónyuge del paciente -adulta mayor- para trasladarlo a Clínica Santa María, bajo el pretexto de un supuesto control médico con la Dra. Claudia Sepúlveda, que resultó ser falso. En paralelo, la empresa retiró todos los insumos y equipos médicos de hospitalización del domicilio, aprovechando la ausencia del hijo del paciente para confundir maliciosamente a la cónyuge del paciente.

LXXKRXXXKG

Ante lo sucedido, Raúl Moreno Beiza, hijo del beneficiario, solicita el traslado a Clínica Dávila, sin embargo, al no haber nuevamente cupo disponible, se emite el certificado correspondiente y permanece el paciente ingresado en Clínica Santa María hasta el 22 de agosto de 2014, en espera de contar la familia con los insumos suficientes para mantenerlo en su domicilio, dado el abandono de Xinermed. Asevera que sobre los hechos descritos se estampó una denuncia ante Carabineros.

Hace presente el hecho de que empresa Xinermed se encontraba bajo la dependencia y responsabilidad de Isapre Banmédica, toda vez que fue impuesta de forma unilateral por la Isapre.

Indica que se pagó a Clínica Santa María la totalidad de los servicios prestados.

Relata que, con fecha 2 de septiembre de 2014, Isapre Banmédica informó al beneficiario mediante carta que la cobertura otorgada sería la correspondiente a la modalidad libre elección, la cual se extendería al servicio de hospitalización domiciliario prestado, al significar una continuación de la internación inicial.

Como consecuencia del abandono por parte de Xinermed, solicitan la reparación de todos los costos adicionales en que se debió incurrir, consistentes en servicios hospitalarios, traslados de ambulancias, boletas médicas e insumos para la mantención del paciente en su domicilio.

Señala que, al no recibir los cuidados hospitalarios en su domicilio, el beneficiario falleció el 5 de septiembre de 2014.

Luego del fallecimiento del beneficiario, con fecha 15 de septiembre de 2014, Isapre Banmédica envió una carta informando la aceptación total del plan de salud de cobertura preferente, correspondiendo el pago de un 90% a la Isapre y un 10% al afiliado, y, agregando la posibilidad de escoger como empresa de hospitalización domiciliaria a Home Medical Clinic, como se pretendía en un comienzo. Consideran que el reconocimiento retardado del error por parte de la Isapre constituye un hecho vejatorio y humillante ante el contexto de dolor en que se encontraba la familia, por lo que Raúl Moreno Beiza recurre nuevamente a la Superintendencia de Salud, logrando un pronunciamiento favorable al afiliado que ordenó a la Isapre devolver el dinero pagado por el recurrente, lo cual no se ha verificado.

LXXKRXXXKG

Finalmente, expone que, a mayor pesar de la familia, Isapre Banmédica interpuso, con fecha 12 de julio de 2016, una demanda de cobro ante el 26° Juzgado Civil de Santiago, causa Rol C-29923-2016, la cual se encuentra actualmente archivada atendido el fallecimiento del demandado.

En segundo lugar, en cuanto a los argumentos de derecho, tras citar los artículos 1437, 1438, 1445, 1489 y 1546 del Código Civil, manifiesta que el demandado incumplió la obligación estipulada en el contrato de salud, encontrándose constituido en mora en los términos del artículo 1551 N°1 del Código Civil, y, por tanto, justificada la indemnización de perjuicios conforme el artículo 1489 del mismo estatuto legal.

Posteriormente, fundamenta cada uno de los requisitos para la procedencia de la responsabilidad contractual pretendida, en el caso concreto:

1. Incumplimiento del deudor: indica que Isapre Banmédica incumplió los términos establecidos en el contrato de salud celebrado con el afiliado al aplicar la modalidad de libre elección y no el plan preferente de salud contratado.
2. Perjuicios: expone que los daños directos y previstos causados a sus representados derivan de los errores, negligencias y mala praxis de la Isapre, en la ejecución del contrato de salud.

   Asevera la concurrencia de daños materiales, tanto emergente (gastos incurridos por los representados en traslados hospitalarios, tratamientos médicos, exámenes, medicamentos, insumos médicos, entre otros) como lucro cesante (postergación de actividades laborales por parte de sus representados a causa de los inconvenientes y trámites que generó la situación). A su vez, demanda daño moral de cada uno de sus representados, dado el detrimento síquico experimentado por el actuar burocrático de la aseguradora y por la pérdida de su familiar, agravado por la carta de Isapre Banmédica recibida 10 días después del fallecimiento del afiliado.
3. Relación de causalidad: considera que el actuar de Isapre Banmédica ocasionó el deterioro y aceleramiento de la muerte del beneficiario, la que quizás no hubiera acaecido si la empresa Xinermed hubiera continuado

LXXKRXXXKG

prestando el servicio hospitalario domiciliario. Por otro lado, el daño también fue causado por el quiebre de la relación de confianza que implicaba el contrato de salud existente entre la Isapre y el afiliado, ya que ésta decidió poner término al suministro de salud y atención médica de Xinermed, que era de vital importancia para el paciente.

4. Imputabilidad: sostiene que el actuar de la Isapre fue doloso, al aparecer de manifiesto en los hechos la intención positiva de los profesionales de comportarse incumpliendo lo acordado.

   En subsidio, indica que, si el incumplimiento no fuere considerado doloso, por lo menos es culposo, conforme los artículos 44 y 1547 inciso 1° del Código Civil.

5. Ausencia de causal de exención de responsabilidad: indica que no ha operado causal de exención alguna.

6. Mora: señala que el retardo imputable -por dolo o culpa- se configura en el momento en que la Isapre no cumplió con su obligación de proveer un servicio hospitalario a domicilio, al interrumpirse el servicio de Xinermed abruptamente.

   Considera interpelado al acreedor mediante cartas, visitas e ingresos de reclamos administrativos ante la Superintendencia de Salud.

   Finalmente, indica que el acreedor cumplió periódicamente su obligación correlativa con la Isapre, encontrándose al día en el pago mensual de su plan de salud.

De manera paralela, advirtiendo que este Tribunal no es competente para conocer materias sobre consumo, expone que Isapre Banmédica vulneró derechos esenciales del afiliado, Raúl Moreno Jeria, en su calidad de consumidor (amparados en la Ley N°19.496) e incumplió el derecho a la protección de salud consagrado en el artículo 19 N°9 de la Constitución Política de Chile, prevaleciendo en su actuar un interés económico a expresas del sufrimiento y dolor de la familia del afiliado.

Concluye solicitando tener por interpuesta demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad civil contractual en contra de la demandada ya singularizada, declarándose, en definitiva, la condena de indemnización de perjuicios de $200.000.000, por concepto de daño emergente; y, $2.400.000.000, por concepto de daño moral, desglosado en

LXXKRXXXKG

$1.000.000.000 para María Luisa Beiza Duarte, $700.000.000 para Raúl Moreno Beiza y $700.000.000 para Jacqueline Lorena Moreno Beiza; todo ello con costas.

Con fecha 30 de noviembre de 2018 se practicó la notificación de la demanda y su proveído.

Con fecha 13 de diciembre de 2018 el demandado evacuó el trámite de la contestación, solicitando el rechazo del libelo pretensor por falta de fundamentos, con costas; o, en subsidio, la rebaja de los montos reclamados conforme a derecho.

En primer lugar, arguye que la acción incoada no corresponde al tipo de responsabilidad que se reclama. Al respecto, indica que los demandantes manifiestan comparecer en calidad de herederos de los derechos del fallecido, Raúl Moreno Jeria, en el marco de los daños ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de salud existente entre este último e Isapre Banmédica. Sin embargo, luego se refieren a los daños que aquellos habrían sufrido personalmente tras el fallecimiento de Raúl Moreno Jeria, lógica que se enmarca en la institución de la responsabilidad extracontractual y no en la contractual, como se pretende, atendida la inexistencia de vínculo contractual entre la demandada y los demandantes.

En segundo lugar, alega el cumplimiento contractual íntegro por parte de Isapre Banmédica, toda vez que el afiliado en las tres hospitalizaciones, no dio cumplimiento cabal e inmediato al procedimiento estipulado en el plan de salud "Familiar Red 35/12" para el supuesto en que no fuere posible ser atendido por un prestador preferente, como ocurrió en la especie, el cual era ingresar efectivamente el paciente al prestador preferente y dar aviso del inconveniente a la Isapre dentro de 48 horas, para la derivación, por parte de ésta, a un prestado alternativo.

Ante las circunstancias descritas, procedía, en un primer momento, aplicar la modalidad de libre elección. Sin embargo, tras la revisión de los certificados de no disponibilidad de cupos emitidos por Clínica Dávila y allegados por el afiliado, la Isapre rectificó el cobro, otorgando la cobertura preferente del plan de salud, esto es, el 90% sin tope en la mayoría de las prestaciones hospitalarias, hecho que fue reconocido por el fallo arbitral de

LXXKRXXXKG

la Intendenta de Fondos y Seguros Previsionales de Salud de fecha 21 de abril de 2016, en la causa rol N°1.026.247-2014, entre Raúl Moreno Beiza e Isapre Banmédica.

En este sentido, la primera hospitalización (Programa de Atención Médica [PAM] 2330251384) se reliquidó conforme a lo señalado con fecha 20 de agosto de 2014; y la segunda y tercera hospitalización (PAM 3147041 y 3203883; y PAM 2330270149, respectivamente) se reliquidaron mediante carta de fecha 7 de noviembre de 2014; cumpliéndose, por tanto, íntegra y oportunamente por Isapre Banmédica sus obligaciones contraídas.

A su vez, en cuanto a la imputación de responsabilidad a Isapre Banmédica por servicios deficientes prestados por Xinermed, argumenta que, atendido el exclusivo rol de financiamiento de prestaciones de salud de las isapres, consagrado en el artículo 173 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, aquella no podría ser responsable bajo ningún supuesto del desempeño o eventuales negligencias que pudiere cometer un prestador de salud, no constituyendo el caso tampoco alguna de las hipótesis de responsabilidad por el hecho de terceros. No obstante lo señalado, agrega que el término de los servicios por Xinermed y el ingreso del paciente a Clínica Santa María se debió a la negativa del representante del afiliado de firmar el contrato y el consentimiento informado requerido para la continuidad de la hospitalización domiciliaria.

En cuanto al reclamo de los demandantes sobre desinformación de los valores y cobertura del servicio de hospitalización domiciliaria autorizado por la Isapre el 21 de julio de 2014 con el prestador Xinermed, precisa que el 22 de julio de 2014 se informó explícitamente la cobertura y las condiciones de contratación bajo la modalidad de libre elección, no siendo aplicable a la Isapre las conversaciones del representante del afiliado con personal de Xinermed para modificar aquello. Agrega que con fecha 22 de agosto de 2014 la Isapre informó al afiliado, mediante carta, la autorización para contratar los servicios de hospitalización domiciliaria con el prestador Home Medical Clinic, con cargo al plan de salud en modalidad libre elección, sin embargo, la familia no se contactó con la Isapre para la aceptación y contratación de este prestador, por lo que habría decidido no

LXXKRXXXKG

tomar el servicio. En razón de lo expuesto, los gastos que reclaman haber incurrido los demandantes como daño emergente no serían justificados.

En tercer lugar, refiere que, aun si se estimara la concurrencia del incumplimiento contractual por parte de Isapre Banmédica, los daños reclamados no serían consecuencia de aquel, ya que, primero, no se determina con claridad que el fallecimiento de Raúl Moreno Jeria se haya debido a la conducta de la demandada; segundo, la extensión del daño moral es excesiva; tercero, no se justifica que los daños materiales tengan relación directa y necesaria con el actuar del demandado ni se ha diferenciado entre daño emergente y lucro cesante, como señala en la demanda; y, cuarto, el daño emergente que corresponde a los gastos incurridos para la mantención domiciliaria del afiliado, tras el retiro de Xinermed, lo hacen consistir en los montos propios de la enfermedad del causante, que no pueden ser imputados a la conducta de la Isapre.

Finalmente, en cuarto lugar, sostiene que no se justifican lo montos demandados. El daño emergente de $200.000.000 contempla gastos por las atenciones de Raúl Moreno Jeria y gastos personales de los demandantes, no manifestándose el criterio conforme al cual se arribó a dicho monto. No se evidencia explicación de la determinación del monto del daño moral, siendo que debe indemnizarse solo el daño efectivamente causado, y no todo pesar o sufrimiento que una persona haya podido sufrir o soportar. En este sentido, los montos reclamados no se ajustan al esquema del artículo 1558 del Código Civil, ya que se extienden los daños a situaciones completamente imprevisibles.

Con fecha 27 de diciembre de 2018 la parte demandante replicó, ratificando los argumentos expuestos en la demanda.

En primer lugar, en cuanto a la alegación sobre la impertinencia de la responsabilidad contractual, argumenta que los demandantes no actúan a título personal, sino que comparecen en representación de Raúl Moreno Jeria, justamente en virtud del contrato de salud existente entre aquel e Isapre Banmédica. Por ello, la indemnización pretendida corresponde a los perjuicios sufridos en vida por el afiliado tras el incumplimiento contractual de falta de cobertura, que hizo incurrir en excesivos gastos a los demandantes como representantes y administradores del afiliado.

LXXKRXXXKG

En segundo lugar, discrepa respecto a la defensa de cumplimiento del contrato, argumentando que las obligaciones que debía cumplir Isapre Banmédica exceden la letra del contrato, debiendo aplicarse e interpretarse su actuar a la luz de la Ley de Urgencias, en tanto normativa especial y atendido el carácter de adhesión de la convención. Considerando aquello, reitera que la Isapre incumplió su obligación al aplicar la modalidad libre elección y no el plan preferente contratado, ya que el afiliado no eligió ser atendido en Clínica Santa María, sino que se vio forzado a aquello cumpliendo el procedimiento de derivación dispuesto en el contrato y complementado por la Ley N°18.933, modificado por la Ley N°19.966, que establece el régimen de garantías de salud. Indica que el incumplimiento de la contraparte, consistente en las constantes trabas en las hospitalizaciones de urgencia en Clínica Santa María y la falta de atención por Xinermed tras su retiro del domicilio, generaron carga económica y desgaste emocional en el afiliado, que terminó en su muerte.

Alega que, a pesar de lo ilustrado, el afiliado pagó el 70% de los gastos, siendo que solo debía cubrir el 10% según su plan de salud.

Señala no tener conocimiento de la reliquidación indicada por el demandado, ni haberse verificado ninguna devolución de lo pagado en exceso por el afiliado ni por los insumos y honorarios médicos.

Respecto a la responsabilidad de la Isapre por el servicio de Xinermed, replica señalando que la empresa fue impuesta unilateral y arbitrariamente, no siendo su definición una elección libre para el beneficiario. A su vez, fundamenta la responsabilidad de la Isapre por los actos del prestador en el artículo 33 de la Ley N°18.933, según la cual, si la Isapre impone al prestador, debe considerarse el servicio como de plan cerrado, supuesto contenido en la letra b) del mismo artículo, que dispone *"serán considerados Plan Cerrado en la medida que las prestaciones sean a través de determinados prestadores no previéndose el acceso a las prestaciones bajo libre elección"*, lo cual habría cambiado de manera tácita el contrato, debiendo considerarse a Xinermed como prestador obligado para el afiliado.

Sustentado en el racionamiento anterior, alega que, entonces, debería aplicarse el inciso tercero, numerales 2 y 3 del artículo referido previamente,

LXXKRXXXKG

según los cuales (N°2) las instituciones de salud previsional no pueden excepcionares de la responsabilidad que para ellas emana de los contratos de salud a lo que se refiere a acceso, oportunidad y cobertura financiera, atribuyéndosela a los prestadores y (N°3) que en los planes con prestadores preferentes, la modalidad libre elección solo opera en el caso en que el beneficiario opte libremente por ella y no puede, en consecuencia, ser utilizada por la institución de salud Previsional para suplir las insuficiencias del prestador individualizado en la oferta preferente del plan.

Sobre el mismo punto, controvierte el argumento de la demandada sobre el giro único consagrado en el artículo 173 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, arguyendo que la disposición solo tiene por objeto diferenciar a las isapres de otras sociedades anónimas. Insiste en que la responsabilidad subsidiaria de la Isapre ante la prestación inadecuada del servicio de salud deriva de las Leyes N°18.933, N°19.650 y N°18.469.

Respecto a la contratación de la empresa Xinermed, agrega que la razón por la cual no se firmaron los documentos del servicio fue la incertidumbre sobre la cobertura que se aplicaría, ya que originalmente se ejecutaría la cobertura preferente y posteriormente la Isapre informó que solo cubriría el 30% por ser modalidad libre elección.

En tercer lugar, controvierte la no acreditación de los daños, señalando que el afiliado efectivamente pagó el 70% de la prestación médica, debido al incumplimiento de la Isapre que sólo cubrió el 30% de los servicios. A su vez, las trabas administrativas y la interrupción del servicio hospitalario domiciliario agudizaron las preocupaciones y la condición médica del afiliado, originando el daño moral demandado.

En cuarto y último lugar, respecto a los montos injustificados, argumenta que la documentación respectiva será exhibida en la oportunidad procesal pertinente.

Con fecha 17 de enero de 2019 el demandado evacuó el trámite de la dúplica, reafirmando los hechos y fundamentos vertidos en la contestación y agregando los siguientes.

Rechaza el deber legal que tendría la Isapre como prestadora de servicios de salud, argumentando el giro exclusivo de entidad financiadora

LXXKRXXXKG

determinado por la ley. Por ello, acusa de antojadiza y carente de sustento la interpretación que hace el demandante del artículo 173 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Salud, ya que su objeto no sería diferenciar el giro de las empresas financistas de salud del otras actividades económicas o bancarias, sino que justamente prohibir de manera expresa que las isapres ejecuten prestaciones de salud.

A su vez, contraría la responsabilidad subsidiaria esgrimida por el demandante, atendido que, por su carácter excepcional, se requería una norma que la dispusiese expresamente, la cual no existe ni es detallada en la réplica. Sin perjuicio de lo señalado, indica que, de todas formas, no se determina el primer obligado a quien se le imputaría el actuar por el cual se intenta hacer responsable subsidiariamente a Isapre Banmédica.

Por otra parte, aclara que reconoce la existencia del contrato de salud, sino que reclama que los demandantes intentan configurar una responsabilidad contractual, siendo que aquellos no son parte de contrato alguno, pretendiendo la indemnización de daños a título personal, motivo por el cual la acción ejercida no correspondería a la responsabilidad que se pretende hacer valer, sino que debería haberse demanda mediante la figura de la responsabilidad extracontractual. Indica que los demandantes intentaron modificar esta circunstancia en la réplica, lo cual no es posible por el estado procesal de la causa.

Rechaza la tesis de la contraria en cuanto al incumplimiento del contrato y la ley, señalando que esta última no establece ninguna obligación *a priori* por la cual, por el solo hecho de ingresar una persona en condición de urgencia a un prestador ajeno a la red preferente, la Isapre debería aplicar automáticamente la cobertura preferente. Por lo demás, las leyes que lo fundamentarían se consignan de manera imprecisa y no poseen relación con la materia discutida. Adicionalmente expone que no ha existido incumplimiento por parte de la Isapre.

Con fecha 25 de marzo de 2019 se practicó el llamado a conciliación, el que no prosperó debido a la inasistencia de ambas partes.

Con fecha 13 de junio de 2019 se recibió la causa a prueba, fijándose los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre los cuales ésta hubo de recaer.

LXXKRXXXKG

Con fecha 18 de mayo de 2020 se citó a las partes para oír sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, según fue latamente referido en lo expositivo del presente fallo, **MARÍA LUISA BEIZA DUARTE, RAÚL ALEJANDRO MORENO BEIZA y JACQUELINE LORENA MORENO BEIZA,** en representación de Raúl Moreno Jeria (Q.E.P.D), interpusieron demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, en juicio ordinario de mayor cuantía, en contra de **ISAPRE BANMÉDICA S.A.,** aduciendo como fundamentos el incumplimiento de ésta a la obligación de otorgar cobertura preferente, emanada del contrato de salud Familiar Red 35/12 suscrito entre las partes; y, por el actuar negligente de la empresa Xinermerd, elegida unilateralmente por la isapre para la prestación del servicio de hospitalización domiciliaria del afiliado.

SEGUNDO: Que, debidamente emplazado, el demandado solicitó el rechazo de la demanda, con costas, argumentando, primero, que lo reclamado se enmarca más bien en la figura de la responsabilidad extracontractual; segundo, que la isapre cumplió aplicando el plan preferente y, además, que caso alguno es responsable de las prestaciones de salud de Xinermed; tercero, que los daños reclamados no son consecuencia del actuar de la isapre; y, cuarto, que los montos pretendidos son injustificados y excesivos.

TERCERO: Que, en el trámite de la réplica los autores aclararon que comparecen como sucesión hereditaria, en representación del afiliado fallecido, correspondiendo los perjuicios pretendidos a los sufridos por aquel tras el incumplimiento contractual de la demandada. Reiteraron el incumplimiento contractual por las trabas en la aplicación del plan preferente y la falta de atención médica tras el retiro del domicilio de Xinermed, agregando que el contrato corresponde a uno de adhesión, debiendo interpretarse a la luz de los deberes prescritos en la Ley de Urgencia. Afirmaron haber pagado el 70% de los gastos médicos, desconociendo las reliquidaciones que menciona la demandada.

LXXKRXXXKG

Por otra parte, fundamentan la responsabilidad de la isapre por los actos de Xinermed en la imposición unilateralmente de sus servicios y en el artículo 33, numerales 2 y 3, de la Ley N° 18.933.

CUARTO: Que, en el trámite de la dúplica, la demandada haber cumplido las obligaciones contractuales, agregando que la Ley de Urgencia no establece la aplicación del plan preferente por el solo hecho de ingresar por urgencia. A su vez, advierte que como fundamentos de derecho solo se mencionan ciertas leyes que no tienen relación con la materia.

Aclaró no desconocer la existencia del contrato de salud, sino la vinculación de aquel con los demandantes que justificaría la indemnización de los daños personales que pretenden, siendo imposible enmendar aquello en la réplica, como se pretendió.

Por otra parte, reiteró la improcedencia de su responsabilidad por el actuar de Xinermed, en virtud del giro exclusivo y por la necesidad de norma expresa para la concurrencia de una responsabilidad subsidiaria de carácter excepcional.

QUINTO: Que, con la finalidad de acreditar sus asertos, los demandantes acompañaron, legalmente y sin objeción de contrario, los siguientes documentos:

1) Certificado de defunción de Raúl Luis Moreno Jeria, que acredita como fecha de fallecimiento el día 5 de septiembre de 2014, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile con fecha 14 de agosto de 2017.
2) Duplicado de certificado de posesión efectiva respecto del causante Raúl Moreno Jeria, que acredita la calidad de herederos de los demandantes, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile con fecha 25 de mayo de 2016.
3) Certificado de pago total del impuesto de herencias N° 18674, emitido por el Servicio de Impuestos Internos con fecha 17 de febrero de 2017.
4) Plan de salud complementario de Isapre Banmédica, denominado Familiar Red 35/12.
5) Certificado de no disponibilidad de camas en Clínica Dávila el día 17 de mayo de 2014, emitido por HELP con fecha 4 de agosto de 2014, y recepcionado por Isapre Banmédica con fecha 5 de agosto del mismo año.

LXXKRXXXKG

6) Solicitud de prórroga de garantía de Isapre Banmédica a Clínica Santa María respecto al Programa de Atención Médica (PAM) N° 233025184, por modificación de los bonos emitidos, de fecha 05 de agosto de 2014.
7) Formulario Call Center de Isapre Banmédica que autoriza el servicio de hospitalización domiciliaria mediante el prestador Xinermed, con cobertura de libre elección.
8) Presupuesto de Xinermed para hospitalización domiciliaria, de fecha 1 de agosto de 2014.
9) Informe médico emitido por el Dr. Alexander Adauy Díaz, cirujano de Clínica Dávila, de fecha 18 de agosto de 2014.
10) Certificado de no disponibilidad de camas el día 30 de junio de 2014, emitido por Clínica Dávila con fecha 20 de agosto del mismo año.
11) Certificado de no disponibilidad de camas el día 20 de agosto de 2014, emitido por Clínica Dávila con fecha 25 de agosto del mismo año.
12) Carta de Xinermed remitida a Raúl Moreno Jeria y familia, informando el término unilateral de asistencia médica, de fecha 21 de agosto de 2014.
13) Acta de citación a Fiscalía Local de Ñuñoa, emitida por la 19° Comisaría de Providencia, de fecha 21 de agosto de 2014.
14) Carta de Isapre Banmédica dirigida al afiliado, de fecha 02 de septiembre de 2014.
15) Carta de Isapre Banmédica dirigida al afiliado, de fecha 15 de septiembre de 2014.
16) Solicitud de prórroga de garantía remitida por Isapre Banmédica a Clínica Santa María, de fecha 15 de septiembre de 2014.
17) Carta remitida por Clínica Santa María al afiliado, de fecha 18 de diciembre de 2014.
18) Certificado emitido por la Superintendencia de Salud, sobre la vigencia del reclamo N°1026247, de fecha 14 de enero de 2015.
19) Carta remitida por Clínica Santa María al afiliado, de fecha 7 de abril de 2015.
20) Certificado emitido por la Superintendencia de Salud, sobre la vigencia del reclamo N°1026247, de fecha 3 de agosto de 2015.

LXXKRXXXKG

21) Fallo arbitral de la Superintendencia de Salud, en la causa rol N°1026247-2014, caratulada "Raúl Moreno Beiza con Isapre Banmédica S.A.", de fecha 21 de abril de 2016.

22) Certificado de pago total del impuesto de herencia emitido por el Servicio de Impuestos Internos, respecto del causante Raúl Moreno Jeria, de fecha 17 de febrero de 2017.

23) Contrato de salud suscrito entre Isapre Banmédica y Raúl Moreno Jeria, con fecha 23 de diciembre de 1996.

24) Carta remitida por Isapre Banmédica al afiliado, de fecha 6 de agosto de 2014.

25) Correo electrónico de Isapre Banmédica.

26) Carta reclamo remitida por el afiliado a la Superintendencia de Salud, de fecha 26 de septiembre de 2014.

27) Carta reclamo remitida por el afiliado a Isapre Banmédica, de fecha 16 de octubre de 2014.

28) Carta remitida por el afiliado a Contraloría Medica de Isapre Banmédica S.A., de fecha 17 de octubre de 2014.

29) Cartas remitidas por el afiliado a la Superintendencia de Salud, de fecha 28 de julio de 2016, 4 de julio y 12 de octubre del mismo año.

30) Correo electrónico remitido por Xinermed al afiliado, de fecha 13 de agosto de 2014.

31) Carta respuesta remitida por la Contraloría Médica de Isapre Banmédica al afiliado, de fecha 12 de agosto de 2014.

32) Carta de cobranza remitida por ASENCOB al afiliado.

33) Boleta de Farmacia Cruz Verde por $43.342, de fecha 2 de septiembre de 2014, y Boleta de Fasa Chile S.A. por $2.670, de fecha 17 de agosto de 2014.

34) Boleta de Comercializadora Martimed Limitada, por $30.480 y $20.780, ambas de fecha 2 de septiembre de 2014.

35) Carta remitida por Isa Banmédica al afiliado, de fecha 30 de septiembre de 2014.

36) Programa de atención médica emitido por Isapre Banmédica, Folio N°3147041.

LXXKRXXXKG

37) Programa de atención médica emitido por Isapre Banmédica, por un total cargo cotizante de $8.631.780.

38) Boleta exenta electrónica emitida por Staff Jurídico Ltda., de fecha 5 de abril de 2019.

39) Sistema de Cuentas Corrientes Cartola, Estado cuenta oficial, emitida por Clínica Santa María, de fecha 28 de octubre de 2015.

40) Impresión recibo, CDD pago directo abono, de fecha 9 de diciembre de 2015.

41) Sistema de Cuentas Corrientes Cartola, Estado cuenta oficial, emitida por Clínica Santa María, de fecha 18 de noviembre de 2015.

42) Pagaré N°428899, suscrito por Raúl Moreno Beiza a favor de Clinica Santa María, de fecha 10 de junio de 2015.

43) Copia de cédula de identidad del afiliado.

44) Carta de autorización y poder especial suscrita por Raúl Moreno Jeria, con fecha 17 de mayo de 2014.

45) Boletas de Maxhuber Reprotecnica S.A., impresiones, por un monto de $400 y $240; Boleta de Juan Daniel Pérez Catalán, librería y bazar, por un monto de $1.200; y, Boleta de estacionamientos Ing. y Construcción Bdo. Valdés y Cía. Ltda. por un monto de $2.400.

46) Boletas de estacionamiento Manuel Montt Soc. Concesionaria, por un monto de $550.

47) 9 boletas de estacionamiento José Inzunza Espinoza, por diversos montos.

48) Boleta de Lápiz López por un monto de $980.

49) Boleta de honorarios notariales, N°148538, por un monto de $4.000.

50) Boletas de librerías y bazares denominados Juan Daniel Pérez Catalán, Administraciones y servicios, Orange Parking Limitada, María Soledad Bravo Barrera y Gladys Josefina Mella Vidal.

51) Boletas de estacionamientos Plaza de Armas, José Inzunza Espinoza y Ing. Y Construcción Bdo. Valdés y Cía. Ltda.

52) Boleta del Archivero Judicial Julián Andrés Miranda Osses, por un monto de $8.800, de fecha 26 de mayo de 2017.

53) Boletas de estacionamientos Ing. Y Construcción Bdo. Valdés y Cía. Ltda. y Plaza de Armas.

LXXKRXXXKG

54) Comprobantes de depósito Efectivo del Banco Estado, de fecha 28 de noviembre de 2018 y 8 de febrero de 2019.

55) Boletas de estacionamientos José Inzunza Espinoza, Plaza de Armas y Saba Park Chile S.A.

56) Boletas de gastos varios.

57) Comprobantes de depósitos de los años 2014 a 2016.

58) Estado cuenta oficial emitido por Clínica Santa María, del afiliado, por el ingreso de fecha 17 de mayo de 2014 y egreso de 26 de mayo de 2014.

59) Cartola Programa Atención Médica N°3204522 del afiliado Moreno Jeria Raúl Luis, año 2014.

60) Estado cuenta oficial emitido por Clínica Santa María respecto al afiliado, en su ingreso y egreso del día 12 de junio de 2014.

61) Resumen liquidación honorarios médicos por hospitalización del afiliado de fecha 30 de junio de 2014 hasta el 4 de agosto de 2014.

62) Pagaré Nº 460137 suscrito por Raúl Moreno Beiza a favor de Clínica Santa María, de fecha 1 de diciembre de 2015.

63) Carta de autorización y poder especial suscrita por Raúl Moreno Jeria, con fecha 21 de agosto de 2014.

64) Estado cuenta oficial emitido por Clínica Santa María, del afiliado, por el ingreso de fecha 30 de junio de 2014 y egreso de fecha 4 de agosto de 2014.

65) Boletas de Ortopedias Más Vida (14 de agosto de 2014), Farmacia Cruz Verde (17 de agosto de 2014), Sociedad de Transporte y Ambulancias Génesis Ltda. (18 de agosto de 2014) y Paz Ugarte Adulto Mayor E.I.R.L. (sin información legible).

66) Boleta de honorarios electrónica N° 14, emitida por Max-Andree Ceballos Hinojosa, por un monto de $80.000, de fecha 31 de agosto de 2014.

67) Contrato de prestación de servicios, S&J Asesoría Legal a Personas, de fecha 3 de marzo de 2017.

68) Resumen liquidación de honorarios médicos, por servicios prestador al afiliado en la hospitalización de ingreso 17 de mayo de 2014 y egreso 26 de mayo de 2014.

LXXKRXXXKG

69) Estado de cuenta oficial del afiliado emitido por Clínica Santa María, por hospitalización de ingreso 17 de mayo de 2014 y egreso 26 de mayo de 2014.

70) Estado de cuenta oficial del afiliado emitido por Clínica Santa María, por hospitalización de ingreso 21 de agosto de 2014 y egreso 22 de agosto de 2014.

71) Certificado emitido por Clínica Santa María, de fecha 16 de mayo de 2016.

72) Boletas electrónicas emitidas por Servicios Médicos Santa María Ltda., Servicios Ambulatorios de Salud, de las fechas 18 de noviembre de 2015, 20 de febrero 2015 y 27 de mayo de 2015.

73) Comprobante de recepción de documentos emitido por Isapre Banmédica, para la reliquidación de folio PAM 3203883.

74) Guía de despacho N° 01580, de Ortopedica S.A., emitida con fecha 9 de diciembre de 2013.

SEXTO: Que, con la finalidad de acreditar sus asertos, el demandado rindió las siguientes probanzas:

I. **DOCUMENTAL,** consistente en:

1) Contrato de Salud suscrito entre el Sr. Raúl Moreno Jeria e Isapre Banmédica S.A, de fecha 23 de diciembre de 1996, y anexo A de renuncia al excedente de cotizaciones por mayores beneficios suscrito en la misma fecha.

2) Plan de Salud Complementario FAMILIAR RED 35/12 TRD1235, FUN N° 11280122, suscrito por el cotizante con fecha 18 de febrero de 2013.

3) Formulario Únicos de Notificación, N° de folio 11280122, tipo de notificación 589, firmado por el cotizante con fecha 18 de febrero de 2013.

4) Carta remitida por Isapre Banmédica al afiliado, de fecha 6 de agosto 2014.

5) Carta remitida por Isapre Banmédica al afiliado, de fecha 22 de agosto de 2014.

6) Carta remitida por Isapre Banmédica al afiliado, de fecha 2 de septiembre del 2014.

7) Carta remitida por Isapre Banmédica al afiliado, de fecha 7 de noviembre del 2014.

LXXKRXXXKG

8) Segunda Carta remitida por Isapre Banmédica al afiliado, de fecha 7 de noviembre del 2014.

9) Certificado de no disponibilidad de camas emitido por Help, con fecha 5 de agosto de 2014.

10) Certificados de no disponibilidad de camas emitido por Clínica Dávila, con fecha 25 de agosto de 2014.

11) Certificados de no disponibilidad de camas emitido por Clínica Dávila, con fecha 20 de agosto de 2014.

12) Fallo arbitral de la Superintendencia de Salud, en la causa rol N°1026247-2014, caratulada "Raúl Moreno Beiza con Isapre Banmédica S.A.", de fecha 21 de abril de 2016.

13) Cuadro explicativo y detalle de la reliquidación de la cobertura preferente otorgada al afiliado, en razón de las hospitalizaciones realizadas en Clínica Santa María.

14) Cuadro de resumen de la reliquidación de la cobertura otorgada al afiliado en razón de las hospitalizaciones recibidas en Clínica Santa María.

15) Carta remitida por Isapre Banmédica a Raúl Moreno Beiza, con fecha 3 de mayo de 2016.

16) Carta remitida por Isapre Banmédica a Raúl Moreno Beiza, con fecha 15 de julio de 2016.

17) Carta remitida por Isapre Banmédica a Raúl Moreno Beiza, con fecha 22 de julio de 2016.

II. **TESTIMONIAL,** consistente en los dichos de las siguientes testigos:

1) **María José Avendaño Ávila,** testigo juramentada y no tachada, quien declaró que el afiliado, hospitalizado en Clínica Santa María desde mayo de 2014, solicitó en julio hospitalización domiciliaria a Isapre Banmédica, otorgándose la cobertura de libre elección mediante el prestador Xinermed. Indica que, a su vez, rechazó la cobertura catastrófica solicitada.

El servicio se habría iniciado el 4 de agosto de 2014, siéndole informado el 21 de agosto del mismo año que la familia no firmó los documentos necesarios, por lo que el paciente fue internado nuevamente en Clínica Santa María. Tras aquel hecho, se habría autorizado como nuevo prestador

LXXKRXXXKG

a Home Medical, sin embargo, el reingreso domiciliario no se ejecutó por decisión de la familia, finalizando la gestión de la Isapre.

Repreguntada para que aclare cómo le consta lo declarado, afirma haber leído el expediente por ser contralora del área GES CAEC, que se encarga de las solicitudes de hospitalización domiciliaria. Agrega el procedimiento llevado a cabo por la Isapre para la elección del prestador, afirmando que en el caso particular se dio cabal cumplimiento a aquel.

2) **María Paz Saavedra Silva,** testigo juramentada y no tachada, quien declaró que la isapre habría dado cumplimiento a todas sus obligaciones para con el afiliado, otorgándole la modalidad preferente pretendida en todas las hospitalizaciones, tradicional y domiciliaria. Asevera que el prestador Xinermed cumplía los requisitos necesarios.

   Repreguntada para que aclare cómo le consta lo declarado, señala que el año 2014 fue jefa de Servicio al Cliente, por lo que le tocó trabajar en la contestación de las reclamaciones del afiliado. Finalmente, agrega que las prestaciones fueron otorgadas en Clínica Santa María

3) **Isabel Margarita Naranjo Vergas,** testigo juramentada y no tachada, quien declaró que Isapre Banmédica cumplió con todas las obligadas pactadas en el contrato de salud. Indica que, hospitalizado el afiliado en Clínica Santa María, solicitó el catastrófico (CAEC), siendo autorizado este mediante el prestador Hospital Clínica de la Universidad de Chile, sin embargo, la familia lo rechazo. Cuando solicitaron hospitalización domiciliaria, la Isapre habría autorizado el financiamiento eligiendo al prestador Xinermed, verificándose el servicio durante unas semanas. Afirma que posteriormente el paciente fue re-hospitalizado por Xinermed en Clínica Santa María, razón por la cual se le habría asignado el nuevo prestador, Home Medical Clinic, decidiendo la familia no tomar el servicio y cuidar al paciente personalmente en su casa.

   Repreguntada para que aclare como le conta lo declarado, indica que vio el caso porque fue jefa del área catastrófico y hospitalización domiciliaria. Agrega que Xinermed cuenta con las acreditaciones pertinentes y que la razón del retiro de la empresa del domicilio fue la negativa de la familia para firmar documentos de garantía financiera.

LXXKRXXXKG

SÉPTIMO: Que, la presente controversia radica en determinar la procedencia de la responsabilidad contractual de Isapre Banmédica, emanada de un supuesto incumplimiento al contrato de salud Familiar Red 35/12 celebrado entre ella y Raúl Moreno Jeria, causante de la sucesión hereditaria que demanda, consistente en la no aplicación del plan preferente y en el actuar negligente de Xinermerd, empresa elegida por la Isapre para la prestación del servicio de hospitalización domiciliaria del afiliado.

Como se sabe, del quebramiento a la fuerza obligatoria de los contratos establecida en el artículo 1545 del Código Civil, surge la responsabilidad para la parte incumplidora, de acuerdo a la regla que para los contratos bilaterales dispone el artículo 1489 del mismo cuerpo legal, y definida por la doctrina como *"la imposición de una conducta de reemplazo que surge cuando se ha dejado de cumplir o se ha cumplido imperfectamente una obligación preexistente de carácter contractual, y que tiene por objeto restaurar los intereses afectados y reparar los perjuicios que puedan haberse seguido de ello."* (Rodríguez G., Pablo. (2012). Responsabilidad contractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. pp. 29 y 30).

OCTAVO: Que, de esta forma, para la procedencia de la responsabilidad cuya declaración se pretende por la parte demandante, se requiere (i) la existencia de una obligación de carácter contractual; (ii) que el deudor incumpla, no realizando la conducta convenida del modo en que fue estipulado; (iii) que la inejecución haya sido culposa o dolosa; (iv) que el incumplimiento cause daño al acreedor; y (v) que entre el incumplimiento y el daño exista relación de causalidad.

NOVENO: Que, en cuanto al primer requisito, siendo un hecho ratificado por ambas partes y con el mérito de la prueba rendida, se tiene por acreditada la efectividad de haberse celebrado entre Isapre Banmédica y Raúl Moreno Jeria -el afiliado- el contrato de salud complementario denominado "Familiar Red 35/12", con fecha 18 de febrero de 2013, contrayendo, por una parte, el afiliado, la obligación de pagar un precio plan y un precio base, y, por otra, la Isapre, la obligación de otorgar las siguientes coberturas de salud: (i) para las prestaciones hospitalarias se otorgó modalidad preferente con cobertura del 90% en Clínica Dávila y

LXXKRXXXKG

Clínica Vespucio, y una modalidad de libre elección con cobertura del 80%, ambas con sus respectivos topes; y, (ii) para las prestaciones ambulatorias se otorgó una modalidad preferente con cobertura del 80% en Clínica Vespucio y VidaIntegra, y una modalidad de libre elección con cobertura del 70%, con sus respectivos topes y exclusiones.

DÉCIMO: Que, mediante el certificado de defunción consignado en el numeral 1 del considerando quinto se acreditó el fallecimiento del afiliado con fecha 5 de septiembre de 2014. A su vez, examinado el duplicado del certificado de posesión efectiva, acompañado en el numeral 2 del mismo considerando ya señalado, es posible confirmar la calidad de herederos de los demandantes, y, por tanto, su legitimidad activa para accionar respecto a eventuales derechos patrimoniales del causante como parte de la relación contractual indicada en el considerando precedente.

UNDÉCIMO: Que, asentada la existencia de obligaciones contractuales, necesario es examinar el incumplimiento alegado, el cual los demandantes dividen en dos hechos fundantes: (i) las trabas de la Isapre en la aplicación del plan preferente pactado y (ii) el actuar negligente, tanto médico como administrativo, de Xinermed en la prestación del servicio de hospitalización domiciliaria.

DUOCÉDIMO: Que, respecto a la primera imputación de incumplimiento por parte de la Isapre a la obligación de aplicar el plan preferente a las prestaciones hospitalarias señaladas en la parte expositiva, cabe tener presente lo dispuesto en la normativa sectorial sobre salud, que regula las disposiciones mínimas y otorga las reglas para la interpretación y aplicación de los contratos de planes de salud. En particular, debe considerarse para el análisis del caso el inciso tercero del artículo 189 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud (que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°2.763, de 1979 y de las Leyes N°18.933 y N°18.469), el cual prescribe las reglas a las cuales se sujetarán los planes con prestadores preferentes.

El numeral primero del inciso referido define la hipótesis de insuficiencia para la prestación, del siguiente modo: *"Se configura una insuficiencia del o los prestadores individualizados en el plan, cuando se encuentran imposibilitados de realizar alguna de las prestaciones que*

LXXKRXXXKG

forman parte de la oferta cerrada o preferente.", cuestión que, como se ha establecido, acaeció en el caso de marras. Luego, el numeral segundo dispone que el monto del copago en un caso de derivación por insuficiencia no superará al que se hubiera pagado en el prestador preferente: *"En caso de prestaciones que se otorguen en virtud de la derivación a que alude el numeral precedente, el monto del copago del afiliado no podrá ser superior al que le habría correspondido si hubiera sido atendido por el prestador de la red. Cualquier diferencia será financiada por la Institución de Salud Previsional*". Finalmente, consagra la imposibilidad de las Instituciones de Salud Previsional de excusarse en el acceso, oportunidad y cobertura financiera pactada, alegando responsabilidad de los prestadores de salud: *"Las Instituciones de Salud Previsional no podrán excepcionarse de la responsabilidad que para ellas emana de los contratos de salud en lo que se refiere a acceso, oportunidad y cobertura financiera, atribuyéndosela a los prestadores."*

DÉCIMO TERCERO: Que, para el examen de los hechos respecto al primer incumplimiento alegado por los demandantes, debe considerarse que la carga probatoria del incumplimiento recae sobre el demandado, conforme establece el artículo 1547 inciso 3 del Código Civil: *"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo [...]".*

DÉCIMO CUARTO: Que, al tenor de la prueba rendida en autos, es posible verificar en todas las hospitalizaciones la concurrencia de la hipótesis de insuficiencia para la prestación de Clínica Dávila consistente en la no disponibilidad de camas y el estado de riesgo vital y urgencia del paciente, conforme constatan los certificados de dicha institución y de *Help*, emitidos en agosto del año 2014 y consignados en los numerales 5, 10 y 11 del considerando quinto, acompañados también por la demandada. Ciertamente ello explica el ingreso del afiliado a Clínica Santa María, como prestador no preferente más cercano.

Puesto en conocimiento de Isapre Banmédica los certificados señalados, se acredita que la aseguradora reevaluó los hechos y enmendó la cobertura otorgada, informando al afiliado, mediante carta de fecha 7 de noviembre de 2014, sobre la reliquidación a modalidad preferente de las prestaciones de atención hospitalaria otorgadas por Clínica Santa María

LXXKRXXXKG

(PAM N° 2330251384, N° 3147041, N° 3203883 y N° 2330270149), y las prestaciones particulares que quedarían sin cobertura. Si bien transcurrió un lapso de tiempo en la regularización de la cobertura, aquello se condice con las demoras inherentes a estos tipos de trámites.

De esta forma, se tiene por acreditado por el demandado el cumplimiento de la obligación de aplicación de plan preferente para las prestaciones hospitalarias de Raúl Moreno Jeria en Clínica Santa María durante el año 2014.

DÉCIMO QUINTO: Que, posteriormente, mediante el fallo arbitral de la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, en la causa Rol N°1026247-2014, caratulada *"Raúl Moreno Beiza con Isapre Banmédica S.A."*, aportado por ambas artes, la autoridad fiscalizadora enmendó la cobertura de las prestaciones que erróneamente no habrían sido bonificadas por la Isapre, ordenando otorgarles cobertura preferente, en la forma que dispone en el considerando onceavo de la sentencia.

DÉCIMO SEXTO: Que, finalmente, en cuanto al incumplimiento de la cobertura preferente para la prestación hospitalaria domiciliaria otorgada por Xinermed, se verifica en autos que el demandado rectificó la modalidad de cobro, aplicando el plan preferente a la prestación domiciliaria ejecutada entre el 4 y el 20 de agosto de 2014, conforme el tenor de la carta emitida por Isapre Banmédica de fecha 15 de septiembre de 2014, acompañada por ambas partes.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, de esta forma, según lo acreditado en los considerandos anteriores, es posible establecer para este tribunal el cumplimiento total del plan de salud pactado, respecto a las prestacionales hospitalarias, tradicionales y domiciliaria, alegadas por los demandantes.

DÉCIMO OCTAVO: Que, respecto al segundo incumplimiento contractual, a saber, el actuar negligente, tanto médico como administrativo, de Xinermed en la prestación del servicio de hospitalización domiciliaria, los demandantes invocan la procedencia de responsabilidad subsidiaria de Isapre Banmédica para con los actos de Xinermed, justificada en el hecho de haber sido impuesta unilateralmente aquella empresa por la aseguradora, lo cual asimilaría la situación a un plan cerrado de salud según el tenor del inciso segundo, letra b), punto B del artículo 33 de la Ley N°18.933, que

LXXKRXXXKG

dispone: *"serán considerados Plan Cerrado en la medida que las prestaciones sean a través de determinados prestadores no previéndose el acceso a las prestaciones bajo libre elección"*. Por tanto, considerándose el servicio de Xinermed como una prestación enmarcada en un plan de salud cerrado, no podría la Isapre excusarse de cumplir sus obligaciones de acceso, oportunidad y cobertura financiera alegando responsabilidad del prestador, conforme el tenor del inciso tercero, numeral segundo del mismo artículo 33 mencionado, siendo responsable la Isapre de las negligencias médicas y del término unilateral y abrupto del servicio domiciliario en que incurrió Xinermed.

Esta alegación ha intentado ser refutada por la demandada argumentando que la Isapre nunca es responsable de las prestaciones de salud, al estar restringido su giro solo al financiamiento. Agrega que cualquier figura de responsabilidad subsidiaria o por el hecho de terceros que recayera sobre la Isapre respecto a los prestadores de salud debería estar dispuesta en norma expresa por el carácter excepcional de tal responsabilidad, sin que ello se encuentre consagrado en el ordenamiento chileno.

DÉCIMO NOVENO: Que, en primer lugar, respecto al argumento de los demandantes, sus asertos constituyen una aplicación errada de la normativa al caso concreto.

El hecho de que el procedimiento para la elección del prestador de una hospitalización domiciliaria sea unilateral, no implica que el contrato de salud mute a uno de tipo cerrado, ya que, conforme instruye la Circular IF/N°14 de la Superintendencia de Salud -que imparte instrucciones sobre cobertura para la hospitalización domiciliaria- *"la hospitalización domiciliaria no es un beneficio extraordinario ni extracontractual, sino que una prestación equivalente a una hospitalización tradicional sujeta a la cobertura del plan de salud pactado, debiendo así entenderse y aplicarse por las Instituciones"*.

Sobre este punto, cabe destacar la pertinencia de la normativa administrativa sectorial, atendida la atribución otorgada a la Superintendencia de Salud en el artículo 110, numeral 8 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, que la autoriza a

LXXKRXXXKG

"Dictar las instrucciones de carácter general que permitan la mayor claridad en las estipulaciones de los contratos de salud, con el objeto de facilitar su correcta interpretación y fiscalizar su cumplimiento, sin perjuicio de la libertad de los contratantes para estipular las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud."

VIGÉSIMO: Que, sin perjuicio de lo señalado, sobre esta alegación, dable es distinguir entre el incumplimiento de carácter médico y el de tipo administrativo, involucrando el primero las negligencias médicas imputadas por los demandantes al servicio hospitalario domiciliario prestado por Xinermed al afiliado, y, el segundo el incumplimiento a la prestación misma del servicio en forma continua y oportuna, que se frustró mediante el término y retiro abrupto y unilateral del servicio por parte de Xinermed, con fecha 20 de agosto de 2014.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en cuanto a la responsabilidad de Isapre Banmédica por las eventuales negligencias médicas de Xinermed en la atención del afiliado, cabe señalar que el demandante imputa responsabilidad a la demandada por hechos de un tercero no emplazado en el juicio, y, por tanto, ajeno al vínculo contractual del cual emana la responsabilidad pretendida y respecto del cual la Isapre no posee poder de vigilancia, dirección, control, autoridad o dependencia en lo que se refiere a las prestaciones médicas realizadas al beneficiario.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, como señala la demandada, no existe norma expresa que configure un régimen de responsabilidad subsidiaria o por hechos de terceros que extienda el alcance de las obligaciones contractuales de las instituciones de salud previsional a acciones u omisiones médicas de los prestadores de salud. Por el contrario, el inciso primero del artículo 173 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, restringe el objeto exclusivo de las instituciones de salud previsional al financiamiento de prestaciones y beneficios de salud, prohibiéndole la ejecución de aquellas, por lo que difícilmente podría recaer sobre la isapre una responsabilidad como la pretendida.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, por otro lado, en cuanto al segundo ítem de incumplimiento sobre la prestación misma del servicio en forma continua y oportuna, frustrado mediante el término y retiro abrupto y

LXXKRXXXKG

unilateral del servicio por parte de Xinermed, cabe esclarecer las obligaciones y responsabilidades de la Isapre respecto a la gestión del servicio por parte del tercero prestador.

Sobre este punto, conforme a lo señalado en el considerando décimo noveno, siendo la hospitalización domiciliaria un equivalente a la hospitalización tradicional para la aplicación del plan de salud, en el caso de marras, Xinermed, empresa que proveyó el servicio domiciliario, constituye el prestador preferente para el afiliado, con la única particularidad de ser elegido unilateralmente por la Isapre mediante un procedimiento previsto por la misma institución para tales efectos.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, por lo señalado, frente a una prestación de hospitalización domiciliaria, Isapre Banmédica deberá resguardar el cumplimiento íntegro y oportuno de todas las obligaciones contractuales y legales que le empecen, de la misma forma a que si se tratase de un prestador de salud tradicional.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, conforme el tenor del artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben ser ejecutados de buena fe, obligando no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de sus obligaciones, o que por ley o la costumbre pertenecen a ellas. La disposición referida es especialmente relevante en este caso en particular, ya que tratándose de prestaciones previsionales de salud, la regulación no se encuentra entregada completa y exclusivamente a la autonomía privada de las partes, sino que también a las leyes y a la regulación administrativa sectorial, atendido el interés público que este ámbito envuelve.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en este sentido, el artículo 189 inciso 2° del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud, establece las estipulaciones mínimas de todo contrato de salud, define en la letra b) al plan de salud complementario como uno de los tipos de modalidad o plan que debe pactarse en estos contratos.

Luego, la disposición mandata que los planes cerrados y con prestadores preferentes deben sujetarse a ciertas reglas, encontrándose en el numeral segundo la obligación que limita el monto del copago ante una atención derivada por insuficiencia del prestador preferente, entendiendo

LXXKRXXXKG

que se verifica una insuficiencia de las instituciones previsionales de salud *"cuando se encuentran imposibilitad[a]s de realizar alguna de las prestaciones que forman parte de la oferta cerrada o preferente."* Complementa aquello consagrando la inexcusabilidad de las instituciones previsionales respecto a sus obligaciones contractuales de acceso, oportunidad y cobertura financiera atribuyéndole responsabilidad a los prestadores de salud, de la siguiente forma: *"Las Instituciones de Salud Previsional no podrán excepcionarse de la responsabilidad que para ellas emana de los contratos de salud en lo que se refiere a acceso, oportunidad y cobertura financiera, atribuyéndosela a los prestadores."*

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, asentado el marco normativo descrito precedentemente, cabe traer ahora a colación los siguientes hechos no controvertidos de la causa:

1. Que entre los días 4 y 20 de agosto de 2014 la empresa Xinermed prestó servicios de hospitalización domiciliaria al afiliado, Raúl Moreno Jeria, conforme consta en las cartas de Isapre Banmédica de fecha 6 de agosto de 2014 y 15 de septiembre del mismo año.

2. Que el día 20 de agosto de 2014 a las 20:00 horas Xinermed dejó de prestar servicios al afiliado, ingresándolo a Clínica Santa María y retirando la infraestructura y los insumos de su domicilio, lo cual se verifica en el estado de cuenta oficial emitido por Clínica Santa María que consigna como fecha de ingreso el 21 de agosto de 2014 y en la carta remitida por Xinermed al afiliado y su familia, de fecha 21 de agosto de 2014, la cual indica como razones del término el no contar con un médico tratante comprometido y malos tratos recibidos por el personal de parte de familiares del paciente.

3. Que el afiliado fue dado de alta de Clínica Santa María el día 22 de agosto de 2014, según el estado de cuenta oficial emitido por el centro asistencial, con fecha de ingreso 21 de agosto del mismo año.

4. Que mediante carta de fecha 2 de septiembre de 2014, Isapre Banmédica comunica al beneficiario estar en conocimiento del término del servicio de Xinermed y de su rehospitalización en Clínica Santa María, asignando como nuevo prestador a la empresa Home Medical Clinic.

LXXKRXXXKG

5. Que el afiliado no contó con la asistencia hospitalaria domiciliaria entre los días 22 agosto de 2014 y el 5 de septiembre del mismo año, fecha esta última de su fallecimiento.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, tras el término unilateral y retiro abrupto del servicio por parte de Xinermed, la responsabilidad propia de accionar oportuna y eficazmente el procedimiento de elección del nuevo prestador de servicios de hospitalización domiciliaria recaía sobre Isapre Banmédica, dando, de esa forma, cumplimiento al contrato de salud en cuanto a acceso y oportunidad de la prestación requerida. No podría ésta excusarse de su responsabilidad alegando el actuar negligente o ajeno del prestador de salud, conforme dispone el artículo 189, inciso 2°, letra b), numeral 2 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Salud.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, conforme el artículo 1547, inciso 3°, del Código Civil, la prueba de la diligencia incumbe a quien ha debido emplearla, debiendo Isapre Banmédica acreditar el cumplimiento oportuno del acceso por el afiliado al servicio domiciliario tras el retiro de Xinermed, no recayendo sobre el afiliado deber alguno de información por el servicio accidentado repentinamente.

TRIGÉSIMO: Que, sin embargo, la actitud de la Isapre acreditada en autos muestra que esta tomó medidas tendientes a resolver el incumplimiento de acceso originado por Xinermed recién el día 2 de septiembre de 2014, es decir, once días después de que el afiliado fuera dado de alta, y tres días antes de su fallecimiento, como deja en evidencia la carta de esa fecha emitida por la propia demandada y acompañada por los demandantes, que constituye plena prueba conforme los artículos 1702 y 1704 del Código Civil y 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil. Lo señalado denota un cumplimiento tardío de la obligación por parte de Isapre Banmédica, que derivó en la privación del afiliado de su derecho al acceso oportuno a la prestación de salud pactada.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que la prueba rendida por la demandadoa no logra revertir lo concluido, ya que la carta de fecha 22 de agosto de 2014, que autoriza el servicio de Home Medical Clinic como segundo prestador sin hacer referencia al retiro de Xinermed, carece de

LXXKRXXXKG

valor probatorio a su favor, al ser un instrumento privado emanado de la misma parte que lo acompaña, sin contar con acuse de recibo por parte del afiliado o de sus familiares, ni tampoco con un comprobante de envío propio de las cartas certificadas, que pudiera, al menos, servir como indicio acerca de las circunstancias que alega.

Adicionalmente, ninguna declaración testimonial rendida y aportada por la demandada se refiere a la fecha en que la Isapre habría dado cumplimiento oportuno a la activación del segundo prestador de hospitalización domiciliaria, sino que solo mencionan que las obligaciones se habrían cumplido, sin otorgar mayores detalles acerca de los eventos que darían cuenta de ello.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, de esta forma, la carta de fecha 2 de septiembre es el único antecedente probatorio que da cuenta de la acción de Isapre Banmédica ante el término del servicio y retiro de Xinermed; no obstante, su reacción tardía constituye el incumplimiento culposo de la diligencia contractual y legal que recaía sobre Isapre Banmédica para con el afiliado, conforme a los términos de los artículos 1489 y 1551 N°1 del Código Civil.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, en cuanto a los daños alegados por los demandantes, en primer lugar, se declara la improcedencia del lucro cesante, por no fundarse en los perjuicios sufridos por el representado en estos autos, Raúl Moreno Jeria, sino en lo que habrían dejado de percibir personalmente los propios actores por la postergación de sus actividades a consecuencia del incumplimiento de la Isapre, lo cual no se condice con la figura pretendida de responsabilidad contractual.

A su vez, se desestimará la solicitud de daño moral por la misma razón precedente, y, además, porque la acción para reclamar el daño moral por los herederos del acreedor fallecido es intransmisible dado el carácter personalísimo del perjuicio extrapatrimonial.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, debido al incumplimiento de Isapre Banmédica respecto a las gestiones administrativas de acceso y oportunidad a la prestación de hospitalización domiciliaria tras el término y retiro abrupto de Xinermed, acreditado y asentado en los considerandos precedentes, los demandantes acusan que el afiliado se vio obligado a

LXXKRXXXKG

incurrir en una serie de gastos en insumos y material médico para el cuidado y mantención de su salud en el domicilio, desde el 21 de agosto de 2014 -al tomar conocimiento mediante la carta de Xinermed del término y retiro del servicio de hospitalización domiciliaria- hasta el 2 de septiembre del mismo año, fecha en que la demandada informó al afiliado la autorización del nuevo prestador. Lo expuesto, se enmarca dentro de la hipótesis propia del daño emergente que el afiliado pudo haber tenido que soportar a consecuencia directa del incumplimiento analizado.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, según dispone el artículo 1557 del Código Civil, debiéndose los daños desde que el deudor se encuentra en mora, se valorizará el daño emergente derivado del incumplimiento con los comprobantes de pago presentados por los demandantes y emitidos entre las fechas 21 de agosto y 2 de septiembre de 2014, que representen gastos por concepto de insumos e infraestructura médica. Pues bien, tras el examen de la prueba aportada por los demandantes, es posible determinar que el daño emergente asciende a una suma total de $ 193.302, desglosado en los siguientes gastos:

1. Boleta de Farmacia Cruz Verde S.A., emitida con fecha 2 de septiembre de 2014, por un monto de $ 43.342, por concepto de pañales marca Cotidian y Plenitud y leche Ensure, productos de mantención para adultos mayores
2. Boleta de Comercializadora Martimed Ltda., emitida con fecha 2 de septiembre de 2014, por un monto de $ 30.480, por concepto de artículos ortopédicos e insumos médicos.
3. Boleta de Comercializadora Martimed Ltda., emitida con fecha 2 de septiembre de 2014, por un monto de $ 20.780, por concepto de artículos ortopédicos e insumos médicos.
4. Boleta de Centro Médico Ortopedias Meyes Ltda, emita con fecha 2 de septiembre de 2014, por un monto de $ 18.700, por concepto de artículos ortopédicos.
5. Boleta de Honorarios Electrónica N°14, de fecha 31 de agosto de 2014, emitida por el Médico Cirujano Max-Andree Ceballos Hinojosa, por un monto de $ 80.000, por concepto de dos atenciones médicas a domicilio que recibió el afiliado, los días 25 y 29 de agosto de 2014.

LXXKRXXXKG

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, conforme a todo lo antes razonado, se acogerá parcialmente la demanda de responsabilidad contractual interpuesta, solo en cuanto al incumplimiento de Isapre Banmédica respecto a su obligación de otorgar acceso oportuno a la prestación de hospitalización domiciliaria, ocasionando un daño emergente al afiliado, avaluado en $ 193.302, conforme el mérito de la prueba rendida por los demandantes y ponderada precedentemente. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos que poseen los demandantes para instar por el debido cumplimiento del fallo arbitral dictado por la Intendenta de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, de fecha 21 de abril de 2016, en causa rol N°1.026.247-2014 caratulada *"Raúl Moreno Beiza e Isapre Banmédica"*.

POR ESTAS CONSIDERACIONES, normas legales citadas, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1489, 1545, 1546, 1547, 1551, 1557, 1698, 1702, 1704 y siguientes del Código Civil; 110, 173 y 189 del Decreto N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud; Circular IF/N°14 de la Superintendencia de Salud; y 144, 160, 170, 318, 342, 346 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; más demás preceptos normativos que resulten aplicables; **SE DECLARA:**

I. Que se acoge parcialmente la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, solo en cuanto se declara el incumplimiento de Isapre Banmédica S.A. al contrato de salud celebrado entre ella y Raúl Moreno Jeria (Q.E.P.D.), consistente en el no otorgamiento oportuno del acceso a la prestación de hospitalización domiciliaria, conforme a lo expuesto en el considerando trigésimo.

II. Que, se otorga la indemnización de los daños emergentes sufridos por el afiliado a consecuencia del incumplimiento declarado, avaluados en $ 193.302, debiendo ser pagados a sus herederos, demandantes en el presente caso.

III. Que no habiendo sido totalmente vencida ninguna de las partes, cada una pagará sus costas.

REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE, Y EN SU OPORTUNIDAD, ARCHÍVESE.

LXXKRXXXKG

C-994-2018

PRONUNCIADA POR MANUEL FIGUEROA SALAS, 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**, **treinta de Octubre de dos mil veinte**

LXXKRXXXKG

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 06 de septiembre de 2020, 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

Manuel Jesus Figueroa Salas
Fecha: 30/10/2020 12:52:41