

C.A. de Valdivia

Valdivia, treinta de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos:

Comparece don FERNANDO VALENTÍN GONZÁLEZ ABARCA, trabajador dependiente del Poder Judicial, domiciliado en calle Carelmapu N° 2017, comuna de Valdivia, interponiendo Recurso de Protección, en contra de ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A., RUT representada legalmente por don NICOLÁS DONOSO SERRANO, ambos domiciliados para estos efectos en Los Militares N°4777, Piso 5°, comuna de Las Condes, Santiago, por la acción que considera ilegal y arbitraria, que habría cometido la recurrida al informarle la negativa de cobertura de dos exámenes médicos y la cobertura de un ventilador mecánico, de acuerdo a lo estipulado contractualmente.

Detalla las prestaciones médicas recibidas en los últimos meses, los exámenes que le fueron ordenados y la patología que sufre. Da cuenta además de múltiples prestaciones recibidas que recibieron cobertura por la recurrida, pero se detiene en tres que no fueron cubiertas.

Encuadra la situación en una transgresión a las garantías constitucionales de los siguientes artículos:

Art. 19 N° 24. Vulneración del Derecho a la Propiedad. desde que el actuar de la recurrida, implican una disminución concreta y efectiva en su patrimonio, al no poder acceder al cumplimiento de los derechos que el plan complementario de salud le otorga, debiendo soportar una injustificada carga derivada del mayor costo.

Art. 19 N° 9. El Derecho a la Protección de la Salud. Vulneración del Derecho a la Libre Elección del Sistema de Salud, toda vez que la negativa de la Isapre a reembolsar los procedimientos, exámenes y tratamientos descritos, requeridos por especialistas vuelve inútil su derecho a acceder a un sistema de salud, el cual, en el caso sub-lite corresponde a uno privado, el que resultó ser inoperante.

Termina pidiendo acoger el recurso en todas y cada una de sus partes declarando que se ordene a la recurrida a financiar o reembolsar, en el porcentaje que corresponda contractualmente las siguientes prestaciones de salud:



- a.- JAC2, cuyo costo fue de \$165.140.-,
- b.- Sangría, cuyo costo fue de \$85.687.-,
- c.- La compra de un ventilador CPAP, cuyo costo fue de \$699.779.-.

Esto último, sin perjuicio de otras medidas de protección que se estime del caso adoptar para el pleno restablecimiento del imperio del derecho quebrantado por la conducta ilegal y arbitraria de la recurrida, con expresa condenación en costas.

Informa doña Claudia Lucía Breton Jara, abogada, en representación, de ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A, afirmando que no es efectivo lo que manifiesta el recurrente acerca de que su parte hubiere incurrido en algún acto ilegal o arbitrario en su contra, con motivo de haberle indicado que las prestaciones por las que solicita bonificación carecen de la misma, sino que se ajustó plenamente a la normativa legal y reglamentaria vigente y a su Contrato de Salud, y, en consecuencia, menos es efectivo que su mandante haya conculcado con ello sus garantías constitucionales.

Solicita que este recurso de protección sea rechazado por improcedente, con costas.

También pide su rechazo en atención a que la materia que constituye este recurso de protección, es una de aquellas que corresponde sea conocida de acuerdo al procedimiento arbitral de lato conocimiento ante la Superintendencia de Salud, establecido por la ley según lo prescrito en el artículo 117 del D. F. L. N° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud.

Tan es así que actualmente se ventila ante la Superintendencia de Salud el procedimiento arbitral Rol 4047612-2021 por incitativa voluntaria del afiliado.

En cuanto a la bonificación de los procedimientos “JAK2” y “Sangría”, destaca que la razón de por qué estas prestaciones no tienen cobertura en el Plan de Salud, es simplemente porque, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 190 inciso segundo, N° 8, del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que hace referencia precisamente a las exclusiones de prestaciones en los planes de salud, se excluyen de cobertura aquellas que no se encuentren incorporadas en el Arancel FONASA.

Recalca que ni el sistema público ni privado de salud se encuentran obligados a otorgar cobertura para tales conceptos.



Manifiesta que las Condiciones Generales Uniformes para el Contrato de Salud Previsional aprobadas por la Superintendencia de Salud, disponen expresamente en su Artículo Décimo Quinto, letra h), que se excluye del Plan de Salud Complementario “h) Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el Arancel de la Isapre.

Sin el consentimiento de la Isapre no procederá la homologación de prestaciones, salvo que la Superintendencia la ordene en casos excepcionales conforme a la Ley N° 18.933, contenida en el DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.”

En consecuencia, no formando esta prestación parte del Arancel FONASA, ni menos, del Arancel de la Isapre, su representada no se encuentra obligada ni contractual ni legalmente a bonificarlo, por lo que bajo ninguna circunstancia, la negativa de Isapre Colmena puede ser considerada como arbitraria o ilegal.

Agrega que en sede arbitral, respecto al JAK2, ya se le señaló un código que eventualmente podría aplicarse, lo que está sujeto a la aprobación por parte de la Superintendencia de Salud (SIS), tal como lo establece la norma. En la instancia arbitral la SIS podrá aprobar dicho código o señalar otro, ya que no está en manos de su representada elegir unilateralmente qué código aplicar, lo que es de toda lógica para proteger de arbitrariedades al afiliado.

Añade que en relación al procedimiento “Sangría” el Sr. González debería solicitar también en dicha instancia si es que corresponde que se le asigne un código con el fin de entregársele cobertura, tal como lo hizo con el procedimiento JAK2. Ya que es un hecho, objetivo, que dicha prestación no tiene código.

En cuanto a la bonificación del ventilador CPAP. Este instrumento no tiene arancel, ni FONASA ni en la Isapre. Es más, no está en el arancel nada semejante a una máquina CPAP, la cual es una máquina que otorga presión positiva a la vía respiratoria, se usa en las apneas de sueño. Nunca se bonifica, porque no está arancelado.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Como se sabe, para que exista la infracción a un derecho fundamental protegido por la acción constitucional contemplada en el artículo



20 de la Constitución Política de la República, es necesario que exista una acción u omisión, imputable al Estado o a particulares, arbitraria o ilegal, que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de un derecho.

SEGUNDO: El acto calificado de arbitrario e ilegal por parte de la Isapre Colmena Golden Cross S.A. en contra del cual se recurre, y que vulnera los derechos fundamentales del recurrente Fernando González, consiste en que la Isapre, no ha otorgado cobertura por la realización de los procedimientos que se han detallado en lo expositivo del fallo y por la compra de un implemento de ventilación, por tratarse de prestaciones "no aranceladas".

TERCERO: Desde luego, se rechaza lo planteado por la Isapre recurrida, de la improcedencia de esta acción de protección, atendido que el artículo 20 de la Constitución Política de la República, permite su interposición sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes, en consideración a que, como se indicó precedentemente, su fin es adoptar de inmediato las providencias que sean necesarias, con el objeto de restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

CUARTO: En cuanto al fondo, atendida la naturaleza de este recurso y a la apreciación de las probanzas que se han allegado al proceso conforme a las reglas de la sana crítica, éstas se estiman determinantes para concluir que el recurrente, presenta el diagnóstico de Poliglobulia, para lo cual se requirió la realización de los procedimientos indicados por la facultativa hematóloga, conforme da cuenta la documental acompañada al recurso. Así también se cuenta con elementos de convicción que demuestran que el recurrente padece de Trastorno del sueño, denominado SAHOS (Síndrome de Apnea e Hipoapnea del sueño) que requiere del uso diario y permanente de CPAP (ventilador), sin que se haya recibido cobertura monetaria por la institución recurrida. En efecto estas prestaciones médicas no han recibido aporte económico de la Isapre, ello no se ha negado por la institución de salud previsional, sino que se ha afirmado con la justificación de existir norma legal que así lo dispone, por cuanto en el sistema de salud pública, tampoco son materias que reciban cobertura.

QUINTO: La ley sectorial, contenida en el DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, en su párrafo 4°, trata sobre las prestaciones a que tiene



derecho el afiliado conforme a los detalles que expresan los artículo 189 y siguientes.

Del artículo 190 se leen las particularidades y beneficios que debe contener el plan complementario de salud. De allí, como regla general se aprecia que no pueden convenirse exclusiones a las prestaciones de salud, salvo, las que se indican en la enumeración que contiene la norma y entre ellas, en su N° 8 se extrae, *“8.- Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel a que se refiere la letra e) del artículo 189. Sin consentimiento de la Institución de Salud Previsional no procederá la homologación de prestaciones, salvo que la Superintendencia lo ordene en casos excepcionales y siempre que se trate de prestaciones en que exista evidencia científica de su efectividad. En tales casos, el costo de la prestación para la Institución no podrá ser superior al que habría correspondido por la prestación a la cual se homologa”*.

Por su parte al aludir al arancel a que se refiere *“la letra e) del artículo 189”*, se refiere al plan de salud pactado el que al menos debe contener el arancel del Fondo Nacional de Salud.

SEXTO: Se funda la legalidad del actuar de la recurrida, en la letra de la norma precedente y en el hecho de no estar cubiertas las referidas prestaciones en particular por el arancel Fonasa.

Esta Corte comparte que, a primera vista, la recurrida no habría vulnerado la legalidad con su negativa a entregar cobertura, pero al respecto cabe analizar lo dispuesto en el artículo 190 del DFL 1, además de revisar si el actuar mencionado, puede revertir el carácter de arbitrario.

SÉPTIMO: Mucho se ha dicho y escrito en doctrina y jurisprudencia sobre la arbitrariedad que da lugar a esta acción constitucional. Solo referencialmente, valga decir que, en principio, algo arbitrario es aquello que depende del arbitrio o la mera voluntad de alguien. Por lo que se necesita discernir de cuándo ese arbitrio o mera voluntad, manifestada en una acción u omisión, debe ser corregido por medio del recurso de protección. La primera idea, es que la arbitrariedad, en este sentido, tiene un contenido de antijuridicidad, por lo que la mera contradicción a la ley (en sentido amplio); es arbitraria. Pero además, ciertos actos en apariencia no contradictorios con



la ley, pueden ser arbitrarios, cuando se trata de un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.

OCTAVO: Como punto importante del análisis es vital destacar que la propia Isapre refiere la factibilidad de homologación de una prestación a otra, conforme al planteamiento que ya hizo ante la Superintendencia de salud respecto a la prestación JAC2. Este es un sistema que reconoce nuestro cuerpo legal sectorial, conforme al que se debe analizar la factibilidad de dicha homologación, según lo que se proponga ante el ente administrativo. Ese primer punto de análisis ya resulta crucial para considerar que la sola falta de incorporación en el arancel Fonasa no es sinónimo de impedimento en la cobertura; la homologación ya abre una ventana a esa situación.

En esta línea de razonamiento, se debe sumar como argumento a la necesaria razonabilidad de la cobertura, la indicación médica en el tratamiento de la enfermedad del actor, a quien se ordenó los procedimientos y se recetó la ventilación nocturna con el aparato CPAP, como tratamiento al SAHOS.

Que si bien dicho dispositivo no se encuentra en el arancel del Fondo Nacional de Salud, dicho instrumento puede considerarse equivalente a otros que sí tienen cobertura, y que cumplen un fin de protección de la vida. Por ejemplo, en el caso de los enfermos con patologías cardíacas, patología cubierta por el GES, se autoriza la implantación de marcapasos, no se divisa entonces la razón por la cual el dispositivo que necesita el actor para ser utilizado de manera permanente y en forma diaria (cada vez que se disponga a dormir), no puede ser homologado, a fin de obtener el código faltante y así dar la cobertura solicitada.

Por ende se concluye carencia de razonabilidad en el actuar la recurrida, cuya negativa de otorgar prestación, con el solo fundamento de no estar bonificado por Fonasa, carece de proporción con la finalidad de mantener la integridad física y en definitiva la vida del recurrido.

Igual situación ocurre con los dos tratamientos a que se alude en el presente recurso, uno de ellos ya en curso de ser homologado.

Parece relevante destacar que el propio artículo 190 n°8 admite la posibilidad de homologar prestaciones con el consentimiento de la Isapre, es decir ha tenido opción la recurrida de aumentar la cobertura de salud, ajustándose a la ley. La segunda opción es que lo ordene la SIS.



Por último, no puede olvidarse que las instituciones privadas de salud, forman parte de la red que el Estado ha creado para garantizar la ejecución de acciones de salud, entre ellas la de recuperación de la salud y rehabilitación de las personas, tal como lo indica el artículo 19 n°9 de nuestra Constitución.

NOVENO: Por consiguiente, en cuanto a los derechos constitucionales cuyo ejercicio se encuentran vulnerados, además del ya referido, el actuar de la Isapre recurrida, por vía de arbitrariedad, vulnera el ejercicio de la garantía constitucional reconocida a todas las personas en el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, la que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, al poner con su negativa en riesgo la vida e integridad física del recurrente.

Asimismo, el acto denunciado vulnera la garantía constitucional del numeral 24° del artículo 19 de la Constitución, que asegura a toda persona el ejercicio del derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, al dejar la Isapre al paciente sin cobertura para el tratamiento médico que le corresponde, no obstante el derecho al plan de salud que en su oportunidad lo incorporó, otorgando cobertura para el examen del sueño.

DÉCIMO: De lo antes referido fluye que corresponde otorgar la indispensable tutela, adoptando las medidas conducentes a restablecer el imperio del derecho.

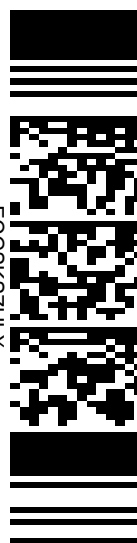
Y visto lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política del Estado y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación de los Recursos de Protección, **SE ACOGE** el recurso interpuesto por don Fernando Valentín González Abarca, en contra de ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A, sin costas, debiendo esta última dar cobertura conforme al Arancel de Fonasa de prestaciones que sean de la mayor similitud con las que se indicarán:

- a.- JAC2.
- b.- Sangría.
- c.- Ventilador CPAP.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. María Soledad Piñeiro Fuenzalida.

ECGSKSZHLX



N°Protección-2177-2021.



Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Valdivia integrada por Ministra Maria Soledad Piñeiro F., Fiscal Judicial Gloria Edith Hidalgo A. y Abogado Integrante Mauricio Fehrmann M. Valdivia, treinta de septiembre de dos mil veintiuno.

En Valdivia, a treinta de septiembre de dos mil veintiuno, 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 05 de septiembre de 2021, 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>.