

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES¹

RESPONSABILIDAD MÉDICA Y EN MATERIA SANITARIA EN GENERAL²

1.- Responsabilidad del Estado por falta de servicio en materia sanitaria. Teoría de la chance o de pérdida de oportunidad. En su virtud, correspondía disminuir monto de la indemnización. Sentencia de la Corte Suprema de 22 de septiembre de 2016, autos Rol N° 9.481-2016.

En los autos Rol N° 9.481-2016 del 3° Juzgado de Letras de Iquique, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios caratulados “S. S. Juan y otros con Servicio de Salud de Iquique y otros”, la sentencia de primera instancia acogió la demanda, con costas, condenando a los demandados a indemnizar solidariamente el daño moral causado a los actores, pagando la suma de \$80.000.000.- a cada una de las dos hijas de Juan S. S. y \$100.000.000.- a su madre. La demanda se interpuso en contra del “Hospital Regional Dr. Ernesto Torres Galdames”, el Servicio de Salud de Iquique y el Fisco de Chile.

Apelada la sentencia, ésta se revocó por una Sala de la Corte de Apelaciones de Iquique por fallo de 19 de enero de 2016, sólo en cuanto a la condena del Fisco de Chile y respecto de las costas.

En cuanto al demandado Fisco de Chile, la sentencia de la Corte expresa que el Servicio de Salud de Iquique cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio. En tal sentido, de conformidad al art. 29 de la Ley N° 18.575, “Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”, que establece la composición de la Administración del Estado, se distingue entre órganos centralizados y descentralizados, señalando el inc. 2° que “los servicios centralizados actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente”, siendo distinto el caso de los descentralizados, que tienen personalidad jurídica y patrimonio propio. En el caso del “Servicio de Salud de Iquique”, debe tenerse presente el DFL N° 1 del Ministerio de salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 2.763 de 1979 y de las

¹ En cada una de las sentencias, se resumen las principales ideas en ellas contenidas, a nuestro juicio, conservando el tenor de las mismas en la mayoría de los casos, con leves modificaciones de forma, si así se considera útil. La enumeración empleada en cada resumen es nuestra, y no de la respectiva sentencia. En cada caso, se indican los roles de las causas, distinguiendo según se trate de la causa de primera instancia, de la Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema. Para quien desee obtener el texto íntegro de la respectiva sentencia, debe ingresar a la página web del Poder Judicial, www.pjud.cl, Consulta unificada de causas/consulta de causas Corte Suprema o Consulta de causas Corte de Apelaciones o Consulta de causas Civil.

² Fecha de última modificación: 9 de julio de 2025.

leyes 18.933 y 18.496, que en su art. 16 crea el “Servicio de Salud de Iquique” y en su inc. 11° dispone que el mismo es un organismo estatal, funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. En atención a ello, esta persona jurídica es capaz de ejercer derechos, adquirir obligaciones y tener representación jurídica, la cual recae en el Director de dicha entidad, siendo en consecuencia capaz de ser responsable legalmente, todo lo cual debe complementarse con lo dispuesto en el art. 38 de la Ley N° 19.966, que “Establece un régimen de garantías en salud”, que dispone que los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria son responsables de los daños causados por la falta de servicio. Que considerando lo expuesto, se puede dar por establecido que en el caso actual, no existen fundamentos de hecho o de derecho para sostener la legitimación pasiva del Fisco de Chile en los términos arribados en la sentencia que se revisa, por cuanto el mismo no se encuentra en ninguna de las figuras que lo vinculan solidariamente, dado que el “Hospital Regional Dr. Ernesto Torres Galdames” y el Servicio de Salud de Iquique no pertenecen a aquellos órganos cuya supervisión económica y responsabilidad patrimonial, es atribuible al Fisco de Chile, debiendo excluirse por ende de los efectos de la sentencia a éste último.

En cuanto a las costas, agrega el fallo, se evidencia que la parte demandante no ha obtenido la totalidad de sus pretensiones e incluso uno de los demandados ha sido excluido, de modo que no resulta procedente aplicar la condena en costas.

Por estas consideraciones, el fallo de segunda instancia revocó la sentencia de primer grado, en aquella parte que rechazó la excepción de legitimación pasiva interpuesta por el Fisco de Chile y le condenó por su responsabilidad solidaria, y en su lugar se decide que acogiendo dicha excepción, se rechaza a su respecto la demanda. Revocó asimismo la sentencia, en aquella parte que condena en costas a los demandados, eximiendo de las mismas a los demandados “Hospital Regional Dr. Ernesto Torres Galdames” y Servicio de Salud de Iquique, por haber tenido motivo plausible para litigar y no haber sido totalmente vencidos.

En contra de esta resolución, los demandados dedujeron recursos de casación en el fondo, que fundamentaron en los siguientes términos:

1º En el primer capítulo de nulidad sustancial, se denuncia la vulneración por falta de aplicación de los arts. 38³ y 41⁴ de la Ley N° 19.966, en relación con los arts. 4 y 42 de la Ley

³ Art. 38 de la Ley N° 19.966: “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. / El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio. / Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada”.

⁴ Art. 41 de la Ley N° 19.966: “La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas. / No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia

N° 18.575, disposiciones estas últimas que se acusa han sido falsamente aplicadas al caso concreto, todo ello en relación a los arts. 19 y 20 del Código Civil. Explica el recurrente que si bien el art. 38 de la Ley N° 19.966 hace suya la doctrina de la falta de servicio, en los artículos siguientes ella es expresamente regulada en materia sanitaria, adquiriendo un carácter especial, que la distingue de aquella general consagrada en los arts. 4⁵ y 42⁶ de la Ley N° 18.575. En este contexto, refiere que la sentencia impugnada ha concedido a los actores la suma de \$260.000.000.- como indemnización del daño moral, que les irrogó la falta de servicio en que habrían incurrido el “Hospital Regional Dr. Ernesto Torres Galdames” y el Servicio de Salud de Iquique en la atención de don Juan S. S., infringiendo el art. 42 citado, toda vez que al establecer tal quantum desconoce los criterios establecidos en dicha norma para determinar el monto de la indemnización.

Explica que el fallo de primera instancia, confirmado por la sentencia de alzada, establece expresamente que la actuación de los funcionarios del Servicio de Salud de Iquique y del Hospital Regional, calificada como constitutiva de falta de servicio, está constituida por no haber diagnosticado oportunamente el VIH/SIDA y otorgado el respectivo tratamiento al paciente S. S., privándolo de un álea de posible y/o mayor calidad de vida, razón por la que se debió condenar a sus representados por el daño efectivamente causado por la falta de servicio de los demandados, aplicando a su vez la regla contenida en el citado art. 41 (de la Ley N° 19.966), que dispone que la indemnización será fijada por el Juez, atendiendo las condiciones físicas del afectado. En este punto añade que los sentenciadores debieron considerar al establecer el monto que al solicitar atención médica en el Hospital Regional el paciente ya se encontraba infectado por el virus VIH, quedando establecido que dicha enfermedad no fue adquirida ni producida a raíz de la actuación de sus representados, motivo por el que los únicos hechos en que pueden tener responsabilidad aquellos, son la falta de detección oportuna y eventual tratamiento que le habría permitido una mejor calidad de vida y probable extensión de la misma dando por establecida la relación de causalidad entre el daño y la falta de servicio. Sin embargo, en la parte resolutive, con infracción de ley, omite aplicar los arts. 38 y 41 de la Ley N° 19.966, condenando a sus representados por un daño total, consistente en el fallecimiento, sin que se tomara en consideración al fijar el quantum, las condiciones físicas de Juan S., previo a la actuación de sus representados, quien ya se encontraba aquejado de una enfermedad mortal, motivos por los cuales se debió fijar una indemnización sustancialmente inferior.

2º En el segundo acápite del arbitrio, se acusa la vulneración de los arts. 1437, 2284, 2314, 2316 y 2329 del Código Civil en relación con el art. 38 de la Ley N° 19.966 y del art. 20 del Código Civil, normas que consagran la exigencia de relación de causalidad entre el daño y la falta de servicio para establecer la responsabilidad que, en el presente caso, se imputa a las representadas del recurrente, normas que han sido conculcadas, toda vez que se les

o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos”.

⁵ Art. 4 de la Ley N° 18.575: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

⁶ Art. 42 de la Ley N° 18.575: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. / No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

condenó como responsables directos del fallecimiento del paciente S., y por ende, al pago de la totalidad del daño, en lugar de haberlos condenado por la pérdida de oportunidad o chance de aquél, rebajando sustancialmente el monto de la indemnización a que fueron condenados. Reitera que la sentencia de primera instancia confirmada por el fallo impugnado, deja establecido como hecho de la causa que la falta de servicio consistió únicamente en la falta de detección oportuna y eventual tratamiento de VIH a Juan S. S., negándole la posibilidad de acceder a una mejor calidad de vida y a una posible extensión de la misma. Asimismo, desde el punto de vista de la conexión causal, establece que el daño sufrido por los demandantes encuentra su origen en el deficiente funcionamiento de los servicios demandados. Sin embargo, incurre en un evidente error de derecho el fallo, pues realiza una errónea interpretación de los preceptos que consagran la exigencia de un nexo causal en materia extracontractual, y en definitiva, con infracción de ley, los condena como responsables únicos y directos del fallecimiento del paciente, a una indemnización total, en circunstancias que solamente se configuró la relación de causalidad respecto de la pérdida de oportunidades generada, debiendo por lo tanto, haber acogido la excepción opuesta por la defensa, consistente en la rebaja de la indemnización por aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad o chance. Añade que la teoría antes referida se define como de causalidad probabilística, conforme a la cual, en los casos de incerteza causal, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido, pero se reduce el monto de la indemnización, en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente, incluso de haber actuado aquél diligentemente. Continúa señalando que, aplicando la teoría de la pérdida de la oportunidad al área de la responsabilidad médica, existen casos en que no es posible determinar con certeza si la negligencia médica provocó la agravación o la muerte del paciente, pero sí es posible demostrar que tal actuación destruyó sus chances de sanar o sobrevivir. Así ocurre cuando se omite un examen, privando al paciente de la oportunidad de someterse a un tratamiento, o cuando sin ajustarse a la *lex artis* no se sana una herida, perdiendo el paciente las chances de evitar una invalidez, cuestión que se configura en la especie.

Puntualiza el recurrente que la sentencia impugnada considera improcedente la disminución de la indemnización por la pérdida de la chance, por estimar que no es una alegación que atañe de manera directa a quienes demandan, sino que a la víctima, lo que constituye un error.

En este orden de consideraciones, refiere que el sentenciador no consideró factores esenciales para medir el daño, esto es, el carácter irreversible de la enfermedad que padecía el paciente, la incertidumbre respecto a la posibilidad de prolongar su vida, la incerteza existente aun cuando no mediara la falta de servicio, respecto del éxito del tratamiento, todas cuestiones que dejan de manifiesto la improcedencia de condenar a su parte a una indemnización como si hubiese producido la muerte del paciente, y no sólo la pérdida de una chance.

Que al explicar el recurrente la forma en que los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que de no haber incurrido

en ellos los sentenciadores, habrían reducido sustancialmente el monto de la indemnización que se ordena pagar.

Expresa seguidamente el fallo de la Corte Suprema que para una acertada inteligencia de las materias jurídicas de que trata el recurso, se debe tener presente:

1º Que en estos autos se demanda al Servicio de Salud de Iquique y al Hospital Regional de esa ciudad, por las hijas y la madre de Juan S. S., paciente que falleció el 8 de octubre de 2008, a raíz de una insuficiencia respiratoria severa, provocada por el virus de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), esgrimiendo las actoras que existió falta de servicio de los demandados, toda vez que no existió diagnóstico oportuno de su enfermedad, y no obstante las múltiples atenciones que recibió no se le ordenó un examen para descartar la enfermedad. Ello, sin perjuicio que además, en abril de 2004, en el centro hospitalario aludido, la cónyuge de la víctima fue sometida a un examen preventivo de VIH, el que arrojó positivo, siendo este resultado confirmado por el Instituto de Salud Pública. Sin embargo, éste no fue notificado a la víctima, siendo tratada durante años por una neumonía rebelde, al igual que Juan S. S.

2º Al contestar la demanda, se esgrimió que en el caso concreto se configuraría, dados los términos en que se plantea la acción, una pérdida de chance, pues en atención a las características de la enfermedad que afectaba al Sr. S., el resultado de muerte igual se produciría, lo que determina que la indemnización de perjuicios deba ser sustancialmente rebajada.

Que los jueces del grado establecieron como circunstancias fácticas de la causa, las siguientes:

1º Juan S. S. asistió a centros de salud dependientes del Servicio demandado desde el año 2000, realizándose innumerables exámenes de laboratorio clínico que se vinculaban inicialmente con la posible existencia de una diabetes “dudosa”, apareciendo reiterados episodios de enfermedades respiratorias con compromiso febril, realizándose exámenes a partir del año 2005, los que dan cuenta de un compromiso del sistema respiratorio, ya no asociadas como inicialmente se refería a diabetes, sin que se realizara un examen preventivo que permitiera descartar la presencia de VIH.

2º Juan S. S. era cónyuge de D. A. C., a quien se le realizó el 16 de abril de 2004 un examen preventivo de VIH, el que dio resultado positivo y que, sin embargo, no fue notificado a la paciente, quien falleció el 10 de julio de 2008 producto de la enfermedad, la que sólo fue diagnosticada y tratada como tal a partir del 30 de junio de 2008, sin respuesta, por lo avanzado del VIH, falleciendo a los diez días, en la UCI del Hospital Regional de Iquique.

3º A raíz del caso de la paciente D. A., se tomó conocimiento que 25 pacientes VIH positivos confirmados por el ISP desde el año 2006 no habían sido notificados para realizar la prueba de identidad y confirmarles que son portadores de VIH.

4º Producto de lo expuesto, se inició un sumario administrativo, sancionándose a la Subdirectora de Cuidados al Paciente, al Coordinador y a la Jefa del Banco de Sangre, por incumplimiento de obligaciones funcionarias.

5º Juan S. falleció tres meses después que su cónyuge, a la edad de 35 años.

Que sobre la base de los hechos establecidos en la causa, la sentencia de primer grado, confirmada por el fallo impugnado, establece la falta de servicio de los demandados, la que se configura desde una doble perspectiva:

1º Por no haber notificado oportunamente a D. A. de su calidad de portadora de VIH, pues aquello repercutió de manera directa y lógica en su cónyuge Juan S., ya que debido a la falta de acceso de su cónyuge a un diagnóstico oportuno de VIH, se impidió que por vía oblicua se detectara la infección de VIH de aquél y se adoptaran las medidas tendientes al tratamiento paliativo de la enfermedad.

2º Porque con prescindencia de la omisión en la notificación de la cónyuge, el paciente S. S. presentó desde el año 2000 sintomatología relacionada con la enfermedad que padecía, los que se incrementaron notoriamente en el año 2005, sin que se ordenara la realización del test de Elisa, en circunstancias que desde los conocimientos científicamente afianzados, y aun desde el conocimiento vulgar o común, aquello debió llevar a realizar los exámenes y tratamientos de VIH/SIDA.

Así, concluyen que las actuaciones del Servicio de Salud importan un incumplimiento de las obligaciones legales, por el deficiente y negligente funcionamiento del Servicio de Salud y de sus funcionarios, los que sabiendo o debiendo saber el estado de gravedad en que se encuentra un paciente que padece de VIH, no prestaron un servicio oportuno, eficiente y eficaz para lograr la detección, y de ser pertinente, el correspondiente tratamiento que mejorara los síntomas de VIH y la calidad de vida del paciente, amén de que los antecedentes médicos del paciente hicieron aconsejable y necesario, en atención a los síntomas de recurrentes afecciones respiratorias y deficiencia inmunológica, que se realizara el test Elisa.

Continúa la exposición señalando que existe la necesaria relación de causalidad, toda vez que el paciente Juan S. careció de una oportuna detección de la calidad de portador de VIH/SIDA, quien no recibió durante muchos años ningún tratamiento de su enfermedad y falleció sin un diagnóstico oportuno. En efecto, si lo contrastamos con un funcionamiento eficiente y oportuno, el paciente hubiese conocido su patología, iniciando el tratamiento varios años antes de su fallecimiento, lo que sin duda hubiese mejorado su calidad de vida.

En lo relacionado con la alegación de la parte demandada en cuanto a que sería procedente aplicar la denominada teoría de la pérdida de una oportunidad, se rechaza, señalando la sentencia impugnada que aquella resultaría digna de considerar si la demanda hubiera sido interpuesta por quien de manera directa sufre el perjuicio indemnizable, sea en forma personal –daño directo- o por vía indirecta –en tanto demanda como sucesor del daño personalmente sufrido por la víctima-, lo que no se ha realizado.

Agrega el fallo impugnado que se estima inadmisibles el planteamiento de la demandada, toda vez que el fundamento de su pretensión no lo constituye la pérdida de una chance de Juan S. S., sino del daño propio que la serie de circunstancias relacionadas con las actuaciones de funcionarios del Servicio de Salud de Iquique sufrió el paciente, pues importaron una deficiente calidad de vida durante un largo período. Se agrega que en el caso sub lite, no se ha tratado de que la omisión de la calidad de portadora de VIH a la cónyuge del Sr. S., pudo prolongar de manera indefinida o como en ausencia de enfermedad, la vida del paciente, sino que bien pudo contribuir a una calidad de vida digna, lo que precisamente han pretendido los programas estatales de tratamiento de VIH/SIDA.

En este orden de ideas, se sostiene que el perjuicio sufrido por quienes lo alegan, encuentra su relación de causalidad en el deficiente y negligente funcionamiento del Servicio de Salud de Iquique y el Hospital Regional de dicha ciudad.

Finalmente, se consigna que la prueba rendida permite establecer la existencia de daño moral sufrido por los actores, como consecuencia necesaria y directa de la actuación de la demandada Servicio de Salud de Iquique, pues existe una relación necesaria y lógica, de causa a efecto, entre el incumplimiento del deber de informar a doña D. A. y la falta de exámenes y tratamiento respecto de su cónyuge Juan S., implicando para este último la ausencia por un extenso período de un tratamiento que bien pudo extender su vida o permitir una calidad de vida adecuada y consistente con la enfermedad inmunológica que lo aquejaba, sin perjuicio que aún sin los exámenes de su cónyuge, bien pudo, por su sola condición de salud, generar la decisión de evaluar la calidad de portador de VIH SIDA, daño cuya indemnización se regula, en atención a que se descarta la teoría de la pérdida de la chance, en la suma de \$80.000.000.- en favor de cada una de las hijas de S. S. y \$100.000.000.- en favor de su madre.

Se aboca acto seguido la sentencia de la Corte Suprema a analizar los dos capítulos del recurso de casación en el fondo:

1º Respecto del primer capítulo, en virtud del cual los sentenciadores habrían infringido los arts. 38 y 41 de la Ley Nº 19.966, al aplicar los arts. 4 y 42 de la Ley Nº 18.575, en circunstancias que el legislador estableció una regulación distinta para la falta de servicio en materia sanitaria, lo que redundaría en un erróneo establecimiento del quantum indemnizatorio por concepto de daño moral, expresa el fallo de la Corte Suprema que, en términos generales, lo sostenido por el recurrente no es efectivo. Después de citar el tenor del art. 38 de la Ley Nº 19.966, señala el máximo tribunal: “Tal como lo ha referido esta Corte en fallos anteriores, el concepto ‘falta de servicio’ establecido en la Ley Nº 19.966, sigue todos los lineamientos que son entregados en los artículos 4 y 42 de la Ley Nº 18.575”. En efecto, expresa, hasta antes de la dictación de este último cuerpo normativo la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del art. 2320 del Código Civil. Sin embargo, la situación varió con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el Derecho para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló entonces el art. 44, hoy art. 42. A partir de la mencionada modificación legislativa se ha desarrollado una labor doctrinaria y jurisprudencial destinada a establecer el contenido jurídico del referido concepto. Y en esa labor, dice el fallo de la Corte Suprema, ésta ha señalado reiteradamente que dicho factor de imputación supone la ocurrencia de un servicio tardío o defectuoso, que genere la consecuente responsabilidad indemnizatoria. En este contexto, el 3 de septiembre de 2004 se publica la Ley Nº 19.966, cuerpo normativo que incorpora en el art. 38 la responsabilidad de los Órganos de la Administración en materia sanitaria, la cual señala, al igual que la Ley Nº 18.575, la falta de servicio, como factor de imputación que genera la obligación de

indemnizar a los particulares por los daños que éstos sufren a consecuencia de la actuación de los Servicios de Salud del Estado. Un estudio de la historia fidedigna del Título III de la Ley Nº 19.966, en el cual se encuentra el art. 38, permite aseverar que la inclusión de las normas de responsabilidad del Estado en materia sanitaria dentro de la ley, se debió a la intención específica del legislador de regular esta materia especial siguiendo los lineamientos del art. 42 de la Ley Nº 18.575, pues efectivamente dicho título estableció, al mismo modo que la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que la responsabilidad de éste nace de la falta de servicio, la cual no es otra que el actuar defectuoso de los Servicios de Salud. Que, asentadas las ideas anteriores –prosigue el fallo-, cabe señalar que la regulación contenida en la Ley Nº 19.966 no es diferente a la contenida en los arts. 4 y 42 de la Ley Nº 18.575, por lo que el primer capítulo de casación no podrá prosperar.

2º En cuanto al segundo capítulo, se esgrime por el recurrente, en síntesis, que los sentenciadores incurren en error de derecho al rechazar la alegación de pérdida de la chance reduciendo el monto indemnizatorio, por cuanto el quantum establecido en la sentencia se relaciona con la responsabilidad por haber generado la muerte del paciente S. S., en circunstancias que en el fallo se establece que la responsabilidad de los demandados se relaciona causalmente con la privación de la posibilidad de haber gozado el paciente de una mejor calidad de vida y mayor extensión de aquélla, pues aun cuando hubiera sido diagnosticado a tiempo el paciente, igualmente aquello no habría impedido la muerte a causa de su enfermedad. Aludiendo la Corte Suprema a la “teoría de la pérdida de la chance” o “pérdida de oportunidad”, cita al jurista francés Cazeaux, quien la explica en los siguientes términos: “Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento (...), había o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades” (Félix Trigo Represas, *Pérdida de chance*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 25). Entre nosotros, se ha sostenido que “La pérdida de una chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio...”. Se trata del caso, agrega el mismo autor, de “una víctima que tenía oportunidad de obtener un bien ‘aleatorio’ que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja” (Mauricio Tapia Rodríguez, “Pérdida de una chance: ¿un

perjuicio indemnizable en Chile?”, en *Estudios de Derecho Civil VII*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011. Fabián Elorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, p. 650).

Agrega el fallo que en términos que son directamente aplicables al caso concreto, se ha sostenido que: “En cuanto a la pérdida de chance de supervivencia, Chabas ha dicho que, ‘cuando el paciente pierde, por ejemplo, una chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte, es la eliminación de un simple potencial de chances (...) El perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de la chance que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico” (Félix Trigo Represas, ob. cit., pp. 191 y 192).

Que, asentado lo anterior, cabe consignar que en el caso concreto, los jueces del grado han establecido correctamente qué es lo indemnizable, pues han referido que el paciente careció de una oportuna detección de la calidad de portador del VIH/SIDA, por lo que no recibió durante muchos años tratamiento de su enfermedad, cuestión que “si lo constatamos con un funcionamiento eficiente y oportuno, el paciente hubiese conocido su patología, iniciando el tratamiento varios años antes de su fallecimiento, lo que sin duda hubiese mejorado su calidad de vida”. En este mismo orden de consideraciones, establecen que el daño propio de los actores se produce por “la serie de circunstancias relacionadas con las actuaciones de funcionario del Servicio de Salud de Iquique, que importaron una deficiente calidad de vida durante un largo período, la omisión de tratamientos cuya finalidad en el caso del VIH pueden contribuir a una calidad de vida compatible con el buen vivir, extendiendo la sobrevida de manera cada vez mayor según los avances de la ciencia y no por la consecuencia necesaria e inexorable de la vida, esto es, la muerte”.

Así, los sentenciadores son coherentes en el análisis respecto del daño que se encuentra vinculado causalmente con la falta de servicio, señalando siempre que el daño está constituido por la pérdida de la oportunidad de recibir un tratamiento oportuno que pudiera haber mejorado la calidad de vida del paciente y haberle otorgado la posibilidad de extender la sobrevida. Sin embargo, -subraya el fallo de la Corte Suprema-, incurriendo en un claro error de derecho, dichos sentenciadores desechan la alegación relacionado con la aplicación de la teoría de la pérdida de la chance al caso concreto, bajo el argumento de no poder aquello ser invocado por las víctimas por repercusión y rebote.

En efecto, en el caso concreto, el vínculo de causalidad que se relaciona estrechamente con la teoría en análisis, se establece no con la muerte del paciente, porque en definitiva él era portador de una enfermedad mortal, razón por la que la atribución de su muerte a la falta de servicio presenta grados de incertidumbre que impiden establecer el nexo causal, por lo que la omisión de diagnóstico y tratamiento oportuno sólo puede relacionarse causalmente con la pérdida de la oportunidad de una mejor sobrevida que le habría entregado al paciente el tratamiento oportuno, pues de no mediar la falta de servicio establecida en autos, aquél habría tenido la opción de mejorar su calidad de vida y eventualmente haberla extendido, chance de la que fue privado por la actuación negligente de los funcionarios pertenecientes a los servicios demandados. Tal chance, también la tenían las demandantes de autos, quienes demandan en calidad de víctimas directas –pues no demandan por el daño sufrido por el paciente- sino que por su propio daño, por la pérdida temprana e irrecuperable de Juan S., quien era padre e hijo de las actoras, daño

que, como se señaló, sólo puede vincularse a una oportunidad de contar con su pariente por un tiempo mayor, en condiciones dignas de sobrevivida.

Así, lo relevante es que la falta de servicio, esto es, el mal funcionamiento del Servicio de Salud de Iquique y el Hospital de Iquique, privó no sólo al paciente de la posibilidad de una mejor calidad de vida y extensión de aquella, sino que también a las actoras, pues sólo este es el daño que puede atribuirse a los demandados. En esta perspectiva, la pérdida de la chance, en cuanto a aquella determina que la rebaja de la indemnización es aplicable al caso concreto, pues no pueden serles indemnizados el daño relacionado con la muerte del paciente, porque respecto de aquello no es posible establecer el vínculo de causalidad.

Que, por consiguiente, sólo cabe concluir que la sentencia que se revisa incurrió en una errónea aplicación de los arts. 38 y 41 de la Ley N° 19.966 en relación a los arts. 1437 y 2329 del Código Civil, normas que permiten establecer el vínculo de causalidad entre la falta de servicio y el daño para determinar la responsabilidad demandada, lo que ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo, toda vez que, de no haberse incurrido en él, no habría rechazado la alegación de aplicar en el caso concreto la teoría de la pérdida de la chance, cuestión que redundó directamente en la regulación del quantum indemnizatorio.

Que lo antes razonado, obliga a la invalidación del fallo, razón por la que el recurso de casación en el fondo será acogido.

En la pertinente sentencia de reemplazo, expresa la Corte Suprema:

1º Que, tal como lo expone el Juez a quo, en estos autos se logró establecer que el Servicio de Salud de Iquique y el Hospital Regional, incurrieron en falta de servicio en las atenciones que brindaron al paciente Juan S. S., toda vez que en la atención médica no le entregaron un diagnóstico oportuno de la enfermedad que padecía, VIH, sin que se realizaran exámenes para descartar la existencia de tal patología a pesar de que el paciente presentaba sintomatología que lo hizo consultar permanentemente en los centros médicos a cargo del citado Servicio desde el año 2000, intensificándose aquellos a partir del año 2005, falleciendo el paciente el 8 de octubre de 2008, producto de una insuficiencia respiratoria severa causada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, sin que se realizara un diagnóstico certero de la enfermedad.

2º Que asimismo la falta de servicio se configura porque la cónyuge de S. S., no fue notificada del resultado positivo para VIH del test de Elisa realizado en abril del año 2004, cuestión que determinó que tampoco se adoptaran las precauciones y ordenaran los exámenes para establecer si la víctima de estos autos también sufría la enfermedad y otorgarle el tratamiento indicado para mantener bajo control la patología mejorando su calidad de vida y extendiendo la expectativa de ésta.

3º Que las demandantes revisten la calidad de víctimas directas del daño causado por la falta de servicio del personal de los servicios demandados desde que han padecido un perjuicio personal constituido por la privación a que fueron sometidas, en cuanto se trata de las hijas y madre de Juan S. S., de haber contado no sólo con la presencia de su familiar durante un tiempo mayor, sino que el tiempo en que estuvo a su lado –cuatro años sin diagnóstico- hubiera tenido aquél una mejor calidad de vida, sin que tuviera que enfrentar el sinnúmero de infecciones que se presentaron como sintomatología de la enfermedad y

sus consecuencias, al punto que en diciembre de 2007 su pulmón tenía un severo compromiso restrictivo con importante deterioro de su capacidad ventilatoria funcional.

4º Que en cuanto al daño moral sufrido por las demandantes, en lo que atañe a la regulación del monto de la indemnización a cuyo pago serán condenados los demandados, cabe destacar que, como se ha dicho, la “doctrina en este sentido es unánime. La oportunidad es lo que se debe indemnizar, y no lo que estaba en juego. Si es que se debe reparar la pérdida de la oportunidad de sobrevivir (...) ‘el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiere realmente matado al enfermo’. Por eso se ha dicho que la indemnización o el valor es parcial, pues nunca puede ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida” (Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi, *Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 268).

5º Que, atendido a que como se señaló, la falta de servicio no privó de la vida al señor S. S., sino que de la opción de tener una buena calidad de vida y luchar dignamente por ella, oportunidad de la que también fueron privados sus familiares directos, actores de estos autos, quienes no pudieron contar por un tiempo mayor con la presencia de un padre e hijo que, a pesar de su enfermedad, mantuviera una buena calidad de vida, se regula el monto de la indemnización que el demandado deberá pagar en una suma considerablemente inferior a la solicitada por las actoras, pues se estima que no resulta posible avaluar el monto en relación a la pérdida por la muerte del paciente sino sólo la pérdida de la chance en los términos que han sido explicados.

6º Que, en consecuencia, se establece prudencialmente el monto de la precitada indemnización por concepto de daño moral en las siguientes cantidades: \$20.000.000.- a cada una de las hijas de Juan S. S. y \$30.000.000.- en favor de la madre de la víctima.

7º Por estas consideraciones, se confirma con declaración el fallo de primer grado condenando únicamente al Servicio de Salud de Iquique y al Hospital Regional “Dr. Ernesto Torres Galdames-Iquique” a pagar las expresadas sumas, las que deberán ser reajustadas desde la fecha en que la presente sentencia quede ejecutoriada y pagadas con intereses a contar de la fecha en que el demandado incurra en mora, si ello aconteciere.

8º Se previene que el Ministro Sr. Aránguiz, sobre la base de los mismos presupuestos, estuvo por regular las indemnizaciones referidas en \$40.000.000.- para cada una de las hijas y en \$50.000.000.- en favor de la madre de la víctima, por estimar que dichas cantidades guardan una mejor relación con el inmenso daño de todos modos producido.

Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y sr. Manuel Valderrama R. Redacción a cargo de Ministro Sr. Aránguiz.

2.- Responsabilidad del Estado por falta de servicio en materia sanitaria. Sobre el hospital demandado pesaba una obligación de medios. El art. 38 de la Ley Nº 19.966 es la norma fundamental de responsabilidad del Estado en materia sanitaria. Sentencia de la Corte Suprema de 5 de octubre de 2016, autos Rol N°20.444-2016.

En los autos seguidos ante el 1º Juzgado Civil de Rancagua, doña Carla C. C. y doña Maribel G. C., demandaron al Hospital Regional de Rancagua, impetrando el pago total de \$150.000.000.- por concepto de daño moral, causado por la muerte de su madre. Los hechos en que se funda la demanda fueron los siguientes:

1º La madre de las demandantes consultó por padecimientos estomacales los días 7 y 8 de mayo del año 2010, siendo derivada del consultorio de la comuna para ser internada en el Hospital Regional de Rancagua, sin que ello ocurriese.

2º Finalmente, fue internada en dicho establecimiento el 20 del mismo mes y año, consignándose en su ficha, como hipótesis diagnóstica: “1.- Diarrea prolongada; 2.- Deshidratación moderada; 3.- Obs. Enfermedad de Crohn; 4.- Obs. Edema vellosa Colon”.

3º El 25 de mayo se le practica una colonoscopia de manera particular, examen del que se desprende que la enferma padecía de “lesiones ulceradas múltiples de colon recto aspecto de enfermedad inflamatoria crónica severa de colon. Obs. Enfermedad de Crohn”, lo que se informó a los facultativos del hospital, quienes indicaron no poder hacer eco de ese diagnóstico, pues emanaba de otro centro.

4º El 4 de junio, luego de una biopsia de colon positiva, se evidencian en la ficha médica sugerencias de una enfermedad inflamatoria intestinal crónica, con aspectos de enfermedad de Crohn, pero que, sin embargo, las biopsias no son concordantes.

5º El 17 de junio la paciente presentó vómitos de sangre, por lo que se decidió su traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos, lo que no pudo concretarse por falta de cupos. Al día siguiente, el médico a cargo ordenó hacer radiografías y en razón de ellas se ratificó la enfermedad de Crohn, practicándose una biopsia de tejidos de colon, que dio cuenta de haberse agudizado la condición de la enferma, por lo que se hacía necesaria una operación de urgencia.

6º Señalan que su madre fue intervenida de urgencia el 18 de junio de 2010, falleciendo el día 20 de junio a las 7.40 horas.

Plantean entonces que la falta de servicio del demandado se manifiesta en la omisión o tardanza en la realización de exámenes médicos que confirmaran el diagnóstico del mal de Crohn y la falta de consideración del resultado del examen particular, así como la omisión en la atención de un especialista gastroenterólogo y la falta de información a la paciente acerca de la técnica y modalidades a seguir en su operación, o de los riesgos que ello conllevaba.

En lo concerniente a la indemnización de perjuicios, citan lo dispuesto en los arts. 2314, 2316 y 2329 del Código Civil, normas de las que deriva su derecho a demandar la indemnización por el daño moral sufrido por la muerte de su madre, como asimismo aluden al régimen de responsabilidad del servicio demandado, que está contenido en la Ley Nº 19.966.

Al contestar el ente demandado, solicitó el rechazo de la demanda negando la existencia del hecho atribuido como generador del daño que se hizo consistir en una deficiente prestación del servicio, configurativa de infracción de la *Lex Artis*. Sostiene que se adoptaron todas las medidas para salvaguardar la salud y vida de la paciente cumpliendo la obligación de medios que pesa sobre esa parte, argumentando además la improcedencia de la indemnización impetrada por no concurrir los supuestos previstos por el art. 41 de la Ley Nº 19.966.

Por sentencia de 4 de febrero de 2015, se rechazó la demanda en todas sus partes.

La Corte de Apelaciones de Rancagua, en los autos Rol N° 1.736-2015, conociendo de la apelación de la demandante, confirmó el fallo de primera instancia.

En contra de esta última resolución la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo, conforme a los siguientes fundamentos:

1º En el primer capítulo, denuncia la errada interpretación del art. 38, inc. 2º de la Constitución Política de la República⁷, en relación a los arts. 4 y 42 de la Ley N° 18.575. Explica el recurrente que la infracción a la *lex artis* que se ha esgrimido en el recurso surge de comparar el funcionamiento ideal del servicio, con el actuar efectivamente verificado por el ente demandado. Añade que, sin embargo, la sentencia recurrida predica que la inobservancia debió ser acreditada por la parte actora en términos de la culpa, en circunstancias que el reproche por falta de servicio no es subjetivo, sino que emerge de la comparación antes anotada. Señala que el estándar de eficiencia esperado fue entregado por el propio demandado, al aludir a publicaciones médicas que indican que la patología que afectó a la paciente no reviste mayor complejidad, dando cuenta de la serie de exámenes que era menester practicar.

Hace presente que se acreditó en autos que hubo demora en la hospitalización, falta de atención por especialista, exámenes realizados fuera del sistema y otros que no se realizaron o cuyo resultado no fue posible obtener, siendo de destacar que la endoscopia digestiva alta se realizó dos días antes del fallecimiento, todo lo cual da cuenta de una prestación defectuosa del servicio, por lo que debió estimarse como acreditada la culpa del ente de salud. Por otro lado, si bien se asevera que el demandado no cuenta con los medios ideales, no es posible justificar sobre ese supuesto la falta de diligencia del servicio demandado para agotar los medios idóneos en la prestación que requería el paciente. Agrega que el art. 3º de la Ley N° 18.575 establece el principio de eficiencia y eficacia con que ha debido efectuarse. Expone que en las condiciones anotadas no pudo concluir el fallo que se había dado cumplimiento a la obligación de medios que pesaba sobre el hospital demandado.

2º Denuncia a continuación la transgresión del art. 2314 del Código Civil en relación con el art. 2329 del mismo cuerpo legal, disposiciones que establecen la obligación de indemnizar a quien se cause daño, en la medida que exista relación de causalidad entre el hecho culpable y los perjuicios irrogados, requisitos todos que, en opinión del recurrente, resultaron acreditados en autos, estando representados los daños que se pide indemnizar por el innegable dolor de perder los actores a su madre a raíz de una enfermedad de baja mortalidad, que tiene tratamiento cuando el cuidado y control médico es realizado en forma eficiente y eficaz, lo que no aconteció.

⁷ Art. 38, inc. 2º de la Constitución Política de la República: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

3º Que la influencia de los señalados vicios resultó –en concepto de la recurrente-, sustancial en lo dispositivo del fallo, toda vez que, de haberse considerado en forma irrestricta por los sentenciadores la existencia de la falta de servicio alegada, es evidente que la demanda intentada debió ser acogida.

Se refiere luego la sentencia de la Corte Suprema a los fundamentos que llevaron a los jueces de primera y de segunda instancia a rechazar la demanda:

Se expresa en estas sentencias, en lo fundamental:

1º Que, para evaluar la falta de servicio alegada sólo cabe considerar, con arreglo a los términos de la demanda, el período de hospitalización comprendido entre el 20 de mayo y el 20 de junio de 2010. Efectúa luego el fallo de primera instancia una cronología del estado de la paciente, de las atenciones prestadas y decisiones adoptadas para satisfacer sus requerimientos de salud. En este contexto, razona la sentencia que el hospital demandado sólo cuenta con la posibilidad de efectuar colonoscopias desde el 16 de febrero de 2011, destacando que el examen de esta clase a que aluden las demandantes no fue concluyente para el diagnóstico de la enfermedad de Crohn, pues sólo consignó como resultado lesiones y observaciones gastroenterológicas que son coincidentes con aquellas entregadas desde un inicio por los profesionales del ente demandado, hipótesis diagnóstica que se mantuvo durante todo el período de hospitalización de la paciente.

2º Añade el fallo que se dispuso para la enferma el tratamiento medicamentoso en los términos que se consigna en las publicaciones médicas que la demandada cita en su contestación, entre ellas, el medicamento Azulfidine, misma que la Dra. Karen Robertson G., extra sistema, prescribiera mediante receta que corre a fs. 155 de autos. Consigna también la sentencia que el resultado de la biopsia tampoco alude a la enfermedad de Crohn, sino que refiere aspectos histológicos que condujo, según fluye de la ficha clínica, a poner en duda que se tratara de la mencionada enfermedad, lo que refleja la complejidad del cuadro clínico que presentaba la paciente, el que evolucionó con gran rapidez y culminó con su fallecimiento.

3º De lo anteriormente anotado, y particularmente de los datos que aporta la ficha clínica, se concluyó por los sentenciadores de segundo grado que el Hospital Regional de Rancagua puso a disposición de la paciente todos los medios técnicos y humanos de que disponía para pesquisar adecuadamente la enfermedad que padecía y proceder a tratarla, todo ello bajo la hipótesis de que la afectaba probablemente la enfermedad de Crohn, misma que, asociada a la complicación de megacolon tóxico presenta alto grado de mortalidad por shock séptico, tal como se concluyera en la auditoría clínica.

4º Se asevera que en tales condiciones no es posible calificar como deficiente el servicio prestado a la paciente por el ente demandado desde que cumplió con la obligación de medios que le era requerida, lo que se grafica con: a) el control del cuadro por médicos internistas; b) la práctica de los exámenes de control disponibles; c) se procuró que la familia de la enferma pudiera gestionar y financiar los exámenes que no eran posibles de realizar en ese servicio; d) derivación vía interconsulta interna al servicio de gastroenterología, de lo que surgieron las posteriores medidas a adoptar, entre ellas, la intervención quirúrgica frente a la sospecha de megacolon, intervención que, atendida la urgencia, no fue posible

de realizar con el previo consentimiento informado de la paciente, y además por no constar en la hoja de ingreso, el nombre de algún miembro de su familia.

5º Por tales razones y en el contexto descrito, los jueces concluyeron que no se acreditó la falta de servicio alegada como acto generador del daño, así como tampoco la relación de causalidad entre un hecho o acto del ente demandado y los perjuicios alegados. En concordancia con ello, el fallo de segundo grado dejó asentado que la parte actora no aportó los antecedentes técnicos indispensables y adecuados para corroborar la infracción a la denominada *Lex Artis* esgrimida, razones por las que la demanda fue desestimada.

Seguidamente, expresa el fallo de la Corte Suprema:

1º Que, en relación a la materia en discusión, cabe consignar que si bien los arts. 4 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado se refieren a la falta de servicio de los órganos del Estado en términos generales, la normativa que regula la materia objeto del litigio, en el orden sanitario, está contenido en la Ley Nº 19.966, particularmente en sus arts. 38 y 41. Después de reproducir su tenor, señala el fallo que una atenta lectura de los preceptos transcritos, y en especial del art. 38, permiten concluir que para que nazca la responsabilidad del Estado en materia sanitaria deben concurrir copulativamente los requisitos previstos en el mencionado texto, esto es: a) la existencia de falta de servicio por parte del respectivo Servicio de Salud; b) que se haya causado un daño; y c) que este daño sea imputable al mismo y causado por la deficiencia en el servicio previsto. Agrega que tal disposición –la última citada-, decisoria del pleito, no ha sido objeto del recurso por su errónea o indebida aplicación, lo que impide que este arbitrio de nulidad pueda prosperar. En efecto, aun en el evento que esta Corte concordara en el sentido de haberse producido los yerros que se acusan en relación a la normativa denunciada, tendría que declarar que los mismos no influyen en lo dispositivo de la sentencia, desde que la vulneración del marco normativo que establece la responsabilidad del Estado por los daños que se causen a los particulares en materia sanitaria por falta de servicio –especialmente el art. 38 de la Ley Nº 19.966- no ha sido denunciado como infraccionado, no obstante tratarse de preceptos legales de orden sustantivo destinados a decidir la cuestión litigiosa, motivo suficiente para que el recurso deba ser desestimado.

2º Que, sin perjuicio de lo anterior, preciso es también destacar que, tal como se adelantó, la sentencia, sobre la base de los hechos asentados, concluyó que el Hospital Regional de Rancagua puso a disposición de la paciente todos los medios técnicos y humanos de que disponía para pesquisar adecuadamente la enfermedad que aquella padecía, de tal forma que no se acreditó la falta de servicio alegada ni la vulneración de la *Lex Artis* como se reclamó en la demanda. Es del caso que aquellos hechos fundantes de la decisión resultan ser inamovibles para este tribunal de casación, cuya labor se limita sólo a verificar la legalidad de un fallo. Que esta materia ya ha sido objeto de numerosos pronunciamientos de esta Corte de Casación, la que ha venido sosteniendo de manera invariable que no es posible modificar los hechos que han fijado los jueces del fondo en uso de sus atribuciones legales, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras de la prueba, cuyo no es el caso de autos.

3º Que, en razón de todo lo expresado, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y debe ser desestimado.

El fallo fue acordado una vez desestimada la indicación previa de la Ministra Sra. Egnem, quien estuvo por casar de oficio la sentencia recurrida, en tanto ella adolece de falta de las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento, teniendo para ello presente:

1º Que esta Corte Suprema ha acentuado la importancia de cumplir con lo dispuesto en el art. 170 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto la sentencia debe contener las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.

2º La exigencia de motivar o fundamentar las sentencias no sólo dice relación con un asunto exclusivamente procesal referido a la posibilidad de recurrir, sino que también se enmarca en la necesidad de someter al examen que puede hacer cualquier ciudadano de lo manifestado por el juez, haciendo posible asimismo el convencimiento de las partes del pleito, evitando la impresión de arbitrariedad al tomar éstas conocimiento del porqué de una decisión judicial.

3º En este orden de ideas, esta Corte ha señalado que es nula por no cumplir con el precepto del N° 4 del art. 170 citado, la sentencia que deduce una conclusión referente a la materia debatida sin explicar las razones que justifican la decisión adoptada.

4º Que, asentado lo anterior, del análisis de la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segundo grado, aparece que, si bien se realiza una detallada cronología de los hechos, explicando la evolución de la paciente en cada uno de los controles que se le practicaron, no se consigna cuáles fueron las consideraciones que se tuvieron en vista para decidir que no correspondía considerar lo ocurrido antes del día 20 de mayo de 2010, fecha en que la paciente fue hospitalizada. En efecto, en la misma ficha médica aparece que, el día indicado, la paciente venía con un cuadro de compromiso progresivo de su estado general que se extendía por 15 días. En este sentido, si bien dicho cuadro y la demora en la hospitalización de la paciente no pueden imputarse a hecho alguno de la demandada, sí se trata de información que debió ser tomada en cuenta cuando se decide dejarla internada, toda vez que el tiempo de evolución que llevaba su condición, exigía una observación especialmente diligente.

5º Que, por otra parte, de los mismos hechos asentados en la causa aparece que el examen de colonoscopia practicado de manera particular daba cuenta de una hipótesis diagnóstica de Enfermedad de Crohn, sin que la sentencia que se revisa señale en qué se funda la afirmación en orden a que ese diagnóstico no era concluyente ni cuáles fueron las razones que justificarían que el hospital demandado siguiera dudando de él por el término de casi un mes, viéndose éste confirmado solamente cuando la paciente se agrava para finalmente fallecer por una complicación asociada a dicha patología de base.

6º Que de lo expuesto, fluye que el fallo no cumple con el estándar de fundamentación que resulta exigible en la extensión de las sentencias. En efecto, si bien un razonamiento puede ser escueto, el vertido en estos autos por sí solo es insuficiente para advertir los motivos que tuvieron en consideración los jueces del tribunal de alzada para entender que no existió falta de servicio de parte de la demandada en la demora en el diagnóstico y en la falta de consideración y análisis, para este fin, de las conclusiones asentadas en el examen particular ya aludido.

7º Que, en estas condiciones, la sentencia recurrida no aparece pronunciada en forma legal, incurriendo en la causal de casación formal del art. 768 Nº 5 del Código de Procedimiento Civil en relación con el art. 170 Nº 4 del mismo cuerpo de leyes, toda vez que no contiene consideraciones que permitan sustentar la decisión de rechazar la demanda, correspondiendo en concepto de quien formula la indicación previa, su anulación de oficio.

Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Manuel Valderrama R. y los Abogados Integrantes Sres. Álvaro Quintanilla P. y Arturo Prado P. Redacción a cargo de Ministra Sra. Egnem.

3.- Responsabilidad contractual por infracción de contrato de prestaciones médicas. Plazo de la acción para reclamar indemnización de perjuicios comienza a correr desde que se manifiesta el daño. Pero si demandante no invoca en su recurso de casación en el fondo normas reguladoras de la prueba que inciden en los hechos de la causa y normas sustantivas del estatuto contractual que supuestamente habría infringido el fallo impugnado, no puede acogerse arbitrio de nulidad. Sentencia de la Corte Suprema de 30 de junio de 2016, autos Rol Nº 35.515-2015.

En los autos Rol Nº 18.905-2011 del 3º Juzgado Civil de Santiago, juicio ordinario caratulado “P. B., Boris con C. S., Omar”, por sentencia de 13 de mayo de 2015, se acogió la excepción de prescripción deducida por el demandado y en consecuencia, se rechazó la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual.

Apelado el fallo, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de 20 de octubre de 2015, confirmó la sentencia apelada.

En contra de ésta última, la parte demandante interpuso recurso de casación en el fondo, por el cual denuncia la transgresión de lo preceptuado en el art. 45 de la Ley Nº 19.966⁸ en relación con el art. 22 del Decreto Nº 47 del año 2005, sobre Reglamento de Mediación por Reclamos en contra de Prestadores Institucionales Públicos de Salud o sus

⁸ Art. 45 de la Ley Nº 19.966: “El plazo total para el procedimiento de mediación será de sesenta días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado; previo acuerdo de las partes, este plazo podrá ser prorrogado hasta enterar ciento veinte días, como máximo. / Si dentro del plazo original o prorrogado no hubiera acuerdo, se entenderá fracasado el procedimiento y se levantará un acta, que deberá ser firmada por ambas partes. En caso que alguna no quiera o no pueda firmar, dejará constancia de ello el mediador, quien actuará como ministro de fe. / Durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiera lugar”.

Funcionarios y Prestadores Privados de Salud⁹, en concordancia con los arts. 2492, 2514, 2515 y 2516 del Código Civil.

Expone que el fallo impugnado parte de una serie de premisas erróneas, pues ignora que el procedimiento de mediación se inicia con la presentación de la reclamación, según se desprende en forma inequívoca del art. 22 del Decreto N° 47. Añade que no obstante el tenor de esta disposición, el tribunal funda su decisión en el art. 45 de la Ley N° 19.966, efectuando un análisis incompleto del mismo.

Reclama que de la simple lectura del art. 45 citado, queda claro que el plazo de mediación de 60 días puede ser prorrogado por las partes hasta por un máximo de 120 días. Por ende, argumenta que establecida la posibilidad de ampliar el término de la mediación en la forma indicada, el plazo de prescripción debe entenderse suspendido por igual número de días.

En la especie, el plazo de prescripción se suspendió una vez iniciado el procedimiento obligatorio de mediación, y luego de concluido este, comenzó a correr de nuevo, de manera que la notificación de la demanda se hizo dentro de plazo.

Señala el fallo de la Corte Suprema que para una acertada resolución del recurso, resulta conveniente dejar constancia de los siguientes antecedentes del proceso:

1º El abogado Boris Paredes Bustos, en representación de Adriana B. G., interpuso demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual en contra de Omar C. S., pidiendo que se condene al demandado al pago de una indemnización de perjuicios por daño material y moral ascendente en total a la suma de \$340.000.000.-

Señala que en diciembre de 2005 fue atendida su representada por el demandado, quien le indicó una cirugía a la mandíbula a fin de corregir una fractura que presentaba. Dicha intervención se efectuó ese mismo mes y año, consistente en una reducción y fijación de un implante de titanio, la que no dio los resultados esperados ya que los tornillos no se lograron fijar.

El 29 de mayo de 2006 se realizó una nueva cirugía, en la cual se le injertó hueso extraído del peroné. Tras dicha intervención fue dada de alta por el demandado, cuando aún mantenía molestias y la evolución no fue satisfactoria, toda vez que su boca permaneció infectada, sin que se le diera la debida importancia.

Añade que luego de numerosas hospitalizaciones producto de las complicaciones que presentó, en febrero de 2007 ingresó al Hospital Clínico de la Universidad de Chile, oportunidad en la que fue atendida por otro profesional, quien de urgencia le retiró todo el injerto mandibular que el demandado había realizado, el que se encontraba totalmente

⁹ Art. 22 del Decreto Supremo N° 47 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 23 de junio de 2005: "Presentación del reclamo. La mediación se iniciará por presentación de un reclamo por el interesado o su representante, el que deberá contener, a lo menos, las siguientes indicaciones:

- a) Nombre completo, cédula de identidad, edad, profesión u oficio y domicilio;
- b) Nombre completo, cédula de identidad, edad, profesión u oficio y domicilio del representante, si fuere legalmente necesaria su actuación;
- c) Motivo del reclamo, individualizando al prestador; y
- d) Peticiones concretas en contra del prestador reclamado, si fuere posible.

El reclamante podrá acompañar a su reclamo todos los antecedentes que estime convenientes".

contaminado (procedimientos efectuados el 28 de febrero, el 14 de marzo y en mayo de 2007). Como consecuencia de la última intervención, si bien la infección cesó, perdió su hueso mandibular, debido a la negligencia cometida a partir de la segunda intervención de fecha 29 de mayo de 2006, quedando en deplorables condiciones físicas y psíquicas.

2º Que el demandado opuso la excepción de prescripción, argumentando que los supuestos incumplimientos contractuales reclamados por la parte demandante habrían acontecido en el mes de septiembre de 2005 y mayo de 2006, por lo que habiéndose notificado la demanda el 11 de agosto de 2011, transcurrió el plazo de 5 años previsto en el art. 2515 del Código Civil.

En cuanto al fondo, al contestar la demanda solicitó el rechazo de la misma manifestando que si bien no pueden desconocerse los daños alegados, ellos se vieron potenciados por las condiciones óseas previas que presentaba la paciente, su deficiente estado nutricional y su propia desidia en adherir a las terapias indicadas, sin que pueda imputarse infracción alguna a la *lex artis*.

Expresa seguidamente la sentencia de la Corte Suprema que el fallo objeto del recurso, que reprodujo y confirmó el de primer grado resolviendo acoger la excepción de prescripción, establece que el art. 45 de la Ley Nº 19.966 dispone que “el procedimiento de mediación tiene una duración máxima de 60 días, que se cuenta desde el tercer día a la siguiente citación al reclamado; como, asimismo, que la prescripción de la acción civil respectiva se suspende durante el tiempo que dure la mediación”. Añade que, “de este modo, si la demanda fue notificada el 11 de agosto de 2011, se requería, entonces, una suspensión de 74 días para impedir la consumación de tal prescripción. Más como el tiempo máximo de duración de la mediación es de 60 días, tal es también el tiempo máximo de suspensión que cabe computar”. Y concluye indicando que “el plazo de prescripción se completó antes de que la demanda fuera notificada”.

Agrega el fallo de la Corte Suprema que el art. 2514 del Código Civil dispone que “la prescripción se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible”. En este sentido, tratándose de un contrato de prestación de servicios médicos, la doctrina y jurisprudencia han entendido que el plazo de prescripción debe computarse desde que el daño se manifiesta y puede ser conocido por el responsable, ya que desde ese instante surge el delito civil y el derecho a reparación (Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, p. 922 y siguientes).¹⁰

¹⁰ Llama la atención este argumento del fallo de la Corte Suprema, pues la demanda de autos se había planteado en la esfera de la responsabilidad contractual, mientras que la conclusión acerca de computar el plazo de prescripción desde que el daño se manifiesta, se ha planteado para acciones que se fundan en la responsabilidad extracontractual. La misma cita, a la obra sobre dicha materia del profesor Enrique Barros, evidencia nuestra observación. El enfoque de la demandada, consistió en subrayar que, en estricto rigor, la infracción contractual a la obligación de hacer del médico –de haber existido, lo que niega- se produjo tanto en la primera como en la segunda intervención, en septiembre de 2005 y en mayo de 2006, debiendo computarse el plazo a partir de la segunda data. Podría agregarse, además, que si la parte demandante hubiere fundado su acción en la responsabilidad extracontractual –supuesto que aceptáramos la teoría de la opción de responsabilidades-, lo que no hizo, podría aplicarse a cabalidad el expresado razonamiento de la

Se ha entendido también que si la víctima, por circunstancias que no sean atribuibles a su descuido, no ha estado en condiciones de conocer el daño o a su autor y, por consiguiente, no ha podido ejercer la acción, no hay razón para entender que el plazo de prescripción haya comenzado a correr en su contra.

En la especie, la actora reseña haberse sometido a dos cirugías, según se refirió, y si bien reclama que en la segunda, de mayo de 2006, el demandado actuó con negligencia, sólo el 28 de febrero y el 14 de marzo de 2007, fechas en que se retiró el injerto, material y fresado mandibular, y en mayo del mismo año, en que la paciente fue sometida a una secuestrectomía ósea, cesó a contar de esa fecha la infección que la afectaba. Sólo entonces el daño se manifestó y pudo ser conocido por la víctima y el actor, ya que es a partir de ese momento en que pierde su hueso mandibular, situación que la dejó en deplorables condiciones físicas y psíquicas.

Tras aludir el fallo al tenor del art. 45 de la Ley Nº 19.966, consigna que, de este modo, si el daño se materializó recién en mayo de 2007, oportunidad en la que se extrae a la actora el injerto y material contaminado, situación que provoca la pérdida de su hueso mandibular, independientemente de si ello tuvo su origen o no en un actuar negligente del demandado, el plazo de prescripción debe computarse desde esa fecha y no desde la realización de la segunda cirugía ocurrida el 29 de mayo de 2006. En consecuencia, entre mayo de 2007 y la fecha en que el demandado fue notificado, esto es, el 11 de agosto de 2011, no ha transcurrido el plazo de prescripción del art. 2514 del Código Civil, razón por la que la excepción de prescripción debió haber sido rechazada por los jueces del fondo.

Que, no obstante lo expuesto, en el caso sub lite son hechos establecidos por los jueces del fondo los siguientes:

1º Que el 20 de septiembre de 2005 la demandante se sometió a una intervención quirúrgica a cargo del demandado y realizada en el Hospital Clínico de la Universidad de Chile, destinada a corregir una fractura mandibular mediante su reducción y la fijación de un implante de titanio.

2º Que el 29 de mayo de 2006, la actora se sometió a una segunda cirugía, realizada en el Instituto Nacional del Cáncer, mediante la cual se le injertó hueso extraído del peroné, operación que estuvo a cargo del médico Arturo Madrid y su equipo, tomando lugar en ella el demandado sólo como ayudante.

3º Que no se logró establecer que la causa de la segunda operación fuera la falta de fijación de los tornillos implantados en la primera intervención, sino que ella tenía por objeto una rehabilitación oral.

Prosigue el razonamiento de la Corte señalando:

Corte Suprema. Pero no es menos cierto que dicho razonamiento de la Corte resulta lógico, tanto para el ámbito extracontractual como para el contractual. En efecto, en ambos, uno de los presupuestos de la responsabilidad es la ocurrencia de daño. Y si éste aún no se manifiesta, no han terminado de configurarse todos los requisitos que originan dicha responsabilidad. Ello explicaría que el argumento pueda sostenerse en ambos campos.

1º Que del análisis del recurso intentado en autos se advierte que éste se construye sobre hechos que no están establecidos en el proceso, lo que esta Corte no puede asentar atendida la naturaleza de este medio de impugnación, al no haberse denunciado infracción alguna de las leyes reguladoras de la prueba. Resulta pertinente recordar que sólo los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar los hechos de la causa, los que resultan inamovibles para la Corte Suprema, conforme a lo previsto en el art. 785 del Código de Procedimiento Civil, al no haberse denunciado contravención a las leyes reguladoras de la prueba.

2º Que, conforme ya se adelantara, la parte demandante fundó su acción en el estatuto de la responsabilidad civil contenida en los arts. 1545 y siguientes del Código Civil (responsabilidad contractual), de manera que si bien el fallo de primer grado incurrió en un error al sostener que la acción se encontraba prescrita, el recurrente no invocó en el recurso norma alguna que revista el carácter de decisorio Litis en términos que permita acoger la acción deducida. En efecto, el libelo de nulidad esgrime como exclusivamente vulneradas las normas relativas al procedimiento previo de mediación y a la prescripción, olvidando el impugnante que el debate se ha centrado en dilucidar la procedencia de la acción indemnizatoria de perjuicios en materia de responsabilidad contractual. Cabe recordarse que la única posibilidad de éxito del recurso se anida en la transgresión de las leyes atinentes a la cuestión planteada, que por ello revisten el rango de decisorias de la Litis. Al no criticarse la circunstancia de haberse aplicado inadecuada o defectuosamente el estatuto de la responsabilidad civil ya citado, el recurrente implícitamente reconoce y acepta su adecuada y correcta aplicación en el fallo. Que dado el carácter extraordinario de la impugnación pendiente, su interposición se encuentra sujeta a formalidades, entre las cuales destaca la necesidad de expresar en el libelo que la conduce en qué consiste él o los errores de derecho de que adolecería la sentencia recurrida y señalar de qué modo influyeron substancialmente en lo decidido. Al no cumplir con esta exigencia el recurso en estudio, esta Corte no puede alterar lo que viene razonado con un basamento jurídico de ostensible relevancia para dirimir la contienda.

3º Que si bien los jueces incurrieron en un error de derecho al estimar que la acción se encontraba prescrita, de acogerse el recurso en estudio esta Corte se vería en la necesidad de revisar la correcta aplicación de las normas de fondo, específicamente, los arts. 1545 y siguientes del Código Civil. No habiéndose denunciado como infringidas las disposiciones antes citadas, este tribunal de casación se ve impedido de revisar la correcta aplicación de las mismas.

4º Que, de este modo, no queda entonces sino desestimar el intento de invalidación formulado por la demandante, puesto que el error denunciado carece de influencia en lo decisivo del fallo, toda vez que de acogerse el arbitrio en estudio esta Corte se vería impedida de analizar el estatuto de la responsabilidad civil, pues las disposiciones que la regulan no fueron denunciadas como vulneradas, como también de modificar los hechos que fueron asentados por los jueces de la instancia, circunstancias que impedirían acoger la demanda.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Héctor Carreño S., Guillermo Silva G., Sra. Rosa Maggi D., Sr. Juan Eduardo Fuentes B. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Redacción a cargo del último.

4.- Desafiliación hecha por Isapre ocasionó daño moral que debe ser indemnizado al afectado que debió hospitalizarse de urgencia y quedó sin cobertura de prestaciones médicas recibidas por ese hecho. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 24 de julio de 2009, autos Rol N° 119-2008.

Invocando las normas que configuran el estatuto de la responsabilidad contractual, la actora demandó a “Isapre Banmédica S.A.” para obtener indemnización de perjuicios, por haber incumplido la demandada, en su concepto, el contrato de salud que celebró el día 13 de marzo de 1998. Señala que sin previa notificación y adoptando una decisión unilateral, la citada institución, con fecha 21 de agosto de 2001, la desafilió y, por consecuencia, le negó los beneficios a que contractualmente tiene derecho. En concreto, le imputa que no le brindó cobertura a las prestaciones que recibió por hospitalización de urgencia en la Clínica Dávila. Agrega que quedó sin protección y expuesta a que se le cobrara el cheque en garantía que debió extender cuando ingresó al mencionado establecimiento, el que le fue cobrado y originó su privación de libertad por el lapso de 4 días, a partir del 16 de enero de 2004. Consigna que tuvo que iniciar reclamo ante la Superintendencia de Salud, la que en definitiva lo acogió, ordenando restablecer su afiliación y pagar las bonificaciones a que tenía derecho, incumplimientos todos que le provocaron daño moral.

Por fallo de primer grado de 14 de mayo de 2007 se acogió la demanda, condenándose a la Isapre demandada al pago de la suma de \$20.000.000.- por concepto de indemnización por daño moral.

La parte demanda dedujo recurso de apelación en contra de esta sentencia de primera instancia. En su fallo, expresa la Corte:

1º Que esta Corte comparte las apreciaciones que se contienen en la sentencia que se revisa, en orden a la procedencia de reclamar resarcimiento del daño moral en sede contractual frente a incumplimientos graves que originen aflicciones o dolores físicos o psíquicos a quien los experimente.

2º Que, en el presente caso, parece claro que la actora vio menoscabada su imagen y reputación frente a Clínica Dávila, respecto de quien no pudo cubrir, en tiempo y forma, el cheque que extendió en garantía del pago de prestaciones que en dicho establecimiento recibió, por no haber percibido las bonificaciones a que tenía derecho, como así también, las molestias y desazón que hubo de experimentar a consecuencia de una decisión unilateral e infundada, que implicó a su respecto quedar desafiliada del sistema privado de salud y obligada a reclamar de la Superintendencia de Salud el restablecimiento del orden contractual quebrantado, padecimientos todos que, debidamente acreditados con las probanzas rendidas en autos, entre otras, con las declaraciones de dos testigos, demuestran los sufrimientos que aquella padeció.

3º Que no obstante lo señalado, esta Corte no advierte nexo causal entre la privación de libertad de la actora y el incumplimiento en que incurrió la Isapre al desafiliarla, que es uno de los efectos que se atribuyen a la infracción contractual acreditada en esta Litis.

4º Que, en efecto, la institución de salud previsional sólo debía bonificar, en los porcentajes pactados, el valor de las prestaciones que aquella recibió en la Clínica Dávila, y no está probado que el monto de estas correspondiera al total del valor por el cual el citado establecimiento llenó el cheque que aquella dejó en garantía, le fue cobrado y motivó su privación de libertad. De ese modo, no puede afirmarse que al negar la bonificación la Isapre hubiere sido la única causante de tan grave efecto.

5º Que es cierto, lo que se acredita con la copia de la notificación del protesto del cheque que rola a fojas 1, que esa gestión se inició antes de que la Isapre pagara la bonificación de las prestaciones a que la actora tenía derecho, lo que sólo hizo luego que la Superintendencia lo ordenara, pero cuando aquella percibió dichos montos, el año 2002, al parecer no los abonó a la cuenta pendiente que mantenía con Clínica Dávila, la cual, naturalmente, prosiguió con sus acciones de cobro que derivaron en su privación de libertad, que sólo se produjo en enero de 2004.

6º Que, en tal contingencia, no puede tenerse por establecido que el incumplimiento contractual de la demandada haya generado ese efecto, de modo que al momento de cuantificar la indemnización por concepto de daño moral no procede considerarlo.

7º Que, sin embargo, esta Corte sí estima debidamente acreditados los padecimientos que la actora debió experimentar a consecuencia de su desafiliación del sistema privado de salud y que la sentencia en alzada describe, y sobre los cuales declararon latamente los testigos de autos, derivados todos ellos, de la circunstancia de haber quedado desamparada por su Isapre, sin acceso a las bonificaciones a que tenía derecho, lo cual, naturalmente, como a cualquier persona, causa aflicción, dolor, sensación de inseguridad, motivos suficientes para confirmar la sentencia apelada con la declaración que en lo resolutivo se formulará.

8º Por estas consideraciones, se confirma la sentencia en alzada, con declaración que la indemnización de perjuicios por concepto de daño moral a que queda condenada la demandada, se reduce a la suma de \$10.000.000.-

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por Ministro Sr. Raúl Héctor Rocha Pérez, Ministra Sra. Jessica González Troncoso y Abogado Integrante Sr. Emilio Pfeffer Urquiaga. Redacción a cargo del último.

5.- Actos de hostigamiento de una Isapre hacia afiliada, tendientes a obtener un aumento del costo del plan, hace procedente indemnización por daño moral en favor de aquélla. Responsabilidad de la Isapre tiene carácter contractual, de manera que no resulta procedente que además deba indemnizarse a los hijos de la afiliada. Si demandante había invocado estatuto contractual, aunque fuere en subsidio del estatuto extracontractual, no puede fundar su recurso de casación en el fondo en la circunstancia de haber aplicado el primero y no el segundo. Sentencia de la Corte Suprema de 9 de marzo de 2016, autos Rol N° 9.555-2015.

En los autos Rol Nº 23.203-2012, seguidos ante el 12º Juzgado Civil de Santiago, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, caratulados “P. P., Carolina y otros con Isapre Cruz Blanca S.A.”, se demandó el pago de 8.000 Unidades de Fomento para doña Carolina P. P., y de 4.000 Unidades de Fomento para cada uno de sus cuatro hijos, ambos guarismos por concepto de daño moral, y la cantidad de 62,208 Unidades de Fomento por concepto de daño emergente, por lo pagado en exceso a la demandada, desde el año 2003.

Por sentencia de primera instancia de 8 de septiembre de 2014, se acogió la demanda principal de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, sólo en cuanto se condena a la demandada al pago de las siguientes prestaciones: a) \$10.000.000.- a distribuir entre cuatro demandantes, hijos de la demandante Carolina P. P. y \$10.000.000.- para ésta última, a título de daño moral; y, b) Al pago de la suma única de \$1.409.081.-, a título de daño emergente, con reajustes, según variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, entre la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada y la fecha de su pago efectivo, con costas. Atendido el mérito de lo resuelto, se omite pronunciamiento acerca de la demanda subsidiaria por responsabilidad contractual.

Se alzó la demandada y la parte demandante dedujo recursos de casación en la forma y de apelación, y una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de 16 de junio de 2015, rechazó la nulidad impetrada y revocó el fallo apelado en cuanto acogía la demanda principal por responsabilidad extracontractual y en su lugar se resuelve acoger la subsidiaria por responsabilidad contractual y se condena a la Isapre al pago de la suma de \$15.000.000.- por daño moral a favor de la actora, señora Carolina P. P., sin costas, confirmándose en lo demás.¹¹

En contra de este fallo, la parte demandante dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo. Desestimado el primero, nos abocaremos al segundo. Fundamenta el recurrente su recurso de nulidad sustantiva en los siguientes términos:

1º Denuncia en un primer capítulo la infracción de los arts. 2314 y 2329 del Código Civil y 197, 198 y 201 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 del año 2005, del Ministerio de Salud¹².

Respecto de la vulneración de las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, argumenta que yerran los sentenciadores al no haberlas aplicado a la

¹¹ Con esta decisión, la Corte de Apelaciones excluyó indemnizar a los cuatro hijos de la mencionada demandante, pues ellos no celebraron el contrato infringido.

¹² El DFL Nº 1 de 23 de septiembre de 2005 y publicado en el Diario Oficial el 24 de abril de 2006, “FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY Nº 2.763, DE 1979 Y DE LAS LEYES Nº 18.933 Y Nº 18.469”. El art. 197, en su parte inicial, dispone que “Los contratos de salud a que hace referencia el artículo 189 de esta Ley, deberán ser pactados por tiempo indefinido, y no podrán dejarse sin efecto durante su vigencia, sino por incumplimiento de las obligaciones contractuales o por mutuo acuerdo”. El art. 198 se refiere a La libertad de las Instituciones de Salud Previsional para cambiar los precios base de los planes de salud en los términos del inciso tercero del artículo 197 de esta Ley, la que se sujetará a las reglas señaladas en el art. 198. El art. 201, a su vez, dispone que La Institución sólo podrá poner término al contrato de salud cuando el cotizante incurra en alguno de los incumplimientos contractuales que consigna esta norma.

resolución de la Litis, en circunstancias que la demandada, como prestador profesional de salud, tiene un deber general de conducta frente al cotizante y beneficiarios, como parte preponderante de la contratación privada de salud, consistente en conducirse con irrestricto apego a los principios de la buena fe y que por ello debe responder de los eventuales perjuicios que estas conductas pueden haber provocado, bajo dicho estatuto y no del de la responsabilidad contractual como lo hacen.

En efecto, sostiene que el actuar de la Isapre es constitutivo de infracción a normas de rango constitucional como el art. 19 N° 2, incisos 1, 2, 4 y 5, de la Constitución Política, pues ha obstaculizado el derecho a la protección de la salud, el acceso libre e igualitario y el derecho a elegir el sistema de salud de su parte, ejerciéndose una discriminación completamente arbitraria, al ser perseguidos injustamente los demandantes.

En cuanto a la vulneración de los arts. 197, incisos 1º y 2º, 198 y 201 del citado DFL, indica que los jueces del fondo tuvieron por acreditado que la demandada desafilió ilegalmente a su parte, que ejerció presiones en distintas instancias a fin de expulsarla y dejarla sin un plan de salud y que las modificaciones de plan no se ajustaron a lo ordenado por la ley, todo lo cual da cuenta que la fuente de atribución de responsabilidad a raíz de los hechos demandados y que se tuvieron por establecidos, no deriva del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de las obligaciones que dicha relación contractual imponía a las partes, sino que de conductas contrarias a la ley y a principios que informan la conducta de los individuos en sociedad y que pueden ser tipificados como ilícitos civiles, desplegados por la demandada en perjuicio de los actores, lo que determina que la sede en que debe ventilarse el conflicto es la extracontractual.

Señala que la errónea aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual ha determinado que el fallo otorgue una cantidad insignificante y sustancialmente menor a la solicitada a título de indemnización y únicamente a uno de los demandantes.

2º En el segundo capítulo, se denuncia la conculcación de los arts. 1698, 1702 y 1706 del Código Civil y 341 y 346 del Código de Procedimiento Civil, al no otorgarle valor legal a la prueba documental rendida, conforme a la cual, se acreditó que ha pagado reajustes mensuales improcedentes, ya que el plan se paga anticipadamente, a su entrada en vigencia (la demandante pagaba en una sola cuota anual, en forma anticipada), por lo que debió acogerse su pretensión de restituir dichas sumas y ordenar a la demandada cesar en este tipo de conductas y hostigamientos.

Que para un mejor entendimiento del asunto que se plantea y resolución del recurso de casación en el fondo impetrado, es necesario tener presente los siguientes antecedentes:

1º El 17 de octubre de 2012, Carolina P. P., por sí y en representación de sus cuatro hijos menores, deducen demanda principal de indemnización de perjuicios bajo el estatuto de la responsabilidad extracontractual, en contra de Isapre Cruz Blanca, fundados en que la demandada habría incurrido en una serie de actos constitutivos de abuso de derecho y hostigamiento continuado hacia ellos. Asimismo, y basados en los mismos hechos, deducen, en forma subsidiaria, acción de responsabilidad contractual por incumplimiento de la Isapre demandada, del contrato de salud familiar que liga a las partes. En ambas acciones se pretende la condena a la demandada a las sumas que se indican o a las que el tribunal

determine por daño moral y por daño emergente, este último constituido por lo pagado en exceso por precio del plan de salud desde el año 2003 en adelante, y devolución de reajustes cobrados ilegalmente por el mismo concepto.

2º La demandada solicitó el rechazo de la demanda, alegando que el estatuto jurídico aplicable correspondería al de la responsabilidad contractual y no a la extracontractual. Además, sostuvo que su actuar se ajustó a la normativa legal vigente, ejerciendo los derechos que contempla. Asimismo, negó los hechos de hostigamiento y persecución que se le imputan, agregando que se ha limitado a ejercer el derecho y deber de revisar el precio del plan de la actora, aplicando las tasas y factores correspondientes, todo dentro del marco que establece la ley.

3º Por sentencia de primera instancia, se acogió la demanda, en los términos ya reseñados.

4º Apelado dicho fallo, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, lo revocó, en cuanto el primero hacía lugar a la demanda por responsabilidad extracontractual y, en su lugar, resuelve acoger la demanda subsidiaria por responsabilidad contractual en los términos referidos.

5º la decisión del fallo impugnado se sustenta en que la existencia de la relación jurídica de origen contractual habida entre las partes, dada por la existencia de un contrato de salud que mantiene la actora Carolina P. P. con la demandada y de la que son beneficiarios ella y sus cuatro hijos y que los hechos en que se sustenta la demanda y que resultaron acreditados constituyen un incumplimiento a las obligaciones derivadas de dicho vínculo contractual, esto es, al contrato de salud suscrito con dicha demandante.

La Corte Suprema, en su sentencia, expresa a continuación:

1º Que abordando el primer capítulo de yerros denunciados, cabe señalar que la recurrente cuestiona el fallo impugnado por haber rechazado la demanda indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y acogido, en cambio, la subsidiaria por responsabilidad contractual.

Al respecto, resulta útil tener en consideración el principio encarnado en la frase latina "*venire contra factum proprium non valet*", que se ha traducido en la "teoría del acto propio", vinculada con toda claridad a uno de los puntales de nuestro sistema jurídico: el principio de la buena fe, llamado a imperar en todo orden de marras, incluso en el ámbito procesal.

Conforme a dicho principio, "Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos y no puede, por tanto, ejercer una conducta incompatible con la asumida anteriormente" (Alejandro Borda, "La Teoría de los Actos Propios. Un análisis desde la doctrina argentina", en *Cuadernos de extensión Jurídica* Nº 18, Universidad de Los Andes, pp. 35 y 36).

En este sentido, esta Corte ha señalado que a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica (sentencias recaídas en los roles números 4.689-05, 2.349-05, 127-05, 3.437-04, entre otras). Así, se impide jurídicamente que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto, pues de acuerdo a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, con perjuicio de un tercero.

En otras palabras, el efecto que produce la teoría en mención es, fundamentalmente, que una persona no puede sostener con posterioridad, por motivos de propia conveniencia, una posición jurídica distinta a la que tuvo durante el otorgamiento y ejecución del acto, por haber cambiado las circunstancias y, en definitiva, si lo hace, habrán de primar las consecuencias jurídicas de la primera conducta, debiendo rechazarse la pretensión que se invoca, apoyada en una nueva tesis o idea, por envolver un cambio de conducta que no se acepta.

2º Que así las cosas, las alegaciones planteadas por la recurrente bajo el acápite que se analiza resultan improcedentes, ya que contrarían lo que ha sido su propio actuar procesal, desde que la misma planteó, aunque sea en forma subsidiaria, una acción de perjuicios sustentada en la responsabilidad contractual que la imputa a la demandada, aceptando con ello la procedencia de la aplicación al caso de dicha regulación normativa por el tribunal, lo que le resta toda legitimidad para contrariar la decisión de los jueces de alzada.

3º por otro lado, tampoco encuentra asidero la postura de la recurrente en cuanto sostiene que la errónea determinación de aplicar las normas sobre responsabilidad contractual, habría determinado la rebaja en el rubro indemnizatorio concedido, ya que de haber regido las del estatuto extracontractual, el monto habría sido mayor y abarcaría también a los otros actores, pues ello no es efectivo.

En efecto, el fallo impugnado elevó la cuantía establecida por el de primer grado para el daño moral que le concede a la demandante P. P., lo que desvirtúa el planteamiento de la recurrente en este sentido. En cuanto a los demás actores, lo cierto es que la determinación del fallo impugnado de no concederles este tipo de reparación, aun en el evento de estimarse procedente la aplicación del estatuto de la responsabilidad extracontractual a su respecto, no resulta posible acceder a dicha pretensión indemnizatoria, desde que la prueba rendida en autos, especialmente testimonial, no da cuenta de un daño que derive del hecho imputado a la demandada, no configurándose en la especie la relación de causalidad necesaria que exige la ley para disponer su indemnización, puesto que el dolor o aflicción por ellos sufrido, deriva de otras circunstancias tan dolorosas y personales que han afectado a la familia, pero que no son atribuibles al actuar censurado de la isapre demandada.

4º Que respecto del segundo capítulo de yerros denunciados, lo cierto es que la recurrente se limita a denunciar la infracción de las normas reguladoras de la prueba, alegando que los sentenciadores no habrían considerado la prueba documental para tener por establecida la existencia de cobros indebidos de reajustes del plan de salud, sin desarrollar mayormente este denuncia, ni indicar las probanzas materia de la falta. Por otro lado, tampoco invoca la vulneración de las normas sustantivas pertinentes a la resolución de la controversia que se pretende en este aspecto, lo que hace inviable su pretensión indemnizatoria.

5º Que conforme a lo razonado, el recurso de casación en el fondo será desestimado.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Patricio Valdés A., Sra. Rosa Maggi D., Sr. Juan Fuentes B. y Abogados Integrantes Sres. Álvaro Quintanilla P. y Rafael Gómez B. Redacción a cargo de Sr. Quintanilla.

6.- Negativa de Isapre a pagar los gastos médicos del afiliado por una supuesta enfermedad preexistente no declarada, en circunstancias que ella fue diagnosticada con posterioridad a la celebración del contrato entre las partes, origina obligación de indemnizar daño moral causado al primero. Sentencia de la Corte Suprema de 4 de agosto de 2014, autos Rol N° 9.027-2013.

En los autos seguidos ante el 2º Juzgado Civil de Temuco bajo el Rol N° 4.857-2011, procedimiento ordinario de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios caratulados “González Pacheco, Olga con Isapre Cruz Blanca S.A.”, la juez titular del referido tribunal, mediante sentencia de 17 de diciembre de 2012, acogió parcialmente la demanda deducida, ordenando a la demandada el pago de \$8.000.000.- por concepto de indemnización del daño moral sufrido por la actora (ésta había demandado por un total de \$30.500.000.-, de los cuales \$2.500.000.- correspondían a daño emergente y \$28.000.000.- pretendía por concepto de daño moral).

Apelada dicha decisión por la parte demandada, una Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, por fallo de 5 de septiembre de 2013, la confirmó.

En contra de este último pronunciamiento, la demandada interpone recursos de casación en la forma y en el fondo. Habiéndose desestimado el primero, funda el segundo en los siguientes términos:

1º Se sostiene el libelo de nulidad sustancial en la infracción que, en concepto de la recurrente, los sentenciadores han cometido respecto de las normas que explica en la impugnación. En el primer capítulo, expone la conculcación del art. 1489 del Código Civil, en relación al 171 inc. 1º, 173 inc. 1º y 184 inc. 1º del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, arts. 1437, 1489 y 1698 inc. 1º del Código sustantivo. En el segundo capítulo, da cuenta de la vulneración de los arts. 1556 en relación con el 1558 y 1698, también del Código Civil.

2º Desarrolla el primer acápite afirmando que de las normas sustantivas que menciona queda establecida la naturaleza contractual del vínculo que une a la demandante con la demandada, por el cual la recurrente se obligó, en su calidad de institución de salud previsional, a financiar las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior, con la actora, siendo la obligación de financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud el objeto exclusivo del contrato, el que, al tenor del art. 1437 del Código Civil, constituye la fuente de la obligación que une a las partes.

El deber así contraído se traduce en otorgar financiamiento a las prestaciones de salud, de modo que una hipótesis de incumplimiento de contrato tiene directa relación con la falta de cobertura de gastos médicos, en la especie, de los que habría recibido [incurrido] la demandante en la Clínica Alemana de Temuco, aspecto que, empero, dicha parte no probó.

En otras palabras, pesaba sobre la actora acreditar la existencia de la obligación, esto es, los gastos en que incurrió en las prestaciones médicas reclamadas, que se encontrarían sujetos a las coberturas convenidas en el contrato. Sin embargo, el asentar el

fallo que no se acreditó el daño emergente demandado, correspondiente precisamente a los gastos de hospitalización de la actora en la Clínica Alemana de Temuco, las intervenciones quirúrgicas a que fue sometida y otros gastos derivados de la negativa de la demandada, la consecuencia de tal hecho es que no se demostró la existencia de la obligación, por lo que es imposible y carente de toda lógica imputar incumplimiento a la demandada, sin existir tampoco un nexo causal entre el daño moral que se pretende resarcir y los hechos de la demanda, cuyo incumplimiento –condición esencial para que exista deber de indemnizar- no fue demostrado.

En síntesis, aduce la demandada que el fallo debe ser invalidado porque a pesar de no haberse acreditado la existencia de un incumplimiento contractual, en relación a una obligación contraída por la impugnante en conformidad a la ley especial que la regula, se ha ordenado indemnizar un daño moral cuyo nexo causal entre el incumplimiento y el daño, no existe.

3º En el segundo capítulo de la impugnación se reitera el hecho de haberse ordenado en el fallo una indemnización de perjuicios que no proviene del incumplimiento del contrato o de haberse cumplido imperfectamente, ahora para explicar la vulneración del art. 1556 del Código Civil, en relación a los arts. 1558 y 1698 del mismo texto legal, ya que conforme lo interpreta el recurrente, se ha dispuesto una obligación [de indemnizar] sin mediar culpa o dolo del obligado, elementos cuya acreditación era de cargo de la actora, siendo esas las únicas circunstancias que podrían hacer responsable a la demandada, y que, no obstante, no fueron establecidos en el fallo.

Por ello es que al determinar en la sentencia que no se probó el daño emergente, no puede establecerse el incumplimiento contractual alegado y, por ende, el daño moral invocado carece de relación de causalidad, de modo que al conceder los jueces la indemnización por ese concepto, vulneran los arts. 1556 y 1558 del Código Civil y asimismo el art. 1698 del referido texto legal, relevando a la actora del deber de acreditar los elementos de la responsabilidad contractual que demanda.

Expresa la sentencia de la Corte Suprema que para la acertada resolución del asunto, conviene considerar:

1º Que la demanda de autos está fundada en el incumplimiento de la demandada del contrato de salud que la une con la actora, pues se negó a pagar los gastos en que incurrió con ocasión de las prestaciones médicas recibidas en la Clínica Alemana de Temuco en el período que señala, esgrimiendo la demandada que ellas se originarían en “Enfermedades preexistentes no declaradas, sus complicaciones y secuelas”, lo que, al decir de la actora, no es efectivo, pues la enfermedad de base –hepatitis autoinmune- le era desconocida, siendo diagnosticada sólo a principios del mes de junio de 2010, es decir, con posterioridad a las prestaciones cuya cobertura se ha negado. Así, la negativa de la isapre importa un claro incumplimiento contractual, de acuerdo a lo señalado en el art. 1545 del Código Civil, infracción que le ocasionó graves perjuicios, ya que soportó costos médicos, de hospitalización y tratamiento, que no debía financiar.

Demandó a título de daño emergente la cantidad de \$2.500.000.- por concepto de hospitalizaciones en la referida clínica, intervenciones quirúrgicas y otros gastos derivados

de la negativa al pago de la demandada, y la suma de \$28.000.000.-, a título de daño moral, en relación a los padecimientos que indica.

2º La demandada instó por el rechazo de la acción, señalando que la actora padece de hepatitis crónica, la que no fue declarada al momento de suscribir el contrato de salud, lo que derivó en que, por carta de fecha 2 de julio del año 2010, se rechazara la cobertura de hospitalización.

La actora dedujo reclamo a la Superintendencia de Salud y el órgano administrativo confirmó que se trata de una enfermedad preexistente y no declarada al momento de suscribir la declaración de salud, toda vez que la demandante había sido estudiada por ese diagnóstico desde el año 2008.

En estas condiciones, expuso que la negativa a otorgar la cobertura encuentra su justificación precisamente en el contrato y en lo que previenen los arts. 189 y 190 del DFL Nº 1 del año 2005 del Ministerio de Salud, ya que en el caso de autos concurren los dos requisitos de preexistencia, esto es, el conocimiento y el diagnóstico de la enfermedad, circunstancia que da cuenta que fue la actora y no la Isapre quien incumplió su obligación y transgredió la buena fe contractual, la que no sólo debe estar presente en el cumplimiento sino también en la celebración del acto.

Adujo, en resumen, que no surge responsabilidad contractual alguna de la demandada, al haber cumplido el contrato al tenor de lo establecido por la normativa especial que regla esta relación jurídica y, asimismo, resulta improcedente la pretensión de resarcir los perjuicios demandados, “ya que la suma demandada y que vagamente la actora describe como gastos médicos, debe ser asumida por ésta, atendida la situación de preexistencia en que se encontraba, fundamentada además en la inexistencia de antecedentes, que justifiquen el monto demandado de \$2.500.000.-”, siendo también improcedente la indemnización por daño moral, por la inexistencia del requisito previo de incumplimiento contractual.

Que en el fallo cuestionado –prosigue relatando la sentencia de la Corte Suprema-, los jueces han dejado asentados los siguientes hechos de la causa, en lo que atañe al recurso en análisis:

1º Entre las partes se celebró un contrato de salud previsional en virtud del cual la actora se encuentra afiliada a un plan de salud que asegura los gastos de enfermedades y accidentes personales.

2º El contrato fue celebrado el 24 de noviembre de 2009.

3º La Isapre demandada rechazó el pago de la cobertura de una hospitalización aduciendo que la demandante padece de una hepatitis crónica que no fue declarada al momento de suscribir el contrato de salud.

4º La enfermedad que padece la actora no se encontraba diagnosticada medicamente al momento de la afiliación a la Isapre.

5º La demandada no demostró los componentes de la figura de preexistencia a que alude para justificar su negativa al pago.

6º La actora no acreditó los gastos de hospitalización en la Clínica Alemana de Temuco, las intervenciones quirúrgicas y los otros gastos derivados de la negativa de la demandada.

7º La determinación de la demandada de no cumplir con la cobertura acordada en el Plan de Salud ocasionó a la demandante aflicción en sus afectos, amargura, ansia y preocupación.

Sobre la base de tales presupuestos fácticos, los sentenciadores concluyen que la demandada incumplió el contrato de salud, al negar una cobertura sin que le amparara una causa legal de exclusión prevista por la ley.

En cuanto a los perjuicios demandados, desestiman lo pedido a título de daño emergente, tanto por no haberse comprobado tales perjuicios, como porque dicha petición es incompatible con el cumplimiento de contrato solicitado, pues ella conlleva a que la demandada Isapre Cruz Blanca cumpla el contrato de prestaciones médicas. En cambio, acogieron lo pedido por concepto de daño moral, evaluándolo prudencialmente en la suma de \$8.000.000.-

Que confrontados los antecedentes del proceso con los argumentos desarrollados en el libelo de nulidad sustancial de la demandada, se advierte que las argumentaciones allí desarrolladas importan una alegación que no se manifestó en la etapa procesal respectiva, siendo expuestas recién en sede de casación.

En lo que hace a la existencia de las prestaciones médicas otorgadas a la demandante en la Clínica Alemana de Temuco cuya cobertura fue negada por la Isapre, nada planteó dicha parte en su escrito de contestación ni en el recurso con el que pretendió impugnar la decisión de primera instancia. De hecho, a este respecto, los jueces dejan expresamente establecido que la isapre demandada rechazó el pago de la cobertura de una hospitalización aduciendo que la demandante padece de una hepatitis crónica que no fue declarada al momento de suscribir el contrato de salud. Tal circunstancia, que tampoco fue controvertida por las partes, obviamente da cuenta que las prestaciones existieron, al punto que el pago fue negado por quien debía asumirlo en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.

Con todo, el asunto que ahora propone en su recurso de nulidad se refiere a un aspecto que no fue cuestionado por el recurrente en la etapa de discusión, no obstante lo cual ahora lo plantea para fundamentar los errores de derecho denunciados en su arbitrio, por haberse acogido la acción en cuanto al resarcimiento del daño moral, aun cuando no se acreditó el daño emergente, correspondiente precisamente a las prestaciones médicas cuya cobertura fue negada, lo que acarrearía que no se demostró la existencia de la obligación ni la relación de causalidad entre el incumplimiento contractual que el fallo le imputa y el daño moral que la condena a resarcir, añadiendo que no se probó que esa indemnización provenga de un incumplimiento, culpa o dolo de su parte.

Que lo recién anotado resulta suficiente para desestimar la pretensión invalidatoria en todos sus extremos, pues el demandado propone una casación de fondo fundada en infracciones de ley o errores de derecho referidos a materias distintas de las discutidas en el juicio, que no fueron invocadas en la etapa precursora para efectos de conceder a la contraria la posibilidad de manifestar su parecer sobre la pertinencia de aplicar las normas que ahora invoca la demandada.

De aceptarse un proceder en tal sentido se atentaría en contra del principio de bilateralidad de la audiencia y, consecuentemente, del debido proceso.

Después de aludir al fallo, seguidamente, a los principios de pasividad del tribunal, determinado por las pretensiones de las partes y su respectivo fundamento, y el de congruencia, determinado por los asuntos sometidos a su decisión, y de subrayar que tanto la doctrina como la jurisprudencia aparecen contestes en la improcedencia de fundamentar un recurso de casación en el fondo en aristas que, por ser ajenas a la discusión formalmente instalada en las atapas procesales previas, no pudieron ser consideradas ni resueltas en el pronunciamiento que, por vía de semejante arbitrio, se pretende invalidar, la Corte concluye rechazando el recurso.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Patricio Valdés A., Guillermo Silva G., Sra. Rosa Maggi D. y Sr. Juan Fuentes B. Redacción a cargo del último.

7.- Aun cuando se considere (opinión de Corte de Apelaciones de Concepción) que obligación asumida por médico que debía realizar intervención estética era de medios y no de resultado (opinión de la Corte Suprema), consentimiento prestado por paciente no importa renuncia anticipada a actuaciones culposas por parte del facultativo. Si resultado de la intervención fue desastroso, debe presumirse culpa del profesional, y si éste no desvirtúa tal presunción, deberá responder indemnizando perjuicios. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de marzo de 2016, dictada en los autos Rol N° 21.373-2015.

1.- Por sentencia de fecha 3 de septiembre de 2015, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, se desechó casación en la forma y apelación deducidos por la parte demandada, y se confirmó el fallo de primera instancia de fecha 27 de febrero de 2015, por el cual se había acogido la demanda interpuesta por doña Katherine (...) en contra del médico Patricio (...), con declaración que se aumentó suma a indemnizar por concepto de daño moral de \$15.000.000.- fijados por el juez de primera instancia, a \$25.000.000.-, a los que se adicionan \$4.779.070.- a título de daño emergente.

2.- La demanda fue interpuesta a consecuencia de una contractura mamaria capsular bilateral que sufrió la demandante, a raíz de la intervención realizada por el facultativo demandado, consistente en implantes mamarios.

3.- El recurso de casación en la forma se fundó en la causal de nulidad del art. 768 N° 9 en relación con el art. 795 N° 4, ambos del Código de Procedimiento Civil, en razón de haber faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley. Concretamente, sostiene el recurrente que su parte pidió al tribunal la práctica de un informe de peritos, el que se ordenó pero no se ejecutó, ya que estando pendiente dicha diligencia de prueba, se citó a las partes a oír sentencia, produciendo la indefensión de la parte demandada, al no contar con una prueba que era estrictamente necesaria para la acertada resolución de la causa, de acuerdo al art. 431 del Código de Procedimiento Civil.

4.- Se expresa en el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción que con fecha 16 de abril de 2014, la demandada solicitó la designación de un perito con especialidad en cirugía

plástica y reconstructiva, petición que fue reiterada el 28 de abril del mismo año. El 15 de mayo se llevó a cabo la audiencia y las partes de común acuerdo solicitan al tribunal la designación de un perito en la especialidad de cirujano plástico, designación que fue hecha el 19 de mayo. De ahí en adelante y hasta el 10 de junio de 2014, fecha en que se cita a las partes a oír sentencia, no se realizó diligencia alguna tendiente a notificar al perito nombrado. Consigna el fallo que el art. 433 del Código de Procedimiento Civil es claro en señalar que citadas las partes a oír sentencia, no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género. Claramente, la norma impide para este caso, cualquier actividad procesal tendiente a materializar el peritaje decretado.

5.- Agrega el fallo que los trámites esenciales a que se refiere esta causal, deben producirse durante la tramitación del juicio y dicen relación con la omisión de normas de procedimiento. Por otra parte, siendo el recurso de casación en la forma uno de derecho estricto, sólo lo autoriza la ley por las causales especialmente señaladas, de modo que si no hay texto expreso legal que le dé a un trámite determinado el carácter de esencial, o si no se señala que la omisión de ese trámite produce nulidad, no es posible interponer un recurso fundado en él. En tal contexto, refiere el fallo, es necesario puntualizar que el nombramiento de peritos no es un trámite del juicio que revista el carácter de esencial para que pueda encuadrarse en esta causal de casación, razón por la cual esta casación será rechazada. Además, como se dejó anotado, la parte demandada no instó por notificar al perito designado, no obstante disponer de plazo suficiente para ello, de modo que existió falta de diligencia por su parte.

6.- En cuanto al recurso de apelación deducido en representación del demandado Patricio (...), se solicita en él por su abogado que la Corte revoque la sentencia de primera instancia en todas sus partes, con costas. Señala el recurso:

a) Que el fallo impugnado señala y presume culpa a su representado. Por una parte, pide a su parte probar diligencia y por la otra le califica por el resultado, pero no le ha dejado probar, toda vez que citó a oír sentencia, estando pendiente el informe de peritos.

b) En el considerando 12 cae el fallo en un grueso error, al declarar que nadie puede pretender que las fotografías tenidas a la vista sean un resultado esperado, menos de un cirujano plástico. El fallo debe ser revocado, porque adolece de un grave error al estimar que no existe una obligación de medios, no obstante el texto expreso del art. 2158 del Código Civil. Cita además el art. 10 de la ley N° 20.584, que obligaría al médico a dar un posible diagnóstico y no uno certero. Concluye en esta parte que es obligación de la demandante probar que el médico no hizo todo lo posible y que estaba a su alcance para sanarla, debiendo la parte demandante probar la culpa del facultativo, todo lo cual violaría el art. 1698 del Código Civil.

b) Agrega que su parte probó por todos los medios de prueba legales que pudo, el correcto obrar del médico y su calidad de experto, mediante el testimonio de dos médicos cirujanos, quienes habrían señalado además que la intervención se ajustó a la *lex artis* y que la contractura capsular mamaria bilateral es una complicación de engrosamiento de la cápsula que cubre el implante y que la ocurrencia de esto es propia del paciente. Menciona además el testimonio de otros dos médicos (uno de ellos el Jefe del Servicio de Cirugía del Hospital

Higueras donde se intervino a la paciente), y que sus conclusiones son las mismas de los doctores del Servicio Médico Legal, lo que demuestra que su representado cumplió el contrato, reacomodó prótesis, pero nuevamente se produjo contractura, la que está descrita como un riesgo.

c) Menciona informe del Servicio Médico Legal, que consigna que al año la demandante fue sometida a un retoque de operaciones mejorando su condición, quedando bien con la segunda intervención, pero nuevamente ocurrió una contractura capsular. Reitera que esta es una complicación susceptible de ocurrir.

d) Indica que la labor del sentenciador consistía en ver si el cumplimiento del contrato fue de acuerdo a lo pactado y pedido y si se ajustó a la *lex artis*, debiendo compararse la actividad del médico con lo que se esperaba de él en el caso concreto. Insiste que su representado cumplió el contrato y describe lo efectuado por éste, en cuanto a exámenes previos y consentimiento informado, que incluyó los riesgos de asimetría mamaria y encapsamiento de prótesis.

e) Menciona que la sentencia violó los usos normativos de la ciencia o arte, en cuanto declara que hay razones de programación y destreza técnica del facultativo que llevan al resultado no cubierto por la *lex artis*, imputando el resultado final al médico y a su falta de pericia. Insiste en la calidad técnica de su representado y no entiende la impericia imputada. Menciona como error de derecho no construir un concepto jurídico adecuado de culpa y afirma que nadie ha objetado la técnica y los procedimientos [empleados por su representado], sino que se ha objetado un resultado. Señala que el art. 1558 del Código Civil dispone que si no puede imputarse dolo al deudor, es responsable [sólo] de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse. Insiste nuevamente en que los médicos [que testificaron] indicaron que la contractura capsular es una complicación y que no hay modo de preverla, como lo dicen los trabajos científicos acompañados.

f) Agrega que no existe construcción jurídica de la relación causal. Que por una supuesta infracción de contrato se llegó a producir un daño moral de la entidad señalada. Recuerda que hay dos consentimientos informados, uno para cada intervención, donde la actora concurrió con su voluntad y firmó.

g) Consigna que es un tema discutido que la mera infracción contractual derive en un daño moral.

7.- Establece más adelante el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, para concluir desechando la apelación del demandado:

a) Que el fundamento de la responsabilidad es el perjuicio, que obliga a resarcir en forma patrimonial, en este caso bajo la forma de la responsabilidad contractual, a la que pertenece la responsabilidad profesional que se persigue.

b) No se discute que se trata de una obligación de medios, pero ellas son obligaciones de prudencia y de diligencia y si bien el resultado no se puede garantizar, es necesario que el médico haya puesto todo lo que se ha esperado, pero si ha habido culpa, obviamente deberá responder. En este caso, ha de aplicar el cuidado debido para obtener el resultado que se persigue. De esta forma, el incumplimiento deriva en indemnización cuando se ha causado perjuicio al acreedor, existiendo relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio, debiendo ser imputable la infracción al deudor por culpa o dolo, no

concurriendo una causal de exención, estando el deudor en mora y debiendo haber cumplido su parte del contrato el mandante. A juicio de estos sentenciadores, de la prueba producida en juicio, se configuran todos y cada uno de los elementos para que exista efectivamente la obligación de indemnizar.

c) Las acciones de salud –prosigue la sentencia- han de desarrollarse siempre de acuerdo a la *lex artis* médica, que conlleva la obligación de previsión, asistencia, diligencia y cuidado y garantía del facultativo, siendo la prestación propia de un médico promedio, lo que se eleva ante un especialista, como en este caso ocurre, dando lugar a la *lex artis ad-hoc*, para un caso específico, donde será exigible la aplicación de mayores conocimientos (Corte Suprema, Rol 7.215-2014).

d) Por todo lo anterior, es que lleva la razón el tribunal de primer grado, cuando al valorar la prueba, imputa al médico el resultado, con culpa, en un campo donde la *lex artis ad-hoc* es particularmente exigente, al punto que claramente y luego de dos operaciones, el resultado no es el que pueda esperarse de un médico experto en cirugía plástica, porque como apunte el considerando 12°, de aceptarse la excepción del demandado, toda mujer que se someta a una cirugía como la practicada a la demandante y luego de una segunda operación correctiva, podría esperar un resultado como el exhibido en este caso. Y dicha afirmación no convierte una obligación de medios en una de resultado, sino que se identifica con el reproche al facultativo, por no haber puesto de su parte todo lo debido, como por lo demás afirma en su peritaje el Servicio Médico Legal de Santiago, donde, entre otros aspectos, derechamente se imputa el no haber utilizado la *lex artis ad-hoc*.

e) En consecuencia, la valoración de la prueba es correcta, concurriendo los presupuestos de responsabilidad, por lo que el recurso de apelación no puede prosperar, y la prueba del apelante no es suficiente para cambiar la decisión del tribunal de primer grado.

8.- En cuanto a la apelación deducida por el abogado de la demandante, expresa el fallo de segunda instancia:

a) Señala el recurrente que no obstante haber acogido la demanda, la sentencia de primera instancia le causa agravio en cuanto a los montos decretados, siendo a su juicio insuficientes para resarcir los daños.

b) Se basa en lo declarado en el considerando 20°, en la declaración de testigos, entre ellos su ex cónyuge, de quien la demandante se divorció, informe de psiquiatra e informe del Instituto Médico Legal que da cuenta de que existió transgresión a la *lex artis*. Agrega que no se ha considerado el informe pericial decretado por el tribunal, de perito psicólogo, que fue desestimado al haber sido acompañado estando la causa en estado de citarse a las partes para oír sentencia, donde se concluye que la demandante presenta un cuadro de depresión reactiva mayor, con pocas posibilidades de remisión. Luego de transcribir párrafos completos del informe, señala que su mandante no puede mantener las prótesis colocadas por el facultativo, porque motivan una imagen deforme, generando molestias y dolores físicos para ella, operación que no vale, en su concepto, menos de \$7.000.000.- Pide que se aumente el daño moral a \$150.000.000.- o a la suma que determine prudencialmente y se decrete un pago de \$7.000.000.- por concepto de intervención quirúrgica para retirarse los implantes de silicona.

c) Indica seguidamente el fallo de la Corte que con fecha 14 de junio de 2015, el abogado de la demandante solicitó a esta Corte se oficiara al 2° Juzgado Civil de Concepción, con la finalidad que se remitiera informe psicológico pericial respecto de la demandante. Se agregó dicho informe a los autos el 24 de julio. Se refiere a su respecto que habiéndose aplicado una entrevista pericial diagnóstica, escala de veracidad y test de Rorschach, el análisis clínico forense, arroja resultados de retraimiento social y señales persistentes de autodepreciación, con diagnóstico de depresión severa mayor. A nivel emocional afectivo, presenta alta labilidad emocional, sentimientos de tristeza reiterados y severos, baja de autoestima, angustia auto-referida, disminución de interés, ansiedad generalizada, ausencia de proyecciones, sintomatología que cumple con los requisitos tipificados en el DSM-IV¹³ como depresión severa mayor. A nivel social interpersonal, muestra claras señales de distanciamiento con su familia y amigos, consignando dificultades de relación interpersonal a nivel de pareja y amigos. A nivel laboral no hay consecuencias económicas pero si a nivel de su persona, matizado por rabia, frustración, impotencia, aumento de la pérdida del sentido de la autovaloración asociado a los hechos denunciados, lo que la ha vuelto agresiva. La síntesis diagnóstica, permite concluir que la periciada ha sufrido daño psicológico y moral como consecuencia de las intervenciones a la que se sometió con el doctor (...) y depresión severa mayor, que tienen relación directa con los hechos descritos y que persisten en el tiempo con las consecuencias en los diferentes ámbitos de su vida, con bajísimas posibilidades de remisión en el tiempo.

d) Apreciando el informe conforme a las reglas de la sana crítica, es evidente que un evento como el vivido por la demandante es devastador en varios aspectos de su vida. Por de pronto, motivó severas consecuencias en su relación de pareja, al punto que ya no vive con su cónyuge, quien prestó testimonio en la causa. La deformación física que resultó de la intervención del demandado, afecta una de las características más relevantes de su condición de mujer. Así las cosas, una depresión severa mayor, es la consecuencia inmediata en lo psicológico, la que sin duda ha de persistir mientras permanezca con las prótesis, cuestión que a la fecha de esta sentencia, permanece sin una solución médica.

e) Consigna enseguida el fallo un concepto doctrinario de daño moral: “el daño moral consiste, equivale y tiene su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona” (Diez Schwerter, José, “El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina”, 2006, Editorial Jurídica de Chile, p. 84). Sostiene la sentencia que si bien el daño moral no es susceptible, en sí, de ser avaluado materialmente, puesto que una suma de dinero no ha de suprimir los efectos de quien lo padece, el tribunal puede fijar prudencialmente una cantidad que permita, a lo menos, morigerar sus efectos. En este orden de ideas, atendido la prueba producida en el juicio y las conclusiones emitidas en el informe pericial evacuado por el psicólogo don (...) respecto de doña Katherine (...), estos sentenciadores son de la opinión que el monto de \$15.000.000.- es del todo insuficiente para paliar al menos en parte el daño moral causado por la demandada, razón por la cual la suma se fijará prudencialmente en \$25.000.000.-

¹³ *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders), editado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría.

f) Por estos fundamentos y disposiciones legales citadas, se declara: i) Que se rechaza, sin costas, el recurso de casación en la forma deducido por el apoderado de la parte demandada; ii) Que se confirma la sentencia de 27 de febrero de 2015, con declaración que se elevan a la suma de \$25.000.000.- los perjuicios no patrimoniales sufridos por la actora, sin costas de la instancia.

Sentencia pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, integrada por los Ministros Sres. Jaime Solís Pino, Rodrigo Cerda San Martín y Abogado Integrante Sr. Waldo Ortega Jarpa. Redacción a cargo del último.

9.- La parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo, conforme a los siguientes argumentos:

a) Acusa el recurrente que la sentencia impugnada no construyó adecuadamente el concepto jurídico de culpa del profesional cuestionado. Sostiene que los jueces se limitaron a señalar que “es necesario que el médico haya puesto todo lo que se ha esperado, pero si ha habido culpa, obviamente deberá responder”, sin precisar cuál era la conducta esperada para el caso concreto. Reprocha que al respecto el fallo nada dice o analiza, pues no tenía cómo hacerlo al no existir un informe pericial que permitiera comparar la conducta desplegada por el demandado con la esperada de un profesional de su misma especialidad.

b) Pone de manifiesto que en este juicio no se cuestionó la técnica empleada ni los protocolos seguidos en las dos intervenciones a la que se sometió la paciente, sino que sólo se ha objetado un resultado sin configurar por parte de los magistrados el concepto de culpa para este caso concreto, infringiéndose así el art. 44 del Código Civil en relación con el art. 1558 del mismo texto legal. Expresa que las conductas médicas deben ser juzgadas no por un mal resultado, sino porque no se siguieron los protocolos de la ciencia o arte respectiva, recalcando que, en la especie, los pasos de una cirugía de implantes mamarios fueron bien hechos, pero con un resultado indeseable, imprevisto para el facultativo y que no dependen de su experiencia.

c) Añade que el citado art. 1558 es claro en señalar que sólo se responde de los perjuicios que pudieron ser previstos por un médico diligente, pero la contractura capsular mamaria –complicación factible de ocurrir en la colocación de prótesis mamarias, es imprevisible respecto de una paciente determinada, tal como da cuenta la literatura médica.

d) Asimismo, denuncia el recurrente la vulneración del art. 1556 del Código Civil, puesto que al no existir culpa, no podía haber sido condenado al pago de las indemnizaciones que regula este precepto, desde que establece como requisito que exista un incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la obligación.

e) Que, a continuación, alega la no aplicación de los arts. 10 y 14 de la Ley N° 20.584, que dicen relación con el consentimiento informado de la paciente, en relación con el art. 1545 del Código Civil, en cuanto aquellas normas de derecho público integran el contrato. Explica que se entregó información a la paciente, existiendo de su parte disposición a la asunción de riesgos de una cirugía, entre éstos, el encapsulamiento de la prótesis, que fue lo que finalmente ocurrió. Al efecto, destaca que existieron dos consentimientos informados, uno por cada intervención, debidamente firmados y con declaración expresa de la complicación que afrontó la paciente, derivada de una reacción de su cuerpo frente a un elemento

extraño, imprevista para el profesional y no subsumible dentro del concepto de culpa médica.

f) Que finalmente, denuncia la vulneración del art. 2158 inc. final del Código Civil, norma que estima aplicable en la especie pues se está frente a un contrato de prestación médica que se rige también por las reglas del mandato, debiendo en consecuencia la demandante, conforme a esta última disposición, probar la culpa, lo que no aconteció, pues se hizo aplicación errónea del inc. 3° del art. 1547 del Código Civil, presumiéndose la culpa del demandado.

10.- Refiere seguidamente la sentencia de la Corte Suprema, aludiendo a los hechos de la causa:

a) Que la actora –de 36 años a la sazón- se sometió en el mes de mayo de 2009 a una cirugía de implante mamario, realizándose una segunda intervención en el mes de mayo del año 2010 –justo un año después- destinada al reacomodo de las prótesis mamarias desde que éstas no presentaban el descenso esperado.

b) Tampoco se ha cuestionado que los implantes mamarios quedaron en el polo superior del tórax, a la altura de la clavícula, describiendo los jueces de la instancia la deformidad mamaria constatada luego de las dos operaciones en los siguientes términos: “... consta que la operación la dejó con los implantes corridos hacia los dos costados, desnivelados, visible incluso a través de la ropa, ambos a la altura de la clavícula, quedando afectada su condición física en lo estético...”

c) Que, asimismo, se encuentra establecido que la actora y el médico demandado se vincularon por un contrato de prestación de servicios profesionales de cirugía plástica que la primera requirió del segundo. Es decir, se trató de una intervención estética y no terapéutica, cuyo propósito es causar un mejoramiento en la armonía corporal de la paciente o un embellecimiento de su aspecto físico, o a lo más, corregir defectos físicos que no constituyen enfermedad.

11.- Califica después la Corte Suprema tres cuestiones, a saber, la naturaleza de la obligación asumida por el médico, los alcances del consentimiento informado y de la aplicación de las reglas del contrato de mandato al contrato de prestación de servicios médicos, expresando al efecto:

a) Es posible inferir entonces que la naturaleza de la obligación contraída por el demandado no se satisface únicamente con aplicación rigurosa de la *lex artis*, sino con la obtención del resultado convenido, de manera que sólo operará la liberación de responsabilidad por causas extrañas, esto es, por ausencia de causalidad, por fuerza mayor o hecho de la víctima o de un tercero.

b) Que, en todo caso, prescindiendo de que se trataba de una obligación de resultado –según estima esta Corte- en que el régimen de responsabilidad es objetivo o estricto, siendo la única causal de exoneración del deudor la causa extraña o ajena, lo cierto es que la sentencia recurrida declaró que se estaba frente a una obligación de medios en que prevalecen los deberes de diligencia y cuidado, y en atención al resultado evidenciado en las fotografías acompañadas y lo indicado en el peritaje del Servicio Médico Legal que se emitiera en la investigación criminal seguida respecto del mismo facultativo, quedaba

demostrado que el demandado no conformó su conducta a la *lex artis* que le resultaba exigible. Consignaron que perseguido el resarcimiento en sede contractual, recibe aplicación la norma contenida en el art. 1547, conforme a la cual la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que la ley presume que la infracción de la obligación convenida es imputable a culpa del deudor, y tratándose de un contrato que cede en beneficio de ambas partes, la responsabilidad del médico reposa en la culpa leve. En otras palabras, los magistrados, al asumir que se estaba frente a una obligación de medios, [concluyeron que] el fracaso en la obtención del resultado ofrecido y acordado no podía ser calificado por sí solo como un incumplimiento, pues a lo que se obligó el profesional es a hacer un esfuerzo diligente para lograr un mejoramiento de la condición estética de la paciente.

c) Que el recurrente, por su parte, postuló que no puede hacerse responsable de una complicación propia de esta clase de cirugía, como es el encapsulamiento mamario, desde que este es imprevisible para el facultativo, toda vez que depende del cuerpo de cada mujer intervenida, quien ante la presencia de un elemento extraño reacciona engrosando la lámina o tejido que crea alrededor de la cápsula que cubre el implante, lo que produce una elevación de los implantes mamarios utilizados.

d) Sin embargo, para desestimar tal alegación cabe consignar que la sentencia recurrida no dejó establecido que la paciente hubiere efectivamente padecido un desplazamiento de su prótesis mamaria factible de ocurrir en esta clase de procedimientos, aun respetando la técnica quirúrgica, sino que dejó asentado que ambos implantes fueron dejados en lugar que no corresponde, “en franca desubicación, especialmente en la prótesis de mama derecha que no está en la región mamaria sino en el polo superior del tórax”, según asevera el informe del Servicio Médico Legal.

e) Que, en este sentido, en atención al desastroso resultado presentado, el que no se condice con la complejidad y riesgos que la práctica presentaba a priori, era dable presumir la existencia de culpa y la relación causal entre la actuación del médico y el daño sufrido por la paciente, correspondiéndole a este último desvirtuar dicha presunción, carga que claramente no satisfizo.

f) Que en lo concerniente al consentimiento informado, su objeto consiste en entregar al paciente un saber que le permita ejercer una elección fundada, permitiéndole conocer tanto los riesgos de la operación como los que derivarían de no proceder a la misma. Pero una aprobación informada adecuadamente, como el total consentimiento que se puede prestar, no dicen relación con los perjuicios corporales generados por un acto médico negligente. En efecto, ninguna estipulación puede importar la renuncia anticipada a actuaciones culposas por parte del facultativo, quedando éstas siempre bajo la revisión de los tribunales. Por otra parte, el consentimiento informado cobra relevancia para aceptación de los riesgos propios del caso, esto es, aquel riesgo específico de causar una lesión que incluso una intervención correctamente realizada lleva consigo, pero en ningún caso puede redimir la culpa del médico, ni puede avalar una notoria desproporción entre el riesgo asumido y el efecto o daño causado al paciente. Es decir, a través del consentimiento informado el paciente asume los riesgos y las consecuencias asociadas a la respectiva intervención en la medida que no exista negligencia o impericia del profesional médico, hipótesis que no la que se verificó en este caso, según ya se indicara.

g) Que en lo atinente a lo planteado por el recurrente en orden a que el contrato de prestación de servicios médicos que vinculaba al facultativo con el paciente se rige también por las reglas del mandato, tornándose por tanto aplicable la norma del inciso final del art. 2158 del Código Civil que obliga al mandante a probar la culpa del mandatario, excluyéndose la presunción de culpa del art. 1547 inc. 3° del mismo texto legal, cabe señalar que este tribunal no comparte la tesis de hacer extensible todo el régimen del mandato al contrato de prestación de servicios médicos. Efectivamente, difícil es aceptar que se configura un encargo por cuenta y riesgo del mandante, en que el médico realiza actos o negocios por cuenta del paciente. De manera que no siendo el objeto del contrato médico el encargo de uno o más negocios por cuenta del mandante, no resulta apropiado aplicarle las reglas del mandato.

12.- Concluye la Corte Suprema señalando que, por consiguiente, la sentencia censurada no ha incurrido en los yerros que se le atribuyen, lo que conduce a que el recurso de casación en el fondo intentado no pueda prosperar.

Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sras. Rosa Egnem S., María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sr. Manuel Valderrama R., y Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Redacción a cargo del último.

8.- Mediación en responsabilidad médica es requisito de procesabilidad para acciones indemnizatorias. Mientras aquella esté vigente, se suspende prescripción de las acciones penales y civiles. No se vislumbra razón jurídica para que pueda privarse a la víctima del derecho a optar por el estatuto que utilizará para reclamar la reparación de los perjuicios, es decir, elegir entre el ejercicio de la acción por responsabilidad contractual o el de la acción por responsabilidad delictual. La decisión de rebajar la cuantía de la indemnización por daño moral debe estar debidamente fundamentada, o de lo contrario se torna caprichosa o arbitraria y no cumple con la exigencia de reparar en forma equitativa el daño sufrido. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 21 de marzo de 2016, autos Rol N° 31.061-2014.

1.- En los autos Rol N° 22.577-2008 del 20° Juzgado Civil de Santiago sobre indemnización de perjuicios, por sentencia de 12 de septiembre de 2012, se acogió la demanda deducida y se condenó solidariamente a los demandados Roberto (...), Marina (...) y Horacio (...), por haberse establecido responsabilidad extracontractual, en el tratamiento de radiosinovectomía, consistente en la infiltración incorrecta de la sustancia radioactiva Y-90 en las muñecas de ambas manos de la actora, efectuado el 1 de septiembre de 2004, ocasionándole lesiones que importaron afección, limitación y trastorno físico y psicológico, a las sumas de: i) \$2.621.331.- por daño emergente, y ii) \$80.000.000.- por daño moral, cantidades que se ordena pagar con los intereses corrientes devengados desde la notificación de la demanda a la fecha de su pago efectivo, con costas.

2.- Los demandados dedujeron recurso de casación en la forma y de apelación, y una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de 8 de septiembre de 2014, rechazó

la nulidad formal y respecto de la apelación, revocó el fallo en cuanto condenaba en costas a los demandados y en su lugar los eximió de esa carga procesal y lo confirmó en lo demás, pero con declaración que rebaja el monto de la indemnización por daño moral a la suma única y total de \$30.000.000.-

3.- En contra de esta sentencia, ambas partes deducen recurso de casación en el fondo. Sus argumentos se revisarán por separado.

4.- En cuanto a los recursos de casación en el fondo deducidos por los demandados, sus argumentos son los siguientes:

a) Denuncian los recurrentes, en su primer capítulo, la infracción de los arts. 45 de la Ley N° 19.966, 25 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes y 2314, 2316, 2329 y 2332 del Código Civil. Sostiene al respecto que la acción intentada se encuentra prescrita y que los sentenciadores desconocen esto, al efectuar una errada interpretación y aplicación del art. 45 citado, al concluir que se habría suspendido el plazo para el cómputo de la prescripción contenida en el art. 2492 del Código Civil. Señalan que la demanda de autos fue notificada el 4 de septiembre de 2008, es decir, 3 días después de cumplido el plazo de cuatro años que establece el art. 2332 del Código Civil para la prescripción de la acción de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, por lo que la alegada debió ser acogida, aplicándose el art. 25 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes que señala: “La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquella hubiese empezado a correr”.

En efecto, indican que los hechos ocurrieron el 1 de septiembre de 2004, fecha en que comienza a correr el plazo de prescripción previsto en el art. 2332 del Código Civil y que la Ley N° 19.966 fue publicada el 3 de septiembre de 2004 y las normas sobre mediación, que incluyen la de suspensión del plazo de prescripción, entraron en vigencia 6 meses después, esto es, el 3 de marzo de 2005, por disposición del art. 3° transitorio.

Explican que de este modo, las normas de suspensión del plazo de prescripción sólo son aplicables a este caso, si el plazo de prescripción no ha vencido y el prescribiente, es decir, su parte, opta por su aplicación y no prefiere la de las normas vigentes al momento de los hechos, como ocurrió en la especie, al impetrar la excepción de prescripción conforme a dicha normativa.

Por otra parte, alegan también que incurren en un error los sentenciadores al rechazar la excepción de prescripción, basados en que la solicitud de un procedimiento de mediación entre las partes, suspendió el plazo de prescripción de la acción demandada, impidiendo que se completara. Esto, porque olvidan que suspensión sólo comienza a correr a partir del tercer día de la primera citación al reclamado, tal y como lo señala el art. 31 del Reglamento de Mediación. Así, y conforme al art. 26 del mismo texto, que señala que la primera citación es aquella que se le realiza a las partes a primera audiencia, previa aceptación a tramitación del reclamo y designación del mediador, para que comience la mediación es necesario que se hubiere aceptado a tramitación el reclamo y que se designara mediador, lo que nunca ocurrió, ya que el procedimiento fracasó porque las

partes no se pusieron de acuerdo en la persona de éste, por lo que al no haber habido acuerdo en este sentido, nunca existió primera citación.

b) En segundo lugar, denuncian infracción a los arts. 1545, 1546, 2314 y 2329 del Código Civil, argumentando que los sentenciadores permiten que existiendo un contrato entre las partes, se opte por la demandante por el estatuto de la responsabilidad extracontractual, desconociéndose la existencia de la vinculación contractual al amparo de un contrato de prestación de servicios médicos, por lo que la pretensión indemnizatoria debió sustentarse precisamente en esto.

Expresan que el sistema de responsabilidad civil reconoce estas dos vertientes, pero no existe la opción para las partes de elegir por una u otra, sino que se define por la existencia de un contrato previo, la ley del contrato, que es un principio obligatorio, por lo que debió aplicarse el régimen contractual y no el extracontractual.

C) Bajo un tercer acápite invocan la vulneración del art. 425 del Código de Procedimiento Civil, en relación a los arts. 2314 y 2329 del Código Civil, alegando los recurrentes que el tribunal no hace ninguna referencia a la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicamente afianzados que fundamenten el por qué se resta valor a la pericia acompañada en autos, evacuada por el Dr. Rodrigo Jaimovich, limitándose a señalar el fallo que dicha pericia “se contradice con el mérito del proceso, especialmente el informe anterior y se limita a suponer la existencia de otras causas en la necrosis sin analizar su origen y probables causas, de forma que su contenido resulta parcial, incompleto y contradictorio con aquellas pruebas referidas a las lesiones anteriores a la infiltración, por lo que será desestimado”.

Alegan que esa contrariedad no es fundamento lógico, ya que el informe del Sr. Jaimovich está conteste con el resto de la prueba rendida por su parte, todo lo cual le resta mérito al [otro] informe al que alude el fallo.

Así, al existir en autos este informe pericial que establece que los demandados no incurrieron en una infracción a la *lex artis*, no puede sino concluirse que su actuar no fue negligente, por lo que de haber sido valorado correctamente dicho informe, los sentenciadores no habrían incurrido en el error de concluir lo contrario.

Finalizan solicitando se acojan los recursos deducidos y se dicte sentencia de reemplazo que desestime la demanda.

5.- Que para un adecuado entendimiento del asunto, cabe tener presente lo siguiente:

a) Doña Ximena (...) dedujo demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, en contra de Roberto (...), de Marina (...) y de Horacio (...), a fin de que se les condene al pago de las sumas que indica o las que el tribunal determine por concepto de daño emergente y moral, a consecuencia del tratamiento al que fue sometida y en el que intervinieron los demandados, consistente en la infiltración en sus muñecas de la sustancia radioactiva Y-90, llevada a cabo con negligencia por éstos.

b) Los demandados solicitaron el rechazo de la demanda, con costas. En primer término, alegaron la prescripción de la acción, basados en que los hechos ocurrieron el 1 de septiembre de 2004 y que a la notificación de la demanda ocurrida el 4 de septiembre de 2008, había transcurrido el plazo de 4 años que establece el art. 2332 del Código Civil, para deducir la acción de perjuicios. Además, sostuvieron la improcedencia del régimen de

responsabilidad extracontractual invocado y alegaron que en todo caso no se configuraban los presupuestos de la misma.

6.- Que el fallo de primer grado, confirmado por el de segunda instancia, rechazó la excepción de prescripción extintiva de la acción deducida, basado en que el art. 45 de la Ley N° 19.966 y el art. 31 de su Reglamento, señalan que durante el plazo que dure la mediación, se suspenderá el término de prescripción tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar y en concordancia con el inc. 1° del art. 45 citado, el plazo de mediación se contará luego de transcurridos 3 días hábiles desde la primera citación a los reclamados.

Que de este modo, y constando en autos que se inició proceso de mediación por presentación de la actora, de fecha 7 de agosto de 2008, reclamando en contra de los demandados, los que manifestaron su decisión de no participar en ella mediante comunicación de 22 de agosto del mismo año y que por resolución de 1 de septiembre de 2008 se tuvo por fracasada dicha gestión, se concluye que el procedimiento estuvo suspendido durante nueve días hábiles, lo que determina que el plazo para deducir la acción indemnizatoria de autos, se prorrogó hasta el 11 de septiembre de 2008, habiéndose practicado la notificación de la demanda el día 4 del mes y año citado, por lo que se desestima la excepción de prescripción opuesta por los demandados.

7.- En cuanto a los regímenes de responsabilidad y haciéndose cargo de las alegaciones formuladas por los demandados, en cuanto sostienen que los ligaba con la demandante un contrato médico, oponiendo por tanto la excepción de equívoco régimen de responsabilidad, en el sentido que la actora debió demandar en sede contractual y no extracontractual, consideran [los sentenciadores de segundo grado] cualquiera de los dos regímenes de responsabilidad está sujeto a un estatuto de prueba similar, relativizándose la importancia de su distinción.

Concluyen los sentenciadores que al producirse un daño por negligencia médica, no se aprecia obstáculo para calificar a ese hecho como ilícito, que causó directamente un daño y que fue culposo o doloso, por lo que rechazan la excepción de equívoco régimen de responsabilidad deducida por los demandados, estimándose procedente la persecución de eventuales responsabilidades en sede extracontractual civil, al alegarse un hecho ilícito, que causa daño, cometido con dolo o culpa y con nexo causal.

Agregan que “no es posible categorizar de manera exclusiva los hechos en un solo régimen, desde que las relaciones paciente-médico presentan características complejas habitualmente con matices diversos, no siendo correctas las aseveraciones que, por cuestiones formales se atribuya una opción obligatoria”.

8.- En cuanto a la responsabilidad reclamada, se establece que los demandados incurrieron en una infracción al deber que les impone la *lex artis* médica. El demandado doctor Roberto (...), por proponer a su paciente un tratamiento sin tener certeza de sus efectos en articulaciones medias y los demandados doctora Marina (...) y doctos Horacio (...) por aplicarlo.

En segundo lugar, por suministrarse la sustancia radioactiva Y-90 que no era adecuada para las articulaciones de muñecas y la dosis a aplicar incierta y porque en su

administración, debió usarse apoyo de imágenes, lo que no ocurrió. Así, debido a la ejecución del tratamiento, esto es, infiltración de la sustancia radioactiva denominada Yttrium 90 en las muñecas de ambas manos de la demandante, ésta sufrió en ellas quemaduras por radiación y como consecuencia de esto, corte de tendones y con ello padecimientos económicos y morales.

Así, se concluye que en el caso sub-lite se cumplen todos y cada uno de los requisitos para que sobrevenga la responsabilidad civil extracontractual, como son la existencia de un actuar negligente por parte de los demandados (proponer y ejecutar un tratamiento cuyos efectos específicos en articulaciones medias se desconoce, con dosis inadecuadas y procedimiento inadecuado), la existencia del daño (necrosis por radiación) y el nexo causal (la necrosis por radiación se debió a la infiltración de la sustancia radioactiva Y-90, no pudiendo atribuirse esta consecuencia a la enfermedad base: artritis reumatoide).

9.- Pronunciándose el fallo de la Corte Suprema acerca de los argumentos de los demandados en torno a la supuesta prescripción de la acción, y tras aludir a las normas que regulan el procedimiento de mediación (arts. 43¹⁴ y 45 de la Ley N° 19.966, expresa:

a) Que de lo expuesto en estas normas, se desprende que la Ley de Garantías de Salud, establece un procedimiento de mediación en materia de responsabilidad médica, cuyo objetivo es facilitar la obtención de una reparación en casos de esta naturaleza, fijando para el caso de médicos privados y clínicas, la exigencia previa de una mediación que se entiende fracasada si falta acuerdo entre las partes acerca de la persona del mediador, de modo que solo es posible el ejercicio de acciones judiciales si dicha gestión de designación no prospera. En definitiva, con la introducción de la mediación en materia sanitaria, se establece una “condición precedente”, esto es, un requisito de procesabilidad para incoar acciones indemnizatorias (Carlos Pizarro Wilson, “Controversias Jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos”. Cuadernos de Análisis Jurídico VI Responsabilidad Médica. Universidad Diego Portales, 2010, p. 191), lo que conlleva la consagración de una serie de reglas procedimentales que inciden también en el procedimiento judicial para hacer efectiva dicha responsabilidad, precisamente en lo que dice relación con el plazo de prescripción de la acción, la que se ve afectada por la creación

¹⁴ El art. 43 de la Ley N° 19.966 consagra el procedimiento de mediación previa y de carácter obligatorio: “Artículo 43.- El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N°2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54. / En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y, a falta de acuerdo, la mediación se entenderá fracasada. / La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”.

de este presupuesto o exigencia procesal que impide su ejercicio, mientras no se agote la instancia de mediación.

b) Que en el caso sub lite la actora se vio compelida a cumplir con la exigencia de sujetarse al trámite de mediación previa que estableció la Ley N° 19.966, por encontrarse vigentes las normas de dicha ley, a la época de presentación de la demanda en octubre de 2008. De este modo, si el ejercicio de la acción judicial indemnizatoria de autos quedó supeditado al cumplimiento de la exigencia previa antes anotada, por aplicación de dicha normativa, no resulta procedente, y ello atentaría contra toda lógica –como lo pretenden los demandados- que ello sea parcial, es decir, que sólo rija para el cumplimiento de esa condición previa y no se aplique el efecto suspensivo de la prescripción del ejercicio de la acción, que la misma ley contempla, precisamente como contrapartida o paliativo de esta carga adicional, que le impone la ley a la parte demandante y que conlleva una demora en el inicio del proceso judicial.

c) Lo anterior, por lo demás, no sólo encuentra fundamento en un tratamiento justo e igualitario de los derechos y cargas procesales, sino que también en la regla de que las normas de procedimiento rigen *in actum*, conforme a lo dispuesto por el art. 24 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo De Las Leyes, carácter que no puede desconocerse a las disposiciones sobre el procedimiento de mediación y entre ellos, lo que torna en improcedente el derecho de opción que afirman tener los demandados por aplicación del art. 25 de esa ley.

d) Por otra parte, los recurrentes también cuestionan la decisión de los sentenciadores, respecto de la época en que debe computarse el inicio del plazo de prescripción, sosteniendo que esto correspondería hacerse a partir del tercer día desde la primera citación, esto es, la que se realiza a las partes previa aceptación del reclamo y designación del mediador, conforme a lo dispuesto por los arts. 31 y 26 del Reglamento de Mediación, lo que nunca tuvo lugar, al no haber habido acuerdo sobre la persona del mediador, fracasando esta, de modo que no habría operado la suspensión que los jueces del fondo establecen.

Al respecto, cabe señalar que la interpretación que propugnan los recurrentes no encuentra asidero en el texto de la Ley ni del Reglamento en estudio, desde que tal regulación, que establece la suspensión de la prescripción de la acción, no dispone que dicho efecto quede supeditado al presupuesto de haberse producido acuerdo en la designación de la persona del mediador, pues con ello haría ilusorio o ineficaz tal instituto jurídico, pues quedaría al completo arbitrio y poder de los futuros demandados, la determinación de tal hecho y con ello el del plazo para deducir la acción judicial correspondiente. En efecto, los incisos finales de los arts. 45 de la Ley N° 19.966 y 31 de su Reglamento, disponen que: “durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de la prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar”. Si bien no se establece con exactitud la época en que comienza a regir tal efecto, lo cierto es que tal determinación no puede sino que entenderse practicada desde que se inicia el procedimiento de mediación, el que conforme a lo dispuesto en el art. 22 del referido Reglamento, ocurre “por la presentación de un reclamo por el interesado” y la consiguiente citación a los reclamados, pues a través de ella se les pone en conocimiento de ésta, en la forma establecida en el art. 52 de la Ley de Garantías de Salud, norma que, a

su turno, se remite a lo dispuesto en el Párrafo 1° del Capítulo III de la Ley 19.880. De esta forma, queda en evidencia que la decisión de los sentenciadores a este respecto, es la que procede conforme al tenor e interpretación de las normas antes analizadas.

10.- Acto seguido, la sentencia de la Corte Suprema se hace cargo del segundo capítulo de los recursos deducidos por los demandados, expresando al respecto:

a) Que la controversia a la que atañe el segundo grupo de errores de derecho denunciados, dice relación con la naturaleza de la responsabilidad médica que se reclama en el caso sub lite. En este sentido, si bien se ha asentado que la misma pertenece al ámbito contractual, ya que encuentra finalmente sustento en el acuerdo de voluntades o vínculo convencional que se establece entre el médico y el paciente, habiéndose recurrido inicialmente a las normas y figura del mandato o del arrendamiento de servicios inmateriales, lo cierto es que no puede desconocerse también que las obligaciones médicas no son objeto de convenciones y precisas y que por el bien jurídico involucrado –salud de las personas- ha debido recurrirse para la delimitación de su contenido y efectos, a nociones como el deber general de cuidado y al de prudencia, pasando así la ley a regular los deberes y derechos de las personas involucradas, dándole un contenido normativo mayor a esta relación, en atención precisamente al tipo y naturaleza de las obligaciones que de ella derivan.

b) De ahí, entonces, que tratándose de la responsabilidad civil médica, la regulación en los términos expuestos, debilita la tajante distinción que tradicionalmente se ha hecho en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la responsabilidad contractual y la extracontractual, pues el contenido normativo no es tan diverso y en ambos estatutos existe un ilícito civil, dado por el incumplimiento al contrato o a las obligaciones que emanan de la ley.

Al respecto, resulta útil tener presente lo que Gabba señala sobre la materia: “Y por la misma razón precisamente, no creo tampoco que el médico o el cirujano, reo de culpa profesional en daño de un particular, sea responsable sólo de culpa contractual, la cual, al consistir en no cumplir o en cumplir mal la pretensión prometida, supone predeterminada en el contrato la prestación debida, tan exactamente al menos en sus caracteres esenciales, como el concepto del contrato pide. El contrato no ha hecho más que constituir al médico al cirujano ante su cliente, en una situación por así decirlo, de patronato que es una relación por sí mismo y que por sí mismo debe ser considerado, prescindiendo del contrato de que se origina, y que si de ella se abusa da vida a una verdadera responsabilidad aquiliana” (“Cuestiones prácticas de Derecho Civil Moderno, por C. F. Gabba. Traducción de Adolfo Rosada. Volumen Segundo. Madrid, p. 285).

En nuestro medio, se ha señalado que es una realidad innegable que los daños causados al paciente con ocasión de una intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente las características propias de una infracción contractual (al contrato de hospitalización y/o asistencia sanitaria) y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil (la violación del deber general de actuar con diligencia y no causar daño a otro). En otras palabras, la negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual (artículos 1547 y siguientes del Código Civil) y de la extracontractual (artículos 2314 y siguientes del Código Civil). Cuando se trata de un daño que se causa a la vida, a la integridad física o a la salud

del paciente no es fácil determinar con claridad si la obligación infringida por el demandado es contractual o simplemente se trata de la infracción de un deber general de no causar daño a otro (Zelaya Etchegaray, Pedro, “Responsabilidad Civil de Hospitales y Clínicas” (Modernas Tendencias Jurisprudenciales, Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 201, año LXV, Enero-Junio 1997, pp. 25 y 26).

De esta forma, podemos establecer que en el caso que nos ocupa estamos frente a la coexistencia de las responsabilidades mencionadas y la concurrencia de acciones para el acreedor o víctima del daño, la que en verdad aunque con un tratamiento distinto por la dualidad con que las regula el ordenamiento jurídico, no dejan de tener la misma naturaleza, es decir, en cualquiera de las sedes anotadas, se trata de una acción indemnizatoria de perjuicios, donde existe un incumplimiento contractual y una violación a las reglas delictuales, llegando incluso parte de la doctrina a plantear una tesis unitaria de responsabilidad, bajo la premisa que hechos ilícitos e incumplimientos, son ambas manifestaciones de una actuación contraria al derecho, que da origen a la obligación de indemnizar. Sin llegar a ese extremo, no puede, conforme a lo señalado, desconocerse que en el caso sub lite el hecho imputado a la demandada, es constitutivo o puede ser considerado simultáneamente tanto como un incumplimiento imputable y como un hecho ilícito, presentándose así, para el acreedor, la posibilidad de “opción de responsabilidades”.

Que en este escenario, no se vislumbra razón jurídica alguna para que pueda privarse a la víctima, el derecho de optar por el estatuto que utilizará para reclamar la reparación que pretende a modo de indemnización de perjuicios, es decir, de elegir o escoger, entre el ejercicio de la acción por responsabilidad contractual o el de la acción por responsabilidad delictual, el presentarse como en el caso de autos, tanto un incumplimiento a una obligación contractual y a una obligación legal, las que tienen un mismo objeto. Por lo demás, cabe tener en consideración que no se vislumbra tampoco perjuicio para los demandados por haber optado la demandante por la responsabilidad extracontractual, ya que el plazo de prescripción es inferior al de la contractual y la carga de la prueba en orden a acreditar los presupuestos de la acción ha sido de la demandante, habiéndose establecido este tipo de responsabilidad, cuyo contenido y condiciones no era distinto del ámbito contractual, conforme al contenido y naturaleza de las obligaciones de que se trata.

De este modo, conforme a nuestro derecho, tratándose de la responsabilidad civil médica, la decisión de los sentenciadores no es constitutiva de los yerros que se le han atribuido por los recurridos, desde que procedía reconocer a la actora, conforme a lo señalado, el derecho de optar por el estatuto de la responsabilidad extracontractual, como ocurrió en la especie.

11.- Que en cuanto al último capítulo de errores de derecho, que los recurrentes hacen consistir en la vulneración del art. 425 del Código de Procedimiento Civil, bajo la tesis de la errada apreciación del informe pericial que se hace por los jueces del grado, cabe precisar que dicha norma no le fija un valor probatorio tasado a la prueba pericial, como acontece con otras probanzas, sino que consagra la potestad del tribunal de apreciarla en conformidad a las normas de la sana crítica. Así, es la ley la que envía al juez la forma como apreciará la prueba, pudiendo, por ende, dar o no valor probatorio a estos medios, razonando conforme a las reglas de la lógica y máximas de experiencia, motivo por el cual

queda dentro de lo que se denomina prueba judicial y no legal. Si bien el análisis que debe efectuarse en observancia a las prescripciones que exige el art. 425 del Código de Procedimiento Civil podrá siempre ser revisado por la vía del recurso de apelación, considerando la libertad y naturaleza de los parámetros que se entregan al juez para dicha actividad, sólo muy excepcionalmente corresponderá a este Tribunal de Casación abocarse a estudiar el modo en que los sentenciadores han efectuado el razonamiento y han ponderado el mérito probatorio que es dable asignar al dictamen pericial, lo que sucederá en la medida que la manera de proponerse el arbitrio se lo permita; esto es, indicando con exactitud cuáles reglas de la sana crítica han sido inobservadas, especificando la manera en que se han conculcado y demostrando el correcto modo de aplicarlas, precisiones de las que el arbitrio carece, pues se limita más bien a cuestionar la apreciación que sobre dicha prueba hacen los jueces del fondo, en contraposición a otro que los recurrentes estiman mejor y que respalda su tesis sobre la falta de responsabilidad en los hechos.

Por otro lado su denuncia tampoco tiene la aptitud modificatoria pretendida por los demandados, puesto que los hechos asentados por los jueces del fondo no lo han sido únicamente sobre la base de dicho informe pericial, sino que en virtud y con el mérito de toda la prueba rendida, entre la que destaca la testimonial, la que no ha sido objeto de cuestionamiento, de manera tal que lo determinado en este aspecto no puede ser alterado.

12.- Que como consecuencia de los razonamientos que se han expuesto precedentemente, no cabe sino concluir que la sentencia impugnada no ha incurrido en los errores de derecho denunciados, por lo que los recursos impetrados por los demandados serán desestimarse.

13.- En cuanto al recurso de casación en el fondo deducido por la demandante, consigna la sentencia de la Corte Suprema:

a) Que la recurrente sostiene en su nulidad que el fallo de segunda instancia, al rebajar el monto de la indemnización por concepto de daño moral fijado en la sentencia impugnada, vulneró los arts. 2314 y 2329 del Código Civil, que establecen el principio de la reparación integral del daño causado a la víctima, conforme a lo cual no es posible atender a los elementos que consideran los jueces del grado, como la capacidad de los demandados o de la víctima para estos efectos, por ser ajenos a una regulación en tal sentido y que por lo demás no han sido objeto de discusión y prueba en el juicio.

b) Que en el fallo impugnado, los jueces de alzada resolvieron rebajar la cuantía del daño moral fijado en primera instancia, de \$80.000.000.- a la suma de \$30.000.000.-, teniendo en consideración que la indemnización debe estar orientada únicamente a la reparación integral del daño causado, objetivo primordial y esencial de la responsabilidad civil y que a su entender, los medios de convicción allegados al juicio para la acreditación del daño invocado por la accionante no justifican la determinación de la cuantía hecha en la sentencia de primer grado. Expresan que “el resarcimiento del daño moral sufrido por la actora no puede ser fuente de lucro para ella ni ocasión de empobrecimiento para los profesionales médicos que operaron como sujetos pasivos de este pleito, teniendo presente, además, que si bien en nuestro medio no existen baremos, la regulación de su cuantía debe estar en concordancia con los parámetros fijados por la jurisprudencia y con la realidad económica del país y la capacidad económica de los litigantes, sin sobrepasar los límites de la prudencia

y racionalidad en cada caso en particular, de suerte que, al entender de estos jueces, en el presente juicio resulta excesiva la determinación efectuada por el tribunal inferior, por lo cual, al momento de determinar el quantum indemnizatorio por dicho daño, se procederá a rebajar su monto a la suma dineraria que se dirá en lo conclusivo de este fallo, por estimarlo más proporcionado y adecuado a dichas consideraciones”.

c) Agrega el fallo de la Corte Suprema que la apreciación del daño moral en sí una actividad compleja dada por la naturaleza del mismo y en la que se presenta, además, el problema de medir en dinero el daño no patrimonial y donde el concepto de indemnización aparece identificado más que con la reparación propiamente tal, que es tan difícil de concebir en este tipo de lesiones, con el derecho de la víctima a una compensación equitativa. En efecto, este es el criterio al que se traduce, en la especie, el principio de reparación integral que rige en materia de indemnización de perjuicios, para cuya determinación, si bien al juez se le asigna cierta libertad, lo cierto es que también tiene limitaciones. Lo anterior resulta de crucial importancia, puesto que si bien se ha reconocido que la regulación del quantum del daño moral corresponde al ámbito prudencial de los jueces del fondo, lo cierto es que ello no es absoluto, puesto que no puede aceptarse como fundamento en este sentido cualquiera apreciación que pueda hacerse, desatendiendo el concepto y los principios que le dan contenido al mismo. De allí la necesidad de que los jueces de la instancia justifiquen la apreciación del daño moral, indicando los elementos que han considerado para tales efectos, en cumplimiento al deber de fundamentación de las sentencias, que tiene a asegurar no sólo la legalidad formal de las resoluciones, sino que también desde lo sustantivo, a reprimir toda arbitrariedad en el ejercicio de esta labor, la que debe encontrar sustento racional en el mérito de los antecedentes allegados al proceso. En este sentido y aun cuando se ha asentado la idea que la determinación del daño moral es una cuestión de hecho que no puede ser objeto de control jurídico por el tribunal de casación, lo cierto es que resulta útil efectuar una precisión sobre la materia, a fin de garantizar el principio de igualdad ante la ley, que se encuentra involucrado, el que se traduce en la exigencia de justicia de que haya una cierta igualdad y proporcionalidad relativa a las indemnizaciones; siguiendo así, los postulados del profesor Enrique Barros, quien distingue entre bases de apreciación del daño (que responden a una cuestión de derecho, revisable en sede de casación) y la apreciación en concreto (que responde a una cuestión de hecho) (Enrique Barros Bourie, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 319).

d) Tal distingo presenta relevancia en el caso sub-lite desde que la decisión de los jueces de alzada de rebajar el daño moral, encuentra aparente sustento precisamente en las bases de apreciación del daño que indica, aludiendo en este sentido a elementos ajenos a dicha figura jurídica como es la situación económica del país o la capacidad económica de los litigantes, que desvirtúan su naturaleza; circunstancias que por lo demás no formaron parte de la discusión de autos ni aparecen acreditadas en el proceso, de modo que tal determinación, no encuentra debida fundamentación.

e) A mayor abundamiento, sobre el particular los autores Mazeaud y Tunc plantean que el juez no tiene que practicar la caridad con el responsable, ni siquiera a expensas de una víctima muy acaudalada (José Luis Diez Schwerter, “El daño extracontractual ante la jurisprudencia. Comentarios”, Universidad de Concepción, p. 158, quien cita la obra de los

autores indicados “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, traducción 5ª edición por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa—América, buenos Aires, 1961).

f) Por su parte, esta Corte, en el mismo sentido, ha resuelto que infringe los arts. 2314 y 2329 del Código Civil la sentencia que reduce el monto de la indemnización fijada en primera instancia por la sola consideración de que el reo “no goza de gran solvencia económica”, pues “el quantum de la indemnización debe medirse por el daño causado y no por la hacienda del agente” (C.S., 29 de noviembre de 1968, Rev., Tomo 65, sec. 4ª, p. 323).

g) Todo lo cual determina que la, en definitiva, la decisión sobre la indemnización de perjuicios que se establece en el fallo, no encuentre debido fundamento, tornándose caprichosa o arbitraria y no cumpla con la exigencia de reparar en forma equitativa el daño sufrido.

h) Que con tal proceder, los sentenciadores han incurrido en los yerros denunciados, constitutivos de la vulneración de las normas citadas, al efectuar una incorrecta interpretación y aplicación de las mismas, los que han tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, desde que han determinado que la indemnización de perjuicios fijada no cumpla ni encuentre fundamento en los parámetros debidos ni cumpla con la finalidad debida de reparación o compensación de equidad.

i) Que conforme a lo señalado, el recurso intentado será acogido.

14.- Concluye el fallo de la Corte Suprema en los siguientes términos:

a) Se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos por los abogados (...), en representación de los demandados de autos.

b) Se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por el abogado (...), en representación de la demandante, en contra de la sentencia de 8 de septiembre de 2014, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta acto continuo.

c) Acordada en cuanto acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la demandante, con el voto en contra del Ministro Sr. Dahm, quien estuvo por rechazar también dicha nulidad por las siguientes consideraciones:

i.-Que del tenor de las alegaciones y errores de derecho denunciados por la recurrente, aparece que la nulidad sustancial se circunscribe en definitiva, a la impugnación de la regulación de la cuantía que los jueces del fondo hacen del daño moral, por estimarla insuficiente.

ii.-Que al respecto, cabe señalar que esta Corte ha concluido reiteradamente que la determinación del daño moral, corresponde a una cuestión de apreciación prudencial y subjetiva entregada a los jueces de la instancia, siendo éstos soberanos para fijar el monto de la indemnización, los que se encuentran facultados para recurrir a los factores de hecho que consideren relevantes para la evaluación judicial llamados a efectuar, puesto que la ley no ha señalado las normas que deben observarse para estos efectos. Se trata pues de una labor privativa de los jueces del fondo propia de su ámbito de competencia y que, por ende, escapa al control de casación. Así se ha resuelto en sentencias de este Tribunal de 20 de abril de 2015, dictada en los autos Rol N° 1.664-2015, de 3 de mayo de 2001, en autos Rol N° 3.176-2000, de 7 de enero de 2003, en causa Rol N° 679-02 y de 27 de marzo de 2002, de los autos Rol N° 1.643-01.

iii.- Que de este modo, quedando entregada la determinación de la cuantía del resarcimiento de la cuantía del daño moral a la discreción y prudencia del juzgador, la decisión que en el ejercicio de la referida facultad éstos adopten, no es susceptible de revisión por la vía intentada, pues el carácter subjetivo y la ausencia de regulación normativa sobre la materia, hace inviable la conculcación de normas sustantivas, como lo sostiene la recurrente.

iv.- Que por otro lado, la decisión de los jueces de alzada de rebajar el daño moral a la suma que indican, ha sido debidamente fundada en el fallo impugnado, conforme a los criterios y elementos de los cuales dejan expresa constancia, lo cual determina la ausencia de cualquier arbitrariedad en el ejercicio de la referida facultad.

15.- En la respectiva sentencia de reemplazo, la Corte Suprema confirma la sentencia apelada de fecha 12 de septiembre de 2012, que había fijado la suma de \$80.000.000.- por concepto de indemnización por daño moral, con el voto en contra ya mencionado.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa Maggi D., Sr. Jorge Dahm O. y Abogados Integrantes Sres. Álvaro Quintanilla P. y Juan Figueroa V. Redacción a cargo del último y del voto en contra su autor.

9.- Falta de servicio. Es factible asentar la falta de servicio demandada, toda vez que evidentemente no se puede mantener a un paciente que consulta en urgencia, con una espera que se prolonga por más de cuatro horas, sin que el colapso de los servicios públicos pueda servir de causal de exculpación. En el caso, corresponde aplicar la teoría de la pérdida de la chance, pues la tardanza en la atención de la víctima no puede entenderse como causa de la muerte de ésta, pero sí la privó de la oportunidad de haber detectado su condición de salud y de la posibilidad de haberle salvado la vida. Asimismo, se privó a los demandantes de la posibilidad de haber contado con la presencia de la víctima por un tiempo mayor. Es procedente por ende una rebaja en la indemnización. Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de octubre de 2016, autos Rol N° 22.751-2015.

Santiago, veinticinco de octubre de dos mil dieciséis.

Dando cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de casación precedente, se dicta el siguiente fallo de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos décimo tercero, décimo sexto, décimo noveno y vigésimo segundo que se eliminan.

Y se tiene, además, presente:

1) Que, tal como lo expone el Juez a quo en el fundamento undécimo, constituye un hecho de la causa que el día 4 de agosto de 2006 José Tiznado Avello ingresó al servicio de urgencia del Hospital Dr. Henríquez Aravena a las 17:07 horas, oportunidad en que fue categorizado C3, razón por la que debió esperar para que se le brindara la atención médica. Después de cuatro horas de espera, aproximadamente a las 21 horas, el paciente sufrió un desmayo en las afueras del recinto hospitalario, a consecuencia de lo cual se le ingresa y practican

exámenes que dan cuenta de que sufría un infarto al miocardio, practicándole cateterismo de urgencia, sin que se lograra evitar su fallecimiento.

2) Que esta Corte ha señalado reiteradamente que la falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el artículo 42 de la Ley N° 18.575. Pues bien, en materia sanitaria, el 3 de septiembre de 2004 se publica la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, cuerpo normativo que introduce en el artículo 38 la responsabilidad de los Órganos de la Administración en esta materia –al igual que la Ley N° 18.575- la falta de servicio como factor de imputación que genera la obligación de indemnizar a los particulares por los daños que éstos sufran a consecuencia de la actuación de los Servicios de Salud del Estado.

3) Que la situación fáctica descrita en el fundamento primero precedente admite tener por establecidos una serie de hechos que, analizados en su conjunto, permiten tener por configurada la falta de servicio consagrada normativamente en el artículo 38 de la Ley N° 19.966, pues claramente el Servicio de Salud de la Araucanía, a través de su red hospitalaria –Hospital de Dr. Hernán Henríquez Aravena- no otorgó a su usuario, don José Tiznado Avello, la atención de salud requerida de manera eficiente y eficaz.

En efecto, existe en la especie una falta de servicio evidente y directa, puesto que, a juicio de esta Corte, más allá que por la pérdida de la ficha clínica (hecho del cual pueden derivar responsabilidades disciplinarias pero que no pueden considerarse para establecer la responsabilidad demandada, pues entre tal hecho y el fallecimiento del paciente no es posible establecer un vínculo de causalidad), no se pueda establecer cuáles fueron los síntomas que manifestó el paciente al ingresar al servicio de urgencia a las 17:07 horas, lo cierto es que en estos autos es factible asentar la falta de servicio demandada con prescindencia de aquello, toda vez que evidentemente no se puede mantener a un paciente que consulta en urgencia, con una espera que se prolonga por más de cuatro horas, sin que el colapso de los servicios públicos pueda servir de causal de exculpación. En este aspecto, si bien el servicio señala que le entregó una categorización atendida la gravedad con la que ingresa el paciente, lo cierto es que ello necesariamente debe vincularse con tiempos razonables de atención, cuestión que no se cumple en la especie, máxime si se considera que las categorizaciones van de C1 a C5, habiéndose categorizado al paciente como C3, es decir, se le asigna una especie de mediana gravedad, por lo que no resulta aceptable que se le mantuviera en espera por el lapso que se le tuvo. En este punto, se debe consignar que ni siquiera se tiene certeza de que la espera no se hubiera prolongado por más horas, pues es la circunstancia que el paciente se desmayara rompiéndose la cabeza lo que motiva su atención inmediata, y no el hecho que llegara su turno de atención.

4) Que los antecedentes de hecho asentados tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que se desarrollan en el contexto de la prestación de un servicio público, a través de agentes que se desempeñan en un hospital estatal, y que en el ejercicio de sus funciones deben proveer las prestaciones médicas necesarias al paciente, de forma tal de evitar su exposición a riesgos innecesarios,

sin escatimar esfuerzos para ello, sobre todo porque se cuenta con equipo técnico y profesional para llevar a cabo tal labor, siendo del todo exigible que se agoten las medidas necesarias para evitar que se produzcan resultados dañosos en la prestación del servicio de salud que se brinda a los usuarios del sistema.

5) Que, establecida la falta de servicio en la que incurrió el Hospital de San Javier (sic)¹⁵, cabe referirse a los restantes requisitos de la responsabilidad demandada, esto es a la relación de causalidad y a los daños.

6) Que para que se genere la responsabilidad por falta de servicio es necesario que entre aquélla y el daño producido exista una relación de causalidad, la que exige un vínculo necesario y directo. En este mismo orden de ideas se sostiene que un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido ésta, el resultado tampoco se habría producido. Así, se ha sostenido por la doctrina que “El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado”, “[...] la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño.” (“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Enrique Barros Bourie. Primera edición, julio de 2013, Editorial Jurídica de Chile, página 373).

Actualmente la doctrina nacional distingue dos elementos que son integrantes de la relación de causalidad. El primero es el denominado “elemento natural”, en virtud del cual se puede establecer que “un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido” (Enrique Barros Bourie, op. cit.). El segundo es el “elemento objetivo”, para cuya configuración es indispensable que el daño producido pueda ser imputado normativamente al hecho ilícito. De este modo, una vez determinada la causalidad natural, se debe proceder a verificar si el daño puede ser atribuible a la conducta desplegada.

El último autor mencionado, refiriéndose al principio de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non*, refiere: “La doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que para dar por acreditada la causalidad debe mostrarse que el hecho por el cual se responde es una condición necesaria del daño. Y un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido (el hecho es *condictio sine qua non* del daño)...” (obra citada, página 376).

Se ha señalado también que “Es condición del resultado toda circunstancia concurrente a su producción, que, al ser suprimida mediante una operación mental hipotética, determina la supresión del resultado” (Enrique Cury Urzúa, obra citada página 294).

7) Que en materia sanitaria la certidumbre sobre la relación causal es difícil de establecer, por lo que en estos regímenes de responsabilidad en la mayoría de los casos sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual el demandado deba responder.

En el caso concreto, existen dificultades para establecer el vínculo causal, atendido los grados de incertidumbre. En efecto, una vez establecido que el servicio prestado al

¹⁵ En realidad, el hospital donde ocurrieron los hechos es el hospital regional de Temuco.

paciente José Tiznado Avello fue deficiente, no debe perderse de vista que, en definitiva, el reproche que se formula a la Administración es no haber atendido al paciente en forma oportuna, en un tiempo cercano a su primera consulta, a las 17:07 horas del día 4 de agosto de 2006, razón por la que no es posible establecer el vínculo de causalidad entre la falta de servicio asentada y la muerte del paciente, pues no se puede determinar que la atención inmediata del paciente hubiera impedido que éste sufriera el infarto al miocardio; no obstante aquello, indudablemente tal atención sí habría otorgado al paciente una posibilidad clara de sobrevivir porque el mal que le aquejaba se habría descubierto y tratado apenas comenzó a exteriorizarse. Así, resulta pertinente, traer a colación la teoría de la pérdida de la chance para efectos de determinar la relación de causalidad.

8) Que, respecto de la pérdida de la chance o pérdida de oportunidad, la doctrina extranjera ha referido que: “Enseñaba Cazeaux que ‘entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises, como las llama la doctrina’, y tal es el caso de la ‘chance’. El mismo autor añadía: ‘Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades” (Félix Trigo Represas, “Pérdida de chance”. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008. Pág. 25).

Entre nosotros se ha sostenido que: “La pérdida de una chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado”, destacando enseguida que se trata del caso de “una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien ‘aleatorio’ que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja” (Mauricio Tapia Rodríguez, “Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?”, en “Estudios de Derecho Civil VII”. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011. Fabián Elorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, pág. 650).

Asimismo, se ha reseñado: “Las chances por las chances no se indemnizan. Estas deben representar para el demandado la posibilidad de estar mejor. No es la privación de una chance en sí lo que la hace indemnizable, sino la concatenación de ésta a un resultado eventualmente más beneficioso para la víctima. Lo que se sanciona con la pérdida de chance no es el hecho de que la víctima no haya podido optar, elegir, escoger, decidir (un

análisis como ese sería incompleto); antes bien, la pérdida de la chance se hace indemnizable sólo cuando las chances representan para la víctima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente [...] En pocas palabras, no es el derecho a optar lo que se indemniza, sino el derecho a optar por algo mejor” (Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi. “Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pág. 267).

En términos que son directamente aplicables al caso concreto, se ha sostenido que: “En cuanto a la pérdida de chance de supervivencia, Chabas ha dicho que, ‘cuando el paciente pierde, por ejemplo, una chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte, es la eliminación de un simple potencial de chances..., la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca al perjuicio; lo que estaba en juego aparecía afectado por un álea..., el álea está en la base; es un elemento constitutivo de lo que está en juego. El perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de las chances que le quedaban cuando el médico intervino’ [...] El perjuicio no es la vida, sino la pérdida de la chance que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico” (Félix Trigo Represas, op. cit. Pág. 191 y 192).

9) Que, en el caso concreto, el vínculo de causalidad, se relaciona estrechamente con la teoría en análisis, pues aplicando las ideas expuestas en los considerandos anteriores se concluye que la relación causal no se vincula con la muerte del paciente -pues existen grados de incertidumbre que impiden establecer el nexos causal-, sino que con la circunstancia de privarlo de una oportunidad de detección precoz del infarto al miocardio y de un tratamiento con mayor grado de eficacia.

En efecto, la omisión de una atención, diagnóstico y tratamiento oportuno sólo puede relacionarse causalmente con la pérdida de la oportunidad de una posible sobrevida que le habría entregado al paciente el tratamiento oportuno, pues de no mediar la falta de servicio establecida en autos, aquél habría tenido la opción de haber detectado precozmente el infarto al miocardio, chance de la que fue privado por la actuación negligente de los funcionarios pertenecientes a los servicios demandados. Tal chance, también la tenían las demandantes de estos autos, quienes demandan en calidad de víctimas directas -pues no demanda por el daño sufrido por el paciente- sino que su propio daño, por la pérdida temprana e irreparable de José Tiznado Avello, quien era cónyuge y padre de los actores, daño que, como se señaló, sólo puede vincularse a una oportunidad de contar con su pariente por un tiempo mayor.

Así, lo relevante es que la falta de servicio, esto el mal funcionamiento del Servicio de Salud de la Araucanía -Hospital Dr. Hernán Henríquez Aravena-, privó no sólo al paciente de la posibilidad de un tratamiento oportuno que hubiera eventualmente sido eficaz para enfrentar el infarto sufrido, sino que también a los actores, pues sólo este es el daño que puede atribuirse a los demandados. En esta perspectiva, la pérdida de la chance, en cuanto aquella determina la rebaja de la indemnización es aplicable al caso concreto, pues no puede serles indemnizado el daño relacionado con la muerte del paciente, porque respecto de aquello no es posible establecer el vínculo de causalidad.

10) Que, como se señaló, los demandantes revisten la calidad de víctimas directas del daño causado por la falta de servicio del personal dependiente de los servicios demandados

desde que han padecido un perjuicio personal constituido por la privación a que fueron sometidos, en cuanto se trata de los hijos y cónyuge de José Tiznado Avello, de haber contado con la presencia de su familiar durante un tiempo mayor.

11) Que, estando asentado en el fundamento vigésimo primero del fallo en alzada, el daño moral sufrido por los actores, en lo que atañe a la regulación del monto de la indemnización a cuyo pago serán condenados los demandados, cabe destacar que, como se ha dicho, la “doctrina en este sentido es unánime. La oportunidad es lo que se debe indemnizar, y no lo que estaba en juego. Si es que se debe reparar la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, ‘(...) el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiera realmente matado al enfermo’. Por eso se ha dicho que la indemnización o el valor es parcial, pues nunca debe ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida” (Ríos Erazo y Silva Goñi, op. cit. Pág. 268).

12) Que, atendido a que como se señaló, la falta de servicio no privó de la vida al señor Tiznado Avello, sino que de la opción de tener un tratamiento que eventualmente le habría puesto en una posición de luchar por su vida, oportunidad de la que también fueron privados sus familiares directos, actores de estos autos, quienes no pudieron contar por un tiempo mayor con la presencia de un cónyuge y padre, se regula el monto de la indemnización que el demandado deberá pagar en una suma considerablemente inferior a la solicitada por los actores, pues se estima que no resulta posible avaluar el monto en relación a la pérdida por la muerte del paciente sino sólo la pérdida de la chance en los términos que han sido explicados.

13) Que, en consecuencia, se establece prudencialmente el monto de la precitada indemnización por concepto de daño moral en la suma de \$20.000.000 en favor de cada uno de los actores.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 144 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se confirma** con declaración el fallo de primer grado condenando al Servicio de Salud Araucanía Sur a pagar la suma de \$20.000.000 (veinte millones de pesos) a cada uno de los hijos de José Tiznado Avello, esto es, Catalina, Myriam y Alex, todos de apellidos Tiznado Anabalón, hijos de José Tiznado Avello; y en favor de Myriam Anabalón Fierro, cónyuge de la víctima, sumas que deberán ser reajustadas desde la fecha en que la presente sentencia quede ejecutoriada y pagadas con intereses a contar de la fecha en que el demandado incurra en mora, si ello aconteciere. Regístrese y devuélvase con sus agregados”.

Redacción a cargo del Ministro señor Aránguiz.

Rol N° 22.751-2015.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sr. Carlos Aránguiz Z., y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla P.