

Responsabilidad civil por negligencia médica

Autor

Álvaro
Vidal
Olivares

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 5
ISBN N°
2021-A-2263
Santiago,
Chile 2020

Autor

Álvaro
Vidal
Olivares

Abogado, Pontificia Universidad
Católica de Valparaíso. Doctor en
Derecho, UAM España. Profesor de
Derecho Civil PUCV.

Resumen

En el presente material, se analiza el fenómeno de la responsabilidad civil por negligencia médica en el ordenamiento chileno, exponiendo sus temáticas más relevantes: el contrato médico como fuente de la responsabilidad profesional médica, la configuración del incumplimiento contractual y la prueba de la culpa, el daño como elemento de la responsabilidad y, en fin, la responsabilidad sanitaria del Estado por falta de servicio.

Palabras clave

— Responsabilidad médica — Contrato médico — Responsabilidad profesional — Culpa profesional — Negligencia médica

Índice de contenidos

Introducción	8
La sectorización de la responsabilidad civil	8
El régimen legal de la relación médico-paciente y de la responsabilidad civil médica	19
1. El contrato médico	24
1.1 Presupuesto de la responsabilidad civil médica: el contrato médico	25
1.2 Fisonomía del contrato médico	30
1.3 Consentimiento informado, deberes de información y contrato médico	34
1.3.1 Presentación	34
1.3.2 La información previa como presupuesto para la autodeterminación: acepta o rechaza la atención médica	34
1.3.3 El consentimiento informado	37
1.3.4 El deber de información: reconocimiento y contenido	40
1.3.5 El deber de informar aspectos distintos del tratamiento y sus consecuencias	46
1.3.6 Formalidades del deber de información	49
1.3.7 Límites al deber de información	50
1.3.8 Los límites al consentimiento informado	54
1.3.9 Causalidad hipotética y consentimiento tácito informado	56
1.3.10 Incumplimiento del deber de información y consecuencias jurídicas	64
1.3.11 Naturaleza de la responsabilidad que surge por infracción del deber de información	67
1.4 El contenido del contrato médico	70
1.4.1 ¿A qué se obliga el profesional médico? La obligación de medios	70
1.4.2 La <i>lex artis</i> médica	76
1.4.3 Integración del contrato y buena fe: situación con la LDDP	83
1.4.4 Los deberes del médico: entre la buena fe y la LDDP	86
1.4.5 Obligaciones y deberes del paciente	88
1.4.6 Los deberes de colaboración del paciente más allá de la norma legal	89
1.4.7 La infracción del deber de colaboración	91
1.4.8 Las consecuencias de la infracción de los deberes de colaboración del paciente	92

2. El incumplimiento y la imputabilidad	100
2.1 Incumplimiento, diligencia y culpa	101
2.1.1 Una misma anatomía del incumplimiento e imputabilidad para las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado	101
2.1.2 Incumplimiento e imputabilidad subjetiva en las obligaciones de medios	106
2.1.3 Cumplimiento e incumplimiento en las obligaciones de medios	108
2.1.4 El incumplimiento y la culpa de la persona deudora en las obligaciones de medios	111
2.1.5 Acerca de lo debido en las obligaciones de medios	113
2.1.6 La función de la diligencia exigible en las obligaciones de medios	118
2.1.7 Síntesis	126
2.1.8 La excepción: la obligación de resultado en el ámbito médico	127
2.2 La prueba del incumplimiento y la culpa	130
2.2.1 La pregunta	130
2.2.2 La antinomia de las obligaciones de medios: presunción de incumplimiento culpable	131
2.2.3 La prueba del incumplimiento y la presunción de imputabilidad en las obligaciones de medios. Otra manera de entender las cosas.	140
2.2.4 ¿Cómo resuelven los tribunales?	149
2.3 El error médico	155
3. La responsabilidad del médico por el hecho de sus auxiliares y por el defecto de los insumos para la ejecución de la prestación	159
3.1 La responsabilidad del médico por el hecho de sus auxiliares	160
3.1.1 La ejecución de la prestación y los auxiliares del médico	160
3.1.2 ¿Los proveedores del deudor son considerados auxiliares?	161
3.1.3 La ejecución del contrato médico, naturalmente, requiere de la intervención de auxiliares	163
3.1.4 El incumplimiento del médico debido a la falta de cumplimiento del auxiliar	165
3.1.5 La responsabilidad del médico por el hecho de sus auxiliares	167
3.1.6 El médico responde por el hecho de los auxiliares que integran su equipo médico	173
3.1.7 ¿Contra quién puede dirigirse el paciente en supuestos de incumplimiento debido a la falta del auxiliar del médico?	182
3.2 Responsabilidad civil de la figura médica por la utilización de insumos y/o instrumental con defectos	190
4. El daño patrimonial y extrapatrimonial en la responsabilidad civil médica	194
4.1 Introducción	195
4.2 El daño emergente	198

4.2.1	Reconocimiento legal y su noción	198
4.2.2	Daño emergente por ilícito médico: lesión del interés de indemnidad personal y a la integridad patrimonial	198
4.2.3	Prevención sobre la certidumbre del daño emergente futuro	199
4.3	Lucro cesante	200
4.3.1	Reconocimiento legal y noción	200
4.3.2	Lucro cesante y lesión al interés de integridad patrimonial	201
4.3.3	Un obstáculo: la certidumbre del lucro cesante	201
4.3.4	El lucro cesante en la responsabilidad civil médica	204
4.3.5	El contenido del lucro cesante	207
4.3.6	Sobre la cuantificación del lucro cesante	208
4.3.7	Lucro cesante reflejo o por repercusión	209
4.3.8	A modo de síntesis	210
4.4	El daño moral	211
4.4.1	El punto de partida: la regla de la previsibilidad y el fin de protección del contrato	211
4.4.2	El daño moral contractual es indemnizable	214
4.4.3	Síntesis	219
4.5	El daño corporal como manifestación del daño moral	220
4.5.1	La noción de daño corporal y su relación con el daño moral	220
4.5.2	La peculiaridad del daño corporal	221
4.6	Pérdida de una <i>chance</i> u oportunidad	224
4.6.1	Acerca de la noción de pérdida de una <i>chance</i>	224
4.6.2	Dos cuestiones previas: ni lucro cesante, ni daño eventual	226
4.6.3	Los requisitos como daño indemnizable	227
4.6.4	Pérdida de la oportunidad de los familiares de la víctima de compartir más tiempo con ella	236
4.6.5	Conclusiones	237
5.	La responsabilidad de las instituciones públicas prestadoras de salud	238
5.1	Ideas previas	239
5.2	Presupuesto para el ejercicio de la acción indemnizatoria de daños en contra de un prestador de salud: la mediación prejudicial	240
5.3	Generalidades	247
5.4	Régimen legal	249

5.5 Situación de los órganos excluidos del inciso 2º del artículo 21 de la Ley N° 18.575: los hospitales militares	260
5.6 Las infecciones intrahospitalarias	266
Glosario	272
Ejercicios de aplicación	277
Bibliografía	283

Introducción

La sectorización de la responsabilidad civil

Los regímenes especiales de responsabilidad civil

Los avances de la ciencia y la tecnología, junto con los constantes desafíos de la economía, constituyen una fuente inagotable de problemas que no siempre encuentran una solución satisfactoria en el Código Civil (en adelante, CC) y su andamiaje normativo del siglo XIX. Esto es particularmente acusado en materia de derecho de daños. Y es que, mientras más sofisticada es una determinada actividad, mayores son los problemas de daños que suscita su desarrollo, y más difícil se torna brindar a la víctima del daño una tutela resarcitoria adecuada a su interés lesionado.

Frente a dicha situación, la legislación ha optado por mantener intacta la normativa del Código Civil, introduciendo, en cambio, estatutos especiales. La justificación de estos estatutos se halla en la propia naturaleza de la actividad (su peligrosidad o el riesgo de lesión del interés ajeno), la posición de la víctima o el daño que pueda originar su realización. Estos estatutos especiales se distancian, en mayor o menor medida, de la normativa del libro IV del Código Civil, tanto en lo que refiere al daño extracontractual (como ocurre, por ejemplo, con la responsabilidad por falta de servicio), como al daño contractual derivado del incumplimiento de contrato (como ocurre en materia de negligencia médica o consumidores).

La creación de estatutos especiales de responsabilidad civil es un fenómeno que se conoce como “sectorización de la responsabilidad civil”¹. Los marcos normativos que contiene cada estatuto se denominan “regímenes especiales de responsabilidad”², y entre ellos destacan los siguientes:

1 CORRAL (2013), pp. 249 y ss.; BARROS (2020), p. 703 y ss.

2 CORRAL (2013), pp. 249 y ss.; BARROS (2020), p. 703 y ss.

- Responsabilidad por daños causados a los trabajadores con ocasión de la relación laboral (Ley N° 16.744)³.
- Responsabilidad por daños causados por vehículos motorizados (Ley N° 18.290 y Ley N° 18.490)⁴.
- Responsabilidad por daños causados por aeronaves (Ley N° 18.916, que contiene el Código Aeronáutico)⁵.
- Responsabilidad por daño al medio ambiente (Ley N° 19.300)⁶.
- Responsabilidad por daños provocados por el ejercicio de la actividad nuclear (Ley N° 18.302)⁷.
- Responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento de proveedores en materia de contratos de consumo. La ley reconoce al consumidor el derecho a la reparación de los daños materiales y morales –artículo 3 e)– y le confiere acción para reclamar su indemnización individual o colectivamente (en defensa de interés colectivo o del interés difuso) –artículo 51–. Esta protección se extiende a las pymes por disposición de la Ley N° 20.416⁸.
- Responsabilidad por los daños que cause la Administración del Estado (Ley N° 18.575, en conjunto con las normas pertinentes de la Constitución Política de la República)⁹.
- Responsabilidad por daños provocados por defectos de la construcción (D.F.L. N° 458 de 1975)¹⁰.
- Responsabilidad por daños provocados a causa del ejercicio de la actividad periodística (Ley N° 19.733 y Ley N° 19.628)¹¹.

3 DIEZ SCHWERTER (2008), pp. 163-185; CORRAL (2013), p. 249; BARROS (2020), pp. 750 y ss.

4 BARROS (2020), pp. 774 y ss.; CORRAL (2013), pp. 259 y ss.

5 CORRAL (2013), pp. 264-265; PEÑA (2018), pp. 16-37.

6 VIDAL (2008), pp. 119-140; CORRAL (2020), pp. 265.

7 GONZÁLEZ y ACEVEDO (2013), pp. 11-41.

8 CORRAL (2013), pp. 270 y ss.

9 CORRAL (2013), pp. 309 y ss., BERMÚDEZ (2014), pp. 469 y ss.

10 CORRAL (2013), pp. 275 y ss.

11 CORRAL (2013), pp. 279 y ss.

Con todo, conviene advertir que, en algunos casos, la sectorización de la responsabilidad civil ha tenido lugar sin esperar la dictación de una ley especial, pudiendo hablarse entonces de una sectorización no legal o dogmática.

- Responsabilidad por daños provocados como consecuencia de la actividad sanitaria del Estado (Ley N° 19.966)¹².
- Responsabilidad por infracción al contrato médico, reconociendo los derechos y deberes de los pacientes, la Ley N° 20.584)¹³.
- Responsabilidad por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (Ley N° 16.744)¹⁴.
- Responsabilidad por actos del Ministerio Público (Ley N° 19.640).
- Responsabilidad por falta de servicio cometida por las municipalidades (Ley N° 18.696)¹⁵.
- Responsabilidad por infracción a las normas de propiedad intelectual (Ley N° 17.336)¹⁶.
- Responsabilidad por vertidos de hidrocarburos del Decreto Ley N° 2222 que contiene la Ley de Navegación.
- Responsabilidad por tratamiento indebido de datos personales (Ley N° 19.628 sobre Protección a la Vida Privada)¹⁷.
- Responsabilidad por competencia desleal en materia de libre competencia (Decreto Ley N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia)¹⁸.

Con todo, conviene advertir que, en algunos casos, la sectorización de la responsabilidad civil ha tenido lugar sin esperar la dictación de una ley especial, pudiendo hablarse entonces de una sectorización no legal o dogmática. En efecto, en algunos casos han sido los jueces y juezas quienes han asumido la tarea de ofrecer una respuesta a las necesidades de protección de ciertos intereses que no encuentran adecuado asiento normativo en el Código Civil, relacionando distintas

12 PIZARRO (2017), pp. 121 y ss.

13 PIZARRO (2017), pp. 12 y ss.

14 CORRAL (2013), pp. 249 y ss.; DIEZ SCHWERTER (2008), p. 163-185.

15 BERMÚDEZ (2014), pp. 465 y ss.

16 CORRAL (2013), pp. 333 y ss.

17 CORRAL (2013), pp. 281 y ss.

18 CORRAL (2013), pp. 329 y ss.

disposiciones legales, construyendo dogmáticamente un régimen de responsabilidad especial. Esto es lo que ha ocurrido precisamente en el caso de la responsabilidad médica, como se verá más adelante.

Los regímenes especiales de responsabilidad y el recurso al derecho común

El fenómeno de la sectorización de la responsabilidad civil se manifiesta con diversa intensidad normativa. La regla es que la sectorización opere sirviéndose de escasas disposiciones, las estrictamente necesarias para introducir la norma que se hace cargo de la peculiaridad del sector, o de la actividad que justifica la desviación respecto del libro IV del Código Civil. Se trata de disposiciones que suplen o corrigen el régimen del Código Civil. Acaso el ejemplo más conspicuo sea el de la falta de servicio de la Ley de Orgánica de Municipalidades, o el de la Ley Orgánica de Bases Generales de Administración del Estado¹⁹. Excepcionalmente, la sectorización ofrece una regulación extendida (en todo caso, nunca completa) de aquellos aspectos que configuran el supuesto de la responsabilidad civil y de la relación jurídico-obligatoria que ella origina, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente²⁰.

La sectorización y creación de regímenes especiales convive, por ello, en mayor o menor medida, con las normas del libro IV del Código Civil, tanto en lo contractual como en lo extracontractual²¹. El Código

-
- 19 La ley se limita a prever la responsabilidad por un criterio de atribución de responsabilidad especial, “la falta de servicio”; y la segunda añade el derecho de repetición en contra del funcionario que causa la falta personal.
- 20 El artículo 3° de la ley señala que: “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”. Posteriormente, al regular la responsabilidad por daño ambiental, en el título 3° de la ley, su artículo 51 reitera que: “Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley”. Puede considerar la Ley N° 18.290 del Tránsito, que en su artículo 171 señala que: “En todo accidente del tránsito en que se produzcan daños el o los participantes estarán obligados a dar cuenta de inmediato a la autoridad policial más próxima. Se presumirá la culpabilidad del o de los que no lo hicieren y abandonaren el lugar del accidente. Asimismo, se presumirá la responsabilidad del conductor que no cumpla lo establecido en el artículo 183 y abandonare el lugar del accidente”. También la Ley N° 19.966, o Ley Auge, que en su artículo 38 señala: “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio”.
- 21 CORRAL (2018), pp. 24-26; BARROS (2020), pp. 17 y ss.

Civil es el derecho común y supletorio respecto de estos regímenes, de modo que, en todo lo no previsto por la norma especial sectorial, se mantiene vigente la disciplina que el código prevé²².

En algunos casos, la propia ley especial nos recuerda, sin ser necesario, esa función del Código Civil de ser derecho común, como ocurre en el artículo 51 de la Ley N° 19.300²³: “Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley.

No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del título 35 del libro IV del Código Civil”.

Ese recurso al derecho común implica mucho más que acudir al texto del libro IV del Código Civil. Es necesario conocer y aplicar todo el desarrollo dogmático del que esta parte de nuestro Código Civil ha sido objeto durante años, es decir, la forma que esa norma es entendida y aplicada. En efecto, hoy, los sistemas de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, ofrecen una serie de reglas y de criterios que no están plasmados en el libro IV del Código Civil. La doctrina y la jurisprudencia de los tribunales superiores, tomando como modelo las soluciones del derecho comparado, ha ido acuñando tales reglas y criterios que inciden en todos los elementos de la responsabilidad, fortaleciendo la responsabilidad civil concebida por la legislación decimonónica.

Uno de los aspectos en que más se observa ese desarrollo es el del daño moral. En efecto, el daño moral es una categoría ajena al CC, que fue excluida por años de la indemnización extracontractual y contractual. Hoy, sin embargo, representa la partida más gravitante

22 CORRAL (2018), pp. 24-25 y MEJÍAS (2018), p. 254.

23 VIDAL (2008), pp. 119-140.

en la práctica judicial y a la que mayor atención le ha prestado la doctrina. Su inclusión en la indemnización extracontractual es consecuencia de la correcta lectura del principio de la reparación integral que recoge el artículo 2329 del CC²⁴. En la responsabilidad contractual, su inclusión se debe a la consideración de argumentos constitucionales y una reinterpretación del artículo 1556 del mismo Código Penal²⁵. Además, la noción misma de daño moral ha evolucionado. En un primer momento, el daño moral es concebido como el *pretium doloris* (noción subjetiva). Hoy, en cambio, el daño moral equivale a la lesión de cualquier derecho no patrimonial que integre la personalidad de la persona, partiendo por aquellos reconocidos constitucionalmente (noción objetiva), lo que permite incluir otros daños que hasta hace poco quedaban sin reparación, como el daño corporal. En cuanto a la legitimación activa para demandar el daño moral, hoy se entiende que no sólo la posee la víctima directa, sino también aquellas víctimas por repercusión o rebote, proponiéndose una serie de criterios para delimitar la legitimación de estas últimas. Se ha discutido, igualmente, si la acción de indemnización por daño moral es transmisible, prevaleciendo hoy la idea de que no lo es. Por último, hoy se acepta que las personas jurídicas pueden ser víctimas de daño moral.

Pero esos avances también se observan en otros aspectos. Así, por ejemplo, en materia de daño indemnizable, se incorpora la partida de la pérdida de una oportunidad, que es especialmente importante en responsabilidad médica y en la responsabilidad del Estado por falta de servicio. O en materia de culpa, en que aparece la presunción de culpa por el hecho propio, la culpa anónima y la culpa de la organización; y la idea de la responsabilidad objetiva en el caso de las obligaciones de resultado, limitando el rol de la culpa a las obligaciones de medios. O en materia de legitimación pasiva, con la aceptación de la categoría de las obligaciones concurrentes o responsabilidad *in solidum*.

24 CORRAL (2013), pp. 144 y ss.

25 DOMÍNGUEZ (2006), pp. 227-244; RUTHERFORD (2013), pp. 669-689; DE LA MAZA (2018), pp. 275-309.

La labor de integración normativa no puede concebirse como una labor mecánica; por el contrario, ella presupone una tarea previa de interpretación que obliga a prestar atención a los principios que inspiran aquella norma especial y lo que ella busca.

Todos estos aspectos, ajenos a la disciplina del CC, son, sin embargo, aceptados por la doctrina y, aún más importante, por los tribunales. Y es más, la propia legislación de los regímenes especiales los ha ido reconociendo, como ocurre con el daño moral en materia de contratos de consumo²⁶, o en el ya referido artículo 51 de la Ley N° 19.300.

La importancia de una integración normativa adecuada. Determinación de la causa de pedir y principio *iura novit curia*

Según se ha dicho, la sectorización no supone la existencia de un nuevo orden que sea autosuficiente, ni siquiera en aquellos estatutos más acabados. Y, por esa razón, plantea el desafío de integrar adecuadamente lo especial y lo general. La labor de integración normativa no puede concebirse como una labor mecánica; por el contrario, ella presupone una tarea previa de interpretación que obliga a prestar atención a los principios que inspiran aquella norma especial y lo que ella busca. Sólo de esta manera la integración será adecuada y permitirá alcanzar una correcta resolución del caso sometido a tribunales. Esta es una cuestión delicada, porque no son pocos los casos en los que las personas litigantes fundamentan su pretensión en el estatuto de la responsabilidad extracontractual, siendo que lo que corresponde es aplicar la regla de contractual. En tal caso, el juez o la jueza se ven enfrentados a un desafío mayor, que consiste en determinar si tiene las facultades para fallar con arreglo a un estatuto diverso a la causa de pedir de la demanda.

Conviene detenerse en este punto para revisar algunos pronunciamientos de la Corte Suprema, comenzando por el que, en mi opinión, es el más importante: la sentencia de 21 de noviembre de 2000²⁷. Se trata de un caso en el que se demanda el cumplimiento específico de un contrato de compraventa, en el cual dicho cumplimiento correspondería al otorgamiento de la escritura pública que, quien ofreció vender, se negaba a suscribir. Junto con lo anterior, se

26 Como se aprecia en el artículo 3° e) de la Ley N° 19.496: "Son derechos y deberes básicos del consumidor: e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea".

27 Corte Suprema, 21 de noviembre de 2000, Rol N° 2217-2000.

demanda indemnización de perjuicios por el incumplimiento contractual. Con buen juicio, el tribunal de primera instancia rechazó la pretensión de cumplimiento específico, pues no había ningún contrato que estableciera esta obligación –únicamente podría tratarse de una promesa, y no era el caso–. Sin embargo, se acoge la demanda indemnizatoria. La sentencia de la Corte de Apelaciones casa en la forma la sentencia –la razón es que había fijado el monto de los perjuicios, que se habían reservado para un juicio posterior–; desestima la pretensión de cumplimiento específico y acoge la demanda indemnizatoria, pero por los perjuicios que le causó al demandante la retractación de celebrar el contrato del demandado. La Corte Suprema casó de oficio la sentencia, en los siguientes términos: “Que, al razonar y resolver del modo indicado, la Corte de Apelaciones altera el contenido de la acción ejercida, puesto que modifica su causa de pedir. En suma, falla una acción distinta de la planteada. En tales condiciones, no cabe sino concluir que la sentencia examinada se encuentra afectada por un vicio de aquellos que dan lugar a la casación en la forma, desde que se extiende a un punto que no fue sometido a su decisión, configurándose la causal que estatuye el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil. De otra parte, el vicio apuntado sólo es susceptible de remediarse con la invalidación del fallo que lo contiene”.

Y en la sentencia de reemplazo se lee: “Que, por consiguiente, si no ha existido ningún contrato legal y eficazmente celebrado entre los litigantes, significa que no es posible siquiera instar por su cumplimiento. Luego, del contexto del referido libelo de fojas 1, resulta que el resarcimiento ahí pretendido sólo pudiera tener su origen en la infracción contractual atribuida. Como esta no ha podido tener lugar, implica que tampoco es procedente la indemnización de perjuicios reclamada”.

La Corte Suprema ha reafirmado ese criterio en sentencias recientes²⁸.

28 Corte Suprema, 26 de junio de 2018, Rol N° 36757/2017.

Lo primero que hay que apuntar es que no existe una regulación sistemática ni una ley especial que se haga cargo de todas las peculiaridades de la responsabilidad médica. Con todo, existe una sectorización de la responsabilidad civil médica.

Ahora bien, ¿no podrá acaso señalarse que no se está alterando la causa de pedir, sino sólo aplicando el derecho que procede? ¿No podrá indicarse que al juez o jueza se les dan los hechos y estos aplican el derecho que corresponde, es decir, *iura novit curia*? La respuesta es no. Aun cuando se acepte el argumento del *iura novit curia*, su limitación se encuentra en la garantía del debido proceso. En efecto, a estos contundentes fallos conviene agregar un argumento, esta vez, de carácter constitucional. Si el tribunal fallara una causa con cargo a reglas extracontractuales, estaría infringiendo la garantía del debido proceso del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado²⁹.

La sectorización de la responsabilidad médica

Lo primero que hay que apuntar es que no existe una regulación sistemática ni una ley especial que se haga cargo de todas las peculiaridades de la responsabilidad médica. Con todo, existe una sectorización de la responsabilidad civil médica. Es posible afirmar la existencia de un régimen especial que se distancia del régimen común, y en cuya construcción la doctrina y la jurisprudencia han tenido un rol fundamental.

La distancia que existe entre el régimen especial y el común del Código Civil se explica, entre otros factores, por el avance progresivo de los conocimientos de la ciencia médica, el creciente incremento de las especialidades médicas, la información acerca de los riesgos que crea esta actividad, la modalidad que se ejecuta el acto médico, la calidad de los intervinientes en el proceso, la disminución del umbral de tolerancia, y la mayor sensibilidad de los particulares frente a los infortunios médicos en el marco de una atención o tratamiento médico. En otros términos, la construcción de ese régimen especial se justifica en la mayor sofisticación de la atención médica y en la posición del paciente ante tal atención y los riesgos y daños que de ella puede derivar.

29 ROMERO (1998), pp. 450-451; en un sentido similar, HUNTER (2010), p. 216.

La Ley N° 20.584, “que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”, del año 2012, no regula el contrato médico, ni la responsabilidad civil del profesional y de los prestadores de servicios médicos.

La reacción de la legislación frente a esos cambios ha sido más bien tímida. Y por ello, la relación entre la norma especial y el derecho común resulta peculiar, pues opera, si se quiere, en forma inversa. La Ley N° 20.584, “que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud”, del año 2012, no regula el contrato médico, ni la responsabilidad civil del profesional y de los prestadores de servicios médicos. Esos aspectos quedan regidos por el derecho común del Código Civil, específicamente, las normas sobre los actos y contratos del libro IV. La Ley N° 20.584 se limita a fijar ciertos contenidos contractuales, con el fin de fortalecer la posición de aquella parte más débil (el o la paciente), y lo hace por medio de normas imperativas (dirige el contrato médico, como se verá). Así, lo que hace la ley especial es contribuir a la determinación del contenido del contrato médico, limitando la necesidad de recurrir al artículo 1546 CC como dispositivo de interpretación integradora. Por esa vía, contribuye también en la tarea de determinar si ha habido o no incumplimiento contractual, y si cabe o no hacer responsable al personal médico. Más que resaltar aquí el rol supletorio de las normas del Código Civil, lo que interesa destacar es el rol colaborador de la ley especial respecto de esas normas generales. Así, por ejemplo, al garantizar la seguridad del paciente, la Ley N° 20.584 impone al personal médico o prestador de servicios médicos un deber de seguridad y protección respecto de la persona del paciente. Ese deber de seguridad forma parte del contenido del contrato, sin necesidad de hacer un esfuerzo de integración para justificarlo. El punto no admite dos lecturas: es la ley la que así lo dispone. Esta es la particularidad de la responsabilidad civil médica, en lo que toca a la participación que le cabe a la ley especial.

Otra ley de interés en materia de salud es la Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud, de 2004 (en adelante, indistintamente Ley AUGE). Sin embargo, conviene tener presente que lo que se ha indicado respecto de la responsabilidad del médico o prestador privado de la salud no se extiende a la responsabilidad civil médica disciplinada por la Ley del AUGE. La Ley N° 19.966 fija un régimen particular, tanto en materia médica del Estado como en responsabilidad por falta de servicios, que se sirve de las normas del título 35 del libro IV del Código Civil en todo lo no previsto por ella, precisamente por tratarse de una responsabilidad extracontractual.

Esta disciplina especial ofrece, sin embargo, algunos insumos en materia de daño moral, que bien pueden extenderse a la responsabilidad médica de los prestadores privados de salud, como se dirá más adelante.

Resulta evidente, entonces, la importancia de conocer el régimen especial de responsabilidad médica. En la práctica, es frecuente que las acciones en contra de prestadores institucionales privados se ejerzan al abrigo de la regla de lo extracontractual del título 35 del libro IV del Código Civil. La razón de ello no es ni legal ni dogmática, sino de mera conveniencia a los intereses del paciente, víctima del ilícito médico. Ello no es correcto, y muestra un desconocimiento acerca de la naturaleza de esta responsabilidad y del modo que debe integrarse su régimen legal. La responsabilidad de médicos que ejercen su actividad en el sector privado es una responsabilidad civil contractual, como se muestra a continuación. Ahora, al no existir una regulación típica del contrato médico en el Código Civil, el estatuto común al que debe acudir es el de la responsabilidad por incumplimiento de contrato (indemnización contractual), concurriendo las normas generales sobre los efectos de las obligaciones del libro IV del Código Civil y algunas normas contenidas en tipos contractuales, por ejemplo, el contrato de mandato³⁰.

Según se ha explicado, la relación entre la figura médica y el paciente carece de una disciplina legal completa y sistemática; y aunque han existido algunos intentos de dotarle de un régimen legal propio, ellos no han prosperado.

El régimen legal de la relación médico-paciente y de la responsabilidad civil médica

Calificación de la relación médico-paciente

Según se ha explicado, la relación entre la figura médica y el paciente carece de una disciplina legal completa y sistemática; y aunque han existido algunos intentos de dotarle de un régimen legal propio, ellos no han prosperado³¹. La doctrina y la jurisprudencia han debido, por tanto, buscar otras vías para dotar de un régimen apropiado a esta relación jurídica, que les permita resolver las cuestiones a las que da lugar.

En un comienzo, y utilizando una técnica de análisis característica de la doctrina nacional de la segunda mitad del siglo XX, los esfuerzos se centraron en asignarle al contrato médico la calificación jurídica de alguno de las figuras típicas del Código Civil. Se sostuvo, en un primer momento, que la relación médico-paciente constituía un cuasicontrato de agencia oficiosa³². Esta tesis pronto se abandona, al existir consenso sobre la naturaleza contractual de la relación.

Asumida la naturaleza contractual de esta relación, se han planteado varias posibilidades de calificación. Se ha propuesto, por un lado, que es posible encajar esta relación contractual en el contrato de mandato³³. Sin embargo, hay que considerar que existen diferencias importantes entre la actividad médica y la actividad típica del mandatario.

En doctrina, Carlos Pizarro, a este respecto ha sostenido que: “Lejos de configurarse un encargo por cuenta y riesgo del mandante, concurre una genuina prestación de servicios con independencia del mandato. No parece adecuado entender que el médico realiza actos

31 PIZARRO (2017), pp. 11 y ss.

32 MEDINA y MIRANDA (2013), pp. 29 y ss.

33 MEDINA y MIRANDA (2013), pp. 30 y ss.; PIZARRO (2017), pp. 11 y ss.; ALESSANDRI (1943), p. 75. El profesor Alessandri vino en señalar, a propósito de los profesionales liberales, que: “El autor en forma expresa señala que: ‘Los servicios de estos profesionales se sujetan a las reglas del mandato (art. 2118) y a las que rigen el arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarias a aquéllas (art. 2012)’”.

o negocios jurídicos por cuenta del paciente como si se tratara de un gestor de negocios. El facultativo ejecuta prestaciones de índole médico”³⁴. Del mismo parecer ha sido la jurisprudencia³⁵.

Ha de descartarse entonces que el contrato médico pueda ser calificado como un mandato. En el marco de la relación de la figura médica y el paciente, la primera no realiza gestiones propias de un mandatario; no existe un encargo que el médico deba ejecutar por cuenta y riesgo del paciente. Lo que hay aquí es una prestación de servicios. Y de ahí que se haya propuesto, como alternativa, que el contrato médico pueda ser calificado como un arrendamiento de servicios³⁶. Sin embargo, no parece que la relación entre médico y paciente encaje en la relación que da lugar a un arrendamiento de servicios, pues esta tiene como uno de sus rasgos característicos, según se ha entendido tradicionalmente, la subordinación del arrendatario (prestador del servicio) respecto del arrendador (cliente). También se ha propuesto que el contrato médico sería un arrendamiento de obra³⁷, opinión que también es descartada porque resulta forzoso entender que el médico se obligue a la ejecución de una obra, entendiendo que la prestación característica consiste en sanar a otro, resultado que no puede garantizarse por ser ajeno al control del profesional, a diferencia de lo que ocurre con quien se obliga a la confección de una obra, que se obliga a su producción.

Hoy, se ha abandonado la idea de subsumir el contrato médico en un tipo del Código Civil, reconociéndosele una naturaleza *sui generis*. Así lo reconoce la Corte Suprema³⁸, al calificar la relación médico-paciente como un “contrato de prestación de servicios médicos”.

34 PIZARRO (2017), p. 13.

35 Corte Suprema, 10 de marzo de 2016, Rol N° 21373-2015.

36 MEDINA y MIRANDA (2013), p. 31; FERNÁNDEZ (1988), p. 41.

37 MEDINA y MIRANDA (2013), p. 32.

38 Corte Suprema, 15 de abril de 2017, Rol N° 38151-2016.

Hasta aquí, es posible concluir dos cosas: que hay acuerdo en que la relación médico-paciente posee naturaleza contractual, y que ese contrato puede ser calificado como un contrato atípico de prestación de servicios.

Lo dicho supone aceptar que se está ante un contrato que carece de tipicidad³⁹, o al menos de una tipicidad legal, pues podemos admitir, como sugiere María Sara Rodríguez, que ciertos contratos de prestación de servicios -como el contrato médico- poseen una tipicidad social o de tráfico, en cuanto se les reconoce nominalmente como un tipo contractual y la jurisprudencia les trata y reconoce en tal sentido⁴⁰. Esto no es otra cosa que afirmar que el contrato médico es un contrato atípico, pero nominado, en cuanto tiene un nombre con el que se le identifica en la práctica.

Hasta aquí, es posible concluir dos cosas: que hay acuerdo en que la relación médico-paciente posee naturaleza contractual, y que ese contrato puede ser calificado como un contrato atípico de prestación de servicios.

La relación médico-paciente es una relación contractual atípica. Consecuencias.

Que la relación entre figura médica y paciente tenga su origen en un contrato quiere decir que la responsabilidad derivada de su incumplimiento es una responsabilidad contractual, que se nutre, por tanto, de las reglas del libro IV del Código Civil sobre los efectos de las obligaciones (artículos 1547, 1553, 1556 y 1558 del Código Civil). Por ello, la noción de incumplimiento, la atribución de responsabilidad y las causales de exoneración, junto a la extensión de la indemnización, son elementos que dependerán, en buena medida, de la configuración del contenido del contrato médico, es decir, de aquello a lo que se obliga al médico para con el paciente y los deberes de este último. Así se explicará más adelante. Al entender las cosas de esta forma, resulta evidente la estrecha conexión entre contrato médico y la responsabilidad civil derivada de su incumplimiento. Se sabe que la responsabilidad contractual se manifiesta en una indemnización, y

39 Y, en general, como todo contrato de servicios; en este sentido: BRANTT y MEJÍAS (2016), p. 75; RODRÍGUEZ (2014), p. 794.

40 RODRÍGUEZ (2014), p. 794.

que esa indemnización corresponde a estar contractualmente obligado. Así lo ha declarado la Corte Suprema en sentencia del 31 de octubre de 2012⁴¹.

La fuente y medida de la responsabilidad médica, como toda responsabilidad contractual, es el contrato médico. La pregunta que habrá que formularse, entonces, es: ¿cuáles son los insumos que concurren en la configuración de este contrato atípico de prestación de servicios? El contrato médico –como todo contrato de prestación de servicios– se sirve de insumos de derecho común y de leyes especiales. Así, por ejemplo, por lo que toca a la determinación del contenido del contrato médico, resultará fundamental el artículo 1546 del Código Civil, al abrigo del cual se integran al contrato una serie de contenidos no explicitados, pero que le pertenecen en atención a la naturaleza de su objeto –la prestación de servicios médicos–. Esta disposición, y el principio general que reconoce, explica que, incluso antes de la tipificación legal de los derechos y deberes de los pacientes, permite integrar al contrato deberes como el de información, protección y seguridad⁴². Asimismo, habrá que considerar el artículo 1547 que introduce la diligencia exigible al médico en la ejecución de su prestación (la diligencia promotora del cumplimiento).

Por lo que refiere a las leyes especiales, conviene considerar las dos ya referidas: la Ley N° 20.584 sobre los Derechos y Deberes de los Pacientes, y la Ley AUGE.

En lo que respecta a la Ley N° 20.584, sus disposiciones inciden directamente en la formación de contrato médico y la determinación de su contenido. El artículo 4° de la LDDP recoge el principio general de protección al paciente y garantiza el debido cuidado de las personas que se someten a la atención en un recinto de salud. Y, más adelante, los artículos 8° a 29 disciplinan el deber de información y las formas de manifestación de la voluntad de los pacientes. Estas disposiciones, en mi opinión, extienden su aplicación más allá de lo

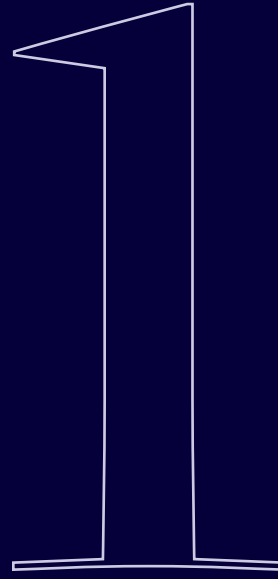
41 Corte Suprema, 31 de octubre de 2012, Rol N° 3325-2012.

42 MEDINA y MIRANDA (2013), pp. 39 y ss., BRANTT (2008), pp. 505-527.

La Ley AUGE fija reglas sobre la responsabilidad extracontractual sanitaria del Estado por falta de servicio. Contiene un régimen doblemente especial, respecto de la responsabilidad civil médica de carácter contractual y, también, de aquella responsabilidad del Estado por falta de servicio.

contractual y los tribunales se podrán servir de ellas para calibrar si hay o no falta de servicio para efectos de la responsabilidad de la Ley N° 19.966 (Ley AUGE), que es la segunda ley especial sobre la materia.

La Ley AUGE fija reglas sobre la responsabilidad extracontractual sanitaria del Estado por falta de servicio. Contiene un régimen doblemente especial, respecto de la responsabilidad civil médica de carácter contractual y, también, de aquella responsabilidad del Estado por falta de servicio. Esta ley establece el régimen de responsabilidad del personal prestador de salud de carácter público. El título 3° de la ley (artículos 38 y siguientes) dispone sobre responsabilidad sanitaria de los órganos de la Administración. Conforme las disposiciones de la ley, el prestador de salud será responsable por los daños ocasionados a causa de la falta de servicio, y tendrá derecho de repetir contra los funcionarios y las funcionarias que hayan incumplido grave o dolosamente con sus deberes. Además, incorpora una excusa nueva, la del riesgo del desarrollo (una variación del caso fortuito de aplicación más laxa) y fija plazos de prescripción de la acción indemnizatoria y de la acción de repetición. Una regla interesante es la del artículo 44, que dispone explícitamente sobre la evaluación del daño moral, fijando criterios al efecto que venían proponiéndose por la doctrina y aplicándose por la jurisprudencia (“la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas”). Esta regla es de interés porque, no obstante contenerse en una regulación extracontractual, podría ser perfectamente utilizada en el caso de la responsabilidad médica contractual, considerando que tanto la actividad y el daño son idénticos en ambos casos.



El contrato médico

1.1 Presupuesto de la responsabilidad civil médica: el contrato médico

De lo expuesto en las notas preliminares, la fuente de la responsabilidad civil médica es el contrato de prestación de servicios médicos⁴³, esto es, la vinculación contractual entre la figura médica y su equipo –y si es el caso, el hospital o clínica privada–, de una parte, y el paciente, de otra, y que impone obligaciones y deberes que, en su conjunto, dan cuenta de lo pactado –lo que obliga a las partes– (artículo 1545 y 1546 del Código Civil). Por la vinculación entre el médico y su paciente, cuya fuente es el contrato, el primero garantiza al segundo la realización de lo pactado. Si se está en lo correcto, entonces, si el médico infringe alguna de las obligaciones y/o deberes que integran su contenido, hay incumplimiento de contrato, quedando pendiente por dilucidar la procedencia de la indemnización, el daño y la relación de causalidad entre este y tal infracción.

El contrato de prestación de servicios médicos no comparte las mismas características de los contratos de intercambio, ni de aquellos del derecho civil patrimonial.

El contrato de prestación de servicios médicos no comparte las mismas características de los contratos de intercambio, ni de aquellos del derecho civil patrimonial. En lo que toca a lo primero, porque en virtud de él, principalmente, la figura médica (incluyendo al equipo y a la clínica o establecimiento de salud) se obliga a “un hacer” de contenido complejo, por lo que la prestación difiere de la mera dación de una cosa⁴⁴.

Y por lo que toca a lo segundo, por dos razones.

La primera, porque parte del contenido de este contrato viene impuesta por la norma legal de carácter imperativo (LDDP), lo que le hace integrar la categoría de los contratos dirigidos⁴⁵.

43 PIZARRO (2017), pp. 20 y ss.; BRANTT (2008), pp. 505 y ss.; BARROS (2020), pp. 704 y ss.; CORRAL (2013), pp. 293.
44 BRANTT y MEJÍAS (2016), p. 73.
45 PIZARRO (2017), p. 56.

La segunda refiere a la naturaleza de la prestación médica –del objeto del contrato–, cuya ejecución crea un riesgo a la integridad física, corporal y psíquica del paciente (la persona acreedora). La ejecución imperfecta del contrato de prestación médica puede lesionar la indemnidad del acreedor y, por esta razón, sobre el médico (la persona deudora) pesa un deber de indemnidad o de protección respecto de tal integridad. El deudor, por el contrato, garantiza la indemnidad del paciente, lo que no debe confundirse con el resultado a que está orientada la actividad médica, generalmente, ajena a su control y, por ende, de aquello a lo que se obliga el médico. Sobre este punto me detendré más abajo.

A todo lo anterior, se suma que, en materia de asistencia médica, la celebración del contrato –entendido en su sentido más tradicional– generalmente pasa inadvertida. Por el contrato médico, el paciente, como en todo contrato, persigue la consecución de un propósito práctico: sanarse o recuperarse, y para tal finalidad, contrata los servicios de la figura médica. Claramente hay contrato y si hay contrato, primero que todo, se entenderán incorporadas las normas imperativas de la LDDP y, acto seguido, se aplicarán los dispositivos de interpretación declarativa e integradora –artículos 1546 y 1560 y siguientes del Código Civil y, en fin, se procederá a la integración normativa –dispositivos que se incorporan al contrato–.

Ante un conflicto entre las partes en torno al incumplimiento –en el que se aprecia una clara tensión entre cumplimiento (que alega la persona demandada) e incumplimiento (que alega la persona demandante)–, el juez, previo a resolver, procederá a la construcción de la regla contractual con el fin de fijar su contenido del contrato (lo pactado por las partes)⁴⁶.

En este caso, la naturaleza del objeto del contrato (la prestación médica) pasa a ocupar un rol fundamental, sobre todo en lo que concierne a la incorporación de la *lex artis* médica y otros deberes conexos. Al entender las cosas de esta manera, cobra importancia

46 VIDAL (2000), pp. 209-227; VIDAL (2007), pp. 41-59; DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 385-386.

aquella distinción acerca del objeto del contrato —especialmente gravitante en el de servicios—. La distinción entre objeto ideal (aquello a lo que se obligó el profesional médico: el hecho como debe ser) y el objeto real (aquella actividad y medios empleados por el profesional médico: el hecho tal como es)⁴⁷⁻⁴⁸.

Si bien la responsabilidad médica es una responsabilidad que se da entre médico y paciente que celebraron un contrato, convendrá precisar que esta responsabilidad no siempre presupone una relación contractual entre el profesional médico y la víctima. Estoy pensando en las víctimas por repercusión o rebote. El punto es que, respecto de estas víctimas, no es que haya mediado un contrato; claramente hubo contrato, sin embargo, no fue celebrado entre el demandante y el médico, sino entre este último y la víctima directa que fallece o padece de un daño. Si bien, en un caso como este, la cuestión se resolverá con cargo a las reglas de la responsabilidad extracontractual, no cabe duda de que el juicio acerca de la culpa del demandando para atribuir responsabilidad, descansará absolutamente en el contrato médico y su incumplimiento. Bastará con un ejemplo sencillo.

Si el paciente que se somete a una intervención fallece y demandan los terceros —víctimas por repercusión o rebote—, la demanda será entablada con arreglo al estatuto extracontractual. Sin embargo, el juez, para determinar si procede o no la pretensión indemnizatoria, deberá prestar atención al contrato y al incumplimiento, como asimismo a la imputabilidad (a lo pactado según lo expresado). De manera que, si bien el régimen con cargo al cual se resolverá el conflicto será el de la responsabilidad extracontractual, el razonamiento del tribunal para conceder o no la indemnización, será al abrigo del contrato con la víctima directa. La aplicación de la responsabilidad extracontractual no impide que, para resolver el caso, se vuelva al contrato. Cuestión distinta, desde luego, será el daño, cuya prueba y cuantificación atenderá a lo que se discuta en ese juicio, porque se trata del daño de las víctimas indirectas (de un daño propio).

47 DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 265.

48 Para ilustrarse sobre el particular, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de diciembre de 1993, Rol N° 1171-1992.

Volviendo al supuesto que interesa, el del contrato médico y el incumplimiento, la indemnización de perjuicios se calibrará conforme la métrica contractual. Y la pregunta que plantea esta afirmación es: ¿la disciplina de la pretensión indemnizatoria resulta adecuada como medio de tutela del o los intereses del paciente víctima del incumplimiento? La respuesta es sí. En lo que refiere a los daños patrimoniales –daño emergente y lucro cesante ex artículo 1556 del Código Civil–, no hay problema alguno, lo mismo respecto de la pérdida de una oportunidad. Y respecto del daño moral en su sentido amplio, tampoco. Se sabe que hoy no se discute la procedencia de la indemnización de este daño en sede contractual. A propósito de este contrato –de contenido personal–, no cabe ninguna duda de que para el profesional médico es previsible al tiempo del contrato que, de la ejecución imperfecta de su prestación, el paciente puede experimentar daños no patrimoniales (artículo 1558 del Código Civil). El fin de protección del contrato abarca intereses de la persona acreedora (paciente), más allá de los patrimoniales. La integridad e indemnidad de esta forman e integran tal fin de protección, razón por la cual, si esta no resulta indemne y la deudora no logra derrotar la atribución de responsabilidad, quedará obligada a la indemnización del daño moral.

En efecto, el contrato médico impone al médico el deber de indemnidad respecto de la vida, integridad física y psíquica del acreedor (paciente), cuestión que hoy no admite discusión al considerar lo dispuesto por el artículo 8 de la LDDC, que introduce el principio de protección respecto del paciente.

¿Qué conclusiones se extraen de lo expresado?

Una primera conclusión es que la fuente de la responsabilidad civil médica es el contrato, y al ser de esta manera, se coincide con la opinión de la Corte Suprema en orden a que la indemnización de daños

Para afirmar la responsabilidad del médico, según se ha dicho, primero debe verificarse que hay incumplimiento, y para verificar esto habrá que fijar, previamente, el contenido de contrato médico: aquello a lo que se obligó a la persona deudora (médico).

corresponde a estar contractualmente obligado, ahora delineada por la regla del citado artículo 1558⁴⁹, que es regla de incumplimiento y responsabilidad.

Una segunda conclusión es que, normalmente la prestación del profesional médico (aquello a lo que se obligó: lo pactado) no se encuentra en el contrato, por lo que será el juez quien, antes de resolver, la colmará de contenido. Al hacerlo, se servirá especialmente de la norma imperativa que, en parte, da contenidos del contrato y del artículo 1546 del Código Civil, incorporando al contrato la *lex artis* médica y otros deberes que no cuentan con reconocimiento positivo (Ley N° 20.584). Y en este mismo orden de ideas, también habrá que considerar el artículo 1547 del Código Civil que prevé, como elemento de la naturaleza de todo contrato (artículo 1444 del Código Civil), la diligencia que la persona deudora debe emplear en la ejecución de su prestación (una diligencia promotora del cumplimiento)⁵⁰ y las restantes normas que disciplinan la indemnización de esta de una obligación de hacer y aquellas de carácter general.

Por todo lo expresado, entonces, para hablar de la responsabilidad civil médica, al tener su fuente en el contrato, no puede prescindirse del contrato médico, de sus peculiaridades y de la fijación de su contenido. Para afirmar la responsabilidad del médico, según se ha dicho, primero debe verificarse que hay incumplimiento, y para verificar esto habrá que fijar, previamente, el contenido de contrato médico: aquello a lo que se obligó a la persona deudora (médico).

49 VIDAL (2013), pp. 711-742.

50 Así se explicará más adelante.

1.2 Fisonomía del contrato médico

En uno de los primeros trabajos sobre contrato médico en Chile, el de Hilharreborde y Labarca, el contrato médico se define como aquel “en que las partes se obligan recíprocamente, a prestar servicios médicos y la otra a pagar por ese servicio un precio determinado”.

En uno de los primeros trabajos sobre contrato médico en Chile, el de Hilharreborde y Labarca, el contrato médico se define como aquel “en que las partes se obligan recíprocamente, a prestar servicios médicos y la otra a pagar por ese servicio un precio determinado”⁵¹. Por su parte, Enrique Paillas lo define como un “contrato sinalagmático que pone de cargo del médico la obligación de dar cuidado al paciente y obliga a este a remunerar al profesional (si bien ese contrato puede ser gratuito), y en todo caso, a no ir en contra de las prescripciones del médico, sin advertírsele”⁵². Y, en términos más sintéticos, Gustavo Cuevas indica que el contrato médico es “aquel en que una persona confía a una empresa sanitaria la prestación de servicios de salud”⁵³.

Habría que comenzar advirtiendo que, según se ha dicho, es contrato atípico de prestación de servicios y es de servicios, porque tiene por objeto el desarrollo de una actividad, calificada como obligación de hacer⁵⁴. Asimismo, es un contrato consensual⁵⁵ al perfeccionarse por el sólo consentimiento. Sin embargo, como se verá, tal consentimiento en este contrato o, si se prefiere, su formación, están sometidos a normas imperativas contenidas en la LDDP, a las que se les prestará atención en el apartado que sigue: al consentimiento informado.

Es, además, un contrato bilateral⁵⁶. Por el contrato médico, ambas partes se obligan recíprocamente. Por un lado, la figura médica se obliga a prestar asistencia al paciente y observar otros deberes que las leyes o la buena fe impongan (como los deberes de información y de protección); y, por otro, el paciente, junto a pagar la remuneración pactada, a observar el programa de evaluación y tratamiento. La parte obligada para con el paciente puede ser un médico individualmen

51 HILHARREBORDE y LABARCA (1980), p. 48.

52 PAILLAS (1995), p. 27.

53 CUEVAS (2011), p. 174.

54 BRANTT y MEJÍAS (2016), pp. 73-74.

55 BRANTT (2017), p. 507; PIZARRO (2017), p. 107. El contrato se perfecciona por el sólo consentimiento. Sin embargo, en la formación del consentimiento, deberán observarse las exigencias previstas en la LDDP.

56 BRANTT (2017), p. 507.

Por un lado, la figura médica se obliga a prestar asistencia al paciente y observar otros deberes que las leyes o la buena fe impongan (como los deberes de información y de protección); y, por otro, el paciente, junto a pagar la remuneración pactada, a observar el programa de evaluación y tratamiento.

te, o un prestador de salud organizado (una clínica privada)⁵⁷. Por lo que toca a las obligaciones del médico, estas son, generalmente, obligaciones de medios, esto es, cuyo objeto es una prestación de un hacer conforme a la *lex artis*, orientada a un resultado, que el paciente mejore o sane, sin que tal resultado esté incorporado en la prestación (está fuera del contrato).

Otra característica del contrato de prestación de servicios médicos, refiere a su contenido. Es un contrato en parte dirigido por la legislación (LDDP)⁵⁸.

La ley imperativa incorpora al contrato médico ciertos contenidos de carácter indisponible y persigue blindar al paciente del riesgo que implica la actividad médica. Así resulta de la lectura del artículo 1º que expresa: “Esta ley tiene por objeto regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.

Sus disposiciones se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud”.

El ámbito de injerencia de la ley atraviesa todas las relaciones contractuales de prestación médica. Así lo muestra el inciso 2º de la norma transcrita. Las disposiciones de la ley se aplican a todos los prestadores de salud, públicos –como los servicios públicos hospitalarios, consultorios, policlínicos de especialidades, CESFAM, etcétera– y privados, tanto individuales –el médico que atiende en su consulta particular–, como institucionales –la clínica o centro de salud–. Además, tal aplicación se extiende a toda la cadena de personal médico, es decir, a cada persona que intervenga en la prestación de salud, sin distinguir acerca de la participación que le corresponda⁵⁹.

57 BRANTT (2017), p. 507; PIZARRO (2017), pp. 121 y ss.

58 PIZARRO (2014), pp. 26 y ss.

59 PIZARRO (2014), pp. 26 y ss.

La ley asegura a los pacientes el cumplimiento por parte de quienes intervengan en la atención médica, así como el cumplimiento de la ley y de los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud. Es la ley la que garantiza la seguridad del paciente, sin que sea necesario integrarla con cargo al principio de la buena del artículo 1546 del Código Civil⁶⁰. Al respecto, el artículo 4^o dispone: “Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas. Adicionalmente, toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado.

Las normas y protocolos a que se refiere el inciso 1^o serán aprobados por resolución del Ministro de Salud, publicada en el Diario Oficial, y deberán ser permanentemente revisados y actualizados de acuerdo a la evidencia científica disponible”.

En la opinión de Pizarro, el inciso 2^o de la norma transcrita propició la dictación de diversos actos administrativos para el establecimiento de protocolos de salud que doten de un mayor contenido a su inciso 1^o ⁶¹. Y lo relevante es que tales se entenderían incorporados al contrato, entendiéndose que, como ya se ha dicho, forman parte de la obligación que impone el mentado precepto. Y al ser parte del contenido del contrato médico, su infracción, en caso de causar daño, atribuirá responsabilidad civil al que la cometa⁶².

60 PIZARRO (2014), p. 831; BOETSCH (2011), p. 115.

61 PIZARRO (2017), pp. 26 y ss.

62 PIZARRO (2017), pp. 36 y ss.

Un último rasgo característico de este contrato que me interesa resaltar consiste en que, por lo general, en la ejecución de su objeto –la prestación del servicio médico– intervienen varios sujetos. Así, la figura médica y su equipo; o la clínica y sus auxiliares. En este último caso, entre los auxiliares puede o no incluirse un médico o médicos intervinientes; y en otros, la prestación del médico o médicos intervinientes puede ser pactada por contratos separados.

Desde el punto de vista de las relaciones contractuales en juego, es posible identificar, a lo menos, cuatro escenarios contractuales: (a) un contrato con el médico que presta sus servicios individualmente; (b) un contrato celebrado con una clínica, en el que, entre los auxiliares, esté el médico y el equipo; (c) un contrato celebrado con el médico, que interviene con su equipo y otro contrato con la clínica; y, (d) en fin, un contrato con la clínica, que se sirve de sus auxiliares, incluido el equipo; y otro contrato con el médico. De lo expresado se sigue una de las complejidades no sólo de la prestación de los servicios médicos, sino también de su incumplimiento y responsabilidad subsecuente; ella refiere a que normalmente el ilícito médico se producirá en el marco de un entramado de contratos, pudiendo resultar responsables varios, entre ellos, el médico o médicos, quienes integran el equipo médico, la clínica o establecimiento de salud y sus auxiliares. Todo ello sin contar la intervención de otros terceros, como lo son los laboratorios o centros de análisis, entre otros.

1.3 Consentimiento informado, deberes de información y contrato médico

1.3.1 Presentación

En lo que sigue, se examinará el consentimiento informado, que es la voluntad, elemento de la esencia de todo contrato; sin embargo, tratándose del contrato médico debe poseer una cualificación, es decir, ha de ser informada. Las cuestiones que plantea este consentimiento informado, y de las que me haré cargo, son las siguientes. La primera, las razones por las que resulta necesario que la persona que se someta a un procedimiento o tratamiento médicos requiera que, en forma previa, se le suministre cierta información. La segunda, ¿cuál es el rol que cumple el consentimiento informado? La tercera, el deber de información del médico como presupuesto del consentimiento en el contrato médico. La cuarta, cómo opera la exigencia de este consentimiento cuando el paciente está en imposibilidad de manifestar voluntad: la cuestión del llamado consentimiento hipotético. En fin, la quinta, la responsabilidad que se sigue de la infracción al deber de información por parte del profesional médico.

1.3.2 La información previa como presupuesto para la autodeterminación: acepta o rechaza la atención médica

La prestación objeto del contrato médico representa una operación compleja al involucrar una serie de procedimientos que inciden en la salud de aquella persona que se somete a la opinión, estudio, diagnóstico y tratamiento del profesional médico a cargo de tal prestación profesional. En el desarrollo de esta actividad, la persona obligada –el profesional– debe observar una serie de deberes de conducta (procedimientos, protocolos, etcétera) y que, en su conjunto, configuran lo que se conoce como la *lex artis* médica.

Lo que interesa destacar en este apartado es que, habida cuenta de que la ejecución de la prestación del servicio médico incide en la salud del paciente (su integridad física y moral), implica un riesgo de lesión respecto de tales intereses (derechos en sentido amplio) de que es titular. Es por esta razón que resulta esencial que la persona que se está tratando consienta en aquel procedimiento o tratamiento al que se someterá.

La prestación objeto del contrato médico representa una operación compleja al involucrar una serie de procedimientos que inciden en la salud de aquella persona que se somete a la opinión, estudio, diagnóstico y tratamiento del profesional médico a cargo de tal prestación profesional.

Sin embargo, la ciencia médica, aún más hoy, propone ante una misma patología más de un procedimiento o tratamiento, cada uno con riesgos y posibles secuelas diversas. Siendo así, el consentimiento al que se alude, elemento esencial de todo contrato, difiere de aquel consentimiento del derecho común (artículo 1445 del Código Civil), y difiere, porque es un consentimiento cualificado. Y la cualificación consiste en que debe tratarse de un consentimiento informado. El paciente, por regla general, carece del conocimiento sobre el o los distintos tratamientos y, sobre todo, de los riesgos asociados a cada uno. Y como carece de tales conocimientos, será la figura médica quien deberá proporcionarle la información suficiente y clara acerca de tales procedimientos o tratamientos y riesgos. Sólo en la medida que la primera cumpla con este deber de información, el paciente estará en situación de tomar una decisión sobre si se somete a tal o cual procedimiento o, en último término, si se somete a alguno. Y es por esta razón que la ley impone, en términos estrictos, al profesional médico un deber de información, cuyo contenido debe ser tal que permita al paciente aceptar o rechazar un tratamiento o procedimiento determinado.

Hoy, como se verá, la ley impone este deber y el consentimiento en lo que refiere a la forma de otorgarlo. Sin embargo, antes de su entrada en vigencia, había acuerdo que era un deber que pesaba sobre la figura médica y que constituía el presupuesto para prestar el consentimiento por parte del paciente⁶³.

El deber de información del profesional está dirigido a satisfacer el principio de autodeterminación del paciente y se desenvuelve en el plano de lo precontractual, cuya finalidad, además, es la corrección de la asimetría entre el profesional y el lego.

Siguiendo a Raz, el profesor De la Maza ha señalado que al hablar de autodeterminación se alude a: “La posibilidad de las personas de controlar, en cierta medida, su propio destino a través de decisiones sucesivas a lo largo de sus vidas”⁶⁴.

63 Véase al respecto BARROS (2020), p. 733.

64 DE LA MAZA (2010), p. 95.

Esta autodeterminación en materia de servicios médicos es fundamental, porque su prestación puede provocar consecuencias sensibles para la persona del individuo. Sobre el punto, De la Maza continúa indicando que: “(...) la protección de la autonomía personal se hace más intensa en la medida que las decisiones conciernen más directamente a la integridad de los propios proyectos del sujeto y que, menos directamente, afectan a personas distintas de este. Por esta razón, no es extraño que, insistentemente, se haya considerado a la autodeterminación de las personas como el principio mejor conocido de la ética médica”⁶⁵.

No obstante, reconocer la necesidad de que una persona decida o no practicarse un procedimiento o tratamiento médicos no resulta suficiente, a lo menos planteado en términos tan simples. Ninguna persona que no sea profesional de la salud, incluso siéndolo, pero de una especialidad diversa a la que corresponde su enfermedad, está en condiciones de adoptar una decisión responsable y consciente si no dispone del conocimiento académico y científico que sí posee el profesional o médico tratante. Entonces, si asumimos que sólo una de las partes, por decirlo así, posee el monopolio de la información, es de sentido común considerar que una simple aceptación (un consentimiento a secas del paciente) de someterse a “algo”, sin conocer en qué consiste ese “algo” y los riesgos que implica realizarlo, desfavorece al sujeto que ignora el conocimiento.

Sólo podemos afirmar una autodeterminación plena del paciente, si este posee una genuina posibilidad de decidir y la poseerá en la medida que el profesional le proporcione la información suficiente al respecto.

De esta manera, la autodeterminación se resguarda a través del consentimiento informado.

65 DE LA MAZA (2010), p. 95; DE AZAMBUJA (2006), p. 149. En palabras de este último autor: “El principio de autonomía puede ser sintetizado, por tanto, como el poder de decidir y usar el propio cuerpo, fundamentado en el señorío y responsabilidad que tenemos sobre él”.

La persona, entonces, consentirá, o no, someterse a cualquier procedimiento o tratamiento médico, siempre que disponga de una información adecuada, suficiente y comprensible que debe suministrarle quien, precisamente, es capaz de brindársela, es decir, el profesional tratante. La voluntad del paciente reposará, por ende, en esa información.

1.3.3 El consentimiento informado

El consentimiento informado, entonces, surge como respuesta a la necesidad de proteger el ejercicio del derecho de autodeterminación del paciente. La persona, entonces, consentirá, o no, someterse a cualquier procedimiento o tratamiento médico, siempre que disponga de una información adecuada, suficiente y comprensible que debe suministrarle quien, precisamente, es capaz de brindársela, es decir, el profesional tratante. La voluntad del paciente reposará, por ende, en esa información. Por tal razón se habla de consentimiento informado como elemento constitutivo del contrato médico.

Los incisos 1º y 2º del artículo 14 de la LDDP recogen lo que hasta aquí se ha dicho. Tales preceptos establecen que: “Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada”.

Dos son las ideas que se extraen del precepto y que permiten una mejor comprensión del consentimiento informado:

- a. Primero, que el paciente debe disponer de información suficiente y comprensible acerca de las implicancias y riesgos que envuelve la intervención o tratamiento respectivo; y;
- b. Que, a partir de tal información, el paciente decidirá libre, voluntaria y expresamente, someterse o no a tal intervención o tratamiento.

La función del consentimiento informado es doble. Primero, le imprime legitimidad a la acción médica en el paciente por haber decidido someterse a ella libre, voluntaria e informadamente. Junto con celebrar el contrato, acepta, con el conocimiento suficiente, que se interfiera su integridad física⁶⁶.

66 DE LA MAZA (2010), p. 96; PARRA y RAVETLLAT (2019), p. 220.

El paciente, al prestar su consentimiento informado, está asumiendo sobre sí el riesgo asociado a la prestación médica. Si el riesgo se realiza, no hay ni incumplimiento ni responsabilidad, a menos que tal realización esté conectada causalmente con la infracción de las obligaciones o deberes del profesional. Se excluye, como resulta obvio, la mala *praxis* del profesional. Así lo ha expresado la jurisprudencia, por ejemplo, la Corte Suprema⁶⁷: “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 estas siempre bajo la revisión de los tribunales. Por otra parte, el consentimiento informado cobra relevancia para la 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 es la que se verificó en este caso, según ya se indicara”.

Habiendo claridad acerca de la justificación del consentimiento informado y el alcance de otorgarlo, queda pendiente preguntarse, ¿cómo se llega a obtenerlo? O, ¿qué pasos deben seguirse por la figura médica para que el paciente preste su consentimiento informado?

67 Corte Suprema, 10 de marzo de 2016, Rol N° 21373-2015; en el mismo sentido, véase Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de mayo de 2013, Rol N° 7995-2011.

La respuesta a esta interrogante la dan algunas sentencias que se han pronunciado sobre el punto. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago del 13 de julio de 2018⁶⁸, que fuera confirmada por la Corte Suprema (sentencia del 1 de agosto de 2018⁶⁹), expresa que: “(...) el derecho a la vida y a la salud implica garantizarle al paciente el derecho a obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que padece para así asegurar su consentimiento informado respecto de la realización del tratamiento prescrito. Ello, por cuanto el paciente debe estar en condiciones de ejercer su derecho a optar de modo libre y autónomo por el tratamiento o procedimiento que juzgue conveniente o rehusar su práctica. Siendo titular de su propia vida, la decisión de los medios o recursos disponibles para la recuperación de la salud es desarrollo de la autonomía personal del paciente, la cual se encuentra íntimamente relacionada con los principios de dignidad y autodeterminación de las personas”.

Dicha opinión se ha mantenido conteste⁷⁰.

Como se ve, para que la persona consienta informadamente, debe, junto con requerir su voluntad, proporcionársele información necesaria, la que se configura como presupuesto del consentimiento informado. Y para asegurar que tal información le sea proporcionada, es que la ley impone al personal médico el deber de hacerlo.

Según el profesor Barros Bourie, “Siguiendo una directiva general aplicable a las relaciones entre expertos y legos, los deberes de información del médico se justifican como el medio más eficaz para compensar el desequilibrio entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del inexperto”⁷¹.

68 Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de julio de 2018, Rol N° 43412-2018.

69 Corte Suprema, 1 de agosto de 2018, Rol N° 16876-2018.

70 Véase Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de octubre de 2012, Rol N° 1473-2012 y Corte Suprema, 28 de enero de 2011, Rol N° 5849-2009.

71 BARROS (2010), p. 683.

El deber de información está más allá de toda consagración normativa explícita. Se desprende de la propia naturaleza del objeto del contrato. La prestación médica, como acto complejo, presupone el deber de informar a la persona para que pueda prestar su consentimiento.

1.3.4 El deber de información: reconocimiento y contenido

Comenzaré con las palabras de De la Maza: “La autodeterminación de los pacientes es el interés protegido, el consentimiento informado constituye el dispositivo a través del cual se procura esa protección, finalmente, la técnica a través de la cual se busca garantizar el consentimiento informado es la imposición de dos deberes a los médicos”⁷².

El deber de información está más allá de toda consagración normativa explícita. Se desprende de la propia naturaleza del objeto del contrato. La prestación médica, como acto complejo, presupone el deber de informar a la persona para que pueda prestar su consentimiento. El deber de información tiene su fuente en buena fe integradora, conforme lo señala nuestro artículo 1546 del Código Civil⁷³.

Con todo, hoy, según se ha dicho, el artículo 10 de la LDDP consagra el deber de información del médico al paciente y lo hace en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente.

72 DE LA MAZA (2010), p. 96.

73 Así lo reconoce PIZARRO (2015), p. 99.

Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, esta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello”.

Por su parte, según el inciso 2º del artículo 14 de la LDDP, el deber de información constituye el presupuesto del consentimiento informado: “Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10”.

Una vez que se asume el deber de información, la cuestión que queda por dilucidar se refiere a su contenido, a aquello que se debe informar por el o la profesional. Sobre el punto, el inciso 1º del artículo 10 es bastante amplio, aunque comprende el mínimo del contenido del deber⁷⁴. Según la disposición, deberá informarse al paciente, “(...) acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como

74. Convendrá tener a la vista como referencia el caso español. Particularmente, el artículo 4.1 de la Ley Nº 41/2002 que prescribe que los pacientes deben conocer “toda” la información, estableciendo como mínimos la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Al mismo tiempo, se obliga al médico a entregar detalles sobre el diagnóstico y las alternativas.

del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”.

Pareciera que la disposición transcrita no aportaría novedad alguna. Así, antes de la entrada en vigencia de la ley, De la Maza expresó que “En general, existe acuerdo en que debe suministrarse información acerca del diagnóstico, del tratamiento, de los riesgos asociados a él y sus alternativas”⁷⁵.

La Corte Suprema, por su parte, en sentencia del 23 de abril de 2014⁷⁶, expresa: “En fin, el deber de informar al paciente, debe entenderse satisfecho únicamente si se demuestra que este ha tomado conocimiento de los resultados relevantes seguros en condiciones normales; de los riesgos personales probables a que se enfrenta, estos últimos según el avance de la ciencia de que se trate; de la experticia del profesional que practicará la intervención conforme sus experiencias anteriores y de las contraindicaciones predeterminadas y probables”.

La formulación extremada y amplia de la información que debe suministrarse al paciente hace difícil precisar qué es aquello que debe informarse a él⁷⁷.

Pizarro indica a este respecto que “(...) el asunto sigue siendo precisar el objeto de la prestación, lo que no exige un test de diligencia, sino que otro distinto, que sólo puede alcanzarse mediante la determinación precisa de qué riesgos corresponde informar según el tratamiento o intervención de que se trate, a lo que subyace la exigibilidad para llevar a cabo la conducta necesaria para transmitir esa información al paciente. No debemos interrogarnos acerca de qué esfuerzos conductuales o diligencia llevó a cabo el médico para informar tales o cuales riesgos, sino si informó aquellos que le correspondía informar conforme la literatura médica pertinente, lo que constituye en sí la

75 DE LA MAZA (2010), p. 100.

76 Corte Suprema, 23 de abril de 2014, Rol N°5396-2014.

77 DE LA MAZA (2010), p. 100.

La información será oportuna siempre que sea proporcionada a la persona que se tratará en la fase precontractual, antes de someterle al tratamiento o procedimiento respectivo.

conducta esperada de parte del médico. Tampoco creemos que deba recurrirse a qué riesgos informan los médicos en la práctica, lo que determinaría la *lex artis* en ese aspecto”⁷⁸.

Con todo, resultará relevante, ante la amplitud de contenido del deber de información según el inciso 1º del artículo 10, servirse de los criterios de los incisos 1º del mismo artículo y 2º del aludido artículo 14. Según el primero, suficiente, adecuada y comprensible; y según el segundo, tal información debe ser oportuna y comprensible. Quiere decir que son cuatro los criterios para calibrar la información que debe suministrar el médico al paciente. La información debe ser oportuna, suficiente, adecuada y comprensible.

La información será oportuna siempre que sea proporcionada a la persona que se tratará en la fase precontractual, antes de someterle al tratamiento o procedimiento respectivo. Si no es oportuna, quiere decir que la persona consiente, pero tal consentimiento carece de su presupuesto esencial: la información para ejercer su autodeterminación en forma responsable.

Y será suficiente, adecuada y comprensible, en la medida que no sea, ni escasa y llena de generalidades, ni excesiva al punto que el paciente, que es un lego, carezca de la capacidad de entender aquello que se le informa. Sobre los criterios que proporcionan estos preceptos, Barros comienza indicando lo siguiente: “La información que el médico debe entregar al paciente debe ser comprensible y suficiente para que este pueda adoptar una decisión razonada”⁷⁹. Y continúa diciendo que la información será suficiente “(...) cuando da cuenta de la condición del paciente, de los riesgos del tratamiento o intervención y de los riesgos de un eventual método alternativo de tratamiento o de no emprender tratamiento alguno. En definitiva, se trata de ilustrarle acerca de los riesgos graves que el paciente asume y los males que se le pretende evitar”⁸⁰.

78 PIZARRO (2015), p. 106.
79 BARROS (2010), p. 683.
80 BARROS (2010), p. 683.

Entonces, si la información es insuficiente, el personal médico no habrá dado cumplimiento a su deber de informar en los términos de los dos preceptos citados.

Así, si la figura médica no especifica todos los riesgos asociados al tratamiento, como tampoco el o los procedimientos que se llevarán a cabo, u omite alguno otro igualmente idóneo, la voluntad de la persona a tratarse, en orden a someterse al tratamiento o procedimiento, adolecerá de un defecto al no haber puesto a disposición suya aquella medida de información que le permita optar por otro procedimiento o tratamiento y comprender los riesgos asociados. Tal defecto constituye una infracción del deber de información. Entonces, si la información es insuficiente, el personal médico no habrá dado cumplimiento a su deber de informar en los términos de los dos preceptos citados.

Según se ha dicho, puede suceder el otro extremo, es decir, que el médico proporcione al paciente información excesiva, considerando detalles técnicos del procedimiento o tratamiento que a un lego no le dicen nada y/o riesgos demasiado improbables, al punto que el paciente, pese a contar con información sobreabundante, no logre apreciar ni dimensionar en qué consiste el procedimiento o tratamiento a que se le someterá, ni los riesgos reales que implica la prestación médica o, sencillamente, le provoque un temor tan fuerte que le inhiba someterse al procedimiento o tratamiento. La información, en este caso, no es adecuada. La comprensibilidad o inteligibilidad de la información es condición para entender que la actuación del médico se ajusta a las exigencias de la buena fe. Sobre el particular, el mismo Barros expresa que “La exigencia de que la información sea comprensible se deriva del deber de lealtad impuesto por la buena fe. Por lo mismo, no es necesario que sea por completo precisa desde el punto de vista técnico; así, a la inversa, una información técnicamente completa y detallada podrá resultar ininteligible y puede ser tenida como por inadecuada”⁸¹.

Por lo que toca a la amplitud de los términos del inciso 1º artículo 10, Pizarro advierte acerca de los riesgos que conlleva tal amplitud. Sobre el punto afirma que “(...) a pesar de la relevancia de los riesgos para el deber de informar, según aseveramos, la ley no dispuso cuáles

riesgos deben informarse, limitándose a indicar que el paciente tiene derecho a ser informado ‘de los riesgos que ello pueda representar’. Al ser redactado el precepto en términos amplios uno podría estar tentado de aseverar que deben informarse todos los riesgos, sean graves, medianos o ligeros, frecuentes, raros o comunes. Esta forma de ver el asunto llevaría a intensificar la carga de información de los médicos, pero con altos costos de transacción. Sin embargo, es más sensato limitar esos riesgos a aquellos de frecuente ocurrencia en términos estadísticos y todos los graves, pues estos últimos son los que, normalmente, determinan si el paciente acepta el tratamiento o, en cambio, continúa con su enfermedad sin intervención alguna”⁸².

Entonces, sin perjuicio de todos los aspectos que considera el inciso 1º de artículo 10 y de su amplitud, la información será oportuna en la medida que sea proporcionada en forma previa a la aceptación del paciente de someterse a un procedimiento o tratamiento médico. Sobre el punto, Blanco indica: “(...) la información debe prestarse con anterioridad a la intervención o tratamiento, esto es, la información debe facilitársele al paciente con una anticipación suficiente que le permita madurar y reflexionar para decidir sobre lo que crea más conveniente”⁸³.

La información será suficiente en la medida que, con bastante claridad, el profesional informe acerca de los procedimientos y tratamientos idóneos para el mal que la persona padece y, respecto de cada uno, le exponga los riesgos probables que supone cada uno de tales procedimientos y tratamientos.

La información será adecuada si la figura médica, en los mismos términos, informa al paciente, sin tecnicismos que, dada su calidad de lego, no le permita tener consciencia de aquello en qué consiste el o los procedimientos o tratamiento y no se le presenten todos los riesgos, incluso los improbables. Una información excesiva no es adecuada, al no permitirle tomar una decisión acertada o se inhiba de someterse al procedimiento o tratamiento.

82 PIZARRO (2015), p. 104.

83 BLANCO (2006), p. 188.

En el caso de personas con capacidades disminuidas, será deber de la figura médica exigir la presencia de su representante legal o de familiares que reciban la información.

Y la información será comprensible en la medida que sea suficiente y adecuada. Lo que persigue la norma es que el paciente entienda razonablemente la información suministrada: el diagnóstico, tratamientos posibles, consecuencias, etcétera⁸⁴.

La información debe proporcionarse considerando a un paciente medio. No le resulta exigible al profesional adaptar la forma de prestar la información según las capacidades cognitivas de cada paciente, pues esto se mide en relación a una persona promedio. En el caso de personas con capacidades disminuidas, será deber de la figura médica exigir la presencia de su representante legal o de familiares que reciban la información.

Sin perjuicio de lo expresado, convendrá considerar que, en buena medida, para el correcto cumplimiento del deber de información que la LDDP impone al médico, parece razonable que requiera aquellos antecedentes necesarios del paciente para una adecuada prognosis del caso. Así, por ejemplo, datos sobre posibles alergias a sustancias o medicamentos, ingesta regular de medicinas, antecedentes clínicos, patologías preexistentes, historial de accidentes, etcétera. La figura médica, en tal caso, deberá formular las preguntas, de ser posible, a la persona misma. Sólo así podría, además, informar acerca del alcance real de los riesgos asociados a los procedimientos y tratamientos posibles de ser aplicados.

1.3.5 El deber de informar aspectos distintos del tratamiento y sus consecuencias

La LDDP no sólo impone a los prestadores de servicios médicos el deber de informar sobre los procedimientos y tratamientos posibles e idóneos, junto a los riesgos asociados a cada uno. También queda obligado a informar acerca de otros aspectos diversos de la prestación del servicio médico. Deberá informar acerca del valor de cada procedimiento o tratamiento, de los mecanismos de financiamiento, de los protocolos de la clínica y la identificación de los prestadores. El artículo 8º prescribe que: “Toda persona tiene derecho a que el

84 JARAMILLO (2008), p. 229. En el mismo sentido, LÓPEZ (2007), p. 309.

prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito, respecto de los siguientes elementos:

- a. Las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que el prestador respectivo ofrece o tiene disponibles y los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a dichas prestaciones, así como el valor de las mismas.
- b. Las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, los antecedentes o documentos solicitados en cada caso y los trámites necesarios para obtener la atención de salud.
- c. Las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los establecimientos asistenciales.
- d. Las instancias y formas de efectuar comentarios, agradecimientos, reclamos y sugerencias.

Los prestadores deberán colocar y mantener en un lugar público y visible, una carta de derechos y deberes de las personas en relación con la atención de salud, cuyo contenido será determinado mediante resolución del Ministro de Salud.

Los prestadores individuales estarán obligados a proporcionar la información señalada en las letras a) y b) del inciso precedente”.

La norma muestra que la legislación de la LDDP está empeñada en brindar todo el conocimiento al paciente, respecto del lugar o establecimiento de salud en que se le tratará o se realizará el tratamiento o intervención y las condiciones económicas de la prestación del servicio médico y atenciones relacionadas. Y, además, las alternativas de que dispone según las posibilidades del médico tratante. Todos estos aspectos, aunque colindantes, igualmente integran el objeto o contenido del deber de informar que se le impone al profesional y lo son porque también resultarán fundamentales para la decisión del paciente de otorgar o no su consentimiento.

Además, se incluye el derecho que tiene toda persona de conocer el personal médico que le asistirá. A este respecto, el artículo 9º dispone que: “Toda persona tiene derecho a que todos y cada uno de los miembros del equipo de salud que la atiendan tengan algún sistema visible de identificación personal, incluyendo la función que desempeñan, así como a saber quién autoriza y efectúa sus diagnósticos y tratamientos.

Se entenderá que el equipo de salud comprende toda persona que actúe como miembro de un equipo de personas, que tiene la función de realizar algún tipo de atención o prestación de salud. Lo anterior incluye a profesionales y no profesionales, tanto del área de la salud como de otras que tengan participación en el quehacer de salud”.

En fin, según el artículo 11, el deber de información también comprende un informe legible que dé cuenta de las condiciones bajo las cuales se llevó a cabo la intervención y las instrucciones que deberá observar después de la intervención. El precepto expresa que: “Toda persona tendrá derecho a recibir, por parte del médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible que, a lo menos, deberá contener:

- a. La identificación de la persona y del profesional que actuó como tratante principal;
- b. El período de tratamiento;
- c. Una información comprensible acerca del diagnóstico de ingreso y de alta, con sus respectivas fechas, y los resultados más relevantes de exámenes y procedimientos efectuados que sean pertinentes al diagnóstico e indicaciones a seguir, y
- d. Una lista de los medicamentos y dosis suministrados durante el tratamiento y de aquellos prescritos en la receta médica.

El prestador deberá entregar por escrito la información sobre los aranceles y procedimientos de cobro de las prestaciones de salud que le fueron aplicadas, incluyendo pormenorizadamente, cuando corresponda, los insumos, medicamentos, exámenes, derechos de pabellón, días-cama y honorarios de quienes le atendieron, antes del pago, si esto correspondiere.

Toda persona podrá solicitar, en cualquier momento de su tratamiento, un informe que señale la duración de este, el diagnóstico y los procedimientos aplicados.

Asimismo, toda persona tendrá derecho a que se le extienda un certificado que acredite su estado de salud y licencia médica si corresponde, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria, o cuando lo solicite para fines particulares. El referido certificado será emitido, de preferencia, por el profesional que trató al paciente que lo solicita”.

De todos los aspectos que tratan los artículos 9º a 11, desde luego, desde lo que interesa, esto es, la responsabilidad civil que puede afectar al médico por la omisión de información o la información incompleta o imperfecta, habrá que prestar especial atención a este último precepto, porque puede suceder que no obstante el éxito del procedimiento o del tratamiento, un defecto en esta información puede producir consecuencias graves en el paciente. Podría imputársele una infracción a su deber de autocuidado y atribuir un agravamiento o resultado fatal a su acción u omisión, en circunstancias de que la causalidad entre tal agravamiento y el resultado fatal podría situarse causalmente en la omisión o defecto de información por parte del profesional obligado a informar.

1.3.6 Formalidades del deber de información

Conforme lo que dispone la norma, existen diversas formas de suministrar la información. De hecho, la entrega de esta información es *per se* consensual. No obstante, por lo general, resultará aconsejable hacer constar por escrito del suministro de dicha información, suscribiéndose por el paciente un instrumento privado que contiene el consentimiento informado. Generalmente, según sea la patología, el médico o la clínica dispondrá de formularios tipos.

Ahora bien, según la *lex artis*, constituye un deber del médico llevar una ficha clínica de cada paciente. En ella el profesional deberá registrar los posibles tratamientos que fueron informados de forma oportuna al paciente, los riesgos que implica y el hecho de que el paciente entendió la información recibida. Este registro es un instrumento que unilateralmente completa el médico, y en el que no

participan, bajo ninguna forma, ni el paciente ni quienes le representan. Lo cierto es que es una exigencia que exista concordancia entre la ficha y el consentimiento informado. La ficha clínica es un eficaz medio de prueba en caso de producirse una controversia por mala *praxis* y daños.

Es posible distinguir tres etapas. La primera, de entrega verbal de información en los términos examinados. La segunda, la suscripción del instrumento en el que consta el consentimiento informado. Y la tercera, la anotación o registro en la ficha médica del paciente. Si bien el instrumento en el que conste el consentimiento informado no es una exigencia que establezca la ley, a la figura médica sí le es exigible, puesto que es su deber el de proporcionar la información oportuna, suficiente, adecuada y comprensible (deber legal), y el de llevar registro en la ficha médica del paciente (deber que impone la *lex artis*). Ahora bien, es indiscutible la conveniencia de hacer constar por escrito el consentimiento informado, y lo es porque permite preconstituir la prueba ante un eventual juicio.

Por lo que toca el consentimiento informado, el inciso 4º del artículo 14 prevé que “(...) por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos (...). En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o rechazo, deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente”.

Entonces, de estar a lo que prescribe la ley, se advierte que en Chile la forma que debe revestir la información suministrada en principio es oral, sin perjuicio de aquellos casos en que se exige que debe otorgarse por escrito.

1.3.7 Límites al deber de información

Según se ha dicho, el médico tratante debe informar al paciente y, si no lo hace, puede incurrir en responsabilidad civil por los daños conectados causalmente con la falta de información o información defectuosa. A estos efectos, habrá que considerar que la LDDP prevé ciertos límites.

1. **Los riesgos atípicos.** Según se ha visto, la información debe recaer sobre los riesgos más probables a que se expone un paciente, dejando de lado aquellos que resulten improbables. Hay acuerdo en la doctrina en que el personal médico no debe informar acerca de riesgos marginales o prácticamente inexistentes. El problema que presenta esta posición refiere a determinar cuándo se trata de un riesgo marginal y cuándo no lo es. En la medicina, pueden existir riesgos muy improbables, pero de especial gravedad. Así sucede con las anestias generales, que implican el riesgo de muerte para el paciente. Sin embargo, este riesgo para una persona sana, sin mediar negligencia del médico, es menor al 0.0067%, es decir, menos de 1 por cada 15.000 personas. Este riesgo se considera un riesgo atípico. Con todo, no hay acuerdo en orden a determinar o con cargo a qué criterio se califica un riesgo atípico. Lo que se puede afirmar es que tal calificación no depende exclusivamente del procedimiento o tratamiento considerado en abstracto, sino que se debe, necesariamente, prestar atención a las condiciones especiales de cada paciente. La consideración de tales condiciones permitirá calificar un riesgo atípico abstractamente como uno que probablemente tendrá que ser objeto de información si es que las condiciones aludidas incrementan el riesgo.

Para quienes los riesgos atípicos deben excluirse de la información, entienden que extender el deber de información a este detalle podría llegar a ser contraproducente. Es así porque, en el caso de incluirlos, la figura médica no sólo debería informarlos, sino, además, aconsejar al paciente. Todo esto podría perjudicar la decisión de la persona respecto de si someterse o no al procedimiento o tratamiento al provocar un temor injustificado de acuerdo al criterio del médico.

En este punto resulta de interés considerar la opinión de la Corte Suprema que, a propósito del deber de información de los riesgos de una intervención quirúrgica, en sentencia del 28 de enero de 2011⁸⁵, expresa lo siguiente: “Los riesgos del

85 Corte Suprema, 8 de enero de 2011, Rol N° 5849-2009.

tratamiento pueden ser usuales o esperados y poco usuales o no esperados. Los primeros son los que pueden presentarse como complicación del procedimiento en sí mismo. Los últimos constituyen complicaciones inesperadas producto de la reacción del paciente. Como se ha dicho, la autorregulación del Colegio Médico de Chile impone el deber de informar estos mayores riesgos a los pacientes. En algunos países se ha legislado expresamente sobre el tema, es así como en Colombia la Ley N° 23 de 1981 habla de la responsabilidad en caso de riesgo previsto (artículo 16): ‘La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto. El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados’. Como se observa, el riesgo no es de la actividad del médico, sino aquellos que irroge el tratamiento o de las reacciones del cuerpo del paciente, puesto que se parte de una correcta ejecución, los riesgos no están en las habilidades y destrezas del médico, el punto de partida es que se está ante un profesional medio o un especialista medio. Es diversa la situación del médico practicante, circunstancia que incluso en ese caso debe ser advertida al paciente, para los efectos de determinar si la asume. En este último caso es posible considerar aspectos personales y dar mayor prevalencia al aspecto concreto”.

2. **La situación de los privados de razón, las emergencias y su regulación en la LDDP.** La LDDP establece ciertas excepciones al deber de información. Si bien la norma no exime al médico de informar, el receptor de la información no es el paciente, sino su representante. Aparece una variante de la protección de la autodeterminación del paciente, dado que la ley entrega la decisión respecto del sometimiento a un tratamiento o procedimiento a un tercero, respecto de quien se entiende que el paciente confía, siendo la persona idónea para tomar la decisión informada. Se trata de casos en que el paciente, por decirlo de alguna forma, “falta”, en tanto no está en condiciones de recibir la información, sea por su estado o por sus dificultades cognitivas.

Convendrá recordar lo que disponen los incisos 2° y siguientes del artículo 10: “Cuando la condición de la persona, a juicio

de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente.

Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, esta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello”.

A los efectos que interesan en este apartado, habrá que distinguir el caso de los privados de razón, de aquel de emergencia médica.

Por lo que toca al primero, si el paciente, a juicio del médico, no se encuentra en condiciones de recibir información ni comprenderla, la información será suministrada a su representante legal o a la persona que sea su responsable. Sin embargo, una vez que el paciente recupere la conciencia o su estado lo haga apto para entender la información, deberá ponérsele al tanto de todos los aspectos que involucra el deber de informar.

En el segundo caso, el de las emergencias médicas, la información se suministrará a las personas responsables o a familiares del paciente. Sin embargo, al médico se le exime de informar con posterioridad al paciente si entiende que su vida se pone en riesgo con tal información. La ley define los casos en que la atención ha de considerarse de urgencia; que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital y/o secuela funcional grave para la persona, y que la persona no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad y no sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, apoderado o cuidador.

1.3.8 Los límites al consentimiento informado

En cuanto a los límites del consentimiento informado, no hay desviaciones respecto del deber de informar, que se mantiene intacto –con su reglas y límites ya examinados–, sino que refieren a casos en los que no se requiere de la voluntad de paciente para la intervención o tratamiento médico.

El artículo 15 regula tales casos y expresa: “No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:

- a. En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.
- b. En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.
- c. Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”.

Tres son los casos que prevé la ley.

El primero es en el que la justificación para prescindir del consentimiento de paciente se encuentra en razones de salud pública. La legislación privilegia el interés general por sobre el particular (el del paciente). Por así decirlo, el personal médico no sólo está liberado de contar con la aceptación del paciente, sino que está obligado a intervenirlo. Hay un bien superior en juego y que no puede supeditarse a la voluntad de la persona (el paciente).

El segundo y el tercero se vinculan con los límites al deber de informar. Y se vinculan porque ante la situación de emergencia y la ausencia de un representante o una persona responsable del paciente, el médico queda autorizado a proceder e intervenir, sin que medie aceptación alguna. Todo, sin perjuicio de la regla que se prevé para el caso que el paciente salga de su estado de emergencia. Tratándose de la persona privada de razón, no existe un representante legal o persona responsable que pueda otorgar el consentimiento, por lo que el médico queda autorizado por ley para actuar. El común denominador de ambos casos es la protección de la salud del paciente, la que el médico no puede poner en riesgo por el hecho de no contar con la aceptación o voluntad de un tercero distinto del paciente.

Un último caso que se plantea, no previsto por la ley, consiste en la renuncia del derecho a ser informado que la ley reconoce al paciente. Sin embargo, en mi opinión, esta posibilidad debe ser descartada, porque si se está a lo que previene el artículo 12 del Código Civil, es un derecho –a ser informado– que no sólo mira al interés del paciente, sino a otros intereses superiores como la salud, la integridad del paciente y, en último término, su vida. Además, ha de considerarse que la LDDP es norma imperativa que constituye una manifestación de dirigismo contractual y que persigue proteger a aquella parte más débil, la persona a tratarse.

1.3.9 Causalidad hipotética y consentimiento tácito informado

En lo que toca a los problemas de causalidad asociados al deber de información, se identifican los siguientes supuestos:

- a. El primero, la figura médica informa correctamente a la persona, pero por una actuación contraria a la *lex artis*, se producen daños.
- b. El segundo, la información es incompleta o imperfecta y la figura médica, además, actúa en contravención a la *lex artis*, causando daños.
- c. Y el tercero, la figura médica no proporciona a la persona la información necesaria y, a pesar de apearse a la *lex artis*, se realiza un riesgo que no fue objeto de la información suministrada.

Los dos primeros supuestos son bastante claros. En ellos el médico responde por incumplimiento de contrato y de las obligaciones que le impone (infracción a la *lex artis* o al deber de información).

El tercer supuesto, en cambio, resulta de mayor interés, razón por la cual se le prestará atención.

La pregunta que ha de formularse en este último caso es: ¿puede la figura médica exonerarse de responsabilidad por los daños causados como consecuencia de la realización de un riesgo no informado y que debía informarse?

La pregunta que ha de formularse en este último caso es: ¿puede la figura médica exonerarse de responsabilidad por los daños causados como consecuencia de la realización de un riesgo no informado y que debía informarse? El problema no refiere a cómo se realizó la intervención, si esta se ajustó a la *lex artis* (a la prestación debida), sino a que se realizó con omisión de la información acerca de aquel riesgo que causó daños al paciente.

Pizarro plantea este supuesto como uno de consentimiento hipotético en los siguientes términos. Para el profesor, el problema que se suscita es que "(...) un médico realiza una intervención quirúrgica sin contar con el previo consentimiento eficaz del paciente, bien porque no se lo pidió, pudiendo y debiendo hacerlo, bien porque (supuesto más frecuente) no le informó adecuadamente de los riesgos y probabilidad de éxito de la operación, y de las posibles alternativas de tratamiento. Pese a realizarse en lo demás conforme a la *lex artis*, la intervención quirúrgica resulta mal, y el paciente reclama al médico

En primer lugar, la figura médica podría eximirse de responsabilidad si demuestra que la persona, de haberle sido proporcionada la información sobre el riesgo omitido, igualmente habría prestado su consentimiento para someterse al procedimiento o tratamiento.

la indemnización de los daños y perjuicios producidos por aquélla. ¿Podrá el médico exonerarse demostrando que, si hubiese pedido al paciente el consentimiento previa una adecuada información de los riesgos y probabilidades de éxito de la operación y las posibles alternativas, aquél lo hubiera prestado con toda seguridad o con una probabilidad rayana (*sic*) en la certeza?”⁸⁶.

La primera intuición ante este problema es que la figura médica no podría alegar estar exonerada de responsabilidad por los daños que padece el paciente, y es así porque habría infringido un deber legal, el de información, deber que, si bien debe observarse en fase precontractual, sus consecuencias se proyectan en ejecución del contrato. Sin embargo, parte de la doctrina, influenciada por la doctrina norteamericana y alemana, entiende que el médico tendría una salida para exonerarse de responsabilidad: la figura del consentimiento hipotético del paciente.

Sobre el punto, Barros sostiene que “(...) acreditado que el médico no dio la información determinante debida (...), este puede excusarse probando la voluntad hipotética del paciente en el evento de haber sido informado, atendiendo a las características generales de la enfermedad y a la situación en que se produjo la omisión”⁸⁷.

Esto quiere decir dos cosas. En primer lugar, la figura médica podría eximirse de responsabilidad si demuestra que la persona, de haberle sido proporcionada la información sobre el riesgo omitido, igualmente habría prestado su consentimiento para someterse al procedimiento o tratamiento. El inconveniente que presenta esta solución es que la evaluación del curso causal hipotético de los acontecimientos que permitiría llegar al consentimiento deberá hacerse considerando, especialmente, las características del paciente, su enfermedad y el avance de la misma.

86 PIZARRO (2015), pp. 111-112.

87 BARROS (2010), p. 686.

El profesor De la Maza llega a las siguientes conclusiones: “La primera (conclusión) es que el vínculo de causalidad no se construye entre la forma en que se ejecutó la obligación principal y el daño, sino en el hecho de que se haya ejecutado la intervención y el daño que se siguió de ella. La segunda conclusión es que para estar en el ámbito del consentimiento informado ese daño equivale al riesgo que no se informó. La tercera conclusión es que el médico puede exonerarse de la responsabilidad si logra probar que el paciente se habría sometido igualmente a la intervención aun si hubiera conocido el riesgo cuya información omitió el profesional sanitario”⁸⁸.

En contra de la opinión de Barros y de De la Maza, se ha expresado el profesor Pizarro⁸⁹, basándose en la imposibilidad de procurar prueba directa para acreditar la presencia del consentimiento hipotético toda vez que, de lo único que se dispone, en rigor, es que el paciente no fue informado. Si no existe un hecho base efectivo que permita configurar o establecer una verdadera presunción acerca de que un paciente en un contexto determinado hubiese aceptado someterse a un procedimiento o tratamiento y celebrar el contrato médico, como lo pretende el consentimiento hipotético, mal podría sostenerse que es posible acreditarlo con certeza suficiente. Por lo demás, sería difícil, según el autor, invocar la existencia de una voluntad tácita y que esta permitiera dar por cumplido el deber de informar, cuando hay acuerdo transversal de la doctrina chilena y comparada de que para entender que hay manifestación tácita de voluntad se requiere de actos que inequívocamente conduzcan a inferir la presencia de tal voluntad. Esta cuestión aquí no aparece, pues ni siquiera habría elementos de juicio que permitan sostener la existencia de un querer hacer determinado.

En esta línea, continúa el mismo autor: “El consentimiento hipotético desprecia la autodeterminación del paciente, al cual recurren en tanto fundamento, y en forma bastante compartida, la doctrina local y también los tribunales. Al entender que hubiese aceptado y asumir que aceptó, se borran sus trazos particulares, tratándolo como

88 DE LA MAZA (2010), p. 115.

89 PIZARRO (2015), pp. 313 y ss.; PIZARRO (2017), p. 56.

un sujeto estándar, en modo especial, carente de sensibilidades, o más aún, estas se estiman irrelevantes. El consentimiento hipotético redundaría en forma inexorable en un patrón de conducta abstracto que permite por estadística determinar la voluntad ante la información del riesgo informado. La información sólo tendría interés en el evento en que pueda cambiar la opinión del paciente. Esto resulta pasablemente abstracto aun exigiendo la prueba de la aquiescencia hipotética del paciente. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Casación italiana en un fallo comentado a propósito de una intervención quirúrgica efectuada por un oftalmólogo, quien no informó un riesgo previsto al paciente, el que se verificó⁹⁰.

Y concluye de la siguiente forma: “Todavía creemos que entender que el paciente hubiese aceptado, o asumir que aceptó, reduce de manera considerable el deber de informar. Sólo quedarían unas migajas de deber de informar. Si todos los riesgos cuya ausencia de información asumimos que un paciente más o menos similar al verídico aceptaría asumirlo, el médico podría prescindir de comunicarlo al paciente. Si no se informa, se asume que el paciente igual acepta la intervención; se concluye que no existe deber de información respecto de los mismos.

En suma, las precedentes razones u opiniones, creo, son consistentes para erradicar el consentimiento hipotético como causal de exoneración del médico. Este debe informar los riesgos frecuentes y aquellos graves, aunque sean excepcionales o estadísticamente remotos, con prescindencia de si supone que el paciente los asumiría⁹¹.

Según mi opinión, el consentimiento hipotético es una forma velada de liberar al médico del cumplimiento de un deber que hoy le impone la ley. Hasta antes de la entrada en vigencia de la LDDP, quizá podría haber sido un punto discutible, aunque no lo entiendo de esa manera.

90 PIZARRO (2015), p. 118.

91 PIZARRO (2015), pp. 118-119.

Es claro, sobre el médico pesa un deber legal de informar al paciente y es la ley la explicita el contenido de ese deber, aquello que se debe informar y entre aquello que el médico se debe informar están, precisamente, los riesgos de tal o cual intervención (procedimiento o tratamiento).

Si esta forma de entenderlo es correcta, la pregunta que habrá que formularse es: ¿cuáles serían las buenas razones para excusar al médico de su deber de informar sobre los riesgos que implica el procedimiento o tratamiento? La respuesta es ninguna.

Y esta respuesta resulta ser más categórica si se considera que la materialización del riesgo no informado causó un daño al paciente. El riesgo omitido y sobre el cual discurre la cuestión del consentimiento hipotético, no es un riesgo inocuo, porque de serlo, nada justificaría que el paciente o sus familiares persigan la responsabilidad del médico por el daño irrogado, como tampoco nada justificaría que el médico se defendiera con cargo a este argumento.

Entonces, ¿qué justifica privilegiar al médico que infringió su deber legal y que posterga informar a quien recibe el procedimiento o tratamiento, confiando en que los riesgos asociados eran los informados y no aquel al que su materialización le causó un daño? Más bien, si se consideran los requisitos que propone Barros y se acepta la figura del consentimiento hipotético, mi impresión, aunque puedo estar equivocado, es precisamente la contraria, es decir, que el paciente no habría consentido al menos en ese procedimiento o tratamiento, sino en otro diverso.

En fin, concuerdo con Pizarro en que no hay manera de dilucidar inequívocamente –que es precisamente aquello en lo que consiste una voluntad tácita– que, de haber sido informado el paciente, este habría aceptado igualmente someterse al procedimiento o tratamiento. La solución propuesta por Barros y De la Maza deja en el camino una serie de incertidumbres que impiden alcanzar la construcción de un consentimiento tácito.

En el derecho civil, las personas pueden limitar su propia libertad, contrayendo obligaciones, siempre y cuando aquello sea consecuencia de una decisión libre y consciente o, si se prefiere, que sea el fruto de la voluntad de la persona que se obliga.

Como suele ocurrir, regresar a las nociones básicas del derecho de contratos siempre ilumina. Una de ellas es la noción de la voluntad como fuente de efectos jurídicos, recogida por nuestro código en lo que refiere a las obligaciones y contratos. En el derecho civil, las personas pueden limitar su propia libertad, contrayendo obligaciones, siempre y cuando aquello sea consecuencia de una decisión libre y consciente o, si se prefiere, que sea el fruto de la voluntad de la persona que se obliga.

Sin embargo, sabemos que esta voluntad –concreción de la libertad de la persona– despliegue sus efectos jurídicos perseguidos ha de manifestarse⁹². Y dos son las formas en que puede manifestarse la voluntad: (a) en forma expresa (que es la que exige la LDDP); y (b) en forma tácita.

En esta segunda hipótesis, la manifestación se desprende de ciertos actos –de la conducta de la persona– que, de la interpretación que de ellos haga el juez, resulta que dan cuenta inequívocamente de una voluntad dirigida a la consecución de ciertos fines. La voluntad es tácita.

Pese a que no hay discusión acerca de estas dos formas de manifestar la voluntad, la segunda –la voluntad tácita– despierta cierta desconfianza, porque supone atribuir efectos jurídicos –el nacimiento de derechos y obligaciones– a cierta conducta o a un conjunto de actos de la persona, sin que haya declarado su voluntad de manera expresa. Tal desconfianza se proyecta en dos direcciones. Primero, en casos en los que la legislación sólo reconoce como voluntad y le asigna efectos jurídicos, a aquella que se manifiesta expresamente, excluyendo a la tácita (el caso de la LDDP). Y la segunda, en limitar la manifestación tácita de voluntad a aquellos casos en los que no hay espacio a ninguna duda que la conducta de la persona es en sí manifestación

92 DE CASTRO Y BRAVO (1967), p. 58. El autor ilustra con especial claridad este punto, al considerar las ya tradicionales doctrinas de la teoría voluntarista y de la teoría declaracionista. Valga una cita de sus palabras para ilustrar el punto: “La voluntad es el querer o deseo interno, sustentado en posibilidades y fines conocidos y ponderados, dirigidos a la decisión. Para que dicha voluntad alcance significado jurídico, no basta con que exista anteriormente (*cogitationis poenam nemo partitur*), sino que se requiere sea exteriorizada o manifestada (...)”.

de una cierta voluntad o de una voluntad en determinado sentido. Debe tratarse de una voluntad inequívoca que se desprende de la conducta desplegada por la persona.

Es por esta razón que León Hurtado explica que la voluntad tácita ha de ser de un carácter tal que se “(...) deduce de circunstancias o hechos que conducen necesariamente a ella y que no podrían tener otra significación si faltara la voluntad. Estos hechos deben ser pues concluyentes, es decir, que conduzcan a la voluntad tácita y no a otra diversa”. Continúa el mismo autor, expresando que: “el hecho que constituye la voluntad tácita no debe tener normalmente otra significación, para descartar toda posible voluntad que no aparezca de hechos concluyentes, porque sutilizandando las cosas se puede pretender en cualquier caso que es otra diversa la manifestación de voluntad”⁹³.

Por su parte, Claro Solar entiende que el consentimiento “puede también ser expresado por hechos que lo suponen o lo indican de una manera no equívoca”⁹⁴. Y, agrega, que para “(...) que los hechos o actos que importen la expresión del consentimiento lo manifiesten de un modo inequívoco, se requiere que no dejen duda alguna sobre la voluntad del que consiente pacta *concludentia*, pues si el consentimiento puede ser tácito, o implícito, no puede ser jamás presumido, es decir supuesto. El consentimiento exige una voluntad positiva de obligarse y una voluntad positiva de adquirir un derecho”.

Según Alessandri, para que la voluntad pueda manifestarse tácitamente, “(...) es esencial que estos hechos sean tales que denoten en su autor la voluntad inequívoca de celebrar el contrato, que no admitan otra interpretación que el propósito de contratar (...). Consentir es querer algo y un acto de naturaleza activa como es este no puede inducirse sino de hechos reales y positivos, que lo demuestren de un modo indubitable”⁹⁵.

93 LEÓN HURTADO (1979), p. 35.

94 CLARO SOLAR (1992), p. 105.

95 ALESSANDRI (2010), p. 74; y en el mismo sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA (2012), p. 38.

Flume ilustra de un modo más claro cuándo se está ante una voluntad tácita, al indicar lo siguiente: “Una declaración de voluntad por actos concluyentes existe, por tanto, cuando alguien realiza un acto que configura una relación jurídica mediante el cumplimiento, **si el que actúa conoce las circunstancias de su actuación**”⁹⁶ (énfasis agregado).

De la opinión de los autores permite extraerse el siguiente postulado: los actos de cada persona son eficaces para el ordenamiento jurídico en tanto sean expresión de una voluntad de esta; y lo serán, cuando no se manifieste de forma expresa, cuando concurren los siguientes requisitos: (1) que den cuenta de una voluntad indubitada, inequívoca, que no admita otra interpretación, acerca de los fines perseguidos con tal declaración; y (2) que quien actúa sea consciente de que tales actos pueden tener tal significación, considerando todas sus circunstancias.

Volviendo al pretendido consentimiento hipotético que defienden los autores citados, la pregunta es: ¿puede admitirse que el paciente consintió tácitamente, en términos que de haber sido informado habría consentido igualmente, aun cuando la solución esté sujeta a ciertas restricciones? La respuesta es que no. Y lo es, primero que todo, porque la LDDP exige el consentimiento expreso, descartando uno de carácter tácito. Y cuando hace excepción a esta exigencia enumera taxativamente los casos, entre los cuales no está el de la omisión por parte del profesional médico acerca de uno de los riesgos del procedimiento o tratamiento que, precisamente, se realizó y causó un daño o la muerte a la persona.

Sin embargo, aun cuando se admitiera que el consentimiento tácito tiene alguna cabida en la LDDP, lo cierto es que no hay forma de concluir que la persona habría consentido tácitamente. No hay

96 FLUME (1998), p. 100. La doctrina italiana y española se pronuncian en este mismo sentido: los actos de la persona tendrán eficacia normativa en tanto quien los ejecute sea consciente de la significación social de su acto. En palabras de Betti: “El contenido –el precepto de autonomía privada, en otras palabras– debe corresponderse con la conciencia del agente sobre su significado y valor compromisorio, es decir, con la consciencia del significado y valor que las apreciaciones sociales atribuyen a una declaración o comportamiento de este tipo, en el ambiente históricamente determinado en el cual ellos son llevados a cabo”; BETTI (2011), p. 51.

En mi opinión, si hay incumplimiento del deber de información o cumplimiento disconforme (para llevarlo a lo contractual), y se causa un daño al paciente, la figura médica responde, salvo que se trate de una situación de riesgo atípico, o que el incumplimiento o cumplimiento disconforme tenga su origen en la acción u omisión del paciente.

conducta alguna que permita llegar a esta conclusión. Lo que sí hay es una omisión inexcusable de parte del profesional médico. Sencillamente, esta habrá incumplido su deber legal, y si concurre la causalidad, será responsable por los daños que padezca el paciente.

En fin, algo que sí podría discutirse, pero no es lo que aquí se trata, es si el riesgo no informado era de aquellos que el médico debía informar o si se trataba de alguno de esos riesgos denominados. Sin embargo, como se plantea el problema, todo indica que se trata de riesgo que el médico estaba obligado a informar y no lo informó.

Si es esto correcto, también lo es que no existe manera de suplir el consentimiento del paciente y menos de liberar a ese médico.

1.3.10 Incumplimiento del deber de información y consecuencias jurídicas

El incumplimiento del deber de información del profesional médico puede asumir diversas formas. Una de ellas será el caso en que el médico no preste la información, es decir, un incumplimiento total del deber de información, lo que deriva en la falta de un consentimiento informado del paciente. Hay inexecución de la obligación y se le puede denominar incumplimiento propio o absoluto. También puede ser el caso de un cumplimiento imperfecto de la obligación legal: la información no se proporciona oportunamente, o es incompleta (insuficiente), o es defectuosa.

Nuevamente, en mi opinión, si hay incumplimiento del deber de información o cumplimiento disconforme (para llevarlo a lo contractual), y se causa un daño al paciente, la figura médica responde, salvo que se trate de una situación de riesgo atípico, o que el incumplimiento o cumplimiento disconforme tenga su origen en la acción u omisión del paciente. Si el daño se vincula causalmente con tal incumplimiento o infracción, hay responsabilidad civil del médico y, como hay responsabilidad, quedará obligado a la indemnización correspondiente.

La legislación, al imponer este deber a médico, persigue otorgar al paciente la posibilidad de decidir a qué procedimiento o tratamiento someterse o simplemente no someterse a ninguno. Para tal

decisión, tomará en especial consideración los riesgos asociados. En el cumplimiento de este deber está en juego la protección de la autodeterminación del paciente. De modo que, si no se cumple el deber y se siguen daños para el paciente –porque ese tratamiento no era el idóneo, o porque había otro o porque no tuvo en cuenta los riesgos asociados–, hay responsabilidad. Otra cosa es qué daños serán objeto de una indemnización. Convendrá prestar especial atención a la pérdida de una oportunidad, partida que, dada la incertidumbre causal, podría resultar procedente en el caso concreto. En todo caso, lo cierto es que la sola infracción del deber de información no da lugar a indemnización, se requiere del daño y de la causalidad. Así se ha dicho, por ejemplo, en la doctrina⁹⁷ y la jurisprudencia⁹⁸.

De lo anterior, entonces, se extraen cuatro cosas.

La primera: si el médico no cumple su deber de información y se realiza la intervención conforme a la *lex artis* y no se verifica ninguno de los riesgos asociados al tratamiento o procedimiento, no hay daño y, por consiguiente, la infracción del deber es irrelevante. No hay responsabilidad.

La segunda: si el médico no cumple con su deber de información –en cualquier intensidad y modalidad– y se verifica un riesgo no informado y de ello se sigue un daño, si se descarta el consentimiento hipotético, habrá lugar a responsabilidad civil y el médico será obligado a indemnizar.

La tercera hipótesis: si el médico cumple parcialmente y, sin mediar negligencia médica, se realiza un riesgo asociado al procedimiento o tratamiento informado (incluido ese riesgo), sin embargo, el profesional omite informar de la existencia de otro procedimiento o tratamiento con unos riesgos asociados diversos. Dicho supuesto difiere del anterior, sin embargo, hay incumplimiento del deber

97 LÓPEZ (2007), p. 344.

98 Corte Suprema, 2 de octubre de 2013, Rol N° 4325-2013.

de información porque no se le informó acerca de la existencia de ese procedimiento o tratamiento alternativo, igualmente apto. Hay infracción y causalidad con el daño inferido.

Finalmente, la última hipótesis: si el médico cumple con su deber de información –procedimientos o tratamientos y riesgos asociados– y observando la *lex artis* se realiza alguno de los riesgos con resultados de daño para el paciente. La situación es clara, se verificó un riesgo informado y tal verificación es ajena al control del médico. Siendo así, como el médico cumplió con la prestación médica (*lex artis*), lo que hay es cumplimiento y, por consiguiente, extinción de la obligación.

A los efectos de este punto convendrá considerar la regla del inciso final del artículo 14 de la LDDP, que dispone lo siguiente: “En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso 1º del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse”.

De lo expresado en la ley, se puede concluir que siempre que conste un documento escrito con la firma del paciente referente al que se le prestó la información que se debía, al ser una presunción simplemente legal, será el paciente quien deba desvirtuar la presunción y probar que el médico no cumplió.

La presunción altera la carga de la prueba, ya que, si nos adecuamos a las reglas generales contenidas en el artículo 1698 del CC, el paciente debe probar la existencia de la obligación y el médico el cumplimiento de la misma. Por lo tanto, al aplicarse la presunción, no sólo se asume la existencia de la obligación como cierta, sino que además invierte la carga de la prueba, puesto que será el paciente quien tendrá que probar el incumplimiento del médico, toda vez que presume su cumplimiento, y el médico sólo tendrá que aportar los documentos constitutivos de la presunción.

1.3.11 Naturaleza de la responsabilidad que surge por infracción del deber de información

1.3.11.1 Generalidades

El régimen al que se somete esta materia es al de responsabilidad contractual, toda vez que la relación médico-paciente reposa sobre la base de un contrato de prestación de servicios médicos. Dicho contrato, muchas veces, pasa desapercibido entre las partes, puesto que no está sometido a ningún tipo de solemnidad ni formalidad. Usualmente será consensual y tácito. “Como se ha visto, los contratos profesionales son consensuales, de modo que basta que el consentimiento sea expresado por actos inequívocos que muestran una voluntad tácita, como ocurre con la conducta típica del paciente de visitar al médico o acudir al hospital, y la de ellos de asumir el tratamiento (...). No debe extrañar, entonces, que la responsabilidad médica generalmente pueda ser calificada de contractual”⁹⁹.

El que el contrato no conste por escrito, que es habitual, obligará al juez o a la jueza a integrar el contrato conforme a la ley y las exigencias de la *lex artis*, llenando así su contenido en forma previa a la resolución del conflicto. Esta *lex artis* representa una regla dinámica, obligando a los médicos a mantener sus conocimientos actualizados para poder así cumplir con sus exigencias.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que, al determinar las obligaciones de un contrato en particular, debemos basarnos en la *lex artis ad hoc*, la cual contempla los deberes aplicables al caso concreto, pues no es posible integrar todos los contratos con las mismas obligaciones ya que dadas las condiciones del lugar de la atención, especialización del médico, instrumental disponible, etcétera, estas podrán variar. Así, por ejemplo, no es posible exigir las mismas obligaciones a un médico de un consultorio rural, el cual probablemente va a tener escasos recursos para actuar, que a uno que ejerce su actividad en una clínica dotada de materiales de última generación y recursos prácticamente ilimitados. “La fuente o causa eficiente de los deberes

que integran la *lex artis ad hoc* aplicable al caso concreto es el contrato, interpretado e integrado por las normas dispositivas y especialmente por la del artículo 1546 del Código Civil, norma que sirve de móvil para integrar al contrato, por un lado, los deberes de información y protección que debe observar el profesional médico u hospital; y por otro, los deberes de información y diligencia que debe observar el paciente”¹⁰⁰.

1.3.11.2 Consecuencias del incumplimiento del deber de información

Al incumplirse el deber de información, nos encontraremos ante un caso de incumplimiento contractual y, por lo tanto, habrá que analizar los diversos remedios que se derivan de este. Ahora bien, por las características especiales del contrato de prestación de servicios médicos, el único mecanismo posible del que dispondrá la persona tratada será la indemnización de daños¹⁰¹.

La indemnización de perjuicios es procedente independiente de la resolución del contrato, puesto que nos encontramos ante una obligación de hacer y, conforme con el artículo 1553 del CC, en estos casos procede la indemnización de perjuicios de forma independiente. Este será un remedio que tiene la persona acreedora (paciente) para que se le reparen todos los daños sufridos por la lesión a un interés causado por el incumplimiento de la persona deudora (médico).

Para que sea procedente la indemnización de perjuicios hay que tener claro que no basta con el incumplimiento, sino que además es necesario constatar que se den todos los requisitos de la indemnización de perjuicios, tales como que haya una acción u omisión imputable que sea causa de un daño. La imputabilidad puede tomar la forma de culpa o dolo (en la entrega de información).

En concreto, en el caso del deber de información, su incumplimiento impide al paciente tomar una decisión respecto del tratamiento de su enfermedad, por lo que la privación de esta posibilidad de elegir

100 VIDAL (2002), p. 161.

101 Como se cita en VIDAL (2002), p. 161.

es lo que fundamenta la indemnización; el daño objeto de la misma es la pérdida de una oportunidad. El supuesto refiere a la omisión de la información acerca de tal o cual tratamiento y, posteriormente, constatado el incumplimiento, si el paciente no alcanza su aspiración – sanarse– legítimamente está facultado para reclamar la indemnización de la pérdida de una oportunidad, que es aquella de haberse tratado o sometido a otro tratamiento alternativo alcanzando tal aspiración.

1.4 El contenido del contrato médico

Al hablar del contenido del contrato médico, nos referimos a lo pactado: aquello a lo que las partes han convenido, y en este caso, especialmente la figura médica. Se alude al objeto del contrato, a la prestación a que se obliga el médico respecto del paciente. Adquiere especial relevancia la *lex artis* médica que, como se dirá, integra la prestación del médico. Por el contrato, se le obliga a un hacer que ha de ajustarse a la *lex artis* y también a observar otros deberes que acompañan a la prestación, como el deber de información y el de protección del paciente. Lo debido por el médico es la aplicación de sus conocimientos con la finalidad de procurar la mejoría de la persona que busca tratarse. El médico, desde que realiza la actividad médica, debe poseer ciertos conocimientos que determinan su conducta y que, en su conjunto, constituyen la *lex artis* médica. En la tarea de determinar el contenido del contrato médico, fuera de la *lex artis* que integra la prestación médica, juegan un rol esencial las disposiciones de la LDDP que, según se ha dicho, dirigen parte de tal contenido (imperativamente).

1.4.1 ¿A qué se obliga el profesional médico? La obligación de medios

Generalmente, la obligación de la figura médica corresponde a obligaciones de medios¹⁰², categoría que, si bien el Código Civil no reconoce, la doctrina nacional y la jurisprudencia sí lo hacen¹⁰³.

En efecto, por el contrato médico el deudor se obliga a desplegar una cierta conducta que corresponde a aquella que le impone su *lex artis*. Se le obliga al empleo de una cierta actividad –aquella actividad debida conforme el contrato (integrado por la *lex artis*)– que, si bien está orientada a un resultado determinado, no se encuentra incorporada en la obligación. En cambio, en la obligación de resultado,

102 BRANTT (2008), pp. 507 y ss.; PIZARRO (2017), pp. 34 y ss.; BARROS (2020), pp. 704 y ss.

103 BRANTT (2008), pp. 507 y ss.; PIZARRO (2017), pp. 34 y ss.; PEÑAILILLO (2003), pp. 222 y ss.

En España, Badosa Coll, en un esfuerzo por dilucidar el contenido de la prestación contractual (objeto del contrato), justifica que la diligencia contractual cumple dos funciones, una integradora de la prestación (su contenido) y otra promotora del cumplimiento.

lo que el deudor garantiza es precisamente la consecución de un resultado determinado, siendo irrelevante los medios que el deudor emplee para lograrlo.

Entonces, la figura médica no garantiza la consecución de un resultado determinado. Lo que garantiza es el empleo de aquella actividad que, conforme con las circunstancias, impone la *lex artis ad hoc*. La *lex artis ad hoc* es la *lex artis* médica que resulta aplicable al caso y que el especialista debe observar en la ejecución de su prestación. Así se dirá.

Si se asume lo dicho como correcto, habrá que descartar la idea de que la obligación de medios impone al deudor el deber de obrar diligentemente¹⁰⁴, de prestar la diligencia debida¹⁰⁵ o de desplegar sus mejores esfuerzos¹⁰⁶. Es que no es así. En esta clase de obligaciones, la prestación consiste en hacer alguna cosa (artículo 1438 del Código Civil) y, como en toda clase de obligación, en su ejecución el deudor deberá emplear la diligencia debida con arreglo al artículo 1547 del Código Civil. Una diligencia distinta de la prestación –objeto del contrato–, pero funcional a ella. Una diligencia promotora del cumplimiento –que se integra naturalmente al contenido del contrato según el aludido artículo 1547–.

Sobre esta diligencia, convendrá considerar la opinión de algunos autores. En España, Badosa Coll, en un esfuerzo por dilucidar el contenido de la prestación contractual (objeto del contrato), justifica que la diligencia contractual cumple dos funciones, una integradora de la prestación (su contenido) y otra promotora del cumplimiento. La diligencia promotora del cumplimiento se caracteriza por ser extrínseca a la actividad debida y por tener un carácter instrumental respecto de la misma. Y añade que, para que la prestación pase de ser un proyecto ideal (la idea de objeto ideal) a una conducta mate-

104 VIDAL y BRANTT (2013), pp. 414 y ss.

105 VIDAL y BRANTT (2013), pp. 414 y ss.

106 VIDAL y BRANTT (2013), pp. 414 y ss.

riamente existente –el cumplimiento– (la idea del objeto real), se requiere de otra actividad cuyo único fin sea impulsar la realización de dicho cumplimiento¹⁰⁷.

Diez-Picazo, siguiendo la opinión de Badosa, señala que la diligencia promotora consiste en la actividad necesaria, debida por la persona deudora, para impulsar la prestación debida. Y se materializa en deberes particulares de conservación de la prestación preparada para cumplir y de previsión de los sucesos que puedan afectar el programa de la obligación, que puedan ponerla en riesgo¹⁰⁸.

Por su parte, Baraona es quien primero reconoce esta categoría en el medio nacional, afirmando que la diligencia promotora corresponde a una “actuación básica para cumplir la prestación que se traduce en comportamientos determinados (...). Su función material es dar lugar el cumplimiento”¹⁰⁹.

En fin, más recientemente, Peñailillo afirma que esta diligencia “conduce a ejecutar (permite o hace factible) la prestación comprometida”¹¹⁰.

Entonces, la diligencia promotora consiste en el deber de prever el riesgo de aquellos impedimentos que puedan afectar la correcta ejecución de la prestación (el hacer médico) y, si algún impedimento tiene lugar, resistirlos (evitarlos y superarlos en sí y en sus consecuencias), impulsando, de este modo, el cumplimiento del contrato.

Entonces, al preguntarse sobre la diligencia contractual, convendrá considerar que ella corresponde a la diligencia promotora –que se incorpora a obligaciones de medios y de resultado–. Si esto es correcto, en las obligaciones de medios habrá que distinguir la prestación (el hacer) de la diligencia. De esta manera, si la persona deudora no ejecuta la prestación (omite lo que debía hacer) o la ejecuta imper-

107 BADOSA COLL (1987), p. 175.

108 DIEZ-PICAZO (2008), p. 271.

109 BARAONA (1997), p. 166.

110 PEÑAILILLO (2003), p. 498

En cambio, si la muerte del paciente se vincula causalmente con una infracción a la prestación de hacer de la figura médica (*lex artis ad hoc*), quiere decir que ha habido incumplimiento de contrato (cumplimiento imperfecto). Y ese incumplimiento de contrato le atribuye el deber de indemnizar.

fectamente (lo hace mal), hay incumplimiento de contrato. Y ese incumplimiento, salvo la prueba del caso fortuito, le atribuirá responsabilidad, quedando obligada a indemnizar los daños. La prestación se identifica con el cumplimiento y la diligencia promotora (si no se emplea), con la imputabilidad. Según se dirá, la diligencia promotora del cumplimiento sirve de métrica para medir si un impedimento constituye o no caso fortuito y, por lo mismo, si el incumplimiento atribuye o no responsabilidad al deudor¹¹¹.

Acaso convenga ofrecer un ejemplo de contrato de prestación médica. Piénsese en un médico cirujano que celebra un contrato para una intervención quirúrgica que tiene por propósito extirpar un tumor que está presionando el pulmón derecho y que, pese a ser benigno, dificulta progresivamente la respiración del paciente.

De acuerdo a lo pactado (aunque implícitamente), la obligación del médico consiste en realizar la operación, ajustándose a la *lex artis ad hoc*, sin comprometer el resultado de curar o sanar al paciente, sino de desplegar su actividad, cumpliendo procedimientos, protocolos y estándares que establece la aludida *lex artis*. En eso consiste la prestación objeto del contrato y a la que se obligó el médico cirujano.

Si durante la intervención el paciente fallece y se acredita que el profesional ejecutó la prestación de hacer en la forma debida, habrá cumplimiento del contrato y el médico quedará liberado de la obligación.

En cambio, si la muerte del paciente se vincula causalmente con una infracción a la prestación de hacer de la figura médica (*lex artis ad hoc*), quiere decir que ha habido incumplimiento de contrato (cumplimiento imperfecto). Y ese incumplimiento de contrato le atribuye el deber de indemnizar. Sin embargo, podrá liberarse de este deber si acredita que el cumplimiento imperfecto tuvo su origen en un caso fortuito y que, por esta razón, no le es imputable. El inciso 2º del artículo 1547 dispone que la persona deudora no será responsable

111 BRANTT (2010), pp. 191 y ss.

del caso fortuito. Para determinar si hubo o no caso fortuito, el juez o la jueza se servirán de la diligencia promotora y concluirán si el médico debió o no prever el impedimento y si debía o no resistirlo, todo conforme al contrato.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado ha sido reconocida por la doctrina y por nuestros tribunales superiores. Así, por ejemplo, de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 15 de octubre de 2013¹¹², se lee lo siguiente: “Que en relación a la antes indicada ‘obligación de medios’ resulta útil tener presente que esta, conocida también como ‘obligación de diligencia’, corresponde a aquéllas en que el deudor se obliga a emplear los medios considerados más idóneos con la debida diligencia y a desarrollar cualquier otra actividad complementaria tendiente al fin. En consecuencia, es la actividad lo que constituye la sustancia de la prestación”

Si bien la regla en materia médica son las obligaciones de medios, habrá que considerar que el contrato médico también puede originar obligaciones de resultado¹¹³. Es el caso del contrato médico para las llamadas “intervenciones estéticas” –cirugía plástica–, respecto de las cuales si bien la jurisprudencia no ha sido uniforme, ni del todo precisa, estimamos que la tesis predominante, con apoyo en opinión de la doctrina, es que ellas originarían esta última especie de obligaciones¹¹⁴.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en su sentencia del 10 de marzo de 2016¹¹⁵, al expresar lo siguiente: “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

112 Corte de Apelaciones de Santiago, del 15 de octubre de 2013, Rol N° 151-2012; también: Corte de Apelaciones de Valparaíso, del 22 de julio de 2002, Rol N° 2352-2002.

113 En esta clase de obligaciones, según se ha dicho, el deudor garantiza un *opus*, siendo irrelevante la actividad desplegada por el deudor para conseguirlo. Lo único relevante es que consiga el resultado garantizado. Si no lo consigue, o lo consigue imperfectamente, habrá incumplimiento de contrato.

114 PIZARRO (2017), pp. 34-40.

115 Corte Suprema, 10 de marzo de 2016, Rol N° 21373-2015).

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.

Es posible inferir 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 operar 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”.

En doctrina, Barros, afirma que: “(...) la notoria desproporción entre el riesgo asumido y el efecto que el paciente soporta es el antecedente más claro para dar por establecida una obligación médica de resultado, ya que la situación riesgosa es propia de las cirugías estéticas”¹¹⁶.

A modo de conclusión. El primer comentario acerca del contenido del contrato médico consiste en que, por regla general, las obligaciones de la figura médica son obligaciones de medios. En ellas, la persona deudora no garantiza un resultado determinado, sino la realización de aquella actividad debida orientada a obtenerlo. El médico, entonces, no se obliga a ser diligente o a prestar la diligencia debida, sino que a una prestación de hacer que la ejecutará empleando la diligencia debida para promover el cumplimiento del contrato.

Si el deudor no hace lo que debía conforme a la *lex artis ad hoc*, o lo hace, pero imperfectamente, habrá incumplido el contrato y tal incumplimiento le será imputable mientras no acredite el caso fortuito, para cuyo fin se servirá de la aludida diligencia, una promotora del cumplimiento.

Sobre el particular se ahondará con ocasión del incumplimiento del contrato médico y la responsabilidad.

116 BARROS (2010), p. 680; en el mismo sentido: PAILLAS (1999), pp. 21-22 y PIZARRO (2017), p. 107.

1.4.2 La *lex artis* médica

En materia médica, el profesional está obligado a la *lex artis*¹¹⁷ que se integra a la prestación objeto del contrato médico, dándole contenido. La *lex artis* consiste en aquella práctica aceptada como correcta por un cuerpo de profesionales médicos altamente calificados.

La *lex artis* es el dispositivo del que se sirve el tribunal para determinar el contenido del contrato o, lo que es igual, aquello a lo que se obligó el médico en virtud del mismo. Y el móvil para llegar al contrato (integrar su contenido), será, salvo acuerdo de las partes, la buena fe, como criterio de interpretación integradora, del artículo 1546 del Código Civil (el contrato obliga no sólo a lo que en él se expresa).

Esta regla de conducta permite dibujar el objeto ideal del contrato y el tribunal deberá enfrentarla a la conducta que efectivamente desplegó el médico en el caso concreto. Si coinciden –lo debido con lo ejecutado–, habrá cumplimiento. En cambio, si no coinciden, el médico habrá incumplido el contrato.

De esta *lex artis*, según se ha dicho, se sirven los tribunales y lo hacen en términos que, si el juez alcanza la convicción acerca de que la conducta del médico demandado se ajustó a los parámetros del “comportamiento correcto y exigible según los criterios de los profesionales de la salud”, no resultará responsable¹¹⁸.

La *lex artis*, según Quintana y Muñoz, consiste en “(...) un conjunto de deberes que el facultativo debe respetar al realizar un acto médico, que están dados por la ciencia médica, y cuya transgresión genera responsabilidad para este dando origen a los llamados juicios por mala *praxis*”¹¹⁹.

En síntesis, es la ley o la norma a la que cualquier profesional médico debe ajustar su conducta en la ejecución del contrato, al darle contenido a la prestación médica.

117 PIZARRO (2017), pp. 34 y ss.; BRANTT (2008), pp. 507 y ss.; BARROS (2020), pp. 704 y ss.
118 Véase BARROS (2010), pp. 672-674.
119 QUINTANA y MUÑOZ (2004), pp. 56-57.

Convendrá prestar atención al parecer de la jurisprudencia, que se sirve de la *lex artis* para determinar si ha habido o no incumplimiento de parte del médico.

Así, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 27 de noviembre de 2014¹²⁰, expresa que “(...) la *lex artis* está constituida por un conjunto de normas que reglan el comportamiento exigido en casos concretos. En el caso sub lite, la exigencia es que el médico deberá mantener su capacidad clínica, conocimientos, habilidades y destrezas actualizados, y utilizar en cada caso todos los medios técnicos y científicos a su alcance para lograr una atención óptima e integral a sus pacientes incluso recurriendo a la interconsulta para una mejor atención”.

La Corte Suprema, en tanto, en sentencia de fecha 25 de abril de 2017¹²¹, se pronuncia en el mismo sentido al indicar lo siguiente: “Que, retomando las ideas relacionadas con las obligaciones que genera el contrato de prestación de servicios médicos para los profesionales de la salud, como se adelantó, la regla general es que aquellos contraen obligaciones de acuerdo a la *lex artis*, puesto que el deber profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte paciente, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por esa contraparte”.

A partir de las sentencias consultadas, es posible formular cuatro comentarios y una pregunta acerca de la de la *lex artis* y su función en lo que toca al contenido de la prestación objeto del contrato médico.

El primero. La *lex artis* opera como dispositivo de integración de la prestación de la figura médica y permite al juez definir aquello a lo que se obligó el profesional para con su paciente (el contenido de contrato). El juez, para dirimir un conflicto de incumplimiento de

120 Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de noviembre de 2014, Rol N° 7711-2014; en el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de noviembre de 2014, Rol N° 3365-2014.
121 Corte Suprema, 25 de abril de 2017, Rol N° 38151-2016; también véase Corte Suprema, 13 de noviembre de 2017, Rol N° 99898-2016.

contrato médico, necesariamente debe integrar la prestación y así construir la ley del contrato (artículo 1546 de Código Civil), con cargo a la cual debe resolver sobre si hubo o no incumplimiento.

Sobre el punto, en otro sitio he expresado lo siguiente: “La fuente o causa eficiente de los deberes que integran la *lex artis ad hoc* aplicable al caso concreto es el contrato, interpretado e integrado por las normas dispositivas y especialmente por la del artículo 1546 del Código Civil, norma que sirve de móvil para integrar al contrato, por un lado, los deberes de información y protección que debe observar el profesional médico u hospital; y, por otro, los deberes de información y diligencia que debe observar el paciente”¹²².

El segundo. La *lex artis* comprende calidad de diagnóstico, la elección del procedimiento o tratamiento adecuado (con el consentimiento del paciente); la destreza en la operación o tratamiento, la oportunidad en que se realiza la intervención, deberes presenciales y cualquier otro aspecto que permita el correcto desenvolvimiento de la relación médico-paciente. En lo que concierne a la fuente de la *lex artis* médica, habrá que considerar que podrá tenerla en el conocimiento médico, en las prácticas y protocolos aprobados por la ciencia médica contenidos en resoluciones administrativas o en documentos emitidos por las clínicas o establecimientos de salud.

Para una mejor comprensión del alcance de la *lex artis* –aquellos aspectos que considera–, resultará útil prestar atención a la sentencia de la Corte Suprema, del 22 de agosto de 2012¹²³, que se pronuncia sobre la responsabilidad de un médico por un diagnóstico psicológico errado. En la sentencia se lee lo siguiente: “(...) en los hechos asentados quedó comprobado que el acusado incurrió en negligencia culpable que causó un mal a la ofendida, ya que, a raíz de un equivocado diagnóstico, sin posterior corroboración, prescribió un errado tratamiento a su paciente y a pesar de la falta de evolución esperada persistió en él, sin realizar ni ordenar la práctica de nuevos

122 VIDAL (2002), p. 161.

123 Corte Suprema, 22 de agosto de 2012, Rol N° 3240-2012; así también véase Corte Suprema, 5 de junio de 2013, Rol N° 5883-2012.

En fin, la pregunta que suscita la *lex artis* y su función respecto del contenido del contrato médico es la siguiente: ¿pueden las partes alterar las *lex artis* para un contrato médico en particular?

exámenes de control, causando así a la ofendida durante años letargo, somnolencia y postración. De ello surge la negligencia culpable en el desempeño de la profesión médica que echa de menos el recurrente y la inobservancia del cuidado que la *lex artis* le imponía para evitar el resultado producido, por realizar actividades ajenas a las recomendadas para pacientes con las características de la de autos, lo que la obligó a pensionarse anticipadamente”.

El tercero. Que el dispositivo de la *lex artis* excluye la aplicación de procedimientos o tratamientos innovadores o novedosos aún no acreditados por la comunidad profesional. Esto ni siquiera con el consentimiento del paciente, precisamente porque, al ser un tratamiento nuevo, no validado por la comunidad profesional médica, se ignora los riesgos que implica.

El cuarto. La valoración acerca de si se observó o no la *lex artis* ofrece serios problemas probatorios para la persona que figura el paciente¹²⁴, puesto que, aun cuando exista vasta literatura sobre el particular, tal información se encuentra en bases de datos a la que, normalmente, médicos o especialistas de la salud tienen fácil acceso, no así sus contrapartes. Además, en cuanto a testimonios o prueba de testigos, es difícil que un profesional médico declare en contra de aquella actividad desarrollada por otro profesional. Igual dificultad ofrece la prueba pericial.

En fin, la pregunta que suscita la *lex artis* y su función respecto del contenido del contrato médico es la siguiente: ¿pueden las partes alterar las *lex artis* para un contrato médico en particular? O, en otros términos, ¿pueden las partes modificar la *lex artis* y convenir la prestación a la que se obliga el médico?

Para aproximarnos a la respuesta a esta interrogante, me serviré de una reciente sentencia de la Corte Suprema, del 29 de enero de 2018¹²⁵. Los hechos del caso, expresados resumidamente, son los siguientes:

124 BARROS (2020), pp. 727Y 729.

125 Corte Suprema, 29 de enero de 2018, Rol N° 19182-2017.

La demandante celebró un contrato de prestación de servicios hospitalarios de psiquiatría con la Clínica UC San Carlos de Apoquindo, en virtud del cual la primera se internaría en el centro de salud mental de la clínica. El contrato imponía a la clínica una obligación de seguridad de la integridad física de la paciente. Después de internarse, la demandante intentó suicidarse en dos oportunidades. En la segunda, se valió de una vía venosa periférica en el antebrazo para la administración de medicamentos, que no fue retirada oportunamente por personal de la clínica. Esto resultó en que la demandante sufrió una embolia aérea espinal con cuadro de paraplejia en ambas extremidades inferiores.

Se demandó a la clínica la indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual. En primera instancia fue acogida la demanda parcialmente; en segunda instancia se confirmó el fallo primigenio; y, finalmente, los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos por la clínica fueron rechazados por la corte.

Señaló la corte lo siguiente: “Al respecto, los sentenciadores consideran que la clínica para cumplir con su obligación de seguridad contaba con amplias facultades para lograr tal objetivo, en razón del consentimiento otorgado por la paciente al firmar el referido documento, lo que incluía la realización de exámenes, procedimientos y tratamientos correspondientes, habiendo consentido la actora expresamente el empleo de medidas de contención física o aislamiento una vez que se hubieren agotado las medidas verbales, ambientales y farmacológicas. Dentro de estas medidas de seguridad, el equipo de enfermería de la clínica debía mantener una vigilancia permanente sobre los pacientes y en caso de riesgo, tomar medidas de cuidado adicional, como el traslado de habitación, la contratación de una auxiliar de enfermería individual, comunicándose a la familia o persona responsable del paciente de esta necesidad y el costo que debería asumir”.

Añade que: “(...) el contrato celebrado contiene una obligación de la clínica que involucra no solamente una prestación de atención médica, sino de hotelería y por sobre todo de seguridad, de manera tal que de haberse empleado todas las diligencias contempladas en el contrato, inclusive aquellas que eran excepcionales para el caso de

no haber sido suficientes las de normal uso y de haberse así comprobado la situación para la clínica en cuanto a su resultado, esta habría variado notablemente”.

La defensa de la clínica sostuvo que ella había obrado de manera conforme con los reglamentos aplicables, por lo que mal podría imputársele la falta de cumplimiento, menos responsabilidad. Esto es, la clínica demandada sostiene que su actuación se adecuó a lo que era exigible según las disposiciones reglamentarias que integran el marco contractual.

Con todo, la opinión de la Corte Suprema fue otra, al estimar que las partes celebraron un contrato de prestación de servicios médicos que imponía a la clínica especiales deberes de cuidado sobre la salud e integridad física de la paciente.

La sentencia concluye expresándose así: “(...) si bien la clínica realizó esfuerzos para evitar que estos lamentables hechos ocurrieran, ellos no fueron suficientes para lograr el resultado pretendido, pudiendo una contención física excepcional y vigilancia permanente haber evitado el resultado dañoso para la paciente. Además, se descarta la existencia de una intención voluntaria y dolosa de la afectada al utilizar una herramienta proporcionada por la clínica para autolesionarse y se estima que lo aseverado en tal sentido por las demandadas es improcedente conforme a las patologías que afectaron a la paciente”.

¿Por qué en esta sentencia podría encontrarse la respuesta a la interrogante planteada?

La razón es sencilla. Porque esta sentencia enseña que, si bien la figura médica –la clínica– se obliga a desplegar aquella conducta que le impone la *lex artis*, las partes del contrato médico pueden convenir un contenido diverso e imponer al profesional médico una prestación más estricta o, si se quiere, unos deberes de conducta por sobre aquellos que prevé la *lex artis*. En otros términos, la respuesta a la pregunta planteada es que las partes sí pueden modificar la *lex artis*, definiendo, en todo o parte, el contenido de la prestación.

En el caso, la *lex artis* que invoca el demandado estaría contenida en el Reglamento para la Internación de las Personas con Enfermedades Mentales y sobre los Establecimientos que la Proporcionan” (artículos 8º, 27, 28, 29, 30, 31, 37 y 38) y en la Norma General Técnica sobre Contención en Psiquiatría del MINSAL. Sin embargo, las partes consintieron en más. La clínica tomó sobre sí una obligación de seguridad que, según el entender del tribunal, le imponía la obligación de adoptar, incluso, medidas excepcionales.

Quiere decir, entonces, que a lo que se obliga el médico o la clínica no es a actuar de manera diligente o hacer sus mejores esfuerzos, sino a ejecutar la prestación bajo todos respectos, conforme a lo pactado. Y lo pactado, bien puede coincidir con la *lex artis* porque las partes nada convinieron, bien puede no coincidir porque las partes sí convinieron en un hacer distinto, que se aleja de la *lex artis*. Y si es el caso, el tribunal deberá estar atento a que la ley del contrato, lo pactado, como en el caso examinado, es algo más que lo que le imponía a la clínica la *lex artis*.

Si lo dicho se asume como correcto, esta sentencia vendría a confirmar que, por el contrato médico, el profesional o la clínica no se obligan a ser diligentes, sino a ejecutar una prestación de hacer conforme al contrato. Otra cosa será cómo se integra esa prestación, o por las partes o por la jueza o juez, sirviéndose de la *lex artis*.

En fin, si bien la respuesta es que las partes sí pueden modificar la *lex artis* y darse su propia regla a la que deberá ajustarse el profesional o la clínica, lo que no puede aceptarse es que esa modificación imponga a la persona deudora una conducta inferior o menos exigente que aquella que prevé la *lex artis*. En mi opinión, la *lex artis* es el mínimo al que está obligado el médico o la clínica. Y si es ello correcto, ese mínimo, teniendo en consideración el principio de garantía consagrado en la LDDP (artículo 4º), es irrenunciable e indisponible.

1.4.3 Integración del contrato y buena fe: situación con la LDDP

Se sabe que, conforme al artículo 1546 del Código Civil, los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre le pertenecen¹²⁶.

Convendrá servirnos de la lectura del precepto que hace Guzmán Brito. Por lo que toca a la expresión “cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación”, correspondería a un giro: “(...) empleado para expresar la idea de que, a partir del ser, estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata. Por lo tanto, es menester un examen caso a caso de la concreta obligación expresada y de su naturaleza, para determinar si de ella emana otra ‘cosa’ que deba ser considerada también obligatoria, no bien no haya sido expresada como obligación”¹²⁷.

Añade este mismo autor que, en lo que se refiere a aquellas cosas que por ley pertenecen a la obligación, quedan cubiertos no sólo los elementos de la naturaleza –ex artículo 1444 CC– sino que, además, otros que la ley designa expresamente y que no corresponden a esa especie de elementos, así, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 1548 según el cual “la obligación de dar contiene la de entregar la cosa”¹²⁸.

El precepto contiene dos reglas de interpretación: integradora (autointegración) y de integración por medio de la ley dispositiva (heterointegración).

Con cargo a la primera, el juez completa y/o desarrolla el contenido del contrato (lo pactado). Y, con cargo a la segunda, suple los vacíos de la voluntad (interpretada), aplicando las normas dispositivas del

126 GUZMÁN (2002), p. 16; LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 445 y ss.

127 GUZMÁN (2002), p. 16.

128 GUZMÁN (2002), p. 18.

En el contrato médico, y en todo contrato, habrá que considerar, ante todo, que las partes deben observar los requisitos de validez, generales a toda convención (artículo 1445 del Código Civil). La fuerza obligatoria de la convención depende de tal observancia: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes”.

Código Civil sobre los efectos de las obligaciones. Lo que se integra al contrato son, tal como lo apunta Guzmán, los elementos de la naturaleza del artículo 1444.

Se habla de la construcción de la regla contractual que va desde la norma imperativa hasta la norma dispositiva, pasando por el acuerdo de las partes debidamente interpelado. Sobre esta idea de la construcción de la regla contractual, en otro sitio, afirmo lo siguiente: “Producida la integración, el resultado es la regla contractual concreta, con su contenido, función y efectos propios. Se entiende por regla contractual, el conjunto normativo conformado por las normas imperativas de necesaria aplicación, declaración negocial (que presupone la interpretación de la voluntad de las partes), debidamente integrada por las fuentes dispositivas”¹²⁹.

De cualquier forma, en el contrato médico, y en todo contrato, habrá que considerar, ante todo, que las partes deben observar los requisitos de validez, generales a toda convención (artículo 1445 del Código Civil). La fuerza obligatoria de la convención depende de tal observancia: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes”.

A lo anterior, se suma que, en el caso del contrato médico, la LDDP que, por una parte, brinda especial protección al consentimiento (consentimiento informado); y, por otra, fija imperativamente determinados contenidos contractuales (dirigismo contractual).

Pues bien, según todo lo dicho, al considerar el contenido de la prestación no sólo debe tenerse en cuenta las cláusulas expresamente pactadas por las partes¹³⁰, sino que, además, deben tenerse considerarse los mecanismos de integración del contrato que reconoce el derecho, señaladamente las exigencias de la buena fe¹³¹. Convendrá ilustrar esto último.

129 VIDAL (2000), p. 219.

130 Como se verá más adelante, en ocasiones, de hecho, hay buenas razones para no considerar lo que las partes pactaron explícitamente.

131 Un desarrollo de dichas exigencias puede encontrarse en LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 445 y ss.; y en BOETSCH (2011), pp. 100 y ss.

La sentencia del 29 de mayo de 2014 de la Corte Suprema¹³² conoce de un caso de incumplimiento de contrato de edificación. La discusión se plantea respecto de algunos aspectos de la prestación que no fueron desarrollados expresamente, de los cuales dependía si existe o no. Sobre el punto, la corte consideró lo siguiente: “Que, a partir de lo expresado cobra especial relevancia el tenor del artículo 1546 del Código Civil, también invocado por la demandante, de acuerdo al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Se trata, entonces, de una extensión del deber de prestación, conforme a los dictados de la buena fe contractual, conjugando a los contratantes en una conducta de colaboración mutua en el cumplimiento de sus obligaciones, orientados a todo aquello que deriva de la naturaleza de la obligación que cada quien debe acatar.

Respecto a la buena fe contractual, se ha dicho que es ‘una actitud de cooperación que vincula al deudor a poner energías propias al servicio de los intereses ajenos, a la vista de un cumplimiento que responde con todos sus bienes’ (Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, pág. 118). En palabras del profesor Jorge López Santamaría, ‘(...) la buena fe implica, por consiguiente, la reiteración del valor fundamental de los usos en la interpretación, salvo en la hipótesis descrita del acuerdo evidente de las partes destinado a atribuir a la declaración una significación diversa de la usual. Ahora, si no hubiere ni tal acuerdo de las partes, ni usos sociales específicos susceptibles de determinar el sentido de la convención discutida, la buena fe exige, en último término, que el juez interprete aplicando el criterio del ‘hombre correcto’, preguntándose cómo el prototipo de hombre normal comprendería la convención’ (*Los contratos*, parte general, Ed. Jurídica de Chile, pág. 377).

Siguiendo al mismo catedrático, no debe olvidarse la evidente función social y económica que exhibe el contrato en el desenvolvimiento de la actividad de un país, permitiendo la materialización de las

132 Corte Suprema, 29 de mayo de 2014, Rol N° 2073-2013.

En el caso de la figura médica, en general, se pueden identificar claramente dos deberes de conducta: de un extremo, el ya examinado deber de información y, de otro, el de protección de la vida, salud y la integridad física y síquica de la persona a tratarse.

relaciones económicas entre las personas y, con ellas, la circulación de la riqueza, el intercambio de bienes y de los servicios. Mirado en ese contexto, el principio de la buena fe impone a las partes de un contrato ‘el deber de lealtad y corrección frente a la otra durante todo el *íter* contractual. O sea, desde las conversaciones preliminares o fase precontractual, pasando por la celebración, hasta la ejecución del contrato y las relaciones postcontractuales’ (op. cit., pág. 9)”.

1.4.4 Los deberes del médico: entre la buena fe y la LDDP

Tratándose del contrato médico, si bien la buena fe objetiva constituye fuente de deberes de conducta que se incorporan a la prestación médica en atención a su naturaleza¹³³, hoy su integración al contrato no depende de ella, al menos respecto de los principales deberes. La LDDP se encarga de reconocerlos y dotarlos de un régimen particular. La ley, por así decirlo, vino a facilitar la actividad del juez y, al mismo tiempo, a brindar certeza a las partes del contrato médico en lo que toca a su contenido. Hasta antes de la ley, el tribunal debía identificar tales deberes, llevándolos al contrato.

Por lo que toca a la infracción de estos deberes, al estar incluidos en la prestación, por cierto, dan lugar a indemnización de daños, siempre que concurra el supuesto de hecho de este remedio¹³⁴.

En el caso de la figura médica, en general, se pueden identificar claramente dos deberes de conducta: de un extremo, el ya examinado deber de información y, de otro, el de protección de la vida, salud y la integridad física y síquica de la persona a tratarse. La primera debe observar estos deberes antes de la celebración del contrato y hasta después de la ejecución de la prestación comprometida, es decir, durante todo el *íter* contractual.

133 La jurisprudencia más reciente ha refrendado la fuerza integradora de la buena fe objetiva. Véase Corte Suprema, 29 de mayo de 2014, Rol N° 2073-2013; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 25 de julio de 2014, Rol N° 165-2014; Corte Suprema, 26 de agosto de 2015, Rol N° 1587-2009.

134 PIZARRO (2017), pp. 34 y ss., y 75 y ss.

- a. El primero ha sido, tradicionalmente, el deber de información, directamente relacionado con el consentimiento informado. Según se ha dicho, se encuentra establecido en la LDDP¹³⁵ (artículos 10 y 14).
- b. En cuanto al deber de protección¹³⁶, este debe entenderse en el sentido de que el profesional médico ha de procurar emplear, en la ejecución de su prestación, personas e instrumentos idóneos para el fin que se persigue, en términos tales que no causen un daño al paciente. Este deber explicaría por qué el profesional médico responde por el hecho de sus auxiliares, por los medicamentos que suministra al paciente, o por la elección de un laboratorio; y por qué el hospital o clínica responde no sólo por la culpa de sus auxiliares, sino que, además, por los defectos de sus equipos o, en general, por la culpa de su organización hospitalaria. Hoy este deber de protección se extrae del principio de garantía del artículo 4 de la LDDP, que expresa lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas. Adicionalmente, toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado. Las normas y protocolos a que se refiere el inciso 1° serán aprobados por resolución del Ministro de Salud, publicada en el Diario Oficial, y deberán ser permanentemente revisados y actualizados de acuerdo a la evidencia científica”.

135 Artículos 14 y 15 de la LDDP. Sin perjuicio de que su fuente última es la buena fe integradora del contenido del contrato.

136 BARROS (2020), pp. 712 y ss.

Sobre el paciente también pesan obligaciones y deberes cuya observancia garantiza la correcta atención médica o, si se quiere, la correcta ejecución del contrato de prestación de servicios médicos.

Sin perjuicio de lo anterior, tal deber de protección del paciente también encuentra su asiento en el aludido principio de la buena fe del artículo 1546 del Código Civil.

1.4.5 Obligaciones y deberes del paciente

Sobre el paciente también pesan obligaciones y deberes cuya observancia garantiza la correcta atención médica o, si se quiere, la correcta ejecución del contrato de prestación de servicios médicos.

Del mismo modo que sucede con los deberes de los médicos, la LDDP vino a recoger y regular aquellos deberes del paciente que le imponía la buena fe en función integradora.

De este modo, el artículo 36 de la LDDP impone al paciente un deber general de colaboración y lo hace en los siguientes términos: “Tanto la persona que solicita la atención de salud, como sus familiares o representantes legales, deberán colaborar con los miembros del equipo de salud que la atiende, informando de manera veraz acerca de sus necesidades y problemas de salud y de todos los antecedentes que conozcan o les sean solicitados para su adecuado diagnóstico y tratamiento”.

El deber de colaboración del paciente (y familiares y representantes legales) se manifiesta, principalmente, en un deber de información. La información que puede entregar el paciente, y que debe ser –en último término, si no es entregada espontáneamente– requerida por el profesional médico, se encuentra encaminada, fundamentalmente, para procurar un correcto diagnóstico y acción terapéutica¹³⁷. Esta información, por lo demás, debe ser verdadera. De lo contrario, si el médico, basándose en tal información, opta por un tratamiento o procedimiento y de su realización resultan daños para el paciente, este no tendrá derecho a indemnización alguna por tales daños, porque, estrictamente, fueron causados por su infracción al deber de colaboración.

137 BRANTT (2008), p. 510.

Si la persona no presta su colaboración, proporcionando la información que le sea requerida, el médico se verá impedido de ejecutar su prestación en forma correcta. Sobre el punto, la profesora Brantt Zumarán concluye certeramente sobre la razón de este deber de información, señalando lo siguiente: “Sólo de esta manera (entregando oportunamente información al facultativo) el médico podrá ejercer correctamente sus obligaciones”¹³⁸.

Adicionalmente, la doctrina entiende que la persona a tratarse, en observancia de su deber de colaboración, debe perseverar en el tratamiento y cumplir las indicaciones médicas. Estas últimas son, en definitiva, las pautas para obtener la curación eventual del diagnóstico identificado. Esta manifestación del deber de colaboración cobra especial relevancia en el caso de tratamientos ambulatorios y en la fase post operatoria o de recuperación. El paciente es quien debe velar por salud e integridad y, cuando corresponda, tal deber recaerá en sus familiares o representantes legales. Si el paciente no se cuida o estos terceros no le cuidan, el daño o el agravamiento del daño será de cargo del primero o de los segundos, pero no del médico.

Entonces, si el paciente, sus familiares o representantes legales –según sea el caso– no observan el deber de colaboración que le impone, en términos amplios, el citado artículo 34, y se siguen daños, estos no serán objetivamente imputables al médico, sino a la acción u omisión de los primeros. Corresponderá en estos casos, o morigerar la responsabilidad del profesional médico, o bien, simplemente, descartarla¹³⁹.

1.4.6 Los deberes de colaboración del paciente más allá de la norma legal

Si bien la LDDP impone al paciente –familiares y representantes– un deber de colaboración que, según la disposición citada, se entiende satisfecho, “informando (al médico) de manera veraz acerca de sus necesidades y problemas de salud y de todos los antecedentes que conozcan o les sean solicitados para su adecuado diagnóstico y tratamiento”, ello no quiere decir que la colaboración del paciente,

138 BRANTT (2008), p. 511.

139 BRANTT (2008), p. 511.

El punto es –y así deberá considerarse– que la buena fe no sólo impone deberes a la persona deudora (médico), sino también a la acreedora (paciente). Los contratos “deberán ejecutarse (por ambas partes: deudor y acreedor) de buena fe”.

en cuanto persona acreedora, se limite a suministrar información sobre tales aspectos y bajo tales términos. Sobre el punto, desde luego, habrá que advertir que el deber de colaboración del paciente persiste y vincula durante todo el *iter* contractual, incluso una vez producido el incumplimiento. Quiere decir, entonces, que el deber no se agota en la fase de formación del contrato médico, sino que la persona deberá colaborar durante todo el tratamiento o procedimiento, hasta el alta, ya sea suministrando información de que disponga o que le sea requerida sobre cualquier aspecto relacionado con su estado de salud y recuperación, o adoptando cualquier medida que sea lógica de esperar de parte de una persona razonable en su lugar y circunstancias¹⁴⁰. Cobra especial interés el deber de autocuidado durante el mismo período.

Convendrá precisar que la fuente de estos deberes, diversos al tipificado por la ley, encuentran su asiento normativo en la buena fe, en función integradora, según lo dispone el artículo 1546 del Código Civil, cuestión a la que ya me he referido con precedencia. Con respecto a este precepto, según se ha dicho, la buena fe integra al contrato ciertos contenidos –deberes– que, por la naturaleza misma de su objeto, le pertenecen.

El punto es –y así deberá considerarse– que la buena fe no sólo impone deberes a la persona deudora (médico), sino también a la acreedora (paciente). Los contratos “deberán ejecutarse (por ambas partes: deudor y acreedor) de buena fe”¹⁴¹.

Se sabe que, en el caso de la figura médica, estos deberes –al igual que los que le impone la LDDP: información y protección– integran su prestación y la infracción de cualquiera, por consiguiente, constituirá incumplimiento. Si tal incumplimiento causa daños, dará lugar a la correspondiente indemnización.

140 LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), pp. 438 y ss.; DIEZ-PICAZO (2008), p. 136; SAN MARTIN (2009), pp. 192 y ss.

141 En este punto, me remito a otro trabajo en el cual se trata el tema: VIDAL (2005), pp. 429 y ss. En el mismo sentido, DIEZ-PICAZO (2008), p. 136.

1.4.7 La infracción del deber de colaboración

Convendrá comenzar por identificar aquellos supuestos típicos de infracción al deber de colaboración del paciente. Estos se configuran, por ejemplo:

- a. **Omitiendo información, o entregando una incompleta o falsa.** Aquello, puede materializarse de las siguientes formas: i) silenciar o negar alergias a fármacos cuya administración puede resultar perjudicial; ii) silenciar o negar el uso de drogas cuya interacción con otros medicamentos a administrar puede producir reacciones serias; iii) silenciar o negar el uso de drogas o psicotrópicos recreacionales cuya interacción con otros insumos pueden aumentar el riesgo de su administración –como sucede con los anestésicos–; iv) no informar intervenciones o cirugías previas cuya existencia puede interferir perniciosamente, complicando procedimientos ulteriores; v) informar falsamente sobre la data de última menstruación o riesgo de embarazo antes de la realización de cirugías electivas, resultantes en un aborto.
- b. **Desobedeciendo instrucciones y prescripciones médicas.** Lo anterior puede tener lugar en las siguientes formas: i) no dando cuidado a una herida o cicatriz postoperatoria, resultando su infección por falta de higiene o complicación por no guardar reposo médico; ii) omitir una instrucción de ayuno como requisito previo a una intervención electiva, generando en medio de la anestesia la proliferación de alimentos regurgitados y fluidos gástricos en la cavidad pulmonar, precisándose para tal efecto ventilación mecánica.
- c. **Silenciando o mintiendo acerca de la causa de una herida o trauma.** Esto puede suceder en los siguientes casos: i) no señalar que una caída fue sufrida desde altura, lo que puede hacer descartar al equipo médico un trauma craneal, el cual, sin ser atendido, puede generar hemorragias; ii) no señalar que una herida corto punzante se realizó con material infectado o metales oxidados, información sin la cual puede derivarse en un contagio de tétanos.

- d. **Desenvolviendo conductas que, habiéndose indicado terapia, agravan o empeoran el estado de salud o impiden su recuperación.** Tiene aquello lugar cuando, por ejemplo: i) un paciente abandona o suspende unilateralmente tratamientos contra enfermedades infecciosas, que permiten la proliferación de gérmenes resistentes; ii) un paciente no administra la medicación, o lo hace en forma indicada, como la omisión de inyecciones de insulina en un paciente diabético.

1.4.8 Las consecuencias de la infracción de los deberes de colaboración del paciente

Sin embargo, queda por dilucidar qué efectos produce la infracción de los deberes de colaboración del paciente, incluido del artículo 34 de la LDDP.

Para dilucidar la cuestión planteada, convendrá servirse de las palabras de la profesora Brantt al explicar, a propósito de los deberes de colaboración de paciente, que corresponderá en estos casos de infracción, o morigerar la responsabilidad del profesional médico, o bien, simplemente, descartarla¹⁴².

Las palabras “morigerar” y “descartar” la indemnización, utilizadas por Brantt, permiten conectar las consecuencias de la infracción de los deberes de colaboración del paciente con tres reglas que disciplinan la procedencia y la extensión de la indemnización de daños en el derecho de contratos: la del hecho de la persona acreedora –acción u omisión–, la de la contribución de esta a la producción del daño y, en fin, la de mitigación del daño.

Antes de detenerse, aunque sucintamente, en estas reglas, resulta conveniente dar un paso atrás y mostrar las reglas que tradicionalmente gobiernan la extensión de la indemnización y que han permitido fijar la diferencia entre lo contractual y lo extracontractual. En sede contractual, la extensión de la indemnización se mide con

En sede contractual, la extensión de la indemnización se mide con cargo a la causalidad –daño que es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento–; y la previsibilidad –daño que sea previsible al tiempo del contrato–. Del daño directo se pasa al previsible.

cargo a la causalidad –daño que es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento–; y la previsibilidad –daño que sea previsible al tiempo del contrato–. Del daño directo se pasa al previsible¹⁴³.

La doctrina más autorizada entiende que el precepto disciplina el requisito de la causalidad contractual en sus dos dimensiones: la causalidad fáctica y la jurídica, con cargo al criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma, en este caso, el fin de protección del contrato¹⁴⁴. La previsibilidad, por así decirlo, depura el nexo causal, permitiendo que la indemnización ocupe el lugar del cumplimiento (satisfacción del interés del acreedor).

Al comprender que el criterio que justifica y fija la extensión de la indemnización es, en último término, la causalidad, se comprende lo que afirma la profesora Brannt. Al ser la causalidad el criterio delimitador, si el incumplimiento tiene su causa en la infracción del deber de colaborar del paciente –acción u omisión–, o si tal infracción contribuye a la producción del daño, o si lo agrava, corresponde invocar otros criterios que inciden en la responsabilidad contractual, resultando pertinente acudir a las ya advertidas tres reglas del que recoge el moderno derecho de contratos.

1.4.8.1 El incumplimiento imputable al paciente

Por lo que toca a la primera regla, la de la acción u omisión del acreedor como causa del incumplimiento, convendrá prestar atención al artículo 8:101 (1) de los Principios Europeos de Derecho de Contratos –PECL– (aplicable en materia de *treatment contract*) que expresa, bajo el título *Remedies Available*, que: “*A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that its own act caused the other party’s non-performance*”.

143 Por todos, véase CORRAL (2009), pp. 139 y ss. En el mismo sentido, la jurisprudencia Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de julio de 2019, Rol N° 9825-2018.

144 Al respecto, véase PANTALEÓN (1991), pp. 1580-1582; MORALES MORENO (2010), pp. 157-158; y DE LA MAZA (2018), pp. 635 y ss.

El origen de la disposición se halla en los artículos 80 de la Convención de Viena –CISG– y 7.1.2 de los Principios de UNIDROIT –PICC–.

El artículo de los PECL alude a casos en que el incumplimiento resulta absolutamente imputable a la conducta de la acreedora, sea por la inobservancia de un deber contractual, como el de colaboración.

Se trata de una regla de sentido común y constituye una evidente aplicación de la doctrina de los actos propios¹⁴⁵. Lo que hace el artículo 8:101 (1) es anticiparse y, de este modo, evita la contradicción de la conducta anterior de la acreedora, quien, habiendo provocado exclusivamente el incumplimiento, posteriormente pretende dirigirse en contra la persona deudora solicitando, por lo que interesa, la indemnización de daños derivados de ese incumplimiento.

En Chile se descarta la indemnización, con cargo al artículo 1558 del CC –que dispone que el incumplimiento de la persona deudora debe ser la causa directa e inmediata del daño–. En este caso, la causa directa e inmediata es la acción u omisión de la persona acreedora. Igualmente, podría resolverse con arreglo al artículo 1556, según el cual la indemnización comprende los daños derivados del incumplimiento.

De cualquier modo, según he indicado, la privación del derecho sería una consecuencia de aplicar la doctrina de los actos propios, al abrigo del artículo 1546 del Código Civil¹⁴⁶.

Para una mejor comprensión, y así escapar de la abstracción de los conceptos, convendrá servirse de un caso hipotético para ilustrar cómo opera esta regla.

Si una persona asiste a la consulta de un profesional médico, aquejado por un dolor de garganta, y ante la observación de rutina, el médico detecta la presencia de placa bacteriana en sus amígdalas, patología

145 DE LA MAZA y VIDAL (2020), p. 143.

146 PADILLA (2013), pp. 135 y ss.

tratable con medicina antibiótica. Previo a prescribir la receta, el médico consulta al paciente: “¿es usted alérgico a algún medicamento?”. A esto, la persona enferma responde con un confiado “no”, en circunstancias que sí lo era respecto de los fármacos derivados de la penicilina. Con cargo a esa respuesta, el médico prescribe un tratamiento de amoxicilina –antibiótico derivado de la penicilina–, por el término de una semana. En medio de la ingesta del medicamento, el paciente experimenta síntomas propios de una reacción alérgica medicamentosa, que culmina en un choque anafiláctico mortal.

En el supuesto planteado, se advierte que, por un lado, el profesional médico, junto con ejecutar su prestación, desplegando sus conocimientos técnicos para llegar a un diagnóstico y aplicar el tratamiento acertado, cumple con su deber de requerir al paciente información que le permita descartar cualquier efecto adverso o contraindicación del fármaco apropiado para el mal que aqueja al paciente. Sin embargo, por otro lado, la omisión del paciente, al omitir la información o suministrar una información incorrecta, constituye la causa exclusiva de daño.

1.4.8.2 La contribución a la producción del daño

Esta regla, junto a la de mitigar los daños, produce el efecto de reducir la indemnización, debido a que supone que el paciente ha participado, parcialmente, en la producción del perjuicio.

Convendrá comenzar prestando atención al artículo 9:504 de los PECL, que dispone, bajo el título *Loss Attributable to Aggrieved Party*, que: “*The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party contributed to the non-performance or its effects*”.

En la misma dirección, aunque con mayor desarrollo, el artículo 7.4.7 de los PICC –daño parcialmente imputable a la parte perjudicada–, establece que: “Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes”.

Una regla en igual sentido se halla en el artículo 3^o-3:704 –*Loss attributable to creditor*– del Marco Común de Referencia –DCFR–, que por remisión del artículo 4^o.C.-8:110¹⁴⁷, resulta aplicable al *treatment contract*. El primero de los preceptos dispone que: “*The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor contributed to the non-performance or its effects*”.

De las tres disposiciones se desprende que, si la conducta de la persona acreedora no es causa exclusiva del incumplimiento, sino solamente su concausa respecto de la acción u omisión de la persona deudora, la indemnización queda sujeta a reducción. Una parte del daño es imputable al paciente y no al médico. Aquí, nuevamente, el asiento normativo en Chile serían los mismos artículos 1556 y 1558 del CC, e incluso, podría encontrarse en el artículo 2330 del que se ha servido la Corte Suprema para justificar la rebaja de una indemnización contractual¹⁴⁸. Para ilustrar esta regla, se adecuará el supuesto hipotético anterior.

El paciente, concurriendo al médico y siendo el diagnóstico acertado –amigdalitis bacteriana–, prescribe amoxicilina por un término de una semana. Sin embargo, el médico omite requerir al paciente sobre eventuales alergias a medicamentos. El punto es que, el paciente, teniendo conocimiento acerca de que es alérgico a derivados de la

-
- 147 Artículo IV.C.–8:110: “*Remedies for non-performance*
With regard to any non-performance of an obligation under a contract for treatment, Book III, Chapter 3 (Remedies for Non-performance) and IV.C.–2:111 (Client’s right to terminate) apply with the following adaptations:
(a) the treatment provider may not withhold performance or terminate the contractual relationship under that Chapter if this would seriously endanger the health of the patient; and
(b) in so far as the treatment provider has the right to withhold performance or to terminate the contractual relationship and is planning to exercise that right, the treatment provider must refer the patient to another treatment provider”.
- 148 Corte Suprema, 3 de marzo de 2020, Rol N° 12473-2018. En este caso, un viñedo demanda al Banco BBVA por un incumplimiento de contrato de prestación de servicio de pago a proveedores. La infracción imputada obedecería a que un contador de la actora habría realizado giros en transferencia y emisión de vales vista, lo que el banco cursó sin autorización de la demandante, cuestión descubierta en una auditoría en 2011. Sin embargo, dicha irregularidad no se descubrió sino luego de años sin auditar la empresa, de tal manera que esta falta de supervisión, a juicio de la corte, representa una exposición o contribución a su propio daño. A pesar que la norma de exposición imprudente se encuentra en materia de responsabilidad extracontractual, se sentencia que se trata de un principio aplicable a ambos regímenes de responsabilidad; en el caso de la contractual, integrando conjuntamente la aplicación de los artículos 1556, 1558 y 2330 del Código Civil. Opinión que se recoge, también, por SAN MARTÍN (2018), pp. 139 y ss.

penicilina, omite informarlo al profesional, siendo que su deber de colaboración se lo exigía. De la ingesta del tratamiento, resulta, igualmente, una anafilaxis que le ocasiona la muerte.

En este supuesto, la situación varía respecto del incumplimiento causado por la persona acreedora, y cambia porque junto con concurrir la infracción del médico, concurre la del paciente. El médico no requiere información, sin embargo, el paciente debía proporcionarla. El diagnóstico es el acertado, como también el tratamiento, pero incumple el contrato al no requerir la información necesaria para descartar reacciones adversas y dañosas. Al mismo tiempo, el paciente, al omitir una información valiosa –que debía proporcionar y no lo hace–, contribuye a la producción del daño. Ambas infracciones constituyen concausas y hacen procedente una reducción de la indemnización.

1.4.8.3 La regla de la mitigación¹⁴⁹

El acreedor afectado por el incumplimiento debe adoptar las medidas que sean razonables en consideración a las circunstancias tendientes a aminorar el daño. La colaboración aquí se confunde con el deber de autocuidado que pesa sobre el paciente. Sin embargo, en atención a que la ejecución del contrato médico se vincula con un proceso que culmina bastante más allá de la realización del acto médico, me permito aludir a la mitigación en el marco del deber general de colaboración del paciente.

El artículo 9:505 (1) –*Apportionment Between Solidary Debtors*– de los PECL, sobre el particular, expresa lo siguiente: “*The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps*”.

Los PECL siguen el modelo del artículo 77 de la CISG.

149 Entre nosotros, existe acuerdo en que la regla de mitigación se constituye como una carga, esto es, una conducta que una persona despliega, y que, en caso de omitirla, genera un perjuicio a sí mismo (AEDO (2018), pp. 51 y ss.); sobre el particular, véase DIEZ-PICAZO (2008), pp. 136 y ss.; SAN MARTIN (2009), pp. 292 y 296 y ss.

Sobre la regla, convendrá hacer dos comentarios. El primero, que la carga de mitigar se entiende cumplida, aunque el paciente no tenga éxito al ejecutarla. El segundo, que respecto de los costes en que incurra el paciente, este tiene derecho a obtener su indemnización. Así se recoge del artículo 7.4.8 (2) –atenuación del daño–, de los PICC, que declara que: “La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño”.

En nuestro derecho civil no hay regla que imponga a la persona acreedora (paciente) la carga de minimizar el daño. Sin embargo, se sostiene que la fuente del deber de conducta (mitigar a través de medidas razonables) es una particularización del deber de autocuidado, ambos con asiento normativo en el artículo 1546 del CC; y por lo que toca a las consecuencias por la infracción del deber, nuevamente, aparece la causalidad del artículo 1558 del Código Civil, si se asume que la omisión en la adopción de las medidas interrumpe el nexo causal y el mayor daño no resulta imputable a la persona deudora sino a la acreedora¹⁵⁰. También me permitiré recurrir a un supuesto hipotético con el fin de ilustrar cómo opera esta regla.

El paciente con amigdalitis bacteriana –siguiendo las figuras anteriores– acude al médico, quien, con las pruebas clínicas de rigor, da por establecido, correctamente, el diagnóstico. Al consultar al enfermo si es alérgicamente reactivo a algún antibiótico, señala que lo es respecto de la amoxicilina, ante lo cual, el facultativo prefiere recetar un fármaco distinto: flucloxacilina. No obstante, ambos medicamentos poseen una composición química muy similar, dado que son derivados de la penicilina, cuestión que el médico no considera. El paciente inicia el tratamiento prescrito –por el término de una semana–, sin embargo, experimenta síntomas anormales, propios de una afección alérgica, que le aquejan seriamente. Ante esto, la persona tratada decide abandonar los fármacos, suspendiendo la

150 VIDAL (2005), pp. 496 y ss.; DOMÍNGUEZ (2005), pp. 73 y ss.

prescripción medicinal, sin dar noticia alguna al médico tratante. Como consecuencia de esta decisión del paciente, la infección diagnosticada empeora, agravándose el daño.

En este caso, es evidente el incumplimiento del médico al no considerar que ambos fármacos pertenecen a la misma familia de antibióticos. Sin embargo, la omisión del paciente (o su conducta) en orden a dejar de tomar los medicamentos, es un factor que interrumpe el nexo causal, agravando los daños. El paciente debió, mas no lo hizo, informar a su médico o buscar una asistencia profesional alternativa. Sin embargo, lo que hace es suspender el tratamiento, provocando que la patología –al no ser tratada– experimente un desarrollo más invasivo y dañoso.

En síntesis, cuando se habla de los deberes de colaboración del paciente, también deben tratarse las consecuencias de su infracción. Al hacerlo se advierte que la infracción, bien puede descartar la indemnización o morigerarla. Se vuelve a la afirmación de Brantt.



El incumplimiento y la imputabilidad

2.1 Incumplimiento, diligencia y culpa

2.1.1 Una misma anatomía del incumplimiento e imputabilidad para las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado

Resultará útil comenzar indicando que, si bien el ámbito más propicio de las obligaciones de medios es aquel de los contratos médicos¹⁵¹, no quiere decir que la figura médica sólo contrae esta clase de obligaciones. Esta también puede contraer obligaciones de resultado.

Según se ha dicho, la diferencia entre una clase de obligación y otra refiere al contenido de la prestación. Las primeras tienen por objeto una prestación de hacer orientada a la obtención de un resultado que no está incorporado en ella; en cambio, el de las segundas consiste precisamente en la obtención de un resultado determinado. El deudor de medios cumple si realiza aquella actividad en que consiste su prestación de hacer, aunque no se alcance el resultado. En cambio, el deudor de un resultado sólo cumple si obtiene el *opus* a que se obligó.

He sostenido, junto a De la Maza que “(...) esa distinción resulta relevante para configurar el contenido de la prestación. (...) la diferencia entre obligaciones de medios y de resultado no es, por la razón que ya ha sido indicada, que únicamente las últimas involucren un resultado –todas lo involucran– sino más bien, en qué consiste ese resultado. Y es esto, precisamente, lo que define el contenido de la prestación”¹⁵².

Siguiendo la opinión de Jordano Fraga, puede afirmarse que la actividad –objeto de la obligación– a través de la cual se intenta ejecutar la prestación, siempre va orientada hacia un determinado resultado. Sin embargo, puede suceder que ese resultado forme o no parte de la prestación¹⁵³.

El deudor de medios cumple si realiza aquella actividad en que consiste su prestación de hacer, aunque no se alcance el resultado. En cambio, el deudor de un resultado sólo cumple si obtiene el *opus* a que se obligó.

151 PIZARRO (2017), pp. 79 y ss.

152 DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 191.

153 JORDANO FRAGA (1991), p. 11.

Por su parte, Carrasco Perera defiende que la utilidad de esta distinción entre obligaciones de medios y de resultado es la de servir para ilustrar aquello a lo que se obliga a la persona deudora –su deber de prestación– y determinar a quién pertenece el riesgo del fracaso de no obtener un resultado. En las palabras del autor: “En la jurisprudencia española, sin embargo, esta distinción entre ambos tipos de obligaciones no ha estado nunca orientada a encontrar espacios separados para la culpa y el caso fortuito, sino exclusivamente para determinar en qué medida el deudor está obligado o no a producir un resultado que constituye el interés empírico del acreedor (...). La distinción de obligaciones de medios y de resultado es una ilustradora descripción del contenido de las diversas clases de prestaciones de servicios profesionales, pero no de recibir ningún valor distintivo que el simplemente ilustrativo. Porque de hecho todas las obligaciones son de resultado. El deudor se obliga siempre a satisfacer la prestación prometida y no más. Curar al enfermo no puede ser objeto del contrato, porque la curación no puede ser controlada ni producida por la sola pericia profesional. El deudor debe prestar aquello que constituye un riesgo propio del acreedor, que el deudor no ha asumido por contrato. Lo que hay que preguntar es a qué se obliga el deudor, y nada más. Dentro del espacio en el que se obliga, la contingencia que hace fracasar el interés empírico de la otra parte, será o bien riesgo del deudor (no cobra por el servicio) o bien incumplimiento de este deudor (no sólo no cobra, sino que indemniza). Fuera de ese espacio, la contingencia en cuestión es siempre riesgo propio del acreedor, que pagará el servicio, aunque no se cure. Por eso –y no porque la segunda fuere una obligación de resultado– es distinto, por ejemplo, el deber de diligencia y la asunción de riesgo de fracaso, en un contrato de gestión discrecional de la misma cartera. Cuando acaba el deber de prestar para el deudor empieza (en las obligaciones de medios) el riesgo del fracaso para el acreedor, pero donde acaba aquel deber y empieza este riesgo, es algo que no se resuelve echando mano a la calificación bimembre de medios/resultado”¹⁵⁴.

154 CARRASCO (2017), pp. 909-910.

El autor va más lejos que Jordano Fraga al afirmar que todas las obligaciones son de resultado, y que lo que interesa es determinar a quién pertenece el riesgo del fracaso –como lo denomina–. La distinción permite ilustrar aquello a lo que se obliga a la persona deudora en una y en otra clase de obligación.

Entendidas, así las cosas, quiere decir que, si la persona deudora de medios no ejecuta la prestación según lo pactado, incumple su obligación, al igual que si una persona deudora de una obligación de resultado no lo obtiene en los términos pactados. En ambas obligaciones, la persona debe ejecutar la prestación, empleando la diligencia debida conforme el artículo 1547 del Código Civil; y si no la ejecutan, su incumplimiento se reputa imputable, salvo que pruebe el caso fortuito.

Entonces, según mi opinión, en el Código Civil, en contra de la opinión de Peñailillo y Pizarro, no es posible rastrear insumos normativos como para construir dos regímenes de responsabilidad: uno de carácter subjetivo –basado en la culpa del deudor– para las obligaciones de medios, sometido a la regla del artículo 1547 del Código Civil –exclusivamente aplicable a estas obligaciones–; y otro objetivo, al margen de la culpa, para las obligaciones de resultado, cuyo asiento normativo sería el artículo 1556 –exclusivamente aplicable a las obligaciones de resultado¹⁵⁵–. Así intentaré mostrarlo en los apartados que siguen.

De modo que, tal como se dirá, en las obligaciones de medios y de resultado el incumplimiento consiste en la no realización de lo debido. El incumplimiento imputará responsabilidad, a menos que medie la prueba del caso fortuito, cuya comprensión es idéntica para ambas.

155 Por todos, PEÑAILILLO (2009), y PIZARRO (2008), p. 263. Señala este último que “(...) tratándose de obligaciones de resultado, la culpa carece de función, siendo sólo relevante si la obligación fue satisfecha o no, excluyéndose un análisis del comportamiento del deudor destinado a lograr la satisfacción de la pretensión. En otros términos, al calificar la obligación contractual como de resultado, se instaura una genuina responsabilidad objetiva en sede contractual”.

Así lo reconoce Brantt, al expresar que “(...) el caso fortuito constituye la causa de exoneración en ambas clases de obligaciones, no existiendo a mi juicio reglas diversas de responsabilidad para unas y otras. Por esta razón, no comparto la opinión de aquellos autores que, tanto en el derecho nacional como comparado, recurren a la distinción entre obligaciones de medios y resultado para proponer una diversa construcción del régimen de responsabilidad contractual en cada una de ellas (...)”¹⁵⁶.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 20 de enero de 2015¹⁵⁷, al pronunciarse sobre el incumplimiento de la obligación de un transportista –típica obligación de resultado en la opinión de Peñailillo¹⁵⁸–, reconoce que el deudor debe ejecutar la prestación, empleando la diligencia que le es exigible conforme al contrato. En la sentencia se lee que “SEXTO: Que, en consecuencia, existió un cumplimiento imperfecto de la obligación asumida por Andes Logistics de Chile S.A. por cuanto asumió el deber de transportar las mercaderías y entregarlas en un lugar determinado, en estado apto para el que fueron despachadas. Luego, esta transportadora conoció o debía conocer el estado de las mercaderías al momento del embarque y asegurar que fueran enviadas en las condiciones requeridas para asegurar su arribo en condiciones apropiadas para su destino natural, que era el de poder ser vendidas para su consumo humano. Al no dar cumplimiento al encargo, y no asegurar las condiciones de temperatura adecuadas durante el transporte, procedió con negligencia en el cumplimiento del contrato celebrado, configurándose un cumplimiento imperfecto de lo pactado, que causó perjuicios a la parte que le encargó el transporte y que ha demandado en este juicio.

(...) OCTAVO: Que de los antecedentes del proceso consta que el demandado Andes Logistics de Chile S.A., no rindió prueba alguna que permita concluir que la destrucción parcial de las mercaderías sobrevino por una causa ajena a su responsabilidad. Examinado el orden causal, resulta que esta demandada fue contratada por ser su

156 BRANTT (2010), p. 211.

157 Corte de Apelaciones de Santiago, de 20 de enero de 2015, Rol N° 1690-2014.

158 PEÑAILILLO (2003), p. 224.

giro de actividad precisamente la prestación de servicios de transporte de mercaderías a países extranjeros, por lo que no son admisibles las excusas en torno a las cuales ha erigido su defensa; si el encargo no podía ser satisfecho con las características que el demandante requería para los productos transportados, jamás entonces pudo aceptarlo. Si consintió en el contrato y se obligó a entregar las mercaderías en un país extranjero decidiendo los medios de transportes que serían utilizados, sin que conste en ello intervención alguna del dueño de las mercaderías y después no pudo cumplir con la entrega al destinatario en las condiciones exigibles, queda entonces manifiesta la desidia con la que procedió en el cumplimiento de las obligaciones que contrajo. Al no haber procedido con el cuidado y diligencia que le eran exigibles en el cumplimiento del contrato, se configura la culpa con la que ha procedido al haber actuado con negligencia en el cumplimiento de los deberes que contrajo en virtud del contrato celebrado con la demandante, el que de esa forma cumplió en forma imperfecta”.

El tribunal distingue claramente la prestación y la diligencia que le era exigible a la persona deudora y, es por esta razón, que la declara responsable “al haber actuado con negligencia en el cumplimiento de los deberes que contrajo en virtud del contrato”.

En fin, frente a un incumplimiento de cualquiera de estos dos tipos de obligaciones –obligaciones de medios o resultado–, la exoneración opera a través de la disciplina del caso fortuito¹⁵⁹. En esto no hay diferencia entre ellas.

En las líneas que siguen, intentaré mostrar que la figura médica no se obliga a ser diligente, sino a ejecutar una prestación, empleando la diligencia debida de acuerdo con el artículo 1547 del Código Civil; y que, en las obligaciones de medios, al igual que en cualquier obligación, se diferencia claramente el incumplimiento de la culpa de la persona deudora o, si se quiere, la imputabilidad.

159 JORDANO FRAGA (1991), p. 11.

2.1.2 Incumplimiento e imputabilidad subjetiva en las obligaciones de medios

En la responsabilidad civil médica, la pregunta es doble: ¿en qué consiste el incumplimiento del contrato por parte del profesional de la salud? Y, enseguida, ¿cuál es el criterio de imputabilidad subjetiva que le atribuye responsabilidad?

Para responder a estas dos interrogantes, convendrá comenzar recordando cuáles son las condiciones de procedencia de la pretensión indemnizatoria.

Sobre el punto, será pertinente prestar atención a la opinión de Morales Moreno, quien expresa lo siguiente: “El hecho que el incumplimiento no exija la culpabilidad del deudor no significa que la culpa no pueda jugar algún papel en el supuesto específico de alguno de los remedios del incumplimiento, particularmente en el indemnizatorio”¹⁶⁰.

Por su parte, Díez-Picazo explica que: “La responsabilidad del deudor subsiste mientras no se produzca una causa de exoneración que es la que menciona el art. 1105. No existe tampoco dificultad para considerar que la causa de exoneración de responsabilidad prevenida en el art. 1105 puede calificarse, de acuerdo a la doctrina tradicional, como caso fortuito”¹⁶¹.

Una sentencia de 7 de septiembre de 2010¹⁶² de la Corte Suprema, se pronuncia acerca de los presupuestos copulativos para la procedencia de la indemnización de perjuicios y expresa que: “Esta Corte Suprema ha señalado que los presupuestos copulativos para la procedencia de la indemnización de perjuicios contractuales son: a) Vinculación jurídica, negocio, convención o contrato; b) Obligaciones que dan origen a prestaciones que debe satisfacer el deudor al acreedor; c) Incumplimiento de la obligación previamente establecida o cumplimiento imperfecto o tardío de la misma d) Hecho de la imputación

160 MORALES MORENO (2006), p. 51.

161 DIEZ-PICAZO (2008), p. 726.

162 Corte Suprema, 7 de septiembre de 2010, Rol N° 1089-2009.

Para que proceda la indemnización de daños, se requiere, ante todo, de un incumplimiento de la persona deudora (1), que tal incumplimiento le sea imputable a título de culpa y dolo, asumiendo que la culpa se presume (2); el daño derivado del incumplimiento (3); y la ausencia de una causa de exoneración, esto es, de un caso fortuito que origine el incumplimiento.

del incumplimiento o culpabilidad; c) Perjuicios; d) Relación de causalidad entre incumplimiento y perjuicios, e) Ausencia de causales de justificación, exención y extinción de responsabilidad del deudor, y f) Mora del deudor. Así, dentro de la concepción de la responsabilidad subjetiva es preciso que el incumplimiento dañoso sea atribuible al deudor, y lo será cuando hay dolo, lo que importa una intención de no pagar, o cuando hay culpa, esto es, falta de diligencia o negligencia”.

¿Qué se extrae de las citas anteriores? Que para que proceda la indemnización de daños, se requiere, ante todo, de un incumplimiento de la persona deudora (1), que tal incumplimiento le sea imputable a título de culpa y dolo, asumiendo que la culpa se presume (2); el daño derivado del incumplimiento (3); y la ausencia de una causa de exoneración, esto es, de un caso fortuito que origine el incumplimiento.

Entonces, si se asume como correcto que estas son las condiciones para la procedencia de la indemnización de daños –que determinan que la persona deudora sea responsable–, también es correcto afirmar que la noción de incumplimiento e imputabilidad subjetiva son requisitos diferenciados. Así lo reconocen los autores y la sentencia citada. Y tal distinción ha de predicarse respecto del incumplimiento de cualquier obligación. Así, habrá incumplimientos imputables al deudor –que será la regla al aceptarse que hay genuina presunción de imputabilidad (inciso 3º, artículo 1547 del CC)–; y también, incumplimientos no imputables por tener su origen en un caso fortuito, respecto de los cuales el deudor se exonerará de responsabilidad. En este último caso, se alude a un incumplimiento que produce efectos, pero no la indemnización de daños.

Con De la Maza, se sostiene sobre el carácter objetivo del incumplimiento que: “(...) resultará irrelevante, para determinar si hubo incumplimiento, si su causa fue o no imputable al deudor o a alguno de sus auxiliares. Habrá incumplimiento, incluso cuando su causa haya sido un evento de caso fortuito o de fuerza mayor. Sólo quedará pendiente por dilucidar qué efectos producirá tal incumplimiento”¹⁶³.

163 DE LA MAZA y VIDAL (2020), p. 144.

Entonces, cualquiera sea la obligación, el incumplimiento difiere de la imputabilidad subjetiva al deudor y, por ende, de la atribución de responsabilidad. Son, por así decirlo, dos planos diversos que, si bien normalmente se acompañan, puede que no sea así.

2.1.3 Cumplimiento e incumplimiento en las obligaciones de medios

Convendrá acudir a la voz más autorizada en derecho de contratos, a la de Morales Moreno, quien nos enseña que, a propósito de la noción de incumplimiento neutro, esta puede predicarse respecto de cualquiera obligación y, en el caso de las obligaciones de medios, aquello que se denomina culpa equivale al incumplimiento del deudor¹⁶⁴, razón por la cual también cabe afirmar su carácter objetivo. El autor expresa lo siguiente: “En mi opinión, el carácter objetivo o neutro, desde el punto de vista de la culpabilidad, es una característica del incumplimiento tanto en las obligaciones de resultado como en las obligaciones de medios. Sin embargo, se ha sostenido que ese carácter objetivo del incumplimiento, propio del nuevo derecho de contratos, no es adecuado en las obligaciones de medios (obligaciones de prestación de servicios), porque en ellas el incumplimiento está estrechamente ligado a la conducta negligente del deudor: no hay incumplimiento sin culpa del deudor.

Trataré de explicar, más detenidamente, lo que esta objeción significa. Pensemos, en primer lugar, en una obligación de resultado; por ejemplo, en la del vendedor, consistente en entregar la cosa vendida en estado de conformidad al contrato y libre de derechos de terceros no previstos en el contrato. El incumplimiento se produce cuando no se realiza cualquiera de estas exigencias; se produce al margen de la culpabilidad del deudor.

164 También, aunque sintéticamente, en MORALES MORENO (2011), p. 30.

Pensemos, en contraste, en las obligaciones de medios. De ellas, se afirma que la culpabilidad es necesaria para que exista incumplimiento. Por ejemplo, si el cirujano o la cirujana no realizan la intervención quirúrgica conforme a la *lex artis* (protocolo de la ciencia) incumplen el contrato, porque han actuado con culpa.

En algunas ocasiones, las obligaciones de prestación de servicios (obligaciones de hacer) conducen a un resultado. Así sucede, por ejemplo, en la ejecución de una obra. La obra es el resultado de un hacer (un servicio) de la persona deudora conforme a determinada *lex artis*. Ese resultado es considerado en sí mismo, para determinar si ha habido o no incumplimiento. El incumplimiento del contrato puede constatarse a través del resultado no alcanzado, pero en otras ocasiones, el hacer de la obligación no se plasma necesariamente en un resultado concreto, que pueda ser considerado para determinar el incumplimiento; es decir, el resultado buscado por la persona acreedora no se alcanza necesariamente con el cumplimiento de la obligación. Existen otros factores que pueden impedirlo. Así, por ejemplo, de la aplicación de un correcto tratamiento médico no se sigue, necesariamente, la curación del paciente; (...). En estos casos, el cumplimiento del contrato no consiste en la obtención de un resultado, sino que el deudor ejecute correctamente la conducta que le es exigible, conforme al contrato. Esa conducta, en lo que tiene de modo de actuación la ejecución de la prestación, se ha denominado tradicionalmente, la diligencia debida o exigible. Y la infracción de esa diligencia se ha denominado culpa o negligencia. Y la infracción de esa diligencia se ha denominado culpa o negligencia (...).

El anterior razonamiento es, sin duda, muy agudo. Con todo, me parece que esa diferencia entre las obligaciones de medios y de resultado a la que se alude no es suficientemente significativa como para impedir la construcción de un concepto unitario de incumplimiento del contrato, aplicable a unas y otras (...). Lo intentaré explicar con algunas razones.

1. Lo esencial, lo que caracteriza al concepto de incumplimiento (...) es que no se ha realizado el contrato en los términos en él previstos y, por tanto, no ha quedado satisfecho el interés del acreedor. Es indiferente que el incumplimiento consista, como

sucede en unos casos (en las denominadas obligaciones de resultado), en que no se ha alcanzado el resultado contemplado en el contrato, o que sea consecuencia, como ocurre en otros (en las denominadas obligaciones de medios) de que el deudor no ha ejecutado adecuadamente (con la diligencia debida, conforme al contrato) su obligación de hacer. La insatisfacción del interés del acreedor que se produce en ambos casos es lo que determina la existencia de incumplimiento.

2. En las obligaciones de medios, la necesaria consideración de la conducta del deudor para poder establecer que existe incumplimiento no es consecuencia de que en ellas el incumplimiento no consista en la insatisfacción del interés del acreedor, ponderada objetivamente conforme al contrato, sino del particular contenido de la vinculación contractual. La culpabilidad del deudor no es una exigencia de imputación subjetiva, propia de estas obligaciones, sino la manera de determinar la existencia del incumplimiento del contrato por el deudor. La culpa del deudor es el incumplimiento.

Tras todas estas consideraciones, creo posible extraer una conclusión: tanto en las obligaciones de resultado, como en las de medios, lo que caracteriza al incumplimiento es el hecho de que el contrato no se ha realizado (no se ha desenvuelto tal y como el mismo impone) y, como consecuencia, no ha quedado satisfecho el interés del acreedor¹⁶⁵.

¿Que se extrae de esta extensa cita? Se extraen cuatro cosas.

La primera. Que, tanto en las obligaciones de resultado, como en las de medios, el incumplimiento consiste en la no realización de la prestación debida.

La segunda. Que, cuando se sostiene que la persona deudora en las obligaciones de medios se obliga a emplear la diligencia debida, a lo que se alude es a una prestación de hacer, cuya peculiaridad consiste en que no incorpora un resultado determinado.

Se ha sostenido que, en las obligaciones de medio, no cabría afirmar el carácter neutro del incumplimiento porque en esta clase de obligaciones el deudor se obliga a desplegar una conducta diligente, de modo que, si incumple, tal incumplimiento constituye culpa, considerada como elemento constitutivo del incumplimiento.

La tercera. Que, cuando la persona deudora de una obligación de medios no realiza tal prestación –una de hacer– no incurre en culpa, sino en un incumplimiento de contrato. Este incumplimiento se caracteriza por no haberse realizado la prestación (no se ha desarrollado tal y como el contrato lo ordena) y, como consecuencia, no ha quedado satisfecho el interés de la persona acreedora. La persona deudora no ha ejecutado de forma adecuada su prestación de hacer, sin perjuicio que la inejecución le sea o no imputable.

Y, la cuarta. Que en las obligaciones de medios se distingue la prestación de hacer –objeto del contrato– de la diligencia debida de acuerdo al contrato. Y que puede haber incumplimiento objetivo de la persona deudora, cuando no le sea imputable.

2.1.4 El incumplimiento y la culpa de la persona deudora en las obligaciones de medios

No obstante lo anterior, se ha sostenido que, en las obligaciones de medio, no cabría afirmar el carácter neutro del incumplimiento porque en esta clase de obligaciones el deudor se obliga a desplegar una conducta diligente, de modo que, si incumple, tal incumplimiento constituye culpa, considerada como elemento constitutivo del incumplimiento. Se sostiene que no hay manera, en estas obligaciones, de escindir la culpa del incumplimiento. Se llega a sostener un régimen de responsabilidad diverso de aquel que gobierna el incumplimiento de las obligaciones de resultado.

En este sentido, Pizarro en un trabajo que titula “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento”, afirma: “En las primeras (las obligaciones de medios), como se sabe, al deudor se le exige una conducta diligente para que logre la satisfacción de la prestación comprometida. No existe un compromiso con el resultado, el deudor debe ser diligente en el intento por lograr dicho resultado o pretensión a favor del acreedor.

(...) Es decir, en presencia de obligaciones contractuales de diligencia no es posible diferenciar el cumplimiento de la diligencia debida o, lo que es lo mismo, el incumplimiento de la culpa. Incumple el deudor que actuó con culpa al no emplear la diligencia debida. En materia de responsabilidad contractual, el incumplimiento constituye culpa,

siendo imposible disociar ambos elementos en atención a la noción de incumplimiento de aquellas obligaciones que involucran exigencia de diligencia para la satisfacción del acreedor. Entenderlo de otra manera infringe el artículo 1547 inciso 3º CCCh”¹⁶⁶.

Compartiendo la misma opinión, Peñailillo indica: “Se entiende por obligación de medio aquella cuya prestación consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado al acreedor (...).

En la obligación de medio, es una actividad o cierto comportamiento lo que constituye la substancia de la prestación. El resultado no está *in obligatione*, no forma parte directa de la prestación; decimos ‘directa’, porque su presencia en la constitución de la obligación es necesaria en cuanto es el que otorga dirección a la actividad comprometida y permitirá evaluar su cumplimiento. En cambio, en la de resultado, este está *in obligatione* y, por tanto, su cumplimiento dependerá de su producción; dependerá de si se produce o no (ejemplo de obligación de medio es la del médico al tratar una enfermedad de un paciente; y de obligación de resultado, la de transportar una mercancía).

En suma, puede aceptarse que hay inconveniente terminológico y que puede expresarse que siempre hay un resultado, pero el contenido de ese resultado es bien distinto en una y otra clase. En la de medio es un comportamiento diligente y en la de resultado –se ha dicho– es una alteración de la realidad física”¹⁶⁷.

Si se presta atención a la opinión de estos autores, aquello que resulta tan claro desde el derecho de contratos –en las palabras de Morales Moreno–, esto es la distinción entre incumplimiento e imputabilidad, se oscurece completamente. Y lo que se oscurece es la forma de entender aquello a lo que se obliga el deudor en las obligaciones de medios –a ser diligente– y la noción del incumplimiento –que

166 PIZARRO (2008), p. 263.

167 PEÑAILILLO (2003), pp. 223-225. En el mismo sentido, véase ABELIUK (2008), p. 220 y TAPIA (2019), p. 134.

Aunque el Código Civil no recepcionó la clasificación de obligaciones de medios y de resultado, la doctrina y la jurisprudencia la reconoce y se hace cargo de ella como objeto de estudio y para la resolución de juicios sobre responsabilidad civil contractual, respectivamente.

es entendida como culpa–; y el cómo, en opinión de los autores, operan las cargas probatorias para esta clase de obligaciones. Sobre este último punto me detendré al finalizar este apartado.

2.1.5 Acerca de lo debido en las obligaciones de medios

Aunque el Código Civil no recepcionó la clasificación de obligaciones de medios y de resultado, la doctrina y la jurisprudencia la reconoce y se hace cargo de ella como objeto de estudio y para la resolución de juicios sobre responsabilidad civil contractual, respectivamente.

La interrogante que plantea esta clasificación refiere a determinar cuál es su importancia en materia de responsabilidad contractual. La cuestión es: ¿permite sostener –la clasificación– la existencia de dos regímenes de responsabilidad diversos según sea la obligación incumplida? ¿O, acaso, simplemente contribuye ella a la configuración de la prestación y del incumplimiento?

Según mi opinión, la no realización de lo debido, o la realización imperfecta de una obligación de medios, no equivale a la culpa de la persona deudora, sino, como sucede en toda clase de obligaciones, al incumplimiento de esta. Las cosas son de esta manera y no de otra, porque el deudor de medios no se obliga a ser diligente, sino a la ejecución de una prestación de hacer, empleando la debida diligencia según el artículo 1547 del Código Civil. Así parece reconocerlo Domínguez Hidalgo, al expresar que“(...) la presunción de culpa del art. 1547 inc. 3º determina examinar cuál es el contenido del contrato que se dice vulnerado. Si se trata de una obligación de medios la presunción de culpa del inc. 3º del artículo 1547 no obrará en contra del médico porque el mero hecho del daño final no significa, por sí solo, que haya existido incumplimiento. El médico puede haber actuado de modo perfectamente ajustado a la técnica exigida e igualmente no haberse sanado el paciente. Por ello, mientras no se acredite el incumplimiento no puede operar la presunción tantas veces referida. Ello determina que el médico se verá obligado a probar una causa ajena, porque la prueba de la ausencia de culpa exigida por el código

se verá superada por la prueba del caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo de un tercero del que él no responda”¹⁶⁸.

De la opinión de la profesora Domínguez Hidalgo –aunque la autora está más centrada en el ámbito de la presunción de culpa del inciso 3º del artículo 1547–, se desprende que una cosa es el incumplimiento del deudor de medios (de la figura médica) y otra diferente es la imputabilidad de tal incumplimiento que la ley presume. La autora distingue entre las obligaciones de medios la prestación (incumplimiento) y la diligencia debida (imputabilidad y presunción de culpa).

En los Principios Europeos sobre Contratos de Servicios –PEL SC–, al definir la prestación objeto del *treatment contract*, se expresa que “(...) *the treatment provider must consciously perform his duty to treat the patient according to a reasonable professional standard of care and in a humane fashion, respecting the patient’s individuality and autonomy.*”

*(...) Then, treatment proper, therapy, is administered and, finally, the general practitioner will make a prognosis, an assessment of the way in which the ailment will probably develop and what further treatment, if any, is needed and/or will be administered”*¹⁶⁹.

Más adelante, aludiendo a la ejecución del tratamiento –la prestación objeto del *treatment contract*–, se indica que: “*The general standard of care of Article 7:104(1) is restated in order to be able to insert specific Comments on the standard of care in treatment contracts (...) Article 1:107(4) lists a number of circumstances that determine the standard of care a client is entitled to expect. A higher standard is demanded from a specialised treatment”*¹⁷⁰.

168 DOMÍNGUEZ (2008), p. 34 y 45. Habrá que anticipar que la autora más adelante aborda los llamados “alivios probatorios” en beneficio del paciente. Más adelante se tratará el punto.
169 STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (2007), p. 781.
170 STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (2007), p. 789.

Por su parte, respecto del Borrador del Marco Común de Referencia –DCFR–, al regular el contrato de servicios médicos (*treatment contract*), su artículo IV.C-8:101 (1) expresa que: “Este capítulo se aplica a los contratos en los que una parte, el prestador del servicio, se compromete a prestar tratamiento médico a otra parte, el paciente”.

Y en el artículo IV.C-8:104, se menciona la “obligación de competencia y diligencia”, y añade: “La obligación de competencia y diligencia del profesional sanitario requiere específicamente que actúe con la competencia y diligencia que un profesional razonable y competente demostraría en las circunstancias de que se trate”.

¿Qué enseñan los PEL SC y el DCFR por lo que toca al *treatment contract* y su contenido prestacional?

Que, por el contrato médico, el profesional se obliga, por un lado, a ejecutar el tratamiento, y por otro, a que en su ejecución observe el cuidado estándar de un profesional razonable. Se distingue, entonces, la prestación (1) respecto del cuidado estándar de un profesional razonable (2). Se reconoce la expectativa del paciente en orden a que la prestación se ejecute en esos términos. Habrá que destacar que el DCFR es bastante más explícito al imponer al médico la obligación de competencia y diligencia, como una obligación diversa a la principal, la del tratamiento médico. El facultativo, entonces, debe ejecutar el tratamiento, observando la obligación de competencia y diligencia (estándar del profesional razonable).

Lo que se advierte es que el cuidado y la diligencia que corresponden al estándar de un profesional razonable, son equivalentes a la diligencia del artículo 1547 del Código Civil que debe emplear el médico –y cualquier otro profesional– en la ejecución del acto médico.

Entonces, prestación y deberes de cuidado no se confunden, sino que se complementan. Y si se sigue la opinión de Ramos González, tampoco se confunden incumplimiento y culpa. Esta última opera como factor de imputación subjetiva, incluso tratándose de obligaciones médicas de resultado.

Corresponde ahora prestar atención a la jurisprudencia que, también, permite alcanzar la misma conclusión, esto es, que el profesional médico se obliga a ejecutar una prestación de hacer (acto o actividad médica) y, al mismo tiempo, a emplear, en tal ejecución, la debida diligencia.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema, ha declarado por sentencia de fecha 25 de abril de 2017¹⁷¹ que “(...) la responsabilidad de todo profesional médico es poner a disposición del paciente sus capacidades y conocimientos profesionales de acuerdo a un estándar general de diligencia, introduciéndose así la distinción entre obligaciones de medio o general de diligencia y de resultados, señalando que normalmente las obligaciones de los médicos son de medio, por cuanto sólo se obligan a desempeñar su actividad de forma diligente, apegándose a las reglas de su profesión, para procurar lograr un resultado, pero sin que este sea garantizado (...).

(...) un profesional médico tiene una obligación de medios, puesto que debe ajustar su conducta a la *lex artis* médica, por cuanto aquel no debe necesariamente curar o sanar al paciente, sino desplegar su actividad cumpliendo estándares de conocimiento, prudencia y diligencia (...).”

¿Qué se extrae de lo citado? Dos cosas.

La primera, que la persona deudora se obliga a prestar los servicios médicos –desplegar su actividad– poniendo a disposición de paciente sus capacidades y conocimientos profesionales (la *lex artis* médica), en forma diligente o, si se prefiere, de acuerdo al estándar general de diligencia que le impone el contrato.

Y, segundo, que en la obligación de medios del profesional médico se distingue claramente, por un lado, la prestación –un hacer– que corresponde a una actividad que debe realizarse según las capacidades

171 Corte Suprema, 25 de abril de 2017, Rol N° 38151/2016; en el mismo sentido, véase Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de julio de 2014, Rol N° 625-2013; Corte Suprema, 28 de enero de 2011, Rol N° 5849-2009, y Corte Suprema, 30 de marzo de 2009, Rol N° 6779-2007.

y conocimientos profesionales del médico (de acuerdo a su especialidad). Y, por otro, la diligencia, que corresponde, según las palabras de que se sirve el sentenciador, al estándar general de diligencia.

De todo lo expuesto, se sigue que un profesional de la medicina, al celebrar un contrato de asistencia médica, no se obliga a ser diligente, sino a realizar una actividad a la que está obligado según la *lex artis* o, como se ha dicho, a lo estipulado por las partes¹⁷². Algo distinto –aunque estrechamente vinculado– es la diligencia que le es exigible, y que debe emplear en la ejecución de la prestación médica.

Entonces, dos son los componentes que integran el contenido del contrato médico: la prestación y la diligencia exigible conforme al contrato.

Al entender las cosas de esta manera, se aprecia que al dilucidar si el profesional médico es o no responsable ante el resultado adverso para el paciente (no garantizado por el contrato), necesariamente habrá que distinguir dos planos diversos –y que se condicen con el supuesto de hecho de la indemnización de daños–. Primero, aquel que corresponde al incumplimiento de la obligación (ejecución de la prestación de hacer del médico) y, el segundo, aquel que corresponde al plano de la imputación subjetiva que atribuye responsabilidad al deudor (el no empleo de la diligencia debida).

De esta manera, si se atiende a lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 1547, se sigue que, si la figura médica incumple, su incumplimiento, en principio, le imputa responsabilidad, a menos que acredite la intervención de un caso fortuito. Porque bien se sabe que según el inciso 2° del precepto, el deudor no es responsable del caso fortuito. Y si se acude al inciso 2° del artículo 1558, se comprende que lo quiere decir la legislación, por obvio que parezca, es que si el incumplimiento (mora) tiene su origen en un caso fortuito no resulta procedente la indemnización de daños.

172 Me remito en este punto a la citada sentencia Corte Suprema, 29 de enero de 2018, Rol N° 19182-2017.

Para descubrir la función de la diligencia en las obligaciones de medios, habrá que aceptar que en ellas la persona deudora, fuera de quedar vinculada a hacer alguna cosa (la prestación de hacer), deberá emplear, en su ejecución, la diligencia que, según el contrato, le es exigible.

El punto de partida de la responsabilidad del médico es el incumplimiento que se reputa imputable, y el límite de tal responsabilidad es el caso fortuito.

Si se asume esta afirmación como correcta, queda por dilucidar: ¿cuál es el rol que le cabe diligencia debida, según el inciso 1° del artículo 1547?

2.1.6 La función de la diligencia exigible en las obligaciones de medios

Para descubrir la función de la diligencia en las obligaciones de medios, habrá que aceptar que en ellas la persona deudora, fuera de quedar vinculada a hacer alguna cosa (la prestación de hacer), deberá emplear, en su ejecución, la diligencia que, según el contrato, le es exigible. Si no ejecuta su prestación (actividad médica), o la ejecuta imperfectamente, quedará obligada a indemnizar (porque su incumplimiento se presume imputable).

Si se está en lo correcto, habrá que rechazar la opinión de quienes afirman que esta clase de obligaciones, si la persona deudora acredita haber empleado la diligencia debida, se exonera de responsabilidad¹⁷³. Desde luego esta afirmación envuelve una contradicción importante, porque si la persona deudora está obligada a ser diligente y acredita haberlo sido, ha cumplido; y si ha cumplido, mal puede hablarse de exoneración. La exoneración presupone un incumplimiento¹⁷⁴.

Para dar una respuesta a la pregunta formulada, resultará conveniente comenzar por indagar en qué consiste la diligencia del citado artículo 1547; o, en otros términos, qué debe entenderse por diligencia debida en la responsabilidad contractual.

173 PIZARRO (2008), pp. 262 y ss.; ABELIUK (2008), p. 220; TAPIA (2019), pp. 134-135.

174 En este punto es claro Peñailillo al afirmar que “La diligencia cumple también una función promotora o instrumental, que conduce a ejecutar (que permite, hace factible) la prestación comprometida. Esta función se presenta tanto en las obligaciones de medio como en las de resultado; y aquí su antónimo, la culpa, excluye el caso fortuito, lo cual impide que la obligación se extinga y se exonere al deudor de responsabilidad”; PEÑAILILLO (2009).

Lo primero que debe advertirse es que, si bien en las obligaciones de medios la prestación corresponde a algo diferente a la diligencia, hay una estrecha relación entre ambas.

Y para explicar en qué consiste la diligencia debida del artículo 1547, la doctrina más autorizada se sirve de la noción de diligencia promotora del cumplimiento, la que ya ha sido examinada al tratar el contenido del contrato médico. Sin embargo, llegados a este punto, convendrá decir algunas cosas sobre esta noción. La diligencia promotora –que es la del artículo 1547– es funcional al cumplimiento del contrato. Impone al deudor el deber de adoptar medidas, incluso imprevisibles al tiempo de contratar, con el fin evitar y superar (resistir en los términos de nuestro legislados) aquellos impedimentos u obstáculos que puedan afectar el normal y correcto desenvolvimiento de la prestación. Es una diligencia impulsora del cumplimiento. Ella constituye un elemento natural del contrato (artículo 1444 del Código Civil) de lo debido, e impone al deudor desplegar una actividad (medidas) razonable según las circunstancias, dirigidas a que la prestación sea realidad (desde el objeto ideal al objeto real). Si el deudor omite aquella actividad que una persona razonable y prudente, en su lugar, habría realizado, será responsable por el incumplimiento.

Así pareciera recogerlo la sentencia de la Corte Suprema de 8 de abril de 2010¹⁷⁵ al distinguir con claridad la prestación (objeto de la obligación) de la diligencia a que califica de “promotora” del cumplimiento. En ella se lee lo siguiente: “Que los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato se reducen a si el deudor desplegó, o no, la conducta debida. El deudor junto con obligarse a dar o a hacer alguna cosa, debe emplear en la ejecución de su prestación una diligencia promotora del cumplimiento, que se materializa en la adopción de medidas concretas para la superación de los obstáculos o impedimentos que afecten el fiel desarrollo de la prestación, siendo el incumplimiento un hecho objetivo que se identifica con cualquier desviación del programa de prestación con relación a la conducta desplegada por el deudor en el cumplimiento del contrato”.

175 Corte Suprema, 8 de abril de 2010, Rol N° 2249-2008.

Entonces, si se vuelve a la pregunta planteada, habrá que decir que la diligencia contractual desempeña dos funciones. La primera, la de promover el cumplimiento (prever sucesos impeditivos, evitarlos y superarlos en sí o en sus consecuencias “resistirlos”). Y la segunda, la de operar como métrica para calibrar, en concreto, si concurren o no los requisitos del caso fortuito.

En esta segunda función, la pregunta varía y se formula de la siguiente manera. La cuestión es: ¿una persona razonable y prudente (un profesional médico), en el lugar del deudor, habría previsto, o no, el suceso que impide el cumplimiento, y de no haberlo previsto, lo habría resistido en sí y en sus consecuencias? Al dar respuesta a esta interrogante, la diligencia promotora permitirá al juez o árbitro resolver si, en ese caso y respecto de ese deudor, el impedimento que se invoca como excusa del cumplimiento, constituye o no un caso fortuito.

Sobre este punto, Brantt expresa con claridad lo siguiente: “Ahora bien, ¿en qué se traduce en concreto esta función de la diligencia? En palabras de Diez Picazo, esta comprende ‘las actividades necesarias para la previsión de la viabilidad de la prestación (...) los deberes de preparación y elaboración de la misma, la ejecución de las fases previas a su realización última, y las actividades de preservación y de evitación de los eventos que puedan ponerla en peligro, causar daños o hacerla imposible’. Las expresiones empleadas por el autor citado reflejan el contenido específico de la diligencia en su función promotora, y ponen de manifiesto su presencia a lo largo de todo el íter contractual, desde la celebración del contrato –de ahí que el autor aluda a la previsión de la viabilidad de la prestación– así como durante toda la fase de ejecución, donde se manifiesta más claramente aun, como se verá luego. En definitiva, aparecen en ella las nociones de previsibilidad y resistibilidad, mostrando así la conexión existente entre la diligencia promotora y los requisitos en estudio del caso fortuito. Éstos se construyen –ya desde el derecho romano, como se vio– precisamente sobre la base de la noción de diligencia.

En efecto, el despliegue de esta diligencia impone al deudor prever lo que puede suceder durante la ejecución del contrato y, particularmente, le asigna el deber de anticipar los eventuales obstáculos que

pueden surgir para el oportuno y fiel cumplimiento de su obligación. En este sentido, la diligencia constituye –como se verá luego– el grado de previsión exigible al deudor sobre el curso de los acontecimientos, tarea que este debe realizar al contratar, de modo tal que esta función de la diligencia está presente desde la celebración del contrato”¹⁷⁶.

Y añade: “En la construcción de la imprevisibilidad e irresistibilidad del caso fortuito, se observa el rol de la diligencia exigible al deudor. Esta, en su función promotora del cumplimiento recogida en el artículo 1547 del Código Civil, se encuentra presente en toda clase de obligaciones, sean de medios o de resultado, desde la celebración del contrato y a lo largo de toda su ejecución, impulsando su cumplimiento e imponiendo en concreto al deudor una conducta previsor y de resistencia a los acontecimientos que –originados fuera de su ámbito de riesgos– puedan afectar el cumplimiento de su obligación”¹⁷⁷.

Junto a De la Maza, sostiene que: “Entonces, la distinción entre obligaciones de medios y resultado es de extremada utilidad para la definición de la prestación debida y, también, para la configuración del incumplimiento –así lo explicamos en el capítulo de contenido del contrato–. Sin embargo, en nada incide en lo que concierne a la atribución de responsabilidad; en ambas el deudor queda obligado a la diligencia promotora y el incumplimiento se considera imputable al deudor a menos que intervenga el caso fortuito como causa de exoneración”¹⁷⁸.

Será preciso considerar que esta segunda función de la diligencia coincide con aquella que se encuentra recogida en los instrumentos del nuevo derecho de contratos, por lo que toca a la noción de fuerza mayor. Estos instrumentos, para definir si un impedimento constituye o no una excusa exoneratoria, igualmente se sirven de un modelo de conducta. Es cierto que el modelo cambia; el de la persona diligente (el buen padre de familia) es desplazado por otro, el de la persona

176 BRANTT (2010), p. 119.

177 BRANT (2010), p. 220.

178 DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 620. Véase también DIEZ-PICAZO (2008), p. 726.

razonable. Sin embargo, cualquiera sea el modelo, lo cierto es que la pregunta se mantiene invariable: ¿qué habría hecho otro (persona razonable) en el lugar y circunstancias del deudor que incumple y que alega el caso fortuito para exonerarse de su deber de indemnizar?

Convendrá volver a los PEL SC que, si bien regulan los *treatment contracts*, en que lo toca a las reglas que disciplinan el incumplimiento y la responsabilidad de la persona deudora, se remiten a los Principios Europeos de Derecho de los Contratos –PECL–. Y en estos, habrá que prestar atención al artículo 8:108 (1) –*Excuse due to an impediment*–, que prescribe: “*A party’s non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences*”.

Por su parte, el artículo 3° –3:104 (1) –*Excuse due to an impediment*–, de los PEL SC, que se aplica a los *treatment contracts*, dispone que: “*A debtor’s non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor’s control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences*”.

Como podrá apreciarse, ambas disposiciones, prácticamente idénticas, se sirven del criterio de lo razonable para determinar si podría, razonablemente, esperarse –o no– que el deudor lo considerará al tiempo del contrato –imprevisibilidad– (1); y si era razonable o no que lo evitará en sí o en sus consecuencias –irresistibilidad– (2).

En fin, me serviré de algunas sentencias que, resolviendo acerca de si el incumplimiento tuvo, o no, su origen en un caso fortuito, se pronuncian sobre el requisito de la irresistibilidad, vinculándolo con la diligencia del artículo 1547 del Código Civil.

Una primera sentencia de la Corte Suprema de 25 de enero de 2011¹⁷⁹, recogiendo la segunda función que desempeña la diligencia de la persona deudora, a la que califica de “diligencia preventiva del incum-

179 Corte Suprema, 25 de enero de 2011, Rol N° 3738-2009.

plimiento”, expresa lo siguiente: “La real función de la diligencia en relación con la única causal de exoneración que contempla en forma genérica nuestro Código Civil, o sea el caso fortuito, es la de ser un elemento de este. Consiste en que el hecho que hace imposible el cumplimiento de la obligación no haya sido causado por culpa del deudor. Se trata, en suma, de la diligencia preventiva de la imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Esto es lo que describe el artículo 1547 del Código Civil en su inciso 3° al prescribir que la diligencia debe ser probada por quien debió emplearla”.

Una segunda sentencia de la Corte Suprema, de 21 de enero de 2008¹⁸⁰, expresa lo siguiente: “De esta definición (la del artículo 45 CC) se desprenden sus elementos constitutivos, a saber: 1°, causa extraña al deudor o dicho en otros términos, el hecho no debe serle imputable; 2°, el hecho debe ser imprevisto, imposible de conjeturar lo que ha de suceder en un cálculo de probabilidades, es decir, cuando no hay ninguna razón para creer en su realización; y 3°, hecho imposible de resistir, lo que significa que el evento que acontece es insuperable en su constitución y efectos, de manera que ni el deudor ni persona alguna que se coloque en tal circunstancia podría impedir lo sucedido”.

Y continúa: “Que el inciso 2° del artículo 1547 señala los efectos del caso fortuito, al preceptuar ‘el deudor no es responsable del caso fortuito’ y ello es natural, toda vez que nadie puede ser obligado a lo imposible. En consecuencia, si el deudor no cumple las obligaciones que contrae por la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, su incumplimiento es excusable”.

Más adelante, al pronunciarse acerca de la irresistibilidad de los efectos del caso fortuito, se sirve de la diligencia exigible a la persona deudora. En la sentencia se lee lo siguiente: “Que para una adecuada definición de la irresistibilidad del hecho positivo (...), resulta fundamental distinguir previamente si la imposibilidad jurídica de desarrollar la conducta impuesta por la obligación atiende al hecho

180 Corte Suprema, 21 de enero de 2008, Rol N° 5055-2006. Véase también Corte de Apelaciones de La Serena, 12 de diciembre de 2006, Rol N° 971-2006 y Corte Suprema, 30 de marzo de 2009, Rol N° 6779-2007.

sobreviviente o a los efectos del hecho irresistible, entendiendo por cierto, que en numerosas oportunidades el hecho mismo en que consiste el caso fortuito o fuerza mayor es irresistible, pero sus efectos pueden ser atajados por el responsable de dar cumplimiento a la obligación contractual.

En el entendido que el caso fortuito o fuerza mayor es irresistible en cuanto hecho, pero no respecto de sus efectos, es necesario clasificar la imposibilidad que él produce en absoluta y relativa. En el primer caso resulta evidente que la obligación se extingue por imposibilidad física o jurídica que el deudor no puede despejar. En el segundo, los efectos del caso fortuito pueden atajarse, no obstante, la inevitabilidad de su ocurrencia. Surgirá entonces el problema de clarificar en qué ocasiones el deudor será responsable o, más precisamente, cuándo estará obligado a salvar los aludidos efectos. Esta situación se deberá transparentar atendiendo al grado de diligencia y cuidado que le imponía la obligación. En casos –como el de autos–, en que se responde de culpa leve, deberá el deudor emplear en el salvamento de la especie la diligencia del buen padre de familia, esto es, aquella que ordinariamente ocupan los hombres en sus negocios propios”.

Avanzando, se lee además que “(...) cabe recordar que es un hecho establecido en la causa, que pese a haberse incautado el vehículo objeto del contrato de *leasing* con fecha 13 de diciembre de 1996, la arrendadora Santiago Leasing S.A. siguió percibiendo las cuotas restantes, cumpliendo la arrendataria con todos sus pagos oportunamente en la forma estipulada en el contrato, habiéndose solucionado la última cuota el 15 de octubre de 1997, esto es, diez meses más allá de la fecha de incautación de la camioneta.

Siguiendo el razonamiento efectuado en el motivo precedente debe afirmarse entonces que el deudor que pretende liberarse de responsabilidad alegando caso fortuito, deberá acreditar que empleó la debida diligencia, esto es, aquella que le imponía la ley según la naturaleza de la obligación”.

Agrega luego: “En las obligaciones de dar, sea una especie o un género y en las de ejecutar un hecho, la imposibilidad de cumplir ha de ser absoluta, al decir de los autores, no siendo causa de exención

la mayor dificultad, aunque esta aumente la intensidad. En el cumplimiento o pago de una obligación la dificultad absoluta es la única eximente o excusa (...). En el caso que nos ocupa, demandado pudo él efectivamente cumplir las obligaciones que le imponía el contrato de *leasing* librando al vehículo materia del contrato de los vicios que motivaron el acto de autoridad dispuesto en su contra, pagando los respectivos impuestos y, habiendo aceptado el pago de las rentas y el íntegro y cabal cumplimiento de las obligaciones de la arrendataria durante, a lo menos diez meses, sin que existiera reciprocidad en las contraprestaciones emanadas de su propia parte, no pudo excusarse del cumplimiento que le correspondía alegando un exceso de onerosidad en su prestación, aún que aquel le impusiese una conducta y un desembolso de dinero originalmente no previstos, ya que al aceptar el íntegro, total y oportuno cumplimiento de las obligaciones de la contraparte en pleno conocimiento de la situación fáctica que afectaba al objeto del contrato, consintió tácitamente en que también debía cumplir con aquello a lo que se había comprometido vender el vehículo, para lo cual debió realizar todo lo que fuese necesario”.

La sentencia concluye indicando que en el caso las consecuencias del caso fortuito eran superables en atención a la diligencia que le era exigible al deudor. Sobre el punto expresa lo siguiente: “Que atendido lo razonado precedentemente y teniendo en consideración, además, que del mérito del contrato de *leasing* celebrado entre las partes se desprende que el arrendador vendedor respondía de culpa leve, cabe concluir, en consecuencia, que debió emplear en el salvamento de los efectos de la orden de incautación emanada del Tribunal Aduanero de San Antonio, que afectó a la camioneta objeto del contrato de *leasing*, la diligencia del buen padre de familia, comportamiento que en la especie debió traducirse en el pago de los derechos de internación que motivaron la instrucción de la causa en que se ordenó la medida administrativa sobreviviente que privó inesperadamente a las partes del uso, goce y disposición de la especie, no vislumbrándose que su dictación excusara el cumplimiento de las obligaciones esenciales del arrendador vendedor, cuales eran la de liberar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa y la de formalizar su venta, en atención a la oferta irrevocable formulada en el contrato de *leasing* por el demandado a la demandante”.

En las obligaciones de medios, se distingue claramente lo que es la prestación de aquello que es la diligencia. Esta diligencia promotora permite definir para el caso concreto si concurren, o no, los requisitos del caso fortuito. La diligencia fija la métrica para tal objeto.

2.1.7 Síntesis

Por lo que toca al incumplimiento y a la imputación subjetiva de responsabilidad, puede afirmarse que en la obligación de medios el deudor no se obliga a ser diligente o a actuar diligentemente, sino a una prestación de hacer que, en el caso del contrato médico, generalmente la integra el juez o la jueza, dotándola de contenido, incorporando la *lex artis*.

Una cosa distinta es afirmar que la persona deudora, en la ejecución de tal prestación de hacer, deberá emplear la diligencia que le resulta exigible, conforme al contrato. Esta es una diligencia promotora de cumplimiento y que impone al deudor el deber de prever aquellos impedimentos a que puede exponerse la normal ejecución de la prestación y, también, de adoptar aquellas medidas tendientes a evitar y superar (resistir) tales impedimentos en caso de que tengan lugar.

En las obligaciones de medios, se distingue claramente lo que es la prestación de aquello que es la diligencia. Esta diligencia promotora permite definir para el caso concreto si concurren, o no, los requisitos del caso fortuito. La diligencia fija la métrica para tal objeto.

En conclusión, por lo que toca al incumplimiento y a la imputación de responsabilidad, no existe diferencia entre las obligaciones de medios y aquellas de resultado¹⁸¹.

El límite de la responsabilidad civil es el caso fortuito y, en todo caso, será la diligencia exigible a la persona deudora –una promotora del cumplimiento– la que permite fijar la métrica para calibrar, en cada caso, si concurren o no los requisitos del caso fortuito y si el deudor queda exonerado de responsabilidad.

181 BRANTT (2010), p. 211.

2.1.8 La excepción: la obligación de resultado en el ámbito médico

Finalmente, asumiendo que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no incide ni en la forma de concebir el incumplimiento ni en el régimen de responsabilidad, me detendré en algunos casos de obligaciones de resultado en el ámbito médico.

Según anticipé, el médico no sólo contrae obligaciones de medios –aunque ellas son la regla general– sino también obligaciones de resultado, que convendrá prestar a la jurisprudencia.

Así, una sentencia de la Corte Suprema, de 19 de mayo de 2015¹⁸², señala en su considerando 5º: “Que en la especie la sentencia impugnada señaló en lo que concierne a la resolución de la causal en examen que ‘Si bien, en términos generales, las obligaciones médicas suelen ser de medios, ellas coexisten con obligaciones de resultado y, en la especie, la obligación de informar los hallazgos clínicos encontrados por los patólogos en las muestras del tumor extraído a la paciente así como las recomendaciones sugeridas por éstos no puede calificarse sino como una obligación de resultado. Sin embargo y no obstante lo delicado de la situación, el Servicio nada hizo por comunicar tales conclusiones y recomendaciones a la paciente, debiendo calificarse dicha omisión como una manifiesta e injustificada falta del servicio’”¹⁸³.

Una segunda sentencia de la Corte Suprema, de 25 de noviembre de 2013¹⁸⁴, que se pronuncia sobre el incumplimiento de un contrato médico para la realización de una cirugía plástica¹⁸⁵, expresa lo siguiente: “La cirugía plástica con fines meramente estéticos no puede encasillarse dentro de las llamadas obligaciones de prudencia, ya que encierra en sí misma la existencia de una finalidad o bien la

182 Corte Suprema, 19 de mayo de 2015, Rol N° 4388-2015.

183 La corte también ha considerado, aunque *obiter dicta*, que existen obligaciones de resultado tratándose de cirugías con fines estéticos o embellecedores. Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema, 17 de junio de 2015, Rol N° 11078-2014.

184 Corte Suprema, de 25 de noviembre de 2013, Rol N° 8307-2012.

185 PIZARRO (2017), pp. 101 y ss. En el caso de las cirugías plásticas, Pizarro Wilson sostiene que en este tipo de intervenciones se incorpora una obligación de resultado cuando el cirujano garantiza mejorar la imagen de las personas.

promesa de obtener un resultado, a diferencia de lo que sucede con la cirugía plástica con fines reconstructivos y la medicina asistencial, las cuales procuran, con los medios que poseen y en el contexto en que se desenvuelven, lograr la mejora del paciente ajustando su obrar a la *lex artis*.

Que, los errores de derecho que la recurrente asegura han cometido los sentenciadores tienen su origen y derivan de la declaración que formulan respecto a la naturaleza de la obligación contraída por los demandados, la que correspondería a un resultado estético y no solamente al deber de aplicar la debida diligencia en la intervención que practicaron. Siendo este el quid de la controversia jurídica que desarrolla el arbitrio de ineficacia, ha de señalarse, según han razonado acertadamente los jueces recurridos, que aparece como indubitado que la finalidad del contrato celebrado entre las partes, aun cuando pudiera catalogarse como uno de prestación de servicios médicos, fue el ofrecimiento de servicios destinado a causar un mejoramiento en la armonía corporal de la paciente o un embellecimiento o mejoramiento de su aspecto físico. Así fue ofertado por los demandados y ese fue el preciso propósito perseguido por la actora al contratarlos. Por ello es que la obligación contraída por los demandados no se satisface únicamente con la aplicación rigurosa de la técnica y arte de la profesión médica, sino que, con la obtención del resultado convenido, el que *ad initium* no es un hecho físicamente imposible, por cuanto eso fue lo ofrecido y acordado”.

De este último caso se advierte que la diferencia entre obligaciones de medios y de resultado, ahora en el ámbito médico, cobra interés para determinar el contenido de la obligación. En las de medios, el médico se obliga a un hacer, sin comprometer el resultado; en cambio, si la obligación es de resultado, como la de practicar la cirugía plástica, no es suficiente satisfacer un hacer conforme a la *lex artis*, sino que se requiere alcanzar aquel resultado ofrecido y acordado.

Podrían proponerse, además, otros casos de obligaciones de resultado del médico:

- a. **La revisión de exámenes**¹⁸⁶. Dentro de las obligaciones de la figura médica, se encuentra la de revisar exámenes y evaluarlos. Hay que distinguir entre el deber de revisar y evaluar los exámenes, y la de hacerlo de la forma apropiada conforme con las exigencias de la *lex artis ad hoc*. La primera de estas obligaciones se cataloga como una de resultado. Un médico que solicita exámenes debe revisarlos para luego diagnosticar a su paciente, de modo que el cumplimiento o incumplimiento se evalúa en términos binarios de si revisó o no el examen, independiente de la diligencia empleada en la actividad.
- b. **Cuando el médico ha garantizado un resultado en el contrato.** Si bien resulta inusual, es posible concebir que el médico voluntariamente asuma el riesgo de la consecución de un resultado, como podría ser la extirpación de un apéndice en caso de apendicitis. El médico podría, entonces, dar por cierto un resultado futuro, en términos tales que, al no cumplir, se le dé por responsable en atención al resultado del examen de las circunstancias e interpretación del contrato.

186 MEDINA y MIRANDA (2013), pp. 62 y ss.

2.2 La prueba del incumplimiento y la culpa

2.2.1 La pregunta

Llegados a este punto, la pregunta que convendrá formular es: ¿cómo se distribuye la carga de la prueba del incumplimiento en las obligaciones de medios?

Dos son las disposiciones relevantes en la materia. La primera, la del artículo 1698 del CC, que dispone sobre la prueba de las obligaciones en los siguientes términos: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta”.

Y, la segunda, la del inciso 3° del artículo 1547 que, al disciplinar la prueba de la diligencia, expresa que: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

¿Qué enseñan estas disposiciones cuando se las aplica a un conflicto de incumplimiento?

Que la prueba de la existencia de la obligación corresponde al acreedor que alega que se le debe, y la prueba del cumplimiento de la obligación (u otra forma de extinción) corresponde al deudor que alega que cumplió. Y se añade que la prueba de la diligencia o cuidado pertenece a quien ha debido emplearla, y la del caso fortuito a quien lo alega.

Se advierte que se asigna la carga de probar al que alega alguna cosa. La persona acreedora alega la obligación; la deudora alega que cumplió, que fue diligente o que el incumplimiento tuvo su origen en un caso fortuito.

La profesora Domínguez Hidalgo afirma que la norma del artículo 1698 del Código Civil ha sido aplicada extensivamente por la jurisprudencia para llegar a la regla: el que alega algo, debe probarlo. De esta forma, añade, se provee a las partes de una regla clara y previamente conocida por cuya virtud se evita mayores controversias¹⁸⁷.

Lo que interesa tratar en este apartado es dilucidar cómo se distribuye la carga de la prueba del incumplimiento de una obligación de medios.

Según mi opinión, las cargas probatorias se desenvuelven en dos planos. El primero, el de la obligación y su cumplimiento, que se resuelve con cargo al artículo 1698. Y, el segundo, el de la atribución de responsabilidad, al que resulta aplicable el inciso 3° del artículo 1547.

Si bien esta distinción es bastante clara y coherente con la responsabilidad civil contractual, que diferencia la obligación de la responsabilidad, para algunos la regla del artículo 1547 se aplica exclusivamente a las obligaciones de medios, por lo que toca a la prueba del cumplimiento de la obligación.

2.2.2 La antinomia de las obligaciones de medios: presunción de incumplimiento culpable

Convendrá comenzar con la opinión del profesor Alessandri, quien sostiene que “(...) tratándose de obligaciones contractuales, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla (art. 1547, inc. 3° del Código Civil), y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. Sea, pues, la obligación de resultado o de medio, al acreedor le bastará establecer su existencia; es el deudor que pretende liberarse de responsabilidad quien deberá probar el caso fortuito o que empleó la debida diligencia o cuidado, a menos que la ley expresamente ponga la prueba de la culpa a cargo del acreedor (...)”¹⁸⁸.

187 DOMÍNGUEZ (2012), pp. 1-4 (en *El Mercurio Legal*). Para un comentario acerca de la entrevista, véase CARVAJAL (2012), pp. 565-604.

188 ALESSANDRI (2005), p. 54.

El profesor Alessandri asume que la obligación de medios tiene por objeto la prestación de la diligencia y, es por esta razón que la persona deudora se libera de la obligación –y no de responsabilidad– si prueba el empleo de la debida diligencia; o se libera de responsabilidad, si lo que prueba es el caso fortuito. Quiere decir que, si la persona acreedora prueba la existencia de la obligación, y el deudor no logra acreditar la diligencia ni el caso fortuito, se presume su incumplimiento culpable y responde frente a la persona acreedora.

Más recientemente, los profesores Peñailillo y Pizarro, en un intento de objetivar la responsabilidad civil contractual (el primero) y de blindar la posición del acreedor (el segundo), afirman que el inciso 3° del artículo 1547 sería una reiteración del artículo 1698, por lo que toca a la prueba del cumplimiento y, además, se aplicaría exclusivamente a las obligaciones de medios.

Sobre el punto, el profesor Peñailillo expresa lo siguiente: “En la obligación de medio, si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor el que debe probar que fue diligente, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de comportarse diligentemente (sin importar que un resultado esperado no se haya producido)”¹⁸⁹.

Por su parte, el profesor Pizarro señala al respecto que “Entender que corresponde al deudor acreditar la diligencia, que no es sino el cumplimiento en las obligaciones de medios deja al médico con esa carga, alivianando las barreras para la indemnización a favor de la víctima. Una lectura que nos parece correcta dejaría al paciente sólo en situación de probar la existencia del contrato, alegar el incumplimiento, lo que, sumado a la prueba de la causalidad y el daño, debiera habilitarlo para ser acreedor de la indemnización, salvo que el médico acredite la diligencia debida”¹⁹⁰.

189 PEÑAILILLO (2003), p. 226 y, en el mismo sentido, PEÑAILILLO (2009).

190 PIZARRO (2017), pp. 18 y ss.

Pareciera que esta opinión, en alguna medida, busca, como dice el autor, “alivianar las barreras para la indemnización a favor de la víctima”. La interpretación de cómo se distribuyen las cargas probatorias pareciera estar teñida por esa finalidad y no apoyarse del todo en la norma del artículo 1547 del Código Civil¹⁹¹.

Antes, en otra oportunidad, afirma que “El profesor Peñailillo acierta al considerar que basta el artículo 1698 para resolver la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual. Corresponde al deudor que pretende extinguir su obligación acreditar el cumplimiento, ya sea una obligación de medio o de resultado. La razón es simple, la prueba del cumplimiento de la obligación –diligencia exigida o promotora del cumplimiento– equivale a la extinción de la obligación. (...) una vez acreditada la obligación, es al deudor, en conformidad al mismo precepto, que le corresponde probar su extinción. Y la forma de acreditar la extinción de la obligación no es más que el cumplimiento de la misma.

No puede, tratándose de una obligación de medios, disociarse el incumplimiento de la culpa en las obligaciones de medios. Como se ha indicado es una certidumbre que el artículo 1547 inciso 3° CCCh. contempla una presunción de culpa, en el entendido que corresponde al deudor probar la diligencia para exonerarse de responsabilidad. Fuera de la hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito, el deudor sólo puede liberarse de responsabilidad probando que fue diligente”¹⁹².

Si se presta atención a la opinión de los autores, se advierte que, al servirse de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, concluyen que el inciso 3° del artículo 1547 del Código Civil se aplicaría exclusivamente a las primeras, a una clase de obligación que este no considera ni regula. A lo que suma que no hay duda que la disposición se aplica a las obligaciones de dar un cuerpo cierto, que es la obligación de resultado por excelencia¹⁹³.

191 En su trabajo explica acerca de la dificultad que ofrece esta interpretación del artículo 1547; PIZARRO (2017), pp. 91 y ss.

192 PIZARRO (2008), p. 262.

193 CÁRDENAS (2011), pp. 108 y ss.

La persona deudora se obliga a ser diligente. Así se entiende que el cumplimiento equivalga al empleo de la diligencia, y que el incumplimiento lo sea respecto de la culpa.

La lectura del inciso 3° del artículo 1547 se explica porque ambos autores entienden que el objeto de la obligación de medios es la prestación de la diligencia debida. La persona deudora se obliga a ser diligente. Así se entiende que el cumplimiento equivalga al empleo de la diligencia, y que el incumplimiento lo sea respecto de la culpa. Esta opinión me merece una objeción de la que me haré cargo en lo que sigue.

Mi objeción se basa en una presunción de incumplimiento culpable y el cumplimiento imperfecto.

1. **La presunción de incumplimiento culpable.** La opinión conduce a sostener, para las obligaciones de medios, una genuina “presunción de incumplimiento culpable” del deudor. Una presunción que, para el caso de la falta de cumplimiento, nada tiene de objetable. Establecida que sea la existencia de la obligación, el deudor no prueba su cumplimiento. Aplica sin más el artículo 1698 del Código Civil. Sin embargo, tratándose de los cumplimientos imperfectos, la presunción sí es objetable.

Según se ha dicho, la culpa sería un elemento constitutivo del incumplimiento o, si se prefiere, formaría parte de este¹⁹⁴. Así, que la carga de probar el empleo de la debida diligencia (del cumplimiento) correspondería al deudor. Sobre el punto, indica que “(...) el acreedor demandante debe probar la existencia del contrato. En otros términos, le corresponde la prueba de la causa eficiente: la obligación contractual que se pretende incumplida. Por el contrario, una vez acreditada la obligación, es al deudor, en conformidad al mismo precepto (artículo 1698), que le corresponde probar su extinción. Y la forma de acreditar la extinción de la obligación no es más que el cumplimiento de la misma”¹⁹⁵.

Quiere decir, entonces, que, si la persona deudora no prueba su diligencia –que cumplió–, cualquiera sea el incumplimien-

194 PIZARRO (2008), p. 263.

195 PEÑAILILLO (2009).

to que se alegue, se presumiría su incumplimiento, al mismo tiempo, su culpa; esto es, un incumplimiento culpable.

Como se advierte se transita desde una presunción de culpa del incumplimiento a una presunción de incumplimiento. Entender las cosas de esta manera resulta extremadamente delicado si el incumplimiento sobre el que recae la controversia es un imperfecto, lo que, según se sabe, es lo usual en materia contractual, cuando la obligación que se entiende incumplida es de carácter no dinerario –sea de medios o de resultado– (una intervención quirúrgica omitiendo la observancia de un protocolo, la ejecución de una obra con defectos o la entrega de una cosa con anomalías materiales o jurídicas).

Si se asume como regla que quien alega un defecto en el cumplimiento debe probarlo, habrá que asumir, también, que esta opinión lo que propone es una inversión de la carga de la prueba del incumplimiento. Sin perjuicio de lo que se diga más abajo, convendrá detenerse en este punto.

2. **La extensión del artículo 1698 a los cumplimientos imperfectos.** Según se ha dicho, esta opinión no distingue según se trate de falta de cumplimiento y cumplimiento imperfecto. Por el contrario, lo que hace es extrapolar una regla que, si bien calza perfectamente con el caso de falta de cumplimiento, no sucede lo mismo con el cumplimiento imperfecto.

Para comprender el punto conviene comenzar precisando que el artículo 1698 es de aplicación general a toda obligación, cualquiera sea su fuente (artículo 1437 del Código Civil) y modo de extinguir (artículo 1567 del Código Civil). Y al llevarla al plano del incumplimiento contractual, según mi opinión, la regla queda, por así decirlo, estrecha o corta.

En efecto, al pensar el artículo 1698 en “clave” responsabilidad contractual por incumplimiento, se comprende que ella da una solución adecuada para la falta de cumplimiento. Ella, por así decirlo, se mueve entre el todo y la nada (el todo es el cumplimiento y la nada es la falta de incumplimiento). Claramente,

entre el todo y la nada queda un espacio –lo intermedio– que corresponde al cumplimiento imperfecto, siendo el intérprete a quien corresponderá dar una regla para la prueba de ese espacio intermedio.

Compartiendo esta objeción, Cárdenas afirma lo siguiente: “No obstante su aparente corrección lógica, estas teorizaciones (al referirse a la interpretación del artículo 1547 ofrecida por Peñailillo y Pizarro) encuentran serios problemas de aplicación cuando se enfrentan a la forma en que generalmente se incumple una obligación de medios (el cumplimiento imperfecto), puesto que no logran conciliar el efecto práctico de tener que aportar la prueba del incumplimiento de la obligación de diligencia con el texto del artículo 1547.3 del CC.CH”¹⁹⁶.

Más abajo se volverá sobre el punto, intentando ofrecer una respuesta al problema de la carga de probar los cumplimientos imperfectos, en un intento por escapar de la presunción en la que están atrapados.

En fin, convendrá considerar otro punto que no es menor. Al situar las cosas en el plano de la responsabilidad civil contractual, porque de eso se trata –la persona acreedora persigue que se le indemnice–, habrá que prestar atención a las condiciones de procedencia de la indemnización de daños –a su supuesto de hecho–¹⁹⁷ y entre ellas, la más importante, es el incumplimiento. No se concuerda con el profesor Pizarro cuando sostiene que, en las obligaciones de medios, si el deudor no prueba su diligencia –pensando en un cumplimiento imperfecto–, al acreedor le bastará acreditar la existencia de la obligación, los daños y la causalidad, para así acceder a una indemnización.

196 CÁRDENAS (2011), pp. 109-110.

197 DIEZ-PICAZO (2008), pp. 711 y ss., y 771 y ss.

3. **¿Cómo resuelven los tribunales?** La pregunta es si los tribunales acogen o no la interpretación propuesta por los autores, por lo que toca a la carga de la prueba en las obligaciones de medios.

Los tribunales han fallado acogiendo la demanda dirigida en contra de la figura médica –por cumplimientos imperfectos– en razón de que esta no acreditó haber empleado la diligencia debida según el inciso 3° del artículo 1547. El tribunal asume que la obligación del médico consiste en ser diligente. Habrá que considerar que la Corte Suprema ha casado sentencias de alzada que rechazan la demanda indemnizatoria porque el paciente no logró acreditar el cumplimiento imperfecto del médico. La causa de la nulidad de la sentencia de alzada es la infracción a las leyes reguladoras; he ahí la importancia de aproximarse correctamente a la cuestión de cómo se distribuyen las cargas probatorias en casos de incumplimiento de obligaciones de medios del médico.

4. **Las sentencias.** Una primera sentencia de la Corte Suprema, de 25 de abril de 2017¹⁹⁸, al resolver sobre la responsabilidad civil de dos médicos, comienza expresando: “Que en el caso concreto, al alegarse la responsabilidad contractual de la demandada, la actora escogió una opción que el tribunal debe observar, ateniéndose a la causa de pedir invocada y, conforme a la cual, recae sobre la demandante la carga de probar el vínculo contractual que genera la existencia de la obligación, mientras que el demandado deberá acreditar su cumplimiento, toda vez, que en esta sede existe una presunción simplemente legal de culpa a partir del incumplimiento y derivada de lo dispuesto en el artículo 1547 del Código Civil”.

Más adelante, aclara que, por tratarse de una obligación de medios: “(...) sería carga del actor probar la existencia del contrato, como fuente de la obligación, cuyo incumplimiento se demanda, del cual se desprende el vínculo jurídico que le impone

198 Corte Suprema, 25 de abril de 2017, Rol N° 38151-2016. Idéntica concepción en la sentencia de la Corte Suprema, 26 de diciembre de 2018, Rol N° 44501-2017.

al facultativo el deber de cuidado conforme a las reglas propias de la profesión médica, esto es, la *lex artis*, que el mismo médico demandado está en la necesidad jurídica de acreditar, única forma que permitirá determinar que su proceder se ajustó en el caso concreto a la previsión general de la *lex artis* médica, de lo contrario no será posible efectuar esa comparación y deberá estarse al incumplimiento de la obligación de patronato o de la debida prestación, conforme se ha indicado en el motivo tercero.

(...) que es de cargo de aquél acreditar que cumplió con su obligación de cuidado, circunstancia que implica probar que su actuación obedeció al estándar de conducta que le es exigible, el que debe determinarse conforme a la *lex artis*".

Y concluye: "Que, tal como se esbozó en el fundamento cuarto, resulta trascendente señalar, en relación a la carga de la prueba de la culpa, que ella en materia contractual se presume. Así, lo que debe probarse para destruir esta presunción, es haber actuado con la diligencia o cuidado debido por parte del deudor de la prestación, o bien el caso fortuito que le exonera igualmente de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 1547 del Código Civil. Por consiguiente, al acreedor le basta acreditar la existencia de la obligación contractual y afirmar el incumplimiento para colocar al deudor en situación de aportar la prueba de la ejecución completa y suficiente bajo amenaza de ser declarado responsable".

Si bien esta sentencia diferencia la prestación médica de la diligencia que el médico debe emplear en su ejecución, al resolver acerca de la carga de la prueba del incumplimiento, la hace recaer sobre el profesional médico.

Otra sentencia de la Corte Suprema, de 13 de agosto de 2012¹⁹⁹, expresa lo siguiente: "Con todo, aunque lo recién

199 Corte Suprema, 13 de agosto de 2012, Rol N°582-2011.

señalado permita entrever el destino del esfuerzo saneador, la corte no eludirá una mirada sobre el fondo de la alegación y, al efecto, con buena voluntad extrae del escrito que la conduce, la única parte que pudiera ser tenida como explicación de uno de los defectos que se imputa a la sentencia, en la que se expresa, a la letra: ‘En cuanto a la afirmación del sentenciador de segunda instancia, corresponde al médico y hospital probar que observaron la debida diligencia o cuidado, como lo prescribe el inciso 3º, del artículo 1547, del Código Civil y no el actor, como se ha resuelto el fallo recurrido’”.

5. **¿Qué se extrae de las sentencias citadas?** Que asignan al médico o clínica, con cargo al inciso 3º del artículo 1547 del Código Civil, la carga de probar el cumplimiento, sin atender a que el demandante es quien alega que la prestación médica fue ejecutada de manera imperfecta (cumplimiento imperfecto).

En los fallos, el tribunal no sólo presume que el incumplimiento es culpable, sino que, a falta de prueba suficiente, el incumplimiento culpable es presumible e imputa responsabilidad a la figura médica o a la clínica.

Esta forma de pensar la prueba respecto de las obligaciones de medios lleva incluso a imponer a la figura médica la carga de probar un hecho negativo. Así se advierte en la tercera. En opinión del sentenciador, el médico debía probar que el daño no se debió a su falta de diligencia.

Lo que preocupa de la lectura que hace la Corte Suprema del artículo 1547 del Código Civil es que se libera al acreedor (al paciente) de la carga de la prueba del defecto de la prestación médica, en circunstancias que, según el artículo 1698, debe acreditarlo el paciente, con absoluta independencia de si el tribunal da por establecido el incumplimiento, sirviéndose de medios de prueba indirectos o no²⁰⁰.

2.2.3 La prueba del incumplimiento y la presunción de imputabilidad en las obligaciones de medios.

Otra manera de entender las cosas.

Convendrá comenzar indicando que, según se ha explicado en el apartado del incumplimiento, en las obligaciones de medios, al igual que en las obligaciones de resultado, se distingue la prestación (obligación) de la diligencia exigible (responsabilidad o exoneración) y, por consiguiente, la regla que disciplina la prueba del incumplimiento y la imputación subjetiva de responsabilidad es la misma para ambas.

Se asume que el artículo 1547 del Código Civil es de aplicación a toda clase de obligación –de medios y de resultado– y que contiene el precepto que regula la imputación subjetiva de responsabilidad y la exoneración del deudor. Con cargo a ella se define si el deudor es, o no, responsable. Y el deudor será responsable por el sólo hecho del incumplimiento (cualquiera sea la manifestación), a menos que acredite el caso fortuito²⁰¹. Tanto en las obligaciones de resultado como en las de medios, la imputación y exoneración de responsabilidad están sometidas al mismo régimen.

Esta imputación subjetiva de responsabilidad presupone el incumplimiento de la persona deudora. Así lo reconoce Domínguez Hidalgo quien sostiene, a propósito de la responsabilidad civil médica, que en el caso de las obligaciones de medios no es aplicable la presunción de culpa de la persona deudora, de manera que corresponde a la persona acreedora probarla. La autora expresa que “(...) la presunción de culpa del art. 1547 inc. 3º determina examinar cuál es el contenido del contrato que se dice vulnerado. Si se trata de una obligación de medios la presunción de culpa del inc. 3º del artículo 1547 no obrará en contra del médico porque el mero hecho de daño final no significa, por sí solo, que haya existido incumplimiento. El médico puede haber actuado de modo perfectamente ajustado a

201 Así lo reitera el artículo 1558, inciso 2º, al disponer que la mora por caso fortuito o fuerza mayor no da derecho a indemnización.

la técnica exigida e igualmente no haberse sanado el paciente. Por ello, mientras no se acredite el incumplimiento no puede operar la presunción tantas veces referida”²⁰².

Al afirmar la autora que en el caso de las obligaciones de medios no es aplicable la presunción de culpa, lo que quiere decir –y así se desprende de la cita– es que en esta clase de obligaciones lo que no se presume es el incumplimiento, siendo la persona acreedora quien deberá acreditarlo.

Al entender las cosas de esta manera, antes de acudir al artículo 1547, habrá que acudir al artículo 1698, regla que, se sabe, prevé sobre la carga de la prueba de la existencia o extinción de las obligaciones que, para estos efectos, tienen su causa eficiente en el contrato.

Así, al acreedor le corresponde probar la existencia de la obligación, y al deudor su cumplimiento. Sin embargo, si el acreedor alega el cumplimiento imperfecto, como se ha justificado, le corresponderá, además, acreditarlo. La prueba de tal incumplimiento, unida a los restantes requisitos de procedencia de la indemnización, es la condición *sine qua non* para acceder a ella. La regla ha de leerse en términos que el que alega algo debe probarlo.

La pregunta es, ¿cómo relacionar estas dos disposiciones de manera que convivan en el plano de la responsabilidad por incumplimiento contractual?

Aludiendo a la forma en que deben relacionarse estas dos disposiciones, Brantt expresa que “(...) al dar una ubicación a las normas sobre la carga de la prueba, se advierte que el artículo 1698 se sitúa en el primer plano, el del cumplimiento e incumplimiento; la del inciso 3° del artículo 1547 en el segundo, de la responsabilidad o imputación subjetiva del incumplimiento”²⁰³.

202 DOMÍNGUEZ (2011), pp. 34 y 45. El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medios y de resultado. Habrá que anticipar que la autora más adelante aborda los llamados “alivios probatorios” en beneficio del paciente. Más adelante se tratará el punto.

203 VIDAL y BRANTT (2012), p. 285.

Según se ha dicho, la prueba debiera corresponder a quien alega el cumplimiento imperfecto, y es así porque cuando el acreedor lo alega, lo que está afirmando es que, a pesar del cumplimiento formal del deudor, hay algo que dejó de hacer o que hizo mal (un defecto en su conducta).

Entonces, habrá que aceptar que ambas disposiciones se desenvuelven en planos diversos, aunque estrechamente vinculados. El artículo 1698 aborda el plano de la obligación que se alega incumplida y su cumplimiento. La lectura de la norma permite oscilar entre dos extremos: el del cumplimiento y el de la falta de cumplimiento. Al tratarse de un hecho negativo –la falta de cumplimiento– resulta lógico que la prueba no recaiga sobre el acreedor, siendo el deudor el que deba probar que cumplió el contrato.

Por su parte, respecto del artículo 1547, acreditado que sea el incumplimiento, se desenvuelve en el plano de la imputación subjetiva de responsabilidad. Según el precepto, el incumplimiento se entiende imputable al deudor (se presume culpable), salvo que el incumplimiento –ya establecido– haya tenido su origen en un caso fortuito. En síntesis, su inciso 1° declara que el deudor es responsable por su incumplimiento culpable. El inciso 2° dispone que el deudor incumplidor no será responsable del caso fortuito. Y, en fin, el inciso 3° permite concluir que el incumplimiento se presume culpable, salvo que pruebe el caso fortuito.

Al detenerse en el artículo 1698, se advierte que entre estos dos extremos (cumplimiento y falta de cumplimiento), según se ha explicado, se encuentra el cumplimiento imperfecto, respecto del cual el precepto no ofrece una respuesta por lo que toca a la carga de la prueba.

Según se ha dicho, la prueba debiera corresponder a quien alega el cumplimiento imperfecto, y es así porque cuando el acreedor lo alega, lo que está afirmando es que, a pesar del cumplimiento formal del deudor, hay algo que dejó de hacer o que hizo mal (un defecto en su conducta). Esta alegación constituye un obstáculo para atribuir al cumplimiento del deudor el efecto que le es propio. Si se aplica la regla que se extrae del artículo 1698 que consiste en que el que alega algo debe probarlo, no hay duda que quien debe acreditar el cumplimiento imperfecto es la persona acreedora.

Sin embargo, en mi opinión conviene avanzar un poco más, y para hacerlo, resultará útil recordar aquello que, junto a Brantt, afirmamos en otro sitio: “Claramente, esta interpretación no ofrece problema

alguno cuando se ha producido una falta de cumplimiento, en que tratándose de un hecho negativo resulta lógico que no recaiga sobre el acreedor la carga de prueba del mismo y que, por el contrario, sí pueda exigirse al deudor que acredite su cumplimiento. Sin embargo, distinto es el caso de los cumplimientos imperfectos. En ellos el deudor prueba formalmente que cumplió y el acreedor alega la falta de conformidad de ese cumplimiento con lo pactado, es decir, el incumplimiento. Hay un cumplimiento aparente respecto del cual el acreedor discute y niega su suficiencia para extinguir la obligación (...). En estos supuestos hemos sostenido que resulta necesario alterar la comprensión tradicional de la regla del *onus probandi*, de modo de poner de cargo del acreedor la prueba del cumplimiento imperfecto dado que en el fondo estaría afirmando la subsistencia de la obligación pese a la actividad del deudor, y ello supondría la aplicación de la primera parte de la regla del artículo 1698 en lo que refiere a esta clase de incumplimientos.

(...) Pero si lo alegado por el acreedor es un cumplimiento imperfecto -en tanto ello supone que la obligación todavía existe porque el pago alegado por el deudor no ha tenido eficacia extintiva- le corresponde a aquel probar que se ha ejecutado una prestación no conforme y aquello pasa porque el acreedor pruebe el contenido exacto de la prestación, los distintos extremos de la misma, en especial los que considera infringidos. En rigor, tiene vigencia la regla del artículo 1698 en su integridad, produciéndose una suerte de cruce de prueba que deberá permitir al juez arribar a la convicción acerca de si ha habido o no incumplimiento”²⁰⁴.

Entonces, una correcta forma de entender las cosas llevaría a asumir que, si la persona acreedora alega un defecto en el cumplimiento del deudor, resulta de toda lógica hacer reposar en los hombros del acreedor la prueba de tal defecto (del cumplimiento imperfecto). Se vuelve a la primera regla del artículo 1698 del Código Civil, debido a que el acreedor que alega el defecto niega el efecto liberatorio del pago, o lo que es igual, afirma la subsistencia de la obligación. Sería

204 VIDAL y BRANTT (2012), pp. 283-284.

aplicable la regla que, en opinión de Domínguez, corresponde a una extensión del artículo 1698, con arreglo a la cual el que alega algo debe probarlo.

Sobre el punto, con Brantt agregamos que “(...) cualquiera sea la manifestación del incumplimiento siempre pesa sobre el deudor la carga de probar el cumplimiento y que, por tanto, ha extinguido su obligación. Pero si lo alegado por el acreedor es un cumplimiento imperfecto –en tanto ello supone que la obligación todavía existe porque el pago alegado por el deudor no ha tenido eficacia extintiva– le corresponde a aquel probar que se ha ejecutado una prestación no conforme y aquello pasa porque el acreedor pruebe el contenido exacto de la obligación, los distintos extremos de la misma, en especial, los que considera infringidos. En rigor, tiene vigencia la regla de artículo 1698 en su integridad, produciéndose una suerte de cruce de prueba que deberá permitir al juez arribar a la convicción acerca de si ha habido o no incumplimiento. Esta interpretación nos conduce a una especie de prueba dinámica, puesto que el acreedor junto con acreditar la existencia de la obligación y su contenido, debe justificar la desviación con relación a este último; y el deudor por su parte debe justificar la desviación con relación a este último; y el deudor por su parte debe justificar la realización de la conducta debida según la construcción hecha por el juez.

Si a partir de la prueba rendida por las partes se estima que hay coincidencia entre el objeto ideal y el real, se tendrá por acreditado el cumplimiento y la demanda será rechazada por no concurrir el presupuesto de la responsabilidad, esto es, el incumplimiento. En cambio, si concluye lo contrario, se dará lugar a la demanda, salvo que el deudor prueba, conforme el artículo 1547 inciso 3º, la intervención de un caso fortuito²⁰⁵.

Al conectar el contenido de la obligación que pesa sobre la persona deudora, las cosas pueden plantearse de una manera bastante sencilla.

205 VIDAL y BRANTT (2012), p. 284.

En efecto, si el acreedor alega que el cumplimiento del deudor adolece de un defecto, lo que en verdad afirma es que el deudor algo dejó hacer (deber positivo), debiendo hacerlo, o que el deudor algo hizo que no debía hacer (deber negativo).

Entonces, a lo primero que habrá que prestar atención es al contenido de tal obligación, y así dilucidar a qué se obligó al deudor en virtud del contrato. Esta tarea puede ser más o menos difícil, según la complejidad de la prestación médica cuya ejecución se discute, el detalle de los protocolos médicos, la existencia de resoluciones y reglamentos sobre el particular y, por, sobre todo, si alguna de las obligaciones del médico que se alega como incumplida está en la ley o quedó plasmada en algún instrumento al momento de la celebración del contrato médico. El juez o la jueza, con todo ese material, por así decirlo, dibujará el objeto ideal del contrato (la prestación médica).

Por su parte, el médico rendirá prueba orientada a mostrar que ejecutó la prestación médica y que el diagnóstico, el procedimiento o el tratamiento corresponden o se ajustan a la *lex artis*.

Con todos esos insumos y otras pruebas, como la pericial, la testimonial, etcétera, lo que hará el juez o la jueza será contrastar lo que, conforme el contrato, el médico debía hacer, con aquello que en realidad hizo (objeto real).

Llegados a este punto, la regla que permitirá dirimir la cuestión será la del artículo 1698 del Código Civil. De un lado, el paciente –acreedor– habrá probado el contenido de la obligación del médico –deudor– y, de otro, el médico, si ejecutó o no la actividad conforme al contrato.

Lo cierto es que lo que no puede aceptarse es que el paciente –acreedor– se limite a alegar un defecto en la actividad del médico y el resultado adverso, y se mantenga en inactividad probatoria, recayendo todo el peso de la prueba del cumplimiento en el médico –el deudor–.

Para una mejor comprensión de lo expresado en torno al cumplimiento imperfecto en el contrato médico, me serviré de una sentencia –que ya fuera comentada a propósito del estudio de la *lex artis*– que se pronuncia sobre la responsabilidad de una clínica por incumplimiento de contrato.

Los hechos del caso, expresados resumidamente, son los siguientes: La demandante celebró un contrato de prestación de servicios hospitalarios de psiquiatría con la Clínica UC San Carlos de Apoquindo, en virtud del cual la primera se internaría en el centro de salud mental de la clínica. El contrato imponía a la clínica una obligación de seguridad de la integridad física de la paciente. Después de quince días de internarse en la clínica, la demandante intentó suicidarse en dos oportunidades. En la segunda, se valió de una vía venosa periférica en el antebrazo para la administración de medicamentos, que no fue retirada oportunamente por personal de la clínica. Esto resultó en que la demandante sufrió una embolia aérea espinal con cuadro de paraplejía en ambas extremidades inferiores.

Declaró la corte lo siguiente: “Al respecto, los sentenciadores consideran que la clínica para cumplir con su obligación de seguridad contaba con amplias facultades para lograr tal objetivo, en razón del consentimiento otorgado por la paciente al firmar el referido documento, lo que incluía la realización de exámenes, procedimientos y tratamientos correspondientes, habiendo consentido la actora expresamente el empleo de medidas de contención física o aislamiento una vez que se hubieren agotado las medidas verbales, ambientales y farmacológicas. Dentro de estas medidas de seguridad, el equipo de enfermería de la clínica debía mantener una vigilancia permanente sobre los pacientes y en caso de riesgo, tomar medidas de cuidado adicional, como el traslado de habitación, la contratación de una auxiliar de enfermería individual, comunicándose a la familia o persona responsable del paciente de esta necesidad y el costo que debería asumir”.

Añade, que “(...) el contrato celebrado contiene una obligación de la clínica que involucra no solamente una prestación de atención médica, sino de hotelería y por sobre todo de seguridad, de manera tal que, de haberse empleado todas las diligencias contempladas en

el contrato, inclusive aquellas que eran excepcionales para el caso de no haber sido suficientes las de normal uso y de haberse así comprobado la situación para la clínica en cuanto a su resultado, esta habría variado notablemente”.

La defensa de la clínica fue que ella observó la conducta que le impone la *lex artis*, razón por la cual habría cumplido su obligación. En la sentencia se expresa que “(...) los sentenciadores le imputan falta de custodia y vigilancia a la paciente, pero no consideran que el contenido o marco contractual también está dado por normas que regulan la contención de los enfermos, como el Reglamento para la Internación de las Personas con Enfermedades Mentales y sobre los Establecimientos que la Proporcionan (artículos 8º, 27, 28, 29, 30, 31, 37 y 38) y la Norma General Técnica sobre Contención en Psiquiatría del MINSAL, que establecen que las medidas que en este sentido se adopten son excepcionales y graduales, de modo que su actuar no hizo más que ajustarse a dicha regulación”.

Con todo, la opinión de la Corte Suprema fue otra, al estimar que las partes celebraron un contrato de prestación de servicios médicos que imponía a la clínica especiales deberes de cuidado sobre la salud e integridad física de la paciente.

La sentencia concluye, expresando que “(...) si bien la clínica realizó esfuerzos para evitar que estos lamentables hechos ocurrieran, ellos no fueron suficientes para lograr el resultado pretendido, pudiendo una contención física excepcional y vigilancia permanente haber evitado el resultado dañoso para la paciente. Además, se descarta la existencia de una intención voluntaria y dolosa de la afectada al utilizar una herramienta proporcionada por la clínica para autolesionarse y se estima que lo aseverado en tal sentido por las demandadas es improcedente conforme a las patologías que afectaron a la paciente”.

¿Qué enseña esta sentencia?

Primeramente, que el contrato médico tiene por objeto una prestación de hacer, cuyo contenido, usualmente, no está definido ni detallado y que se integra acudiendo a la *lex artis* médica.

Luego, que, si bien lo usual es que el contenido de la prestación lo determine el juez, pero como se trata de un contrato, las partes pueden convenir expresamente acerca de las obligaciones de las partes, incluso imponiendo al médico o clínica un estándar de conducta más estricto que aquel previsto por *lex artis*. Si es el caso, habrá que estar a lo pactado y no a la *lex artis*.

En el caso, la clínica alega que cumplió la *lex artis* y prueba haber adoptado las medidas que ella le imponía. Por su parte, el paciente alega que el cumplimiento fue imperfecto porque la clínica no hizo lo que debía, de acuerdo a lo estipulado en el contrato.

Se advierte que el paciente alega el cumplimiento imperfecto y rinde prueba respecto de cuál era el alcance de la obligación de la clínica, no acreditando esta última haber adoptado tales medidas. El contenido del contrato y la falta de prueba respecto de la adopción de las medidas excepcionales convenidas son suficientes para dar por establecido el cumplimiento imperfecto de la clínica.

Si bien en este caso había un contrato que daba cuenta del alcance de la obligación de la clínica, si no lo hubiere, la prueba debe comportarse de la misma manera y, el paciente debe rendir la prueba que permita acreditar que la clínica estaba obligada a hacer algo y no lo hizo.

Se advierte que el problema no sólo refiere a la prueba, sino también al contenido de la regla contractual (lo debido por la clínica; al objeto ideal). En este caso, al existir un contrato que describía las medidas excepcionales (más allá de la *lex artis*) que debía adoptar la clínica, la discusión y la prueba giraron en torno al cumplimiento imperfecto. La persona demandante rindió prueba y logró la convicción del tribunal en orden a que la clínica no hizo lo que debía: que hizo menos (objeto real). En el caso, no era suficiente cumplir con la *lex artis*, sino con algo más, con aquello que fue pactado por las partes.

Entonces, por lo que toca a la prueba tratándose del incumplimiento de una obligación de medios, puede concluirse que:

Primero, al acreedor le corresponde probar la existencia de la obligación, sin limitarse a su causa eficiente –el contrato–, sino también a su contenido.

Segundo, el deudor debe probar que cumplió o que intervino algún otro medio de extinción de las obligaciones.

Tercero, si el acreedor alega que el cumplimiento del deudor no es conforme al contrato, deberá acreditarlo, para lo cual se servirá del contenido de la prestación.

Cuarto, si se establece que hubo incumplimiento, la norma lo presume imputable al deudor y le impone la obligación de indemnizar al acreedor.

Y, quinto, si el deudor prueba que el incumplimiento tuvo su origen en un caso fortuito, no será responsable de los daños derivados de su incumplimiento.

2.2.4 ¿Cómo resuelven los tribunales?

Me serviré de dos sentencias en las que el tribunal distingue el incumplimiento de la imputabilidad.

Un primer fallo, de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 19 de julio de 2014²⁰⁶, al pronunciarse sobre la carga de la prueba del cumplimiento por parte del médico, expresa que “(...) es un principio de la responsabilidad médica que el facultativo debe prestar los servicios médicos en forma diligente y cuidadosa, máxime que en la especie, se trata de un especialista, de tal manera que en virtud del artículo 1547 del Código Civil, le corresponde al médico la prueba de la diligencia y cuidado, empleados en la cirugía, y que se valió de los medios idóneos a su alcance, para cumplir diligentemente el co-

206 Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de julio de 2014, Rol N° 625-2013.

metido encargado, como una manera de zafarse del incumplimiento de una obligación contractual que le es atribuida por la actora y que, en razón del artículo citado debe presumirse culpable, presunción no desvirtuada hasta ahora. En la especie, la prueba exculpatoria exigida por la ley, debe referirse no sólo a la diligencia usada en la histerec-tomía misma, sino que también a establecer que la fístula surgió espontáneamente como consecuencia de condiciones particulares de la demandante ajenas al actuar del médico o de padecimientos posteriores que determinaron su aparición, prueba que no ha sido lograda por el demandado, lo que hace operar en su contra con plenitud, la presunción antes aludida”.

Una segunda sentencia, de la Corte Suprema, de 25 de noviembre 2013²⁰⁷, expresa lo siguiente: “Que, en todo caso y, como quiera que en esta *litis* se persigue el resarcimiento a la demandante en sede del estatuto de responsabilidad contractual, recibe aplicación la norma contenida en el artículo 1547 del Código Civil, conforme a la cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que ha de entenderse que la ley presume que la infracción de la obligación convenida es imputable a culpa del deudor. Tratándose de un contrato que cede en beneficio de ambas partes, como el de la especie, la responsabilidad del médico reposa en la culpa leve, es decir, aquélla definida por la falta de diligencia o cuidado de un buen padre de familia, en este caso, de un buen médico especialista en cirugía estética, el cual no es posible que presente, como un resultado esperado y realizado conforme a las leyes de su arte, el que ha denunciado la demandante, puesto que ello importaría que toda mujer que se someta a una abdominoplastía en las condiciones de la actora, podría esperar normalmente, esto es, en la mayoría de las intervenciones, un resultado como el exhibido por los médicos demandados, lo que contraría toda lógica”.

¿Qué se extrae de estas dos sentencias?

207 Corte Suprema, 25 de noviembre 2013, Rol N° 8307-2012.

Que ambas distinguen el incumplimiento de la culpa de la figura médica declarando que, en materia contractual, el incumplimiento o la infracción de esta se presume culpable.

Y enseguida, que la figura médica responde por los daños derivados de su incumplimiento. En el primer caso, porque, pese a que ejecutó su prestación, no logró acreditar que la fístula de la demandante se debió a una condición preexistente suya o a otra causa ajena, como podría ser un caso fortuito (aunque no lo declara). En el segundo, en cambio, el tribunal valora la prueba aplicando principios de lógica y de normalidad, y concluye que al no resultar plausible entender que todos los pacientes que intervenga el médico presenten un resultado como el de la actora, concluyendo que hubo incumplimiento de su parte, el que se presume culpable.

Para finalizar, convendrá prestar atención a la opinión de Barros en lo que concierne a la prueba de la culpa en responsabilidad médica. El autor afirma lo siguiente: “a) En principio, la infracción de los deberes de diligencia debe ser mostrada por el demandante, pues de lo contrario, la conducta del médico no puede ser calificada de ilícita. Esta regla probatoria define la posición estratégica de las partes en el juicio y plantea a la víctima la dificultad de que la prueba de la negligencia usualmente se encuentra con una ‘solidaridad corporativa subliminal, que intenta descubrir ámbitos de libre apreciación profesional’. b) La posición del médico y del hospital es de evidente ventaja probatoria, porque controlan la información relevante respecto del estado inicial del paciente, de los exámenes que le fueron realizados, del diagnóstico que llevó a tomar decisiones pretendidamente negligentes, de los detalles del tratamiento intentado o de la operación practicada y, en definitiva, de las causas precisas de la muerte o del daño corporal. Por eso, en resguardo del principio de igualdad de los medios probatorios, se han desarrollado correctivos que asignan a los especialistas la carga de proporcionar la información que permita determinar su propia negligencia. No se hace referencia a una inversión de la carga de la prueba, aunque también puede ser el caso, sino de la imposición de deberes de colaboración, cuya inobservancia puede conducir a la construcción de una presunción judicial de negligencia o bien a que el médico u hospital le sea rechazada la prueba de los hechos extintivos invocados. Ese es el caso,

por ejemplo, si no existe la ficha médica completa en los términos exigidos por la ley, si no están disponibles los exámenes que sirvieron de base al diagnóstico y al tratamiento, o si existen inexactitudes o falsedades en la información proporcionada. En otras palabras, el deber de información del médico y del hospital se extiende al tiempo posterior al diagnóstico, intervención u otra actuación profesional, e impone el deber conexo de entregar los antecedentes que están bajo su respectivo control y que resultan necesarios para luego valorar la conducta observada”²⁰⁸.

Lo que nos enseña Barros es que si lo que se busca es aligerar la posición de la víctima del ilícito médico, no hace falta forzar las normas del Código Civil y buscar soluciones que dan la espalda a su letra, como sucede con la lectura que algunos hacen del inciso 3° del artículo 1547. La cuestión no es alterar o invertir la carga de la prueba. La prueba de la infracción del médico o de la clínica corresponde al demandante. La manera de aligerar la posición del demandante está en la valoración de la prueba y en el estándar probatorio de que se sirva el tribunal. Así, como sucede con la sentencia de la abdominoplastía, en la que el tribunal recurrió a principios de lógica y de normalidad, para dar por acreditado el incumplimiento del médico.

Así lo constata Larroucau, quien señala lo siguiente: “Los jueces acuden al ‘sentido común’ para justificar la prueba de los principales elementos de la responsabilidad, como la culpa, la causalidad y el daño, así como la cuantificación de los perjuicios. Es la experiencia la que enseña que ciertos hechos no pueden sino provenir de la negligencia del demandado: así, por ejemplo, la caída de un hombre de noventa y siete años desde la camilla en que lo trasladan, en el caso de una operación innecesaria y realizada sin el consentimiento del paciente, si se le notifica tardíamente a un donante de sangre de que es portador de VIH, si el Instituto de Salud Pública no envía dentro del plazo legal la confirmación de los resultados de dicho examen, o si notifica de que es portador a una persona que no padece VIH (que fue el escenario que consolidó en nuestra justicia la indemnización

Alcanzar un acuerdo acerca de la prueba del cumplimiento imperfecto de la figura médica o de la clínica, y entender las cosas como se han planteado, permite mantener un equilibrio en la tutela civil de los derechos que pueden verse vulnerados por la realización de la actividad médica.

del daño moral en sede contractual), cuando se opera la cadera sana del paciente, se quema a un menor con un electro bisturí, se mantiene en el cuerpo del paciente una cánula por veintisiete meses más de lo necesario, al recetar un medicamento equivocado, o aplicar una inyección en el lugar erróneo, cuando se pone término unilateral a la asistencia médica y farmacológica dos años después del accidente sin justificación, no se toma una radiografía antes de una laparoscopia, no se practica una cesárea a tiempo, se da un diagnóstico tardío de tuberculosis (por confundir el cuadro clínico con uno de VIH), no se anticipa el posible desmayo de un donante de sangre, se posterga la decisión de si requiere un bypass un paciente que ya tuvo dos infartos, se niega como médico de turno la atención a un menor en un caso de urgencia, no se diagnostica a tiempo un embarazo tubario, entre tantos otros. Nótese que en estos casos las máximas de la experiencia no exoneran de rendir pruebas, sino que ayudan a comprender la información disponible”²⁰⁹.

Otro camino, acaso, podría ser pensar el contrato médico en términos que la figura médica o la clínica se obligan a su realización, garantizando la satisfacción del interés del acreedor, en este caso, en que se empleen los medios adecuados de acuerdo a la ley y a la *lex artis*. Desde esta perspectiva, si es que el médico o la clínica no disponen de la información que la propia LDDP le exige registrar y conservar, perfectamente el juez puede concluir que estos han incurrido en un cumplimiento imperfecto, y les condenará en la medida que concurren los restantes requisitos de la indemnización, daño y causalidad.

Alcanzar un acuerdo acerca de la prueba del cumplimiento imperfecto de la figura médica o de la clínica, y entender las cosas como se han planteado, permite mantener un equilibrio en la tutela civil de los derechos que pueden verse vulnerados por la realización de la actividad médica, dado que, bien se sabe, la responsabilidad civil médica puede estar sometida al contrato, al régimen de la responsabilidad civil por delito o cuasidelito, o al régimen especial de la responsa-

209 LARROUCAU (2014), pp. 62-64.

bilidad sanitaria del Estado. Y tratándose de estos dos estatutos de responsabilidad extracontractual, es la víctima la que debe probar la culpa o la falta de servicio.

2.3 El error médico

Se ha señalado que, por el afán de dejar indemne al paciente, en caso de ocurrir daños a causa de la acción médica, se suele atribuir casi automáticamente tales perjuicios a la negligencia del facultativo o facultativa²¹⁰. Ello, con claridad, es equivocado. Negligencia o culpa no es lo mismo que error, cuanto este último es excusable. En el primer supuesto, existe culpa o negligencia en caso de que el profesional médico o sus auxiliares, con infracción a los deberes de cuidados que impone propiamente la *lex artis*, por ejemplo, realizar una intervención quirúrgica sin esterilización previa del instrumental de cirugía, o bien operar a un paciente con un trauma óseo sin un estudio previo de exámenes de imagenología. Aquí se produce un error médico, pero culpable. Por el contrario, existe error excusable cuando se produce un daño a causa de la acción médica, pero esta última no se debe a su negligencia, en circunstancias de que el profesional tomó las medidas de cuidado necesarias, vale decir, observó las pautas dictadas por la *lex artis*.

Ilustra el profesor Barros con las siguientes palabras: “(...) no se justifica calificar per se de negligente a un médico por la lesión accidental de un nervio o el corte de una arteria durante una intervención, si se asume que en un porcentaje de las operaciones difíciles ese daño se produce inevitablemente, aunque se emplee la diligencia debida”²¹¹.

Para que se configure un error médico excusable, este debe ser inevitable, aun para una persona diligente. Así ha sucedido, generalmente, en las afecciones médicas cuyos agentes causantes no son posibles de identificar, asignándoseles diagnósticos y tratamientos de patologías similares, como sucedió durante la década de los años ochenta en que se diagnosticaban como tuberculosis los casos de VIH-SIDA. Lo mismo sucede con la ausencia de elementos o signos clínicos cuando se diagnostica una enfermedad, por ejemplo, en los períodos de

Para que se configure un error médico excusable, este debe ser inevitable, aun para una persona diligente.

210 BARROS (2010), p. 674.

211 BARROS (2010), pp. 674-675.

incubación de agentes víricos o bacterianos y que no son posible de detectar tempranamente. A lo anterior, se suman las intervenciones de urgencia practicadas por médicos no especialistas.

Pizarro Wilson señala al respecto lo siguiente: “Existe error médico cuando cualquier otro profesional en las mismas condiciones comete la equivocación”²¹².

En casos como estos, no sería posible imputar responsabilidad; hacerlo implicaría desvirtuar o alterar la finalidad propia de la responsabilidad civil. Explica Barros Bourie a este respecto que “(...) la responsabilidad civil es desnaturalizada si se la confunde con los instrumentos de socialización del daño, como son los seguros privados obligatorios y la seguridad social. En definitiva, el médico u hospital no es un asegurador, de modo que la responsabilidad civil médica no puede ser un instrumento para desplazar hacia el profesional o hacia el hospital el riesgo propio del paciente, por doloroso que ello resulte, ya que para esos fines existen otros instrumentos jurídicos y de política social”²¹³.

En la jurisprudencia, son escasas las veces en que se ha discurrido sobre este instituto. Sin embargo, han existido algunos pronunciamientos. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 14 de noviembre de 2017²¹⁴, de la cual se infiere que un error médico excusable podría ser procedente en la medida que constaran antecedentes que induzcan al profesional médico a incurrir en él. Se lee del fallo: “En consecuencia, tal como se señaló anteriormente, no existía antecedente alguno que pudiera inducir a error al facultativo de manera de operar una sección distinta de la columna de la demandante. En otras palabras, no existió aquí un simple error excusable del médico, sino una completa negligencia en cuanto a un aspecto tan básico como la ubicación de la lesión que se debe operar, circunstancia que, sin duda, configura una infracción a la *lex artis* que resulta imputable a la falta de servicio del hospital demandado”.

212 PIZARRO (2017), p. 80.

213 BARROS (2010), p. 675.

214 Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017, Rol N° 83397-2016.

Otro fallo de la Corte Suprema, de fecha 19 de enero de 2015²¹⁵, aclara que el error excusable, al igual que el caso fortuito, constituye una causa de exoneración de la figura médica. Señala a este respecto el tribunal: “El tercer y cuarto requisitos se refieren respectivamente a la imputabilidad y a las causales liberatorias de responsabilidad. Esa reparación correrá a cargo de una persona sólo cuando legalmente pueda considerarse que es ‘culpable’, esto es, cuando la infracción sea imputable al deudor, en grado de culpa o dolo, ya que a nadie puede reclamarse por los actos que cometa sin culpabilidad. La ilicitud del acto puede derivar del descuido o negligencia en la realización de un acto, lícito por sí, que por intervención de tal elemento provoca ofensa al derecho de otro. O bien puede ser consecuencia de un querer más profundo, que desea o admita, en beneficio propio, deliberadamente, la injuria de otro. Por el contrario, no le será imputable en los casos liberatorios de responsabilidad, de los cuales los más importantes son el caso fortuito y el error excusable”.

Y continúa profundizando sobre el particular, en la forma que sigue: “Que también en el ámbito de la responsabilidad médica, uno de los supuestos que liberan al médico de responsabilidad es haber incurrido en un error excusable, es decir, la existencia de una razón lógica y admisible para incurrir en el error o en el resultado no deseado. En cuanto al error médico, (...) (se) sostiene que este puede evaluarse en dos aspectos: El que surge de simple ignorancia (en cuyo caso se deben examinar las condiciones que llevaron a su ocurrencia, pues bien puede haber ocurrido que el médico intervenga apremiado por una circunstancia que lo van a exonerar de responsabilidad, como es el denominado ‘estado de necesidad’, que obliga a intervenir a un paciente por el peligro inminente en que se encuentra su salud o su vida) ejemplo: El médico general en el área rural que debe intervenir el abdomen de un herido por un arma de fuego en muy mal estado y que al ingresar a la cavidad abdominal pasa por alto alguna lesión de difícil diagnóstico intraoperatorio. La otra es la ignorancia atrevida, como acontece en casos de otro médico general no calificado para intervenir cirugía ginecológica y que, movido por un afán puramente

215 Corte Suprema, 19 de enero de 2015, Rol N° 7215/2014.

Finalmente, como bien señala la sentencia, debe analizarse en cada caso en particular cuán apremiante o excusable fue la razón para que el médico haya incurrido en el error.

económico, se aventura en una operación que requiere de gran experiencia y en la que se produce una lesión en la paciente. En este caso el error cometido no se puede excusar”.

La sentencia resulta en gran medida ilustrativa, pues aclara la frontera entre lo que sería el error excusable y la negligencia. En el primero, la figura médica actúa incurriendo en un error, pero que, por la fuerza de las circunstancias, no podría preverse. Así, por ejemplo, como el profesional médico que, no siendo especialista en neurología, debe realizar una cirugía con compromiso cerebral para poder liberar la presión encefálica de un paciente accidentado con un traumatismo craneano –cuya afección, de esperar, se puede traducir en la muerte–, y que ignora la especificidad de la ciencia que habitualmente se ocupa de casos como estos. Aquí, el facultativo podría actuar incluso ignorando procedimientos médicos de la especialidad, pero motivado por el contexto clínico, que le apremia a intervenir ante una espera fatal. Distinto es que, esa misma persona, en una situación que no sea de emergencia o que impida la derivación al especialista, lo practique igual. En ambos casos hay error; en el primero se excusa por la urgencia de las circunstancias, y en el segundo, se observa una imprudencia culpable, que constituye, en palabras de la sentencia, una “ignorancia atrevida”.

Finalmente, como bien señala la sentencia, debe analizarse en cada caso en particular cuán apremiante o excusable fue la razón para que el médico haya incurrido en el error. Ellas podrían ser, entre otras, el desconocimiento científico de ciertas patologías, la premura con que el profesional debe actuar en casos urgentes, o incluso el contexto en el que desarrolla su actividad y que le reporta (al médico como al paciente) escaso material de trabajo (como en consultorios rurales).

3

La responsabilidad del
médico por el hecho de
sus auxiliares y por el
defecto de los insumos
para la ejecución de la
prestación

3.1 La responsabilidad del médico por el hecho de sus auxiliares

3.1.1 La ejecución de la prestación y los auxiliares del médico

Al examinar la responsabilidad del médico por el hecho de sus auxiliares, se asume que, usualmente, la ejecución de la prestación objeto del contrato médico, por su propia naturaleza, considera la participación de terceros, realizando actos materiales de cumplimiento.

Al respecto, Carrasco Perera afirma lo siguiente: “En la hipótesis considerada (la de los auxiliares) ha de tratarse de un tercero que ejecute la actividad debida por el deudor, los actos materiales que integren su cumplimiento, no una actividad independiente. No importa a este respecto que el auxiliar sea consciente de que está realizando una conducta que para el deudor principal constituye cumplimiento con un tercero; incluso es posible que este tercero haya sido proporcionado al deudor por el acreedor, para que realice la actividad debida por el primero (...)”²¹⁶.

El equipo médico es un conjunto de profesionales del ámbito de la salud que, individualmente y en su conjunto, asisten al médico en la ejecución de la prestación objeto del contrato celebrado con el paciente.

En el ámbito médico, al hablar de auxiliares del médico se alude a terceros que intervienen, sea colaborando o asistiendo, en el cumplimiento de las obligaciones del profesional médico. Los típicos auxiliares del médico, en la ejecución del contrato, representan lo que se conoce como el equipo médico. El equipo médico es un conjunto de profesionales del ámbito de la salud que, individualmente y en su conjunto, asisten al médico en la ejecución de la prestación objeto del contrato celebrado con el paciente. Así, a modo de ejemplo, bastará con pensar en un procedimiento quirúrgico que requiere de la intervención de un segundo cirujano, de un anestesista, de enfermeras o enfermeros, de arsenaleros o arsenaleros, etcétera. El médico que se obliga para con el paciente no puede realizar su prestación sin la

216 CARRASCO (2017), pp. 921-922. Por lo que toca al auxiliar proporcionado por el acreedor, se verá que, si bien sigue siendo un auxiliar del deudor, se altera la regla de legitimación activa para perseguir la responsabilidad que corresponda. Así se explicará.

intervención de estos auxiliares. Es por esta razón que los auxiliares, según se dirá al examinar el escenario contractual, ejecutan actos de cumplimiento material del contrato.

En el ámbito nacional, más recientemente, Brantt recalca que para calificar a una persona como auxiliar del deudor se requiere que “(...) se trate de sujetos cuya intervención en la ejecución sea promovida por el deudor, y que su actuación sea completamente ajena al acreedor”²¹⁷.

3.1.2 ¿Los proveedores del deudor son considerados auxiliares?

Sin embargo, si se asume como criterio que para determinar si el tercero es o no un auxiliar, el que tendrá esta calificación en la medida que ejecute actos de cumplimiento material del contrato del principal –celebrado entre el deudor (médico) y el acreedor (paciente)–, el proveedor o los proveedores del deudor no pueden calificarse de auxiliares del deudor. Esto precisamente porque no ejecutan actos de cumplimiento, sino que suministran al deudor lo necesario para que él o sus auxiliares (en el sentido planteado) ejecuten la prestación objeto del contrato principal.

Pronunciándose sobre los proveedores, Pantaleón Prieto expresa lo siguiente: “Los proveedores del deudor no pueden ser equiparados, a efectos de la responsabilidad de este, a sus dependientes y auxiliares en el cumplimiento: exonerará al deudor el fallo, imprevisible al tiempo de contratar, de un proveedor monopolista, aunque obedezca a un suceso insuficiente para exonerar al propio proveedor. Pero, como regla, los fallos, incluso fortuitos, de sus proveedores no monopolistas, aún elegidos con el máximo cuidado, no servirán para exonerar al deudor: han de considerarse típicamente pertenecientes a su esfera de control, porque, típicamente, el deudor selecciona con total libertad a sus proveedores”²¹⁸.

217 BRANTT (2009), p. 81.

218 PANTALEÓN (1991), pp. 1069 y 1070.

De manera que, al determinar quiénes son auxiliares del deudor, habrá que servirse del criterio, si se trata de terceros que ejecutan o no una actividad que corresponde a un acto de ejecución material de la prestación, quedando fuera los proveedores cuya actividad es independiente a tal ejecución.

Por su parte, Díez Picazo, diferenciando la situación del auxiliar con la del proveedor, expresa lo siguiente: “Cuando el impedimento de prestación que se sitúa en la relación obligatoria que liga al deudor con el acreedor, se debe a incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación objeto de la relación obligatoria existente entre el deudor y sus proveedores, el problema es muy difícil de resolver desde el punto de vista de un sistema de responsabilidad subjetivista o fundado en la culpa (...) Si se adapta, en cambio, la tesis y la interpretación del art. 1105 por nosotros sostenida, los hechos de los proveedores deben considerarse siempre como hechos colocados bajo la esfera de control del deudor”²¹⁹.

Según se desprende de la opinión de Carrasco, aunque no alude expresamente al proveedor, este no tiene la consideración de auxiliar, puesto que, aunque el deudor contrate con él con ocasión de la ejecución de un contrato, lo cierto es que la actividad del proveedor es una independiente de dicha ejecución. No es un acto material del cumplimiento²²⁰.

De manera que, al determinar quiénes son auxiliares del deudor, habrá que servirse del criterio, si se trata de terceros que ejecutan o no una actividad que corresponde a un acto de ejecución material de la prestación, quedando fuera los proveedores cuya actividad es independiente a tal ejecución.

Al presentar las cosas de esta manera, se descubre que la actividad de los auxiliares forma parte del objeto del contrato médico (de la prestación). Es por esta razón que los proveedores no son auxiliares, al menos, en el sentido que aquí se presenta.

En fin, habrá que anticipar que la situación de los proveedores –como terceros no auxiliares del cumplimiento– está vinculada estrechamente con la responsabilidad de la figura médica por el instrumental, productos, insumos, y otros productos que este y su equipo empleen en las acciones de salud. Esta será responsable por el defecto de tales

219 DIEZ-PICAZO (2008), p. 732.

220 CARRASCO (2017), p. 922.

elementos materiales, necesarios para la ejecución de la prestación médica. Quiere decir que el riesgo del defecto pertenece a la figura médica, formando parte de la esfera típica de control en términos que, si se realiza, responde, sin perjuicio de la acción, en contra de la persona proveedora. Según mi opinión, la persona proveedora responde en términos absolutos –objetivamente y sin posibilidad de exoneración– cuando el origen del incumplimiento se asiente en tal defecto. Volveré sobre el punto.

3.1.3 La ejecución del contrato médico, naturalmente, requiere de la intervención de auxiliares

El contrato médico se ubica entre aquellos que, en la opinión de Díez-Picazo, la propia naturaleza de la prestación determina la necesaria intervención de terceros auxiliares en su ejecución. En las palabras del autor, “(...) se encuentra la idea de que normalmente la actividad de los auxiliares y dependientes del deudor se encuentra comprendida por este según la naturaleza misma de la prestación. Por consiguiente, se encuentra implícita en la voluntad contractual”²²¹.

Y añade, a fin de ilustrar el supuesto, lo siguiente: “Por ejemplo, el que lleva a reparar a un taller mecánico un vehículo y el que asume la reparación convienen implícitamente que será reparado por los operarios del taller”²²².

Carrasco sostiene que, en algunos contratos, “(...) el deudor está legitimado para introducir auxiliares en su actividad de cumplimiento. De otra forma, ninguna obligación de contenido complejo podría ser cumplida. Sería absurdo mantener que una sociedad anónima dedicada a la construcción no puede utilizar su propio personal para construir o cumplir en general, pues, entonces, las personas jurídicas jamás podrían cumplir”²²³.

221 DÍEZ-PICAZO (2008), pp. 730-731.

222 DÍEZ-PICAZO (2008), p. 731.

223 CARRASCO (2017), p. 924.

Si se atiende a la opinión del autor, el contrato médico es, precisamente, de aquellos contratos en los que, por la naturaleza de su objeto, el médico, usualmente, ejecutará su prestación sirviéndose de la colaboración de terceros auxiliares.

Si se atiende a la opinión del autor, el contrato médico es, precisamente, de aquellos contratos en los que, por la naturaleza de su objeto, el médico, usualmente, ejecutará su prestación sirviéndose de la colaboración de terceros auxiliares. Si esto es correcto, se deberá asumir que el paciente, al contratar con el médico, consiente, al menos tácitamente, en la intervención de estos terceros.

En el ámbito de la responsabilidad civil médica, Pizarro reconoce lo siguiente: “Luego el médico introdujo otros sujetos que participan en la ejecución de las prestaciones a las cuales se comprometió. Sin duda, el médico tratante está facultado para formar un equipo idóneo que permita satisfacer sus obligaciones emanadas del contrato médico. Es absurdo exigir al médico tratante que lleve a cabo todas las obligaciones de manera personal. Sobre todo, teniendo en cuenta la complejidad creciente de las intervenciones quirúrgicas”²²⁴.

Más adelante, afirma: “Por regla general, el médico tratante contrata a los profesionales que lo acompañarán en la cirugía. Así, el médico cirujano elige al anestésista y lo propone al paciente, el cual, por regla general, acepta. Es cierto que el paciente puede proponer al médico cirujano un anestésista de su confianza. Sin embargo, es difícil que el médico tratante acepte operar con un anestesiólogo que no sea de su confianza. Quien, por su parte, tendrá la ocasión de conocer al paciente en el examen preoperatorio con el objetivo de descartar posibles reacciones alérgicas”²²⁵.

De lo expresado se extraen dos cosas.

La primera, que hay contratos, habida cuenta la complejidad de su objeto, que sólo pueden ejecutarse con la introducción de terceros auxiliares que ejecuten actos materiales de cumplimiento, contratos

224 PIZARRO (2017), p. 113. En el mismo sentido, Barros expresa: “Es usual que el paciente contrate con un médico, quien, a su vez, encarga a otros especialistas exámenes o actuaciones médicas específicas”; BARROS (2010), p. 677.

225 PIZARRO (2017), p. 112.

que de otra forma no podrían ejecutarse. Así, se entiende que el acreedor, al contratar, está consintiendo implícitamente en la participación de estos terceros.

La segunda, que el contrato médico, usualmente, pertenece a esta clase de contratos. El médico –quien contrata con el paciente– sólo puede ejecutar la prestación médica –de carácter complejo– con su equipo médico que ha de entenderse como un grupo de auxiliares –profesionales médicos y del ámbito de la salud– que, realizarán, en conjunto, la actividad a la que se obligó el médico para con el paciente.

Y se dice usualmente porque no siempre el acto médico tendrá este carácter de complejo. Hay contratos médicos en los que este realiza el acto médico, y a lo sumo intervienen otros terceros –que no tienen la calidad de auxiliar–.

3.1.4 El incumplimiento del médico debido a la falta de cumplimiento del auxiliar

Si la ejecución del contrato médico usualmente requiere de la participación de terceros auxiliares que realicen actos materiales de cumplimiento y que, por esta razón, debe aceptarse que el paciente, al contratar con la figura médica, consiente implícitamente en la introducción de estos terceros, habrá que considerar la hipótesis de que el incumplimiento del contrato médico sea imputable: o al médico tratante (el deudor; 1); o que lo sea a alguno o algunos de sus auxiliares (2); o que lo sea, a la vez, al médico y a alguno o a algunos de sus auxiliares (3).

En este apartado habrá que prestar atención a los último dos supuestos –el incumplimiento es imputable a la falta de auxiliar (uno o más); o el incumplimiento es imputable al médico y al auxiliar (uno o más)–.

Al prestar atención a estos dos supuestos, lo primero que habrá que considerar es el escenario contractual en el que se produce este incumplimiento. En este escenario conviven dos contratos diversos, aunque vinculados, por así decirlo, por su objeto. El primero, el contrato principal que celebra el paciente con el médico; y, el segundo, el contrato derivado que celebra el médico con su o sus auxiliares.

La vinculación objetiva a la que se alude se manifiesta en la coincidencia parcial entre el objeto del primer contrato principal y el objeto del contrato derivado. Al entender las cosas de esta manera, se asume que el incumplimiento del médico puede tener su origen en la falta del auxiliar.

Si es el caso, al tratarse de contratos diversos (aunque vinculados por su objeto en los términos explicados) el médico no podrá excusarse frente al paciente, alegando que el incumplimiento no le es imputable, debido a que la infracción la cometió alguno de sus auxiliares. Y no puede hacerlo por aplicación del principio de la relatividad de los contratos (artículo 1545 del Código Civil: Ley para los Contratantes). Y el auxiliar, respecto del paciente, es un tercero absoluto.

Se impone la relatividad contractual y al acreedor, en principio, le es inoponible el contrato ajeno.

En el ámbito nacional, López Santa María y Elorriaga, al tratar el subcontrato (como una de las categorías contractuales), expresan lo siguiente: “A falta de una regulación orgánica, acaso uno de los principales problemas del subcontrato se la determinación de sus efectos precisos respecto de todos los involucrados en esta categoría contractual. Es claro que en aplicación de las reglas generales y especialmente el principio de efecto relativo de los contratos, los negocios jurídicos solamente producirán sus efectos entre las partes que han concurrido a su celebración y no afectarán a terceros para quienes en el contrato es un *inter alios acta*. De esta forma, tanto el contrato principal como el subcontrato producirán sus consecuencias jurídicas sólo entre quienes los han celebrado, no alcanzando a quienes no lo han hecho. Si el contrato no se cumple con la inacción de los subcontratistas, ante el primer contratante el responsable es su contraparte, y él será responsable por el hecho o culpa de los agentes que haya utilizado en el cumplimiento de su obligación”²²⁶.

La primera pregunta es doble: ¿el médico es responsable frente al paciente por el hecho de sus auxiliares? Y si la respuesta es afirmativa, ¿con cargo a qué reglas del Código Civil se puede afirmar esta responsabilidad?

Carrasco afirma, refiriéndose a los auxiliares en general: “Por el principio de la relatividad de los contratos, el deudor no puede excusarse de responsabilidad alegando el contrato que celebró con un tercero, ya sea contrato laboral, un mandato o un arrendamiento de servicios. De ahí que no pueda excusarse acreditando que eligió a un perito, o que el ámbito de diligencia exigible se agotó al confiar en persona que oficialmente tiene reconocida su competencia en virtud de un título oficial”²²⁷.

Al llegar a este punto, un supuesto como el presentado plantea dos cuestiones cuya respuesta permitirá esclarecer, al menos, algunos de los problemas a que da lugar la responsabilidad de la figura médica por el hecho de los auxiliares.

La primera pregunta es doble: ¿el médico es responsable frente al paciente por el hecho de sus auxiliares? Y si la respuesta es afirmativa, ¿con cargo a qué reglas del Código Civil se puede afirmar esta responsabilidad?

Y, la segunda, ¿puede el paciente dirigirse o encaminar su acción directamente en contra del auxiliar a quien, en su comprensión, originó el incumplimiento del médico y el daño?

Me detendré en la primera cuestión para después, sobre la base de su respuesta, examinar la segunda.

3.1.5 La responsabilidad del médico por el hecho de sus auxiliares

Por lo que toca a la primera, convendrá comenzar advirtiendo que, en el Código Civil, a diferencia de lo que sucede en materia extracontractual (artículo 2320 y 2322), no existe en materia contractual una norma que consagre una regla general según la cual la persona deudora es responsable por el hecho de sus auxiliares o agentes. Antes de revisar las disposiciones particulares del Código Civil, resultará

227 CARRASCO (2017), p. 921.

útil servirse del modelo que ofrecen los instrumentos del moderno derecho de contratos, especialmente, aquellos que disciplinan el contrato médico.

Los instrumentos del moderno derecho de contratos sí prevén expresamente sobre la responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares o de las personas que utiliza en la ejecución de la prestación.

Acaso, habrá que comenzar con el artículo 79 (2) de la CISG, por ser derecho interno chileno y, posteriormente, será útil prestar atención a la disciplina de los *treatment contracts* en los PEL SC y en el DCFR y, también a los PECL que, como se ha dicho, sirven de modelo en la configuración del contrato médico.

En la CISG el principio se extrae de la disposición del artículo 79 (2) que prevé sobre la exoneración de la persona deudora cuando su incumplimiento se debe, a su vez, a la falta de un tercero encargado de la ejecución del contrato. El precepto indica: “(2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

- a. Si está exonerada conforme al párrafo precedente, y
- b. Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo”.

Y el párrafo precedente que establece la causa de exoneración señala: “(1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias”.

Del artículo 79 (2) se extrae que la persona deudora es responsable por el incumplimiento debido a la infracción contractual de su tercero encargado, a menos que pruebe estar exonerado de responsabilidad él y el tercero, conforme al artículo 79 (1) que prevé una causa de exoneración equivalente al caso fortuito de nuestro Código Civil²²⁸.

Como se anticipó, el principio de la responsabilidad de la persona deudora por el hecho de sus dependientes o auxiliares, lo recoge la disciplina del *treatment contract* en los instrumentos de derecho armonizado de contratos.

En primer lugar, los párrafos (1), (2) y (5) del artículo 1:106 de los PEL SC, que prescriben: “(1) *The service provider may subcontract the performance of the service in whole or in part without the client’s consent, unless personal performance is of the essence of the contract.*

(2) Any subcontractor so engaged by the service provider must be of adequate competence.

(...) (5) The service provider must adequately plan the performance of the service”.

Y por lo que toca a la responsabilidad del médico por el hecho de sus subcontratistas (terceros auxiliares), la disposición transcrita se remite a la general del artículo 8:107 de los PECL²²⁹, que prescribe: “*A party who entrusts performance of the contract to another person remains responsible for performance*”.

Por su parte, en el DCFR, habrá que prestar atención a los artículos 3° –2:104– y 4° C–2:106–, ambos de aplicación general a los contratos de servicios y, también, al *treatment contract*.

El primero reconoce al deudor la facultad de subintrar el cumplimiento de la prestación del servicio y lo hace en los siguientes términos: “(1) *The service provider may subcontract the performance of the service in whole or in part without the client’s consent, unless personal performance is required by the contract.*

228 Véase el artículo 79 (2) de la CISG. Un comentario sobre el precepto en VIDAL (2006).

229 En este sentido, se explica la solución en MARTENS y WILLENS (2018), pp. 1161 y ss.

(2) Any subcontractor so engaged by the service provider must be of adequate competence (...)”.

Y, según el segundo, *“A debtor who entrusts performance of an obligation to another person remains responsible for performance”*.

Fuera del ámbito de los contratos de servicios médicos, el artículo 86 –incumplimiento del contrato–, de los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos (PLDC), en su párrafo (3), reiterando la regla de los PECL, dispone: “El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación”.

Por su parte, el artículo 1189 de la propuesta española de modificación al Código Civil, dispone: “Si el deudor se sirviere del auxilio o colaboración de un tercero para el cumplimiento, los actos y omisiones de este se imputarán al deudor como si los hubiera realizado el mismo”.

Sobre el precepto de la propuesta española, Fenoy Picón indica: “El artículo 1189 PC recoge una regla de imputación del incumplimiento al deudor, que opera de modo neutral. En el mundo de los contratos, no habiéndose pactado una obligación personalísima o, no habiendo prohibición pactada, el deudor puede encargar a un tercero, total o parcialmente, el cumplimiento del contrato. Esto es algo habitual en una sociedad de servicios como la actual. Con independencia del tipo de relación que el deudor y el tercero mantengan, la propuesta civil establece que la actividad de ese tercero (el acto, la omisión) se imputa al deudor a efectos del incumplimiento. El deudor asume jurídicamente la actuación desenvuelta en su propio beneficio empresarial por el auxiliar o por el tercero contratado”²³⁰.

Considerando el modelo de los distintos instrumentos del moderno derecho de contratos, la pregunta que procede es, ¿puede proponerse una regla similar con cargo a las normas del Código Civil?

230 FENOY (2010), p. 98. En este orden de ideas, ROCA (2011), p. 9.

En el código es posible rastrear disposiciones particulares que recogen la regla de que “en el hecho y culpa de deudor se comprende el de sus agentes o personas por las cuales es responsable”, destacando entre ellas, por su vocación de generalidad, la del artículo 1679 que prescribe: “En el hecho y culpa del se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsables”.

Y su relevancia se manifiesta en que, en opinión de la doctrina, este precepto contendría una regla de aplicación general para las obligaciones contractuales²³¹, sean de dar, hacer y no hacer²³².

Fuera de esta disposición, existen otras que reiteran la regla del artículo.

Así, el inciso 1º del artículo 1590 del Código Civil, a propósito de las normas del pago, en la parte pertinente, expresa que: “Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes este es responsable (...)”.

Existen otras que reiteran la misma regla, pero para los contratos en particular. Así lo reconoce Brantt²³³.

Un grupo se sitúa en la disciplina del arrendamiento de cosas –se trata de los artículos 1925, 1924 y 1941–, del contrato de arrendamiento para confección de obras materiales –artículos 2000 y 2003–, del contrato de arrendamiento de transportes –artículos 2014 y 2015–. En materia de contrato de mandato, está la norma del artículo 2135, y del contrato de depósito, los artículos 2242 y 2243.

231 Por todos, BRANTT (2016), p. 494.

232 ABELIUK (2008), pp. 1171-1172.

233 BRANTT (2016), p. 495.

No obstante tratarse de normas particulares, se sostiene que ellas son manifestación de regla general en materia de obligaciones y contratos²³⁴. En este sentido, Stitchkin expresa que “(...) los arts. 2135 y 1941 del Código Civil, aplicando en casos particulares el principio general consignado en los arts. 1590 y 1679”²³⁵.

Con un mayor desarrollo, Abeliuk indica que “(...) los casos expresamente previstos en los arts. 1925 y demás que hemos citado no son sino una aplicación de una regla más general, y en consecuencia el deudor responde por el hecho de las personas a quienes emplea o le ayudan en el cumplimiento de la obligación, y así, el deudor responderá por el hecho de sus auxiliares (empleados, obreros, dependientes, etcétera) o de las personas a quienes encarga que cumplan la obligación”²³⁶.

Y concluye: “Por nuestra parte, nos inclinamos también por reconocer, de acuerdo a esta última posición, la responsabilidad del deudor por el incumplimiento causado por dolo o culpa de sus dependientes y demás personas que el deudor emplee para el cumplimiento de su obligación; adviértase que es la solución que el código da para los casos que suponen la intervención de auxiliares, como el de hospedaje, empresa, transportes. No habría razón alguna para excluirla en otros contratos, como la elaboración de productos encargada a una fábrica, que también requieren dicha intervención. Por otra parte, si se responde en la responsabilidad extracontractual de los hechos de los dependientes, no se ve por qué va a excluirse en la contractual”²³⁷.

Lo cierto es que, de las disposiciones diseminadas en el Código Civil, es posible inducir una regla general y que se expresaría en términos de que el incumplimiento imputable al deudor comprende el hecho de sus agente o dependientes.

234 Díez Picazo expresa: “Prescindiendo de aquellos casos en que la ley hace directamente al deudor responsable de la actividad de sus dependientes, cabe pensar que, por la misma razón, debe ser inducida una regla general”. DÍEZ-PICAZO (2008), p. 730.

235 STITCHKIN (2009), p. 454.

236 ABELIUK (2008), p. 839.

237 ABELIUK (2008), p. 839.

La cuestión que plantea la regla así formulada se refiere a si la persona deudora responde objetivamente por el hecho de sus agentes o dependientes (auxiliares) o, por el contrario, su responsabilidad queda sometida al límite del caso fortuito que impidiera el cumplimiento del tercero.

La cuestión que plantea la regla así formulada se refiere a si la persona deudora responde objetivamente por el hecho de sus agentes o dependientes (auxiliares) o, por el contrario, su responsabilidad queda sometida al límite del caso fortuito que impidiera el cumplimiento del tercero. Según Díez Picazo, al generalizar la norma en el Código Civil español, se mueve entre dos extremos. O asignar responsabilidad a la persona deudora por la culpa en la elección del auxiliar o en su vigilancia, debiendo admitir que podrá exonerarse de responsabilidad frente a la persona deudora, si logra probar que fue diligente; o, por el contrario, entender que esta responde objetivamente por sus auxiliares²³⁸.

3.1.6 El médico responde por el hecho de los auxiliares que integran su equipo médico

Al aceptar como correcta la regla de que la persona deudora responde por el hecho de sus auxiliares, sometido al límite del caso fortuito en los términos explicados, corresponde ahora avanzar hacia el ámbito de la responsabilidad médica.

Y en el ámbito del contrato médico, la regla se expresa en términos que si en la organización, preparación y/o ejecución de la prestación sanitaria, intervienen auxiliares –quienes, en su conjunto, se denominarán “equipo médico”– y el incumplimiento del médico se debe a la falta de alguno de estos auxiliares, el deudor será responsable frente al paciente, a menos que acredite el caso fortuito respecto de la obligación del auxiliar. Si es el caso, el médico no será responsable frente al paciente. Sin embargo, la regla será que el médico sí será responsable.

Así lo reconoce Pizarro al expresarse de la siguiente forma: “El médico es responsable, porque no puede alegar que el hecho del tercero le es extraño. Existe responsabilidad médica por el hecho ajeno cuando el médico tratante introduce un tercero en el cumplimiento de su obligación contractual. En este caso se trata de la responsabilidad

238 DÍEZ-PICAZO (2008), pp. 730- 731.

contractual por el hecho de otro. El médico tratante es deudor de una obligación contractual determinada, la cual encomienda ejecutar en parte a un tercero, quien al incumplirla causa un perjuicio al paciente”.

Y en cuanto al factor de imputabilidad subjetiva que se requiere en este supuesto para hacer responsable al médico, indica: “No debe probarse la culpa (el incumplimiento en la comprensión del autor) del médico tratante. Basta la negligencia del auxiliar designado por el médico a cargo para hacerlo responsable (...)”.

Aquí lo que nos interesa es determinar la culpa del auxiliar, y que este haya sido designado por voluntad del médico tratante. En suma, la culpa del médico a cargo no es una condición para establecer su responsabilidad por el hecho de un tercero que interviene en el acto médico. De esta manera se construye una verdadera responsabilidad contractual por el hecho ajeno, cuyas reglas difieren de la responsabilidad aquiliana. El médico, al ejecutar su obligación contractual por un tercero, debe responder por los actos de este último”.

Más adelante, el autor descarta que esta responsabilidad esté sometida a la regla de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, sosteniendo lo siguiente: “(...) esta responsabilidad debe regirse por las reglas previstas en el título 12 del libro IV del Código Civil. El elemento esencial para que estemos en presencia de este tipo de responsabilidad es que la voluntad del deudor haya intervenido para introducir en el cumplimiento de la obligación a un tercero ajeno al acreedor (...).

En suma, la negligencia cometida por un auxiliar médico que causa un daño al paciente permite a este último no sólo exigir la responsabilidad por el hecho propio del auxiliar que incurrió en una negligencia, sino, también, aquella responsabilidad por el hecho ajeno del médico tratante.

En el ámbito contractual cabe tener presente el artículo 1679 del Código Civil. Este precepto señala: ‘En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable’. La regla transcrita permite establecer en el ámbito contractual la responsabilidad del médico por el total del daño causado por aquellos sujetos que incumplieron la obligación encomendada. No

resulta necesario demandar en subsidio la responsabilidad del médico o deudor principal, pues el artículo 1679 del Código Civil asimila el incumplimiento del tercero al propio actuar del deudor principal”²³⁹.

Para Pizarro, la figura médica responde frente, con cargo a las reglas de la responsabilidad civil contractual, por el incumplimiento del auxiliar. El asiento normativo sería la regla del artículo 1679 del Código Civil. Al entender las cosas de esta manera, el autor reconoce, aunque sin explicitarlo, que esta responsabilidad está sujeta al límite del caso fortuito, desde que subentiende la negligencia del auxiliar.

En el mismo sentido, Corral, aunque reconociendo que el asiento normativo de la responsabilidad del médico jefe puede ser el artículo 1679 (contractual) o el artículo 2320 (extracontractual), expresa: “Surge la pregunta sobre la responsabilidad que incumbe al equipo médico que interviene en una determinada operación. Parece claro que el personal auxiliar que se subordina (sea por contrato directo o por contrato con el centro hospitalario) al médico que ejerce de jefe, compromete a este bajo responsabilidad indirecta por el hecho del dependiente, sea en virtud del art. 1679 o 2320, según exista o no relación contractual entre el médico-jefe y el paciente”²⁴⁰.

Entonces, puede concluirse que, en materia médica, se reconoce el mismo principio que rige, en general, para la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares, sujeta al límite del caso fortuito que pudo afectar a la obligación del auxiliar, aunque apreciado según la diligencia exigible al médico contratante principal.

Esta conclusión pareciera lesionar el efecto relativo de los contratos. Y es que, si se acepta que la figura médica puede exonerarse de responsabilidad alegando el caso fortuito que afectó la obligación de su auxiliar, en alguna medida, también se estaría aceptando que esta estaría oponiendo al paciente un contrato que le es ajeno. Sin embargo, esta objeción se aligera si se consideran dos cosas. Que, por un lado, la ejecución de la prestación médica requiere de la in-

239 PIZARRO (2017), p. 115.

240 CORRAL (2011), p. 281.

intervención de terceros con quienes el médico debe contratar y que, por lo mismo –según se ha dicho– el paciente, al contratar con el médico, consistiría implícitamente en tal intervención. Y, por otro, que el caso fortuito que alegue el paciente respecto de la obligación del auxiliar deberá apreciarse (la concurrencia de sus requisitos) según el nivel de diligencia que impone el contrato médico y no la relación contractual con el auxiliar.

Si se consideran estas dos circunstancias, si bien no se puede desconocer que el principio de la relatividad cede, esa cesión se justifica por las peculiaridades del contrato médico, su ejecución y el régimen de responsabilidad que afecta al médico por el hecho de sus auxiliares.

Convendrá considerar dos situaciones que plantea Pizarro a propósito de la responsabilidad del médico por sus auxiliares.

La primera es el caso en que el tercero interviene en la ejecución de la prestación médica, sin su voluntad. Quiere decir que no lo hace como auxiliar sino como un tercero extraño. En este caso, el autor entiende que se siguen dos consecuencias. Por un lado, el médico podrá exonerarse de responsabilidad frente al paciente, alegando que el daño tuvo su causa en una causa extraña, en el hecho de un tercero. Y, otro, que el paciente tendría acción de responsabilidad aquiliana en contra del tercero causante del daño. Sobre el punto, expresa: “Si no existiera un vínculo entre el tercero y el deudor, no podría haber responsabilidad de este último. En efecto, dicha intervención podría configurar una causal de exoneración de responsabilidad. La intervención de un tercero que impida el cumplimiento de la obligación constituye una causa extraña que exonera de responsabilidad al deudor”²⁴¹.

No se concuerda con la posición de Pizarro debido a que si lo que afirma es que la figura médica se exoneraría por intervenir una causa extraña, esta causa extraña deberá, necesariamente, canalizarse a través del caso fortuito contractual. Siendo esto correcto, si bien podría

241 PIZARRO (2017), p. 117.

compartirse que la intervención del tercero (el hecho del hombre) era imprevisible para el médico al tiempo del contrato, si se piensa en la ejecución de una prestación médica, según mi opinión, una mínima diligencia impondría al médico el deber de evitar y superar la intervención del tercero (resistir en los términos del artículo 45 del Código Civil). No se advierte cómo el médico, ante una situación como la descrita, podría exonerarse de responsabilidad, cuando, en verdad, lo que habría sería incumplimiento contractual de su parte y, por lo tanto, sería responsable frente al tercero.

La segunda refiere a la situación de una falta del médico en la elección del auxiliar y/o en la organización del acto médico. En el trabajo de Pizarro se lee: “En el caso de que se le impute una culpa personal al médico, como falta de vigilancia, culpa en la elección o en la organización del acto médico, no nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, sino por incumplimiento de una obligación personal”²⁴².

Lo que no es nada claro es si el autor se refiere a un caso en el que la causa exclusiva del daño fue la culpa personal del médico, o si ella concurre con la del auxiliar. Si se refiere a lo primero, lleva toda la razón, porque el supuesto escapa de la responsabilidad por el hecho de los auxiliares y vuelve, por así decirlo, a la responsabilidad por el hecho propio. Sin embargo, si el supuesto es uno mixto —de concurrencia de ambos incumplimientos (así podría pensarse por el lugar en el que lo plantea)—, la solución también sería mixta, pero no en el sentido que el paciente pueda dirigirse en contra del médico y en contra del auxiliar. Si fuere el caso, el paciente tendría acción directa en contra del médico por el hecho propio y por el hecho de su auxiliar. El centro de imputación de responsabilidad se mantiene, en todo caso, en el médico que contrató con el paciente. Una cuestión diversa es cómo se distribuirá la deuda entre el médico y auxiliar culpables.

Acaso servirá para ilustrar esta idea una sentencia que, aunque se pronuncia sobre la responsabilidad de una clínica por el hecho de su auxiliar, la resolución puede perfectamente extenderse al supuesto planteado.

Se trata de la sentencia del 1º Juzgado Civil de Santiago, de 20 de mayo de 2019²⁴³: “Que, asentada la naturaleza del contrato materia de autos y las partes que intervinieron en su celebración, se ha descartado la participación del Dr. Daniel Briones Sindermann como parte en dicha convención, por lo que la demanda en su contra no podrá prosperar en los términos propuestos por la demandante (...).

Adicionado a lo anterior, en el caso subjudice el deudor Servicios Odontológicos Ltda., responde tanto la culpa propia como por la sus auxiliares y dependientes, entre los cuales se encuentra el Dr. Briones Sindermann, esto es, responde por el hecho propio y por el ajeno, ello por la aplicación sistemática de los artículos 1556, 1551, 1590 inciso 1º, 1679 y 1926 (...) del Código Civil, normas que, en síntesis, establecen la responsabilidad por el hecho ajeno.

Que, viene a corroborar lo antes considerado, el hecho indiscutible que la única vinculación que tuvo la actora con el odontólogo demandado, fue por intermedio del centro médico, en el cual uno de los dentistas que la atendió fue el Dr. Daniel Briones Sindermann, bajo el régimen de dependiente del centro médico.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que decir que el centro médico puede por las reglas generales accionar en contra del Dr. Daniel Briones Sindermann, en su calidad de dependiente, no pudiendo este último responder por el régimen contractual de forma independiente al centro médico ni menos bajo el régimen de responsabilidad extracontractual, sin que esta jueza pueda obviar el contrato de prestación de servicios entre la actora y Servicios Odontológicos Limitada”.

La sentencia, junto con reconocer la regla de responsabilidad por el hecho ajeno en materia médica, se pronuncia sobre un supuesto en el que hay incumplimiento del centro médico (el médico) y de su auxiliar (médico tratante), y rechaza la demanda en contra de este último, condenando por el todo a la clínica, reconociéndole el derecho a dirigirse en contra de su auxiliar según las reglas generales por la responsabilidad que le correspondió en los hechos objeto del juicio. En la sentencia se declara que: “el centro médico puede por las reglas generales accionar en contra del Dr. Daniel Briones Sindermann, en su calidad de dependiente (auxiliar)”.

La tercera habla de la responsabilidad del médico jefe o jefa por otros médicos del equipo. El autor plantea la situación en los siguientes términos: “Una hipótesis más delicada consiste en la posibilidad de hacer responsable al médico jefe por el hecho de otro médico que participa en el equipo. Según dijimos, el acto médico puede requerir la participación de otros facultativos. Así, podemos encontrar en un equipo médico al médico jefe, el médico 1º, el médico 2º y el anestesista. Si alguno de los médicos comete un ilícito civil, ¿puede admitirse la responsabilidad del médico jefe?, ¿puede el cirujano responder por la culpa del médico anestesista? Para negar esta posibilidad se ha dicho que cada médico ejerce su actividad en conformidad a la *lex artis* de manera autónoma. No existiría posibilidad de control por parte del médico jefe o cirujano, ya que el anestesista practica su oficio de manera independiente. El cirujano carece de la posibilidad material de vigilar o controlar al médico anestesista, salvo casos de negligencia grosera. Por otra parte, la exigencia de subordinación entre profesionales de diversa especialidad es una ilusión. Sin embargo, esta imposibilidad no justifica el rechazo de la responsabilidad del médico jefe. Si bien el médico jefe no puede evaluar la actividad de su colega, al introducirlo de manera voluntaria en la ejecución de su obligación contractual debe responder por el hecho ajeno. No se trata de establecer una culpa en la elección del otro profesional. Esta puede dar lugar a la responsabilidad por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno”²⁴⁴.

Para el autor, el principio que rige es el de la responsabilidad del médico jefe del equipo por el incumplimiento de los otros facultativos. Y el fundamento de esta responsabilidad es el mismo que se ha venido examinando, esto es, el médico jefe decidió incorporar al equipo, en calidad de auxiliar, al otro u otros médicos.

Sin embargo, precisa que, si el médico fue contratado directamente por el paciente —cuestión que es extraña en la práctica—, la regla de responsabilidad cede porque la relación contractual entre ese médico (que incumple y causa el daño) fue entre este último y el paciente. Sobre el punto sostiene: “Por el contrario, en el caso que el anestésista haya sido elegido por el propio paciente, ninguna responsabilidad puede imputarse al médico jefe que no sea por negligencia propia. Entre el paciente y el médico asistente o el médico especialista existiría una relación contractual. Si existe un contrato entre el paciente y el médico anestésista y este causa un daño, el anestesiólogo es contractualmente responsable”²⁴⁵.

Por su parte, Corral, al plantearse un supuesto similar, expresa: “La responsabilidad que corresponde a los otros médicos que colaboran en la intervención sin tener un vínculo de dependencia del médico-jefe, puede ser concebida en dos formas: individualmente considerada, es decir, cada médico responde sólo por sus actos; colectivamente considerada, esto es, por el acto dañoso de uno responden todos. En este segundo caso, la responsabilidad colectiva puede ser simplemente conjunta (el monto de la indemnización se reparte entre las partes) o solidaria: cualquiera de ellos puede ser demandado por el total. A nuestro juicio, si la responsabilidad es contractual podría estimarse que se trata de una obligación indivisible y que procede aplicar el art. 1526 N° 3”.

De las palabras de Corral, salvo que esté equivocado, se desprende que la aplicación de la regla de la responsabilidad del médico jefe por los auxiliares estaría condicionada a la existencia de un vínculo de dependencia entre el médico jefe y los otros médicos. No concuerdo

con esta opinión porque, salvo que el médico –jefe– sea una clínica, me cuesta representar la existencia de un vínculo de dependencia entre un médico y otros. Si se trata de un equipo médico, habrá que estar atentos a la solución que ofrece Pizarro. Aceptar que el paciente tiene acción directa o colectiva, a su elección, en contra de cada uno de los médicos o en contra de ambos, me parece que tal solución está situada en lo extracontractual, sobre todo porque cuando se propone la responsabilidad colectiva de los médicos, Corral oscila entre la simple conjunción y la solidaridad. Según mi opinión, la solución es más simple y coincide con la que propone Pizarro.

Lo que sí resulta novedoso en la opinión de Corral es la posibilidad de aplicar, si la responsabilidad es contractual –que es la hipótesis que interesa–, la regla de la indivisibilidad del artículo 1526 N° 3 del Código Civil. Si se asume que la prestación del médico –ejecutada por varios, sus auxiliares–, sean o no médicos (su equipo), es indivisible, el paciente tendría acción en contra de cualquiera de los que integran el equipo médico, incluido el médico jefe.

Todos resultarían responsables por el incumplimiento del contrato médico por el todo, sin perjuicio del derecho a repetir que le asiste a aquel que paga la indemnización.

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 9 de octubre de 2014²⁴⁶, declara que el contrato celebrado por el paciente con la clínica lo fue también con el médico tratante (auxiliar) y que los dos –demandados en el juicio– incumplieron una obligación de carácter indivisible en los términos del artículo 1526 del Código Civil. Se volverá a esta sentencia.

En conclusión, el principio general que rige en materia de responsabilidad civil contractual conforme al cual el deudor responde por el hecho de sus auxiliares, salvo prueba del caso fortuito, resulta aplicable en materia médica para todos aquellos casos en que el médico –que es la mayoría– ejecuta su prestación sirviéndose de

246 Corte de Apelaciones de Temuco, de 9 de octubre de 2014, Rol N° 1181-2013.

Si se asume como correcto que la figura médica responde por sus auxiliares, y que esta no puede excusarse en su incumplimiento para liberarse de responsabilidad, también debe asumirse como correcto que el paciente sólo tiene acción en contra de la figura médica y no en contra de sus auxiliares.

auxiliares. Si bien el médico responde por sus auxiliares, si condenado, tiene acción de repetición en su contra. En fin, debe, además, considerarse la posibilidad de un supuesto mixto –de concurrencia de responsabilidad del médico por el hecho propio y por el hecho ajeno (de sus auxiliares)–.

3.1.7 ¿Contra quién puede dirigirse el paciente en supuestos de incumplimiento debido a la falta del auxiliar del médico?

Por más obvia y simple que parezca la respuesta, como todo, en la práctica las cosas tienden a complicarse.

Si se asume como correcto que la figura médica responde por sus auxiliares, y que esta no puede excusarse en su incumplimiento para liberarse de responsabilidad, también debe asumirse como correcto que el paciente sólo tiene acción en contra de la figura médica y no en contra de sus auxiliares que, para sí, por el principio de la relatividad de los contratos, son terceros extraños.

Sin embargo, se sabe que esta regla se matiza desde que se permite al médico exonerarse de responsabilidad acreditando el caso fortuito que impidió el cumplimiento o provocó el incumplimiento de su auxiliar. Y este matiz encuentra su justificación en la aceptación –consentimiento– implícita que se afirma respecto del paciente.

Es por esta cuestión que, fuera de las razones de conveniencia que puedan motivar la decisión del paciente de dirigirse en contra del auxiliar y no en contra del médico, lo cierto es que también existen razones jurídicas con cargo a las cuales el paciente puede enderezar dicha acción. De acuerdo con la configuración del contrato médico, a la naturaleza de su objeto –que hace necesaria la intervención de terceros auxiliares– y la aplicación de las reglas del contrato de mandato (sin llegar a calificarlo de tal), se reconocen dos caminos jurídicamente correctos para dirigir la acción directamente en contra del auxiliar del médico.

Se descarta el supuesto de contrato entre el paciente y uno de los auxiliares –como el planteado por Pizarro–; allí la acción es la propia emanada del contrato.

Los caminos son: enderezar la acción al abrigo de la disciplina de la estipulación en favor de tercero del artículo 1435 del Código Civil, o hacerlo con cargo a las reglas de la delegación del mandato.

Pizarro recurre a la estipulación en favor de otro para justificar la acción directa del paciente contra el auxiliar del médico. El autor expresa lo siguiente: “(...) entre el paciente y el personal auxiliar no existe ninguna relación contractual. Esto significa que le estaría vedado al paciente esgrimir el estatuto contractual contra aquel auxiliar que haya cometido una negligencia. Sólo podría exigir la reparación al auxiliar negligente por la vía cuasi delictual. Sin embargo, por una ficción jurídica podría interpretarse que el médico tratante estipuló con los otros miembros del equipo a favor del paciente. En otros términos, el médico celebró una estipulación a favor del paciente con cada uno de los miembros del equipo médico. De esta manera, el paciente, al aceptar dicha estipulación, puede exigir la responsabilidad contractual de los miembros del equipo médico. Se trata de un expediente usual, aunque obsoleto para contractualizar la responsabilidad civil. A pesar de la ausencia de contrato entre el paciente y los miembros del equipo médico, se aplican las reglas de la responsabilidad contractual. Sin embargo, no hay que olvidar que la estipulación a favor de otro requiere la aceptación del beneficiario para ser exigible. Antes de la aceptación, no sólo las partes de la estipulación pueden acordar revocar el derecho ingresado al patrimonio del beneficiario, sino que este último puede no aceptar y, en consecuencia, regirse por las reglas previstas en el título 35 del libro IV del Código Civil. Por lo tanto, la estipulación a favor de otro permite burlar el principio de no concurrencia de responsabilidades. En definitiva, el paciente, al aceptar la estipulación en su favor, podrá optar entre perseguir la responsabilidad contractual del auxiliar médico negligente o, en segundo término, ignorar la estipulación y preferir la vía cuasi delictual. En virtud de la estipulación a favor de otro se establece una verdadera opción de estatuto de responsabilidad civil”²⁴⁷.

Una sentencia de la Corte Suprema, citando a Pizarro, acepta la acción directa en contra de uno de los auxiliares del equipo médico, con arreglo a las reglas de la responsabilidad civil contractual. Se trata de la sentencia de fecha 31 de enero de 2018²⁴⁸. En el caso se demanda a la clínica, al médico y a la matrona (auxiliar). Si bien el tribunal reconoce acción directa en contra del auxiliar, rechaza la demanda por no concurrir su culpa y se condena *in solidum* a la clínica y al médico.

En la sentencia se lee que “(...) la recurrente reconoció formar parte del equipo médico del doctor Miranda Flieller quien, por ende, eligió al personal que lo debía asistir en el procedimiento, debiendo colegirse entonces que existe un contrato entre ellos puesto que el médico introdujo para el cumplimiento de su propia obligación contractual un tercero respecto del paciente, tercero que de este modo se constituye en un sujeto pasivo o deudor a quien le es exigible efectuar la prestación convenida, debiendo responder de los perjuicios originados por el incumplimiento íntegro de la obligación o de su cumplimiento tardío si ello se debe a su culpa o dolo.”

(...) Por ello es que habiéndose optado por perseguir la responsabilidad contractual de la recurrente resulta ineludible precisar los deberes exigibles a la matrona para determinar si es posible imputarle una conducta razonablemente culposa que la ponga en situación de responder por su obrar en la ejecución del contrato”.

Según mi opinión, resolver acerca de la procedencia acudiendo a la figura de la estipulación de otro, no supone acudir a una ficción. Si se asume, como se ha hecho, que, en el contrato médico, el paciente al celebrarlo está consintiendo en la intervención de terceros (auxiliares) que integrarán el equipo médico, sin los cuales no existe forma de ejecutar la prestación, no existe ningún obstáculo para entender que ese consentimiento tácito equivale funcionalmente a la aceptación que requiere la estipulación a favor de otro. Aun cuando no se estime como correcto este argumento, hay acuerdo en orden a que el hecho de demandar al promitente –que sería el auxiliar– constituye acepta-

248 Corte Suprema, 31 de enero de 2018, Rol N° 9189-2017.

No existe justificación, por lo menos en mi opinión, para reconocer al paciente una acción extracontractual en contra de alguno de los auxiliares. Otra cosa muy distinta es admitir esta posibilidad por razones mega jurídicas, como de conveniencia o para favorecer la tutela resarcitoria del paciente.

ción. Lo que se fingiría es la estipulación porque se entiende que no fue convenida. Sin embargo, creo que más que una ficción, en este último escenario, se trata de un problema de calificación jurídica. Lo que habrá que resolver es si el contrato celebrado con los auxiliares envuelve o no una estipulación en favor de otro.

Lo que sí me parece discutible es sostener, como lo hace Pizarro, que el paciente “sólo podría exigir la reparación al auxiliar negligente por la vía cuasi delictual”. No logro visualizar cuál sería el fundamento para sostenerlo. La única razón sería una de conveniencia para el paciente.

Si se considera el principio en sede contractual de responsabilidad de la figura médica por sus auxiliares, el centro de imputación de responsabilidad es la figura médica que contrató con el paciente y, por esta razón, es responsable por el hecho de sus auxiliares. Si bien, desde la óptica contractual el auxiliar es un extraño para el paciente, esta consideración no puede llevar las cosas al extremo de entender que, como es un extraño e incurrió en un incumplimiento imputable que causó daño al paciente, este pueda dirigirse en contra del auxiliar desconociendo el contexto contractual, sin el cual auxiliar no habría intervenido en la ejecución de la prestación. Por lo demás, este tercero tiene la calidad de auxiliar porque se obliga a ejecutar un acto material de cumplimiento de la prestación del contrato que el paciente celebró con el médico. Existe una vinculación objetiva entre el contrato principal y aquel celebrado con el auxiliar. No se trata de un extraño propiamente tal.

No existe justificación, por lo menos en mi opinión, para reconocer al paciente una acción extracontractual en contra de alguno de los auxiliares. Otra cosa muy distinta es admitir esta posibilidad por razones mega jurídicas, como de conveniencia o para favorecer la tutela resarcitoria del paciente. Sin embargo, se trata de un camino que se traza al margen de la disciplina de la responsabilidad contractual del Código Civil.

Así se advierte en el caso de la clínica dental. El paciente demandó a la clínica con arreglo a las reglas de responsabilidad contractual y al médico según las reglas de la responsabilidad cuasi delictual. El

tribunal rechaza la demanda del auxiliar; sin embargo, acoge la de la clínica, condenándola a una indemnización por daño contractual y precisa que tal condena debe entenderse, sin perjuicio de las acciones de que disponga la clínica en contra del auxiliar. Esa sentencia enseña una manera correcta de entender las cosas.

El punto es que, en la práctica, se demanda conjuntamente a la clínica en que tiene lugar la ejecución de la prestación médica (intervención o procedimiento), al médico que celebró el contrato con el paciente, y a uno o más auxiliares del médico. A los dos primeros se les demanda al amparo de las reglas contractuales, y al auxiliar según las reglas de lo extracontractual. Y, como si fuera poco, el demandante solicita que todos sean condenados *in solidum* o en forma concurrente.

Lo cierto es que en un caso como el de la Corte Suprema, el paciente hizo bien al demandar a la clínica, al médico y al auxiliar (aduciendo la estipulación en favor de otro), con cargo a las reglas de la responsabilidad civil contractual. Lo que no corresponde es solicitar que se condene a los tres *in solidum* o en forma concurrente, menos acoger la demanda y condenarlos bajo esa condición. Según las reglas de las obligaciones con pluralidad de sujetos, la responsabilidad de los tres es simplemente conjunta conforme a la regla general del artículo 1511 del Código Civil.

Lo que sí procede, siempre que pueda justificarse, que la obligación de indemnizar, ante el incumplimiento de uno de los obligados, es de carácter indivisible, caso en el cual, pese a la demanda en contra de todos, el tribunal podría condenarlos a todos por el todo en consideración a la indivisibilidad del artículo 1526 N° 3 de Código Civil. De esta manera, se puede obtener el mismo resultado de las obligaciones *in solidum*, pero con cargo a las reglas del Código Civil y no en consideración de la justicia de la solución que ellas ofrecen. En este punto, Corral acierta, no así cuando, al igual que Pizarro, reconoce la procedencia de la acción extracontractual en contra del auxiliar.

Así, una alternativa del paciente para dirigirse en contra de los auxiliares por el todo es la de aplicar el régimen de la indivisibilidad aludido.

En fin, a mi juicio, asumiendo que la responsabilidad del médico por el hecho de los auxiliares que integran el equipo médico, es una responsabilidad contractual por el hecho ajeno, una alternativa a la de la estipulación en favor de otro y la de la indivisibilidad del artículo 1526 del Código Civil consiste en acudir al régimen de la delegación en el contrato de mandato. Si bien, según se ha dicho, el contrato médico no es susceptible de calificarse como un contrato de mandato, no puede desconocerse lo dispuesto por el artículo 2118 del Código Civil. Según el precepto, “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios (...), se sujetan a las reglas del mandato”. Si se asume que esta regla es aplicable al contrato médico, debe asumirse que le son aplicables de reglas de la delegación del mandatario, y esto es correcto, también lo es que el paciente, amparándose en estas disposiciones, podrá intentar una acción directa en contra del o los auxiliares.

De acuerdo a la disciplina de la delegación, la facultad del mandatario de delegar en un tercero su encargo, constituye un elemento de la naturaleza del contrato (artículo 1444 del Código Civil). Así lo reconoce expresamente Stitckin²⁴⁹.

Convendrá considerar los artículos 2135, 2137 y 2138 del Código Civil.

El primero indica lo siguiente: “El mandatario podrá delegar el encargo si no se le ha prohibido; pero no estando expresamente autorizado para hacerlo, responderá de los hechos del delegado, como de los suyos propios.

Esta responsabilidad tendrá lugar aun cuando se le haya conferido expresamente la facultad de delegar, si el mandante no le ha designado la persona, y el delegado era notoriamente incapaz o insolvente”.

Según el segundo: “Cuando la delegación a determinada persona ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato (...)”.

249 STITCHKIN (2009), p. 61.

Y conforme al tercero: “El mandante podrá en todos los casos ejercer en contra delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo”.

Al comentar estas disposiciones, Stitchkin indica: “Esto significa que el mandante puede substituirse al mandatario para deducir contra el delegado las acciones que aquél puede intentar contra este, como la de indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento (...)”²⁵⁰.

De las disposiciones se extraen las siguientes reglas:

Una primera. Si la delegación no está prohibida, el mandatario naturalmente tiene la facultad de delegar todo o parte de su encargo, aunque no se le haya autorizado expresamente para hacerlo.

Una segunda. Si el mandatario delega a un tercero, es responsable frente al mandante por el hecho del tercero, como si fuera su propio hecho.

Una tercera. Si el mandante autoriza expresamente la delegación, el mandatario seguirá siendo responsable frente al mandante, sólo si la persona a la que designe sea notoriamente insolvente o incapaz.

Una cuarta. Si el mandante, junto con autorizar expresamente al mandatario, designa a la persona del delegado. Si es el caso, se entiende constituido un nuevo mandato entre el mandante y el delegado; y el mandatario que delega queda fuera de la relación contractual, por lo que toca al objeto de la delegación.

La quinta. En todo caso, salvo aquel del párrafo anterior, el mandante dispondrá de las acciones que el mandatario sea titular en contra de su delegado. Se reconoce, entonces, una hipótesis de subrogación personal. El mandante se subroga en los derechos del mandatario que delega.

Entonces, por un lado, el médico responde frente al paciente por el hecho de sus auxiliares y, por otro, el paciente tiene acción por subrogación en contra de los auxiliares.

Si se trasladan estas reglas al ámbito de la atención médica, y se asume que el escenario es que el paciente consiente tácitamente en la participación de los auxiliares que integran el equipo médico, habrá que aceptar que la regla es que el paciente tiene acción en contra del médico por hecho de sus auxiliares.

Correlativamente, el paciente, en todo, podrá dirigirse en contra de los auxiliares ejerciendo las acciones que el paciente tuviere en su contra.

Entonces, por un lado, el médico responde frente al paciente por el hecho de sus auxiliares y, por otro, el paciente tiene acción por subrogación en contra de los auxiliares.

Además, habrá que considerar dos situaciones de excepción. Que el paciente autorice expresamente al médico para que delegue, en cuyo caso sólo tendrá acción en contra suya si el auxiliar es notoriamente incapaz (incompetente) o insolvente. Se asume que, aun este caso, siempre dispondrá de la acción del médico en contra del auxiliar.

Y, que el paciente autoriza expresamente al médico y, además, designa al auxiliar. En este caso, según lo dicho, el paciente tiene acción contractual directa (su acción) en contra del auxiliar designado.

Entonces, si el paciente impone un auxiliar, como usualmente sucede en el caso de la obstetra o matrona que asistirá el parto a cargo del ginecólogo, el médico se desprende del riesgo del incumplimiento de ese profesional²⁵¹.

Con independencia que sea o no adecuada la propuesta, desde luego es más acorde al escenario contractual en el que se desenvuelven, la figura médica, sus auxiliares y paciente. Acciones cruzadas en el marco de lo contractual, excluyendo la vía extracontractual como alternativa para el paciente.

251 BRANTT (2009), pp. 84-85.

3.2 Responsabilidad civil de la figura médica por la utilización de insumos y/o instrumental con defectos

Acaso, al preguntarse sobre la responsabilidad de la figura médica por la utilización de insumos y/o instrumental con defectos que sean la causa del daño que sufre el paciente, habrá que considerar lo dicho a propósito de la esfera del riesgo del paciente, dentro de la cual responde no sólo objetivamente, sino que, además, sin posibilidad de exoneración. Desde que es el médico quien decide qué materiales, insumos e instrumental médico utilizar, está asumiendo el riesgo de que sean defectuosos y causen o contribuyan a la producción del daño. Aplica la regla de responsabilidad que proponen Brantt, Díez-Picazo y Pantaleón, respecto de los proveedores. Porque, en definitiva, el incumplimiento del médico tiene su origen en una falta de sus proveedores. Y, respecto del hecho de estos terceros, no hay dos opiniones; el médico responde sin que le sea permitido invocar excusa de ninguna especie.

Sobre los proveedores, convendrá considerar la opinión de Díez Picazo que expresa lo siguiente: “Por consiguiente, los impedimentos derivados de tales hechos son impedimentos imputables al deudor, quien no puede ampararse en los retrasos, en los defectuosos cumplimiento o en los incumplimientos definitivos de los proveedores por él contratados para preparar y llevar a cabo su propia prestación. El deudor será responsable frente a su acreedor, sin perjuicio, como es lógico, puede después ejercitar frente a los proveedores las acciones que correspondan”²⁵².

Y, Brantt, al describir la esfera de control del deudor en el Código Civil, fuera del componente personal (auxiliares y proveedores), afirma que “(...) Y por otra parte, se ubican los riesgos vinculados con los medios no personales empleados en la actividad empresarial, es decir, los correspondientes a todos los recursos materiales e inmateriales utilizados por el empresario en la organización, preparación y ejecución de sus prestaciones”²⁵³.

252 DÍEZ-PICAZO (2008).

253 BRANTT (2009), p. 79.

Si la elección fue inadecuada, o la instrucción a los auxiliares fue deficiente, o el material no se encuentra en correcto estado de conservación, la responsabilidad recae enteramente en el profesional médico.

Y, más adelante, indica: “Junto con la intervención de los diversos sujetos señalados en el apartado anterior, el empresario también pone en marcha –para el desarrollo de su actividad– un conjunto de medios o recursos tangibles e intangibles, que forman parte de su estructura organizacional. La suficiencia y buen estado de éstos es fundamental para el correcto desempeño de las tareas de preparación, planificación y ejecución de las prestaciones de las que el empresario es deudor”²⁵⁴.

Dentro de dichos medios se encuentran las maquinarias, herramientas; las instalaciones de diversos órdenes: eléctricas, sanitarias, de seguridad; los servicios necesarios para el funcionamiento de la empresa; los equipos y recursos tecnológicos utilizados en su actividad: computadores, impresoras, programas computacionales, redes de comunicación internas, etcétera; los medios de transporte empleados, entre otros. La variedad y particularidades de cada uno de estos instrumentos dependerán del giro específico de la empresa de que se trate. Cada actividad productiva y de intermediación de bienes y servicios supone el montaje de un aparato instrumental distinto, cuyo correcto estado de mantención y funcionamiento es de cargo del empresario. Por lo mismo, el riesgo de que un incumplimiento tenga su origen en un desperfecto de alguno de estos elementos, pertenece la esfera de riesgos que, por el contrato, el deudor debe asumir y controlar.

En fin, Pantaleón Prieto expresa que “(...) no cabe duda alguna de que el deudor responderá, sin necesidad de culpa o negligencia por su parte (...) como regla general, del estado de los elementos materiales (maquinaria, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, de la correcta organización y buen funcionamiento de la misma”²⁵⁵.

Sin embargo, la regla no se limita a los insumos, materiales e instrumental en sí mismos, sino también a su elección, a su forma de uso y a su mantención. De modo que, si la elección fue inadecuada,

254 BRANTT (2009), p. 80.

255 PANTALEÓN (1991), p. 1069.

o la instrucción a los auxiliares fue deficiente, o el material no se encuentra en correcto estado de conservación, la responsabilidad recae enteramente en el profesional médico.

Sobre el punto, Pizarro afirma lo siguiente: “Ahora, la responsabilidad directa va más allá de las prestaciones médicas, las cuales, si son negligentes, según lo veremos, quedan al amparo de la responsabilidad por el hecho ajeno o en lo contractual subsumidas en responsabilidad directa. Con esto queremos decir que no involucran un acto realizado por un médico. Así, por ejemplo, responsabilidad civil por defectos en las instalaciones (accidentes causados por defectos de infraestructura) o en el uso de productos defectuosos (alimentación, instrumentos médicos), etcétera. Esta responsabilidad puede ser contractual o cuasi delictual, según exista o no un vínculo contractual entre el paciente y la clínica. En todo caso, se trata de responsabilidad basada en un incumplimiento o negligencia imputable directamente a la clínica, conforme se analizó”²⁵⁶.

Y Tapia sostiene: “(...) Usualmente, en el acto médico se utilizan materiales (bisturí, mesa de operación, prótesis, etcétera) y productos de salud (medicamentos), y su empleo adecuado forma parte del cumplimiento de la obligación principal medios del médico. Pero ¿qué ocurre si el médico utiliza productos vencidos o instala una prótesis defectuosa? Inspirándose en las disposiciones que sancionan los vicios ocultos de la cosa vendida (arts. 1857 y s. del Código Civil), se hace garante al médico por la normalidad (ausencia de vicios) de los materiales y productos empleados, sujetándola una obligación de seguridad de resultado a su respecto. Evidentemente, si los materiales y productos se encuentran en un estado de experimentación, conociendo y aceptando el paciente su utilización, el médico sólo será obligado al deber general de prudencia y diligencia en su instalación o administración. En un ámbito cercano al médico, luego de los contagios por sangre contaminada con SIDA, en Francia se hace responsable a los centros de transfusión sanguínea de una obligación de resultado en cuanto a la inocuidad de la sangre que suministran;

aunque las clínicas, imposibilitadas de controlar minuciosamente la calidad de la misma, siguen sujetas a una obligación de medios a su respecto. Por lo demás, estas reglas son consistentes con las normas comparadas que crean una responsabilidad estricta por los daños causados por productos defectuosos²⁵⁷.

En síntesis, la responsabilidad por la utilización de materiales, insumos y/o instrumental con defectos o en mal estado, recae exclusivamente en el profesional médico, sin posibilidad de exoneración, porque sobre él recae el riesgo del defecto y del mal estado, si se realiza y causa un daño, la regla es bastante sencilla, resulta responsable frente al paciente.

4

El daño patrimonial y extrapatrimonial en la responsabilidad civil médica

4.1 Introducción

Habiendo examinado la prestación a la que se obliga el profesional médico y el rol de la diligencia, unido al criterio de atribución de responsabilidad, convendrá detenerse en el daño objeto de la indemnización.

En palabras de la Corte Suprema, en sentencia del 15 de abril de 2017²⁵⁸, en materia de responsabilidad civil médica: “(...) procede que no sólo sea reparado el daño patrimonial sufrido como consecuencia de un ilícito contractual, sino también el perjuicio extrapatrimonial, especialmente si el contrato –como el de servicios médicos– involucra el cuidado de un bien no patrimonial como es la conservación de la salud. Por otra parte, no existen razones de texto legal ni de justicia que permitan la exclusión de ese resarcimiento”.

Se sabe que para que se haga exigible la obligación de indemnizar, se requerirá que del incumplimiento del contrato médico derive un daño. En atención a la naturaleza de la prestación objeto de este contrato, la partida de daño a la que debe prestársele especial atención es al daño moral en su sentido más amplio –comprensivo de toda clase de daño no patrimonial–.

Al hablar del daño se alude a la consecuencia material –patrimonial o no patrimonial– derivada de la lesión, un interés jurídicamente tutelado o no contrario a derecho.

Al hablar del daño se alude a la consecuencia material –patrimonial o no patrimonial– derivada de la lesión, un interés jurídicamente tutelado o no contrario a derecho. De esta manera, la pérdida de una extremidad y el sufrimiento del paciente son la consecuencia material de la lesión al derecho a su integridad física y psíquica (interés jurídicamente tutelado), y los gastos de recuperación y rehabilitación son una consecuencia patrimonial de la misma lesión. En el caso de la responsabilidad civil extracontractual, a partir del artículo 2315 del Código Civil, es precisamente el interés lesionado (interés no contrario a derecho) el que permite configurar el daño y, al mismo tiempo, la titularidad de la acción para reclamar indemnización.

En el caso de lo contractual, el bien jurídicamente tutelado es el interés contractual que corresponde al ámbito de resguardo del contrato, según el criterio de la previsibilidad del artículo 1558 del Código Civil²⁵⁹. Debe tratarse de un interés incorporado a tal ámbito o, si se prefiere, al fin de protección del contrato.

En el caso de la responsabilidad médica, habrá que prestar especial atención al denominado “interés de indemnidad o integridad”, que Morales Moreno llama “interés de conservación” y que lo explica en los siguientes términos: “El interés de conservación o de integridad es el interés que tiene cualquier sujeto en que no sean dañados por otros sus bienes, personales o patrimoniales. El daño a este interés también puede manifestarse como un lucro cesante, consistente en la pérdida o reducción de productividad de un bien dañado (...)”²⁶⁰.

Al vincular el daño con el interés y, a su vez, el interés con el contenido del contrato incumplido, se afirma que “la indemnización por incumplimiento de contrato corresponde a estar contractualmente obligado”²⁶¹. Entonces, si esto es correcto, la indemnización no puede exceder aquello que para la persona deudora era previsible (que debía prever) en el momento de la celebración del contrato. La indemnización se identifica con su objeto y el objeto, producido el incumplimiento, se determinará con cargo a la regla de la previsibilidad del citado artículo 1558.

A su vez, si es correcto que la indemnización corresponde a estar contractualmente obligado, cobra todo sentido que se sostenga que el principio rector de la responsabilidad civil contractual –diferenciador de la responsabilidad extracontractual–²⁶² es que ella debe ubicar, en la medida de lo posible, a la persona acreedora en la misma situación que se habría encontrado de haberse cumplido correctamente el contrato. Como resultará evidente, en el caso del contrato médico, será imposible cumplir este principio rector por lo que toca al daño

259 MORALES MORENO (2010), pp. 93-94.

260 MORALES MORENO (2010), p. 87.

261 MORALES, DE LA MAZA y VIDAL (2014), pp. 1156 y ss.

262 Un principio de justicia restaurativa que persigue ubicar a la víctima en lo misma posición como si el ilícito no se hubiera cometido, con la misma prevención respecto del daño moral; CORRAL (2013), p. 16 y 60 y ss.

moral que, se sabe, al ser irreparable, lo que su indemnización busca es otorgarle un valor de reemplazo o de satisfacción (función satisfactiva del daño moral)²⁶³.

Para abordar el daño en materia de responsabilidad civil médica, se seguirá el siguiente orden. Se comenzará con el tratamiento del daño patrimonial –daño emergente y lucro cesante–. Enseguida, se examinará el daño moral contractual (en sentido amplio: objetivo)²⁶⁴, prestando especial atención al daño corporal. En fin, en tercer lugar, se tratará la categoría de daño de la pérdida de una oportunidad o *chance* y sus peculiaridades en responsabilidad médica

263 BARROS (2020), pp. 298 y ss.; CORRAL (2013), p. 144.

264 BARROS (2020), pp. 298 y ss.; CORRAL (2013), p. 144.

4.2 El daño emergente

4.2.1 Reconocimiento legal y su noción

Probablemente, la expresión más clara y cierta del perjuicio como elemento de la responsabilidad civil contractual es el daño emergente, recogida por el artículo 1556 del Código Civil.

El daño emergente se entiende como aquella disminución cierta – presente o futura– del patrimonio del acreedor. Es una pérdida que puede medirse con un amplio grado de certeza²⁶⁵. Lo cierto es que, por la fisonomía y naturaleza, esta especie de daño no ofrece mayores perplejidades. Sí revestirá cierto grado de complejidad –en cuanto a su certidumbre– cuando lo que se reclama es la indemnización de un daño emergente futuro, partida que es usual en materia médica. Así, por ejemplo, gastos de rehabilitación o tratamientos de apoyo psicológico. Esta es la particularidad del daño en esta responsabilidad. Porque normalmente, se proyectará en el tiempo. Se puede hablar de un daño emergente futuro y prolongado.

El profesor Elorriaga de Bonis afirma que esta especie de daño puede ser presente –incluido el daño anterior al juicio– y futuro. Explica que constituyen daño emergente pasado, por ejemplo, las “(...) ganancias o utilidades frustradas con anterioridad al proceso judicial, concretamente hasta antes de la sentencia”²⁶⁶; y daño emergente futuro “(...) aquel que se produce más allá de la conclusión del proceso”²⁶⁷.

4.2.2 Daño emergente por ilícito médico: lesión del interés de indemnidad personal y a la integridad patrimonial

En responsabilidad médica, la lesión del interés de indemnidad de la persona y de la integridad física del paciente podrá afectar también su integridad patrimonial, generando daño emergente. En efecto, una mala *praxis* médica puede originar pérdidas –disminuciones

265 BARROS (2020), pp. 269 y ss.; CORRAL (2013), pp. 142 y ss.

266 ELORRIAGA (2005), p. 58.

267 ELORRIAGA (2005), p. 58.

patrimoniales— anteriores al juicio y otras futuras, como lo serían y que serán indemnizables en la medida que sean tenidas como ciertas. Y para que la responsabilidad cumpla su función, la de colocar a la persona acreedora en la misma situación como si el contrato se hubiera cumplido correctamente.

Sobre el punto, el profesor Mauricio Tapia explica: “Esto ocurre frecuentemente con los gastos futuros que provoca un daño corporal (gastos de hospitalización o de renovación de prótesis, por ejemplo)”²⁶⁸.

4.2.3 Prevención sobre la certidumbre del daño emergente futuro

Convendrá destacar, entonces, que el daño emergente corresponde a la disminución patrimonial del paciente y que no sólo comprende aquella disminución presente (anterior al juicio), sino también aquella futura, siempre, claro está, que se satisfaga el requisito de la certidumbre (y el de la causalidad y previsibilidad del artículo 1558 del CC). Sin embargo, la dificultad que ofrece y que impide, no en la mayoría, sino en todos los casos, es que se trata de un daño futuro e hipotético, y la certidumbre en su comprensión tradicional lleva a que sea excluido de la indemnización. En este punto, habrá que considerar la forma en que hoy se entiende la exigencia de la certidumbre respecto del lucro cesante. Abajo se desarrollará.

268 TAPIA (2012), p. 649; idea que se refleja en la pretensión de la causa fallada en Corte Suprema, 29 de junio de 2018, Rol N° 34225-2017.

4.3 Lucro cesante

4.3.1 Reconocimiento legal y noción

Un primer comentario sobre el lucro cesante consiste en destacar que, al igual que el daño emergente, la ley reconoce su carácter de daño indemnizable en sede contractual (artículo 1556 del Código Civil). A pesar del reconocimiento legal del lucro cesante en materia contractual, han sido pocos los autores que le han prestado atención y han profundizado en su estudio²⁶⁹.

El lucro cesante corresponde a la privación de una ganancia legítima, cuya expectativa de obtenerla era real y seria, que el acreedor habría percibido si el contrato se hubiere cumplido.

Lo que caracteriza a esta especie de daño es su carácter futuro e hipotético y exige al juez una proyección en el tiempo –siempre hipotética– de la certidumbre de las ganancias o lucro cuya reparación se reclama. Por lo que toca a la pérdida de ganancias anterior al juicio, según se ha dicho, constituye daño emergente.

El profesor Corral indica que el lucro cesante corresponde a la “(...) frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso”²⁷⁰.

La Corte Suprema, por su parte, en sentencia del 24 de noviembre de 2014, con cita a Barros, indica: “El lucro cesante es la pérdida de ingresos que se sigue del daño corporal y ‘el objeto de la reparación es la expectativa objetiva de ingresos futuros que la persona lesionada tenía al momento del accidente y la indemnización debe comprender los ingresos netos que la víctima deja de percibir y su determinación se efectúa en concreto, atendiendo a las calidades de la víctima (incluidas su edad y su estado de salud). Así y todo, esta

269 A diferencia, por ejemplo, del caso español. Véase MORALES MORENO (2010).

270 CORRAL (2013), p. 143; al respecto, también RODRÍGUEZ (2011), pp. 227-228 y MORALES MORENO (2010), p. 293.

El punto que hace del lucro cesante una partida difícil de ser aceptada en su reclamación resarcitoria, es su carácter de daño futuro y especulativo o hipotético. No hay manera de determinar su existencia y extensión con exactitud (su certidumbre).

determinación supone asumir lo que habría de ocurrir en el futuro de no haber ocurrido el accidente, lo que exige una mirada objetiva hacia el curso ordinario de los acontecimientos”²⁷¹.

Según el concepto de daño contractual ofrecido, habrá que entender que el lucro cesante consiste en la pérdida de ganancias ciertas (consecuencia material) derivada de la lesión del interés del acreedor, protegido por el contrato, de incorporar a su patrimonio, un determinado valor que, de haberse cumplido el contrato, sí habría incorporado²⁷².

4.3.2 Lucro cesante y lesión al interés de integridad patrimonial

Una de las peculiaridades del daño patrimonial en casos de responsabilidad médica, según se advirtió respecto del daño emergente, consiste en que, por la lesión que provoca el incumplimiento en el interés de integridad personal del paciente (incorporado en el ámbito de resguardo del contrato por previsible), también puede resultar afectada su integridad patrimonial, en este caso, al verse privado de incorporar un valor a su patrimonio. Y la protección de este interés en su dimensión patrimonial (a obtener una ganancia), dependerá de si se encuentra, o no, inserto en el ámbito de resguardo del contrato.

Sobre el daño patrimonial (gastos y lucro cesante) derivado de un ilícito médico que irroga un daño moral (daño corporal), Corral indica: “El daño corporal puede traer consecuencias patrimoniales indemnizables: los gastos de atención médica y la pérdida de una ganancia por la inhabilidad física (lucro cesante)”²⁷³.

4.3.3 Un obstáculo: la certidumbre del lucro cesante

El punto que hace del lucro cesante una partida difícil de ser aceptada en su reclamación resarcitoria, es su carácter de daño futuro y especulativo o hipotético. No hay manera de determinar su existencia

271 Corte Suprema, 24 de noviembre de 2014, Rol N° 2547-2014; BARROS (2010), p. 277.

272 MORALES MORENO (2010), p. 45.

273 CORRAL (2013), p. 150. En igual sentido: PIZARRO (2010), p. 178.

y extensión con exactitud (su certidumbre). Las cosas son de esta manera porque el perjuicio tendrá lugar en un futuro, un futuro siempre incierto y repleto de imponderables.

Barros, a este respecto, indica: “A diferencia de lo que usualmente ocurre con el daño emergente, el lucro cesante tiene siempre un elemento contingente, porque se basa en la hipótesis, indemostrable por definición, de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado”²⁷⁴.

Por su parte, la Corte Suprema, en sentencia del 21 de febrero de 2018²⁷⁵, pronunciándose sobre el particular, expresa: “Por otro lado, en relación al lucro cesante, por tratarse de un concepto que hace alusión a un daño futuro, pero no a una simple eventualidad, se exige para su establecimiento un nivel de certidumbre tal, que permita, a partir de ciertos supuestos, proyectar sobre la base de estimaciones objetivas, lo que la víctima efectivamente dejará de percibir como efecto de la actuación dañosa”.

Sobre el punto, existe acuerdo entre quienes se han detenido en examinar el lucro cesante, en orden a que su carácter futuro y especulativo impide tener por cierta su ocurrencia y extensión (que indubitadamente ocurrirá). Ya lo prevenía Alessandri, afirmando que lucro cesante “... es algo hipotético, que es algo que anda en el terreno de las suposiciones; y de ahí, la gran dificultad que hay en la práctica para establecerlo”²⁷⁶.

Ante esta dificultad, lo primero que habrá que asumir es que, si la ley prescribe que la indemnización comprende el lucro cesante –norma que se extiende también a lo extracontractual–, debiera existir una forma de cumplir con la prescripción legal. De esta manera se explica

274 BARROS (2010), p. 262; véase además PEÑAILILLO (2018), pp. 7-35.

275 Corte Suprema, 21 de febrero de 2018, Rol N° 7085/2017.

276 ALESSANDRI (1983), p. 547.

la necesidad de revisar la forma en que ha de entenderse la exigencia de la certidumbre y cuando se entiende satisfecha. Para tal propósito se ha propuesto que la métrica para determinarlo debe ser más laxa.

Al entender las cosas de esta manera, se logran compatibilizar dos cuestiones: que la legislación prescribe, como se ha dicho, que la indemnización comprende el lucro cesante; y que, siempre –desde los tiempos del codificador– su ocurrencia, generalmente, fuera de ser futura, es hipotética²⁷⁷.

Tratándose del lucro cesante, entonces, la exigencia de la certidumbre (efectividad del daño) se subroga, por lo que la doctrina denomina juicio de probabilidad de que el daño tenga lugar. Lo que se requiere del lucro cesante, para ser indemnizado, es que su ocurrencia sea probable dentro del curso normal de los acontecimientos.

Al entender las cosas de esta forma, se persigue satisfacer la exigencia general de la certidumbre del daño, pero con cargo a una métrica distinta a la tradicional, más laxa. Hay un tránsito de lo cierto a lo probable según el curso normal de las cosas.

Sobre este punto, resulta de interés prestar atención a una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena que fuera confirmada por la Corte Suprema, el 2 de mayo de 2017²⁷⁸, y que expresa que “(...) atendidas las características propias del lucro cesante, no se requiere para su procedencia de una certeza en extremo indubitada, bastando que sea probable con un potencial de arribar a una posibilidad concreta”.

Por todas estas consideraciones, se entiende que la certidumbre, en términos de probabilidad de la ocurrencia futura del lucro cesante, se dará por establecida si es que el tribunal logra la convicción de que la víctima obtendría, dentro del curso natural de las cosas, aquellas

277 PEÑAILILLO (2018), p. 8 y DOMÍNGUEZ (2000), p. 333.

278 Corte Suprema, 2 de mayo de 2017, Rol N° 100796-2016. En el mismo sentido: Corte Suprema, 5 de marzo de 2018, Rol N° 82482-2016.

Lo cierto es que, en la práctica, tal como lo apunta acertadamente Miranda, esta dificultad del lucro cesante, unida a su prueba, ha llevado a que las demandas por responsabilidad civil médica limiten lo pedido al daño moral.

utilidades que alega haberse visto privada por el incumplimiento²⁷⁹. De esta forma, se toma distancia de la certidumbre (daño efectivo) y, al mismo tiempo, se depura la indemnización de eventuales ganancias irreales²⁸⁰ o meramente hipotéticas.

Este juicio de probabilidad permite superar, siempre dentro de ciertos límites, sobre todo si descansa en la proyección futura de un curso natural o normal de las cosas respecto de la víctima²⁸¹.

Esta forma de entender la certidumbre del lucro cesante, también habrá que considerarla respecto del daño emergente futuro, dado que, en materia médica, si bien se propone su inclusión en la indemnización, no se da lugar a ella y la razón para negarla es la misma: no se satisface la exigencia general de la certidumbre.

4.3.4 El lucro cesante en la responsabilidad civil médica

En esta materia, el obstáculo es el mismo que aquel que se ha explicado en el apartado anterior, razón por la cual habrá que considerar especialmente el criterio de la probabilidad del daño dentro del curso normal de las cosas.

Lo cierto es que, en la práctica, tal como lo apunta acertadamente Miranda, esta dificultad del lucro cesante, unida a su prueba, ha llevado a que las demandas por responsabilidad civil médica limiten lo pedido al daño moral²⁸².

Con todo, los tribunales superiores se han servido del criterio de las probabilidades para determinar la procedencia de la indemnización del lucro cesante.

279 PEÑAILILLO (2018), p. 26; SANTOS (2015), p. 17.

280 SANTOS (2015), p. 17.

281 PEÑAILILLO (2018), p. 26; SANTOS (2015), p. 17.

282 MIRANDA (2015), p. 97.

Así se advierte en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 25 de junio de 2009. En la causa se discute el derecho a la indemnización del lucro cesante a favor de un menor, víctima de un ilícito médico, alegándose que, de no haber mediado el descuido del médico, hubiese podido proporcionar a su familia ingresos derivados de su trabajo. En la sentencia se declara: “Que la indemnización reclamada por concepto de lucro cesante se hace consistir en las sumas de dinero que la víctima habría podido percibir y proporcionar a su familia, si hubiera vivido hasta los 65 años. Sin embargo, siendo menor de edad, no hay antecedentes de que la víctima percibiera ingresos, ni se ha aportado prueba que permita establecer, sobre la base de daños ciertos, el monto del perjuicio que por este capítulo se reclama”²⁸³.

Como puede advertirse, la pretensión indemnizatoria es improcedente porque ni siquiera se satisface el juicio de probabilidad, y no se satisface porque la incertidumbre recae en el curso normal de las cosas. Al no existir antecedentes objetivos que permitan una proyección en el futuro laboral o profesional de un menor, el lucro cesante pedido no es más que una mera conjetura. La pretensión, en este caso, es más bien antojadiza.

Algo similar se observa en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso del 13 de marzo de 2009, en la que se discute sobre la indemnización del lucro cesante que habría originado una mala *praxis* médica y que consistiría en los ingresos que habría percibido en el futuro un joven de 23 años de no haber fallecido. El tribunal declara: “Que el daño, para ser indemnizado, debe ser cierto o real, con lo que se quiere decir que debe consistir en un menoscabo o lesión que se ha producido o que con certeza se producirá. Aun cuando en materia de lucro cesante el daño necesariamente se sustenta en una contingencia o hipótesis, pero con una probabilidad cercana a la certeza de que va a ocurrir (Enrique Barros Bourie, op. cit., pág. 237), como lo es que el occiso, de 23 años al morir, habría generado ingresos provenientes de un desempeño laboral de haber continuado

283 Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de junio de 2009, Rol N° 8585-2006.

viviendo; tal grado de certeza no alcanza a cubrir la mera conjetura de que el actor, padre del trabajador fallecido, a futuro hubiera dependido económicamente de su hijo, y como ninguna prueba se rindió conducente a acreditar las condiciones objetivas que permitan establecer como probable esa circunstancia, el lucro cesante que se demanda debe ser desestimado”²⁸⁴.

Esta sentencia se sirve explícitamente del criterio de la probabilidad, y concluye que el lucro cesante consiste en una mera conjetura consistente en que el padre del actor hubiera dependido económicamente de su hijo y que no existe prueba de condiciones objetivas para establecer como probable que así habría ocurrido de no mediar el ilícito.

En otros casos, ha sido la víctima refleja la que ha demandado lucro cesante porque dependían de los cuidados o asistencia de la víctima directa.

En la sentencia de la Corte Suprema, del 25 de abril de 2017²⁸⁵, el tribunal examina la falta de servicio del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente, consistente en un error en el diagnóstico, cuidados y tratamiento de una menor que padecía, simultáneamente, una bronconeumonía extensa, síndrome respiratorio por virus sincicial y neumotórax izquierdo. La madre de la menor demandó la indemnización del lucro cesante que le habría provocado el ilícito médico de que fue víctima directa su hija y que se traducía en la pérdida de las ganancias que hubiese percibido como educadora de párvulos, toda vez que, por la enfermedad de su hija, debió abandonar el último año de sus estudios universitarios conducentes a la obtención de su título profesional. El tribunal, considerando que no se acreditó si era efectivo que le faltara cursar un año para terminar sus estudios y titularse, ni el monto al que ascendería la indemnización por lucro cesante, rechazó la demanda. La corte no tuvo por cierta la concurrencia del lucro cesante alegado expresando lo siguiente: “De esta forma, no se probó la existencia de un lucro cesante cierto sufrido por la demandante M.V.G., como tampoco (...) datos suficientes

284 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de marzo de 2009, Rol N° 608-2008.

285 Corte Suprema, 25 de abril de 2017, Rol N° 34836.

como para haber realizado un cálculo de la cuantía de tal daño, de manera que la indemnización solicitada por este rubro deberá necesariamente ser rechazada”.

Una vez más, no se satisfizo el juicio de probabilidad para que el tribunal concediese una indemnización por la pretendida frustración de ganancias.

Si bien en las sentencias presentadas no se dio lugar a la indemnización del lucro cesante, lo cierto es que ellas nos enseñan que, de concurrir el requisito de la certidumbre, entendido como probabilidad de obtener una ganancia o incorporar un valor al patrimonio del demandante, dentro del curso normal de las cosas, sí sería procedente la indemnización de este daño, quedando pendiente la cuestión de su valoración.

4.3.5 El contenido del lucro cesante

Con respecto a su contenido, el lucro cesante, cuando se trata de daños en las personas (que es el caso de la responsabilidad civil médica), se relaciona directamente con la disminución de la capacidad de trabajo que se sigue del daño moral²⁸⁶. Piénsese en la pérdida de una extremidad debido a una negligencia médica, o el detrimento del aparato locomotor del paciente que disminuya su motricidad o movilidad.

Sobre este punto, el profesor Díez-Picazo se sirve de una ilustración a propósito de lo que comprende el lucro cesante y expresa que “(...) en el capítulo del lucro cesante deben comprenderse los casos de lesiones personales, la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo y, por consiguiente, de la capacidad de obtener la remuneración del mismo, que en el caso de que sea temporal cubrirá el período contemplado y en los casos en que sea permanente debe cubrir las posibilidades de vida de acuerdo con criterios extraídos de un despliegue de las posibilidades normales de actividad durante la vida media”²⁸⁷.

286 ELORRIAGA (2002); Díez-PICAZO (2009), p. 323.

287 Díez-PICAZO (2009), p. 323; en un sentido similar: TAPIA (2012), p. 649.

Lo que la indemnización del lucro cesante repara o cubre es la imposibilidad total o parcial de obtener una ganancia legítima debido al incumplimiento del contrato.

Lo que la indemnización del lucro cesante repara o cubre es la imposibilidad total o parcial de obtener una ganancia legítima debido al incumplimiento del contrato.

4.3.6 Sobre la cuantificación del lucro cesante

Otro aspecto de esta partida refiere a su cálculo o cuantificación²⁸⁸. Hay acuerdo en orden a que la cuantificación de este daño debe hacerse con arreglo a ciertos elementos que el sentenciador apreciará prudencialmente.

Tal como se indica en la ya citada sentencia de la Corte Suprema de 2 de mayo de 2017²⁸⁹, para evaluar su *quantum*, habrá que considerar las circunstancias concretas de la persona demandante, como la edad y la condición.

Sin embargo, se proponen otros criterios, tales como:

Si la persona demandante no ejerce profesión, oficio, ni actividad económica alguna, como es el caso de los menores de edad, estudiantes o quienes carecen de profesión u oficio. A este respecto, se ha dicho que, hipotéticamente, el lucro cesante debe calcularse posicionando a la persona dañada en un curso normal de estado de cosas. Si se trata de un daño físico que provoca invalidez total de la víctima, las partidas que cobran relieve son las del daño emergente (gastos), del daño moral y pérdida de una *chance*. El juicio de probabilidad, por mucho que supere la rigidez de la certidumbre, es difícil que concluya la resarcibilidad del lucro cesante.

Acerca de esta consideración, Contardo González indica: “Si el papel de la indemnización de perjuicios consiste en intentar dejar a la víctima en el mismo estado como si no hubiese sufrido el daño, creemos que la indemnización por daño patrimonial debe cubrir todo aquello que importe la colocación en un estado ‘normal’ a la víctima, como el pago de instituciones especiales de educación y rehabilitación, y además el costo adicional que sufre la víctima de

288 PEÑAILILLO (2018), pp. 8 y ss.

289 Corte Suprema, 2 de mayo de 2017, Rol N° 10796-2016.

afrontar el mercado laboral en condiciones desventajosas, siempre que el grado de incapacidad no sea absoluto y sin perjuicio de la indemnización por pérdida de una *chance*. En caso de imposibilidad absoluta, sólo cabría indemnización por pérdida de una *chance*, o bien reducir el tema al daño moral²⁹⁰.

En cambio, si se trata de trabajadores o profesionales con una renta variable, como comisionistas y/o profesionales liberales, el juicio de probabilidad, basado en el curso normal de las cosas, permite concluir que la indemnización debiese aproximarse a un promedio aritmético de sus rentas tomando como referencia los ingresos del ejercicio anterior, por ejemplo²⁹¹.

En general, si la víctima trabaja o ejerce una profesión u oficio, con renta fija o variable, otro criterio será si el daño físico es temporal (cabe reparación) o permanente sin posibilidad de recuperación o la muerte²⁹².

4.3.7 Lucro cesante reflejo o por repercusión

Por lo que toca al lucro cesante reflejo, esto es, aquel que sufren víctimas indirectas o por repercusión como consecuencia de verse privadas de ingresos que legítimamente se les proporcionaba para su sustentación, manutención o educación –la víctima de la mala *praxis*, como es el caso del cónyuge, conviviente de hecho o civil y/o sus hijos respecto del fallecido–, la Corte Suprema se ha inclinado por concederlo, calculándolo a partir de un promedio de los ingresos de las últimas rentas de la víctima directa –imposibilitada de trabajar o que fallece–. Así lo declara la sentencia del 28 de septiembre de 2016²⁹³. En ella se lee: “Que, sobre la base de lo antes razonado y con el mérito probatorio del contrato de trabajo y su anexo, así como las liquidaciones de sueldo de don L.A.O.A., se hará lugar a la indemnización de perjuicios por lucro cesante reflejo, tomando en consideración un 80% de lo que habría percibido la víctima directa,

290 CONTARDO (2005), p. 70.

291 CONTARDO (2005), p. 71.

292 CONTARDO (2005), pp. 71-72.

293 Corte Suprema, 28 de septiembre de 2016, Rol N° 7237-2015.

Según se ha dicho, pareciera ser que el lucro cesante en la responsabilidad médica es una partida ausente, al no existir sentencias sobre el punto que acojan la pretensión indemnizatoria.

durante un lapso de 5 años, parámetros determinados de manera prudencial, sobre la base del promedio de sus ganancias en los tres meses previos a su muerte (\$429.000), lo que arroja una suma equivalente a \$20.592.000, más los reajustes e intereses que se indicarán, suma que se distribuirá en 2/3 para la viuda y un tercio para el hijo menor, M.A.O.G.”.

A diferencia de lo que sucede con las víctimas directas, el lucro cesante de aquellas indirectas o por repercusión, la certidumbre, en mi opinión, debiese apreciarse en términos más estrictos, porque normalmente, aunque no siempre, se vinculará con la lesión de un derecho, como el de los alimentos legales o voluntarios. Sin embargo, en el caso del cónyuge y del conviviente (civil o de hecho), por la fragilidad del vínculo jurídico o de hecho, seguirá resultando útil servirse del criterio de la probabilidad dentro del curso normal de las cosas.

4.3.8 A modo de síntesis

Según se ha dicho, pareciera ser que el lucro cesante en la responsabilidad médica es una partida ausente, al no existir sentencias sobre el punto que acojan la pretensión indemnizatoria²⁹⁴.

En mi opinión, la razón que justifica esta situación, desde luego, tiene que ver con el carácter futuro e hipotético del daño y la forma en que se entiende, y debiese entenderse, la exigencia de la certidumbre y, por otro, con la falta de prueba que permita asentar el curso normal de las cosas y la probabilidad cierta de que la víctima hubiese percibido una ganancia en el futuro, de no mediar el ilícito médico.

4.4 El daño moral

4.4.1 El punto de partida: la regla de la previsibilidad y el fin de protección del contrato

Habría que comenzar advirtiendo que, tratándose del contrato médico, la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento encuentra su justificación en la regla del artículo 1558 del Código Civil. Si se hubiera dado atención a la naturaleza de la prestación objeto de este contrato –cuya ejecución compromete la vida, la integridad física y la integridad psíquica del paciente–, era previsible para el profesional médico que sí incumple o cumple imperfectamente pondrá tales intereses de naturaleza no patrimonial, causando un daño moral. El daño moral, según se ha dicho, consiste en consecuencia de la lesión del llamado interés de integridad del que es titular el paciente que se somete a un procedimiento, tratamiento o intervención médica. La persona deudora –profesional médico– asegura por intermedio del contrato la indemnidad personal del paciente, en términos de que, si incumple y ella se ve lesionada, se activa la obligación de indemnizar a su favor. Este interés es parte del ámbito de resguardo del contrato.

Para comprenderlo, habrá que dar un paso atrás, y prestar atención a la relación existente entre el contrato y la previsibilidad del daño, regla clave en materia de indemnización de daños. Bien es sabido que las partes, al celebrar un contrato, asumen expresa o tácitamente el riesgo de indemnizar al otro contratante los daños que pueda irrogarle un eventual, aunque probable, incumplimiento, que en lo que respecta al objeto de este apartado, podría consistir en lesiones causadas por una mala *praxis* del deudor –profesional médico y su equipo–, hasta incluso la muerte. El contrato opera como un mecanismo de distribución del riesgo del incumplimiento y que este cause daños al deudor.

Basta con prestar atención al artículo 1558 del CC que establece el criterio de la previsibilidad, conforme al cual ciertos daños debe soportarlos la persona deudora, quedando obligado a indemnizarlos, y otros la persona acreedora, padeciéndolos sin derecho a indemnización. En otras palabras, la persona deudora, al celebrar el contrato, junto

con obligarse, en el caso médico, a hacer una cosa (la prestación), compromete su responsabilidad, asumiendo condicionalmente la obligación de indemnizar los daños que pueda irrogar su eventual incumplimiento.

Así resulta de conectar las reglas del pago –artículos 1590 y 1591 del CC– y la citada del artículo 1558. Esta disposición es la que permite delimitar el objeto del contrato una vez producido el incumplimiento. Es el propio contrato –la ley que representa conforme con el artículo 1545 del CC– el que permite al acreedor, a pesar del incumplimiento, satisfacer su interés accediendo a una indemnización.

El criterio de la previsibilidad permite definir el fin de protección del contrato²⁹⁵ que considera ciertos intereses como contractualmente relevantes y otros no. Morales Moreno, en este sentido, alude a los intereses objetivos (los protegidos por el contrato) y a los intereses subjetivos (ajenos a tal órbita), respectivamente²⁹⁶. De esta manera, como lo hemos señalado en otro sitio con el profesor De la Maza: “La importancia de esta regla se aprecia si es que se la considera como dispositivo de distribución de riesgos, en particular aquél que refiere a los daños que cause el incumplimiento, permitiéndonos distinguir, en materia contractual, entre daños causados y daños indemnizables, siendo, precisamente, el criterio de la previsibilidad del artículo 1558 del Código Civil el que nos permite incluir ciertos daños a la indemnización y excluir otros. Así cuando hablamos del fin de protección o de resguardo del contrato, estamos haciendo referencia a una regla que cede en beneficio de ambos contratantes. Respecto del acreedor, el contrato le asegura la indemnización de aquellos daños previsibles al tiempo del contrato y respecto de los cuales pertenece al deudor el riesgo de su ocurrencia. Y, respecto del deudor, el mismo contrato le asegura que ciertos daños, aunque causados por su incumplimiento, la indemnización nos los incluirá porque el riesgo de su ocurrencia no le fue asignado por el contrato, sino que, por así decirlo, lo retuvo el mismo acreedor”²⁹⁷.

295 Así se recoge en VIDAL (2010), p. 197 y DE LA MAZA (2018), p. 289.

296 MORALES MORENO (2010), pp. 157-158.

297 DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 637-638.

La idea del ámbito de resguardo o protección del contrato ha sido recogida por la Corte Suprema, y con especial atención al contrato médico. Así, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 25 de marzo de 2008²⁹⁸, acerca de una mala *praxis* médica en una intervención de circuncisión, se lee: “Que en cuanto a la infracción del artículo 1556 del Código Civil, que se vincula con la circunstancia de que los sentenciadores concluyeron que es procedente la indemnización del daño moral en sede contractual sin que exista fundamento legal para ello, es preciso poner de relieve que, al contrario de lo que sostiene el recurrente, sí se admite la indemnización del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual. Este tribunal ha reconocido su pertinencia en esta esfera de responsabilidad, concediéndola, empero, sólo en aquellos casos en que las obligaciones a que da lugar el negocio contractual de que se trata no se limitan exclusivamente al logro de resultados puramente materiales o patrimoniales. En efecto, esta clase de resarcimiento procede únicamente en eventos en los que la convención extiende su ámbito al resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales, o cuando comprende intereses que claramente ya no conciernen al patrimonio sino a la personalidad moral del sujeto, como su afectividad, su estabilidad emocional, su integridad moral, etcétera. Que, de esta manera, entonces, es posible explicar que, si de ordinario el incumplimiento en este ámbito sólo lesiona de modo directo intereses económicos o concernientes al patrimonio del contratante acreedor, el Código Civil, en su artículo 1556, señale únicamente como rubros de lesión o detrimento a considerar en la valuación judicial provocada por tal incumplimiento el daño emergente y el lucro cesante, ambos de indiscutible carácter material. Por el contrario, es posible afirmar que, si el negocio afecta, dirige no sólo a derechos o intereses patrimoniales, su inejecución puede, causal y directamente, menoscabar derechos o intereses de una naturaleza puramente personal, propia de la intimidad del acreedor, circunstancia que hace posible el otorgamiento de una indemnización que repare el dolor o quebranto espiritual sufrido por el demandante(...)”.

298 Corte Suprema, 25 de marzo de 2008, Rol N° 4931-2006; citado también en DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 615.

Entendidas las cosas de esta manera, el incumplimiento imputa objetivamente responsabilidad (criterio de causalidad jurídica) siempre que la persona deudora hubiere asumido el riesgo del daño en cuestión. Y lo asume porque, al menos, consintió tácitamente en repararlo.

Mismas consideraciones se notan en un voto disidente del exministro Pedro Pierry, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de septiembre de 2013²⁹⁹.

Así, como también expresamos con De la Maza: “Los contratos procuran satisfacer un cierto propósito práctico. Es ese propósito el que nos permite fijar su ámbito de resguardo y una vez que lo tenemos fijado sabemos que deben indemnizarse únicamente los daños a aquellos intereses que se encuentran dentro de ese ámbito de resguardo. Y tales daños puede alcanzar desde el valor del objeto de la prestación o su disminución a causa de un defecto, hasta otros daños subsecuentes que sean consecuencia de la lesión de intereses que integren el referido ámbito de resguardo”³⁰⁰.

Entendidas las cosas de esta manera, el incumplimiento imputa objetivamente responsabilidad (criterio de causalidad jurídica) siempre que la persona deudora hubiere asumido el riesgo del daño en cuestión. Y lo asume porque, al menos, consintió tácitamente en repararlo. El mero conocimiento o la posibilidad de prever no es suficiente. Hoy prevalece la idea del acuerdo expreso o tácito –generalmente actuará este último– en orden a obligarse a indemnizar algunos daños (no todos) provocados por la infracción contractual. El acuerdo tácito, que es la regla, no se infiere del sólo conocimiento que posee o debe poseer la persona deudora, más si hoy prácticamente todo cae dentro de la órbita de lo previsible.

4.4.2 El daño moral contractual es indemnizable

Hay acuerdo acerca de que el daño moral por incumplimiento contractual será indemnizable en la medida que sea razonablemente previsible al tiempo del contrato. El énfasis está puesto en la previsibilidad del daño a partir de la naturaleza del objeto del contrato.

299 Corte Suprema, 26 de septiembre de 2013, Rol N° 375-2013; citado también por DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 616.

300 DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 617.

Recientemente, invocando el artículo 1558 para justificar la procedencia del daño moral, De la Maza Gazmuri afirma: “Pues bien, frente a lo primero –las limitaciones del daño moral– no cabe duda, ninguno de los autores y autoras citadas –y otros más– promueve una procedencia irrestricta de la indemnización por daño moral. Por lo que toca a lo segundo –aquello que permite limitar la procedencia de la indemnización por daño moral– parece existir acuerdo en que, de una parte, se trata de la previsibilidad ex artículo 1558. De otra parte –y esto es lo que podría conjurar el riesgo de una aceptación inflacionaria del daño moral– la previsibilidad equivaldría a algo así como los riesgos asumidos por las partes al momento de contratar”³⁰¹.

Y prosigue, concluyendo: “Esta parece ser la mirada de la doctrina. Como se ve, ha existido una reflexión acerca de las limitaciones del daño moral en sede contractual y en esa reflexión parece haber ocupado un lugar prominente el contrato y la forma en que distribuye los riesgos. En otras palabras, frente a la cuestión de la limitación del daño moral, la doctrina ha respondido desde el contrato, señalando que la pregunta que debe formularse es si el deudor ha asumido o no el riesgo de un daño moral derivado del incumplimiento de sus obligaciones. Si lo ha hecho, entonces debe indemnizarlo, en caso contrario, aun cuando el incumplimiento pueda haber lesionado un interés extrapatrimonial, no debe indemnizarlo”³⁰².

Ahora bien, nuestros tribunales acogen hace larga data las pretensiones indemnizatorias que incluyen partidas de daño moral. Lo hacen apoyándose en los mismos argumentos que justifican su inclusión en general (en sede extracontractual). Sin embargo, no se hace mención de los criterios que determinan su procedencia en relación con el concreto contrato de que se trate. No es extraño hallar sentencias que, por el sólo hecho del incumplimiento y las molestias que este envuelve para el acreedor, den lugar, sin más, a esta compensación. Se acoge la pretensión indemnizatoria sin expresar el fundamento para sustentar su procedencia en ese caso.

301 DE LA MAZA (2018), p. 296.

302 DE LA MAZA (2018), p. 296.

La situación no varía en sede de responsabilidad civil médica, asumiendo que el incumplimiento del profesional médico cause daño no patrimonial a la víctima y esta debe indemnizarse (siempre que se pruebe). La pregunta que debe plantearse respecto de estos contratos es: ¿están, o no, en lo cierto nuestros tribunales? Intuitivamente pareciera que sí. Es natural que la ejecución de un contrato de esta especie comprometa o ponga en riesgo la vida, la integridad física y psíquica del acreedor y, por tanto, resulta previsible para el deudor que el incumplimiento cause daño moral.

A lo anterior, habrá que añadir que el daño moral derivado del incumplimiento, al igual que el extracontractual, debe ser significativo; de lo contrario, jurídicamente no será constitutivo de daño y mal podría concederse al acreedor una indemnización³⁰³. No basta la mera inejecución de la convención, sino que esta produzca, como consecuencia directa e inmediata, una lesión de intereses no patrimoniales o derechos de la personalidad del acreedor que integren el fin de protección del contrato, asumiendo como regla general justificativa la de la previsibilidad. Piénsese, por ejemplo, que una persona se somete a una operación laparoscópica debido a una fractura de uno de sus meniscos. Dicha operación tendrá como consecuencia normal que el paciente no pueda caminar correctamente por un tiempo, que corresponderá al tiempo de recuperación; pero podría ocurrir que ese tiempo se extiende y que quizás la inflamación y el dolor durante el postoperatorio fuese mayor al común. Sin embargo, transcurrido un tiempo, la rodilla del paciente se halla en perfectas condiciones. En este supuesto difícilmente podríamos entender que hay un daño moral significativo, sino que simplemente se concretó el riesgo normal de un mayor cuidado. Empero, si el dolor y la inflamación exceden tal riesgo normal, y aquello se debe a la mala *praxis* comprobada del médico tratante, sí podríamos hablar de un daño moral en estricto sentido. De esta forma lo ha entendido la jurisprudencia.

303 BARROS (2010), pp. 222 (en general) y 226 (en particular al daño moral); DE LA MAZA (2018), pp. 278 y ss.

En síntesis, en sede contractual, el daño moral será indemnizable en la medida que el objeto del contrato sea de contenido personal e imponga al deudor un deber de integridad personal del acreedor: la vida, la integridad psíquica y física. Es el caso del contrato médico.

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, del 4 de septiembre de 2007³⁰⁴, expresa: “Si bien la jurisprudencia se ha venido uniformando en orden a la procedencia de la indemnización por daño moral en relación con la responsabilidad contractual, lo cierto es que para que proceda la reparación indicada, se debe acreditar un daño en el ámbito extra patrimonial grave, irreparable y de importante entidad y permanencia que no sean las molestias inevitables y previsibles de una simple frustración inherente a la vinculación contractual. No basta entonces, con que la situación de incumplimiento haya producido aflicción, dolor o menoscabo, ya que las molestias, desagradados y pesares son propios de toda infracción de la obligación convenida y ello no siempre genera indemnización”.

En todo caso, que el daño sea significativo –de una cierta entidad– no es suficiente para conceder su indemnización. Aún debe definirse si, según el contrato y las reglas que lo rigen, procede, o no, su indemnización. El carácter significativo sólo permite concluir que el incumplimiento causó un daño moral. Queda pendiente determinar si, conforme con el contrato, procede o no su indemnización.

Según lo expresado, podría afirmarse que el daño moral contractual en sentido estricto es aquel que, conforme con el contrato, era razonablemente previsible para el deudor al tiempo de su celebración, desde que el fin de protección de ese contrato encierra intereses no patrimoniales³⁰⁵.

En síntesis, en sede contractual, el daño moral será indemnizable en la medida que el objeto del contrato sea de contenido personal e imponga al deudor un deber de integridad personal del acreedor: la vida, la integridad psíquica y física. Es el caso del contrato médico³⁰⁶.

304 Corte de Apelaciones de Rancagua, 4 de septiembre de 2007, Rol N° 1481-2006.

305 DE LA MAZA y VIDAL (2018), pp. 683 y ss.; VIDAL (2012), pp. 641 y ss.

306 En una reciente sentencia de la Corte Suprema (Corte Suprema, 4 de abril de 2018, Rol N° 12176-2017), conociendo de una demanda de indemnización por responsabilidad contractual, fundada en un contrato de prestación de servicios educacionales, verificadas las circunstancias que configuran la producción de daño moral, el peso de la prueba se invierte, debiendo la demandada acreditar que el hecho que se le imputa no pudo producir el daño moral reclamado. En concreto, la corte señaló: “Sin embargo, en determinadas situaciones, por la naturaleza y características del daño material producido, particularmente cuando se trata de daño corporal, el daño moral es tan natural y perceptible en la víctima que es del todo razonable presumirlo. Así

Así lo reconoce Domínguez Hidalgo, al indicar que “(...) el médico no podría alegar que los perjuicios causados a la persona de su cliente eran imprevisibles, porque, en verdad, no pueden sino haber formado parte de los riesgos que él entendía asumir por el contrato”³⁰⁷.

La Corte Suprema, invocando la regla de la previsibilidad para el contrato médico, en sentencia del 25 de septiembre de 2007³⁰⁸, indica: “Que la calificación de los daños en previstos e imprevisos se efectúa para relacionar el perjuicio con el contrato, por lo que el artículo 1558 del Código Civil dispone que son de la primera clase aquellos ‘que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato’ y si este está referido al tratamiento de la infección, no pueden ser sino previstos aquellos que están precisamente vinculados a este mismo fin, esto es, restablecer la condición de salud del paciente, sin que pueda otorgarse a los ordenados indemnizar el carácter de imprevisos. En este sentido resulta lógico y razonable entender que en el ámbito de la salud, esta comprende la obligación de procurar la recuperación física y psíquica, biológica y psicológica, para llegar al completo restablecimiento del paciente, por lo que cualquier actuación negligente que repercuta en el paciente, en términos tales que genere otra afección o impida o dificulte la recuperación integral de la salud, importa incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de salud, pero, además, sus repercusiones en estos mismos ámbitos constituyen perjuicios que pudieron preverse al tiempo del contrato, pues el contrato, en esta clase de materias, se celebra precisamente para recuperar la salud o, por lo menos, no

también ha sido resuelto (por ejemplo, Corte Suprema, rol 735 2015). En estas circunstancias se produce una alteración del peso de la prueba en cuanto, debiendo la víctima probar el daño, es el demandado quien tendría que probar que, debido a ciertos hechos o circunstancias, la víctima no sufrió efectivamente el daño que postula.

En el caso presente, considerando las características del ser humano, su sensibilidad y sus afectos, es de presumir que el sufrimiento y riesgos de salud que soportó el menor dañado produjeron en él una angustia y un menoscabo psicológico que merece ser indemnizado.

Por esa misma explicación es presumible que la madre padeció un sufrimiento al constatar el estado de su hijo por el accidente y por las intervenciones a las que hubo de someterse como consecuencia.

En suma, la naturaleza del daño corporal y *los normales vínculos afectivos conducen a la conclusión de la aludida alteración de la carga probatoria*”.

307 DOMÍNGUEZ HIDALGO (2002), p. 548.

308 Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N° 4103-2005. En el mismo sentido, véase Corte Suprema, 12 de abril de 2011, Rol N° 6778-2018, citada por DE LA MAZA (2018), p. 290 y Corte Suprema, 30 de octubre de 2012, citada por DE LA MAZA (2018), p. 290.

verse expuesto a daños mayores que no sean imputables al estado o condición del paciente. Por lo razonado, tanto los posibles daños patrimoniales, como aquellos que lo exceden, se tiene especialmente en consideración al celebrar el contrato. En este mismo sentido, debe consignarse que el incumplimiento de las obligaciones se ha apreciado de acuerdo a las circunstancias y condiciones objetivas, conforme a las cuales al hospital clínico le era exigible una conducta determinada, en este caso el deber de previsión, diligencia y cuidado del paciente que es posible esperar”.

4.4.3 Síntesis

En materia de daño moral por incumplimiento de contrato médico, la previsibilidad permite justificar, a partir de la consideración de la naturaleza de la prestación médica –de contenido personal–, la procedencia de la indemnización del daño moral.

Lo que habrá que dilucidar es si el interés de integridad personal de la persona acreedora, que se alega como lesionado debido al incumplimiento, se encuentra o no incorporado al contrato y, por consiguiente, si sobre la persona deudora pesaba o no un deber de seguridad. Todo parece indicar que en el contrato de prestación de servicios médicos no puede ponerse en duda la incorporación en su objeto de la integridad, indemnidad o conservación física y psíquica del acreedor. Entonces, menos podría dudarse acerca de la procedencia de la indemnización del daño moral, en la medida que sea significativo.

4.5 El daño corporal como manifestación del daño moral

El daño corporal es aquella partida que, junto al daño moral puro, tiene lugar por excelencia en el ámbito de la responsabilidad civil médica.

4.5.1 La noción de daño corporal y su relación con el daño moral

El daño corporal es aquella partida que, junto al daño moral puro, tiene lugar por excelencia en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Así lo reconoce Miranda al afirmar lo siguiente: “El daño o lesión a la integridad física o psíquica es la consecuencia más típica en el ámbito de la responsabilidad médica”³⁰⁹.

Es por esta razón que, si se estudia la responsabilidad médica, no puede prescindirse del tratamiento, ni del daño en general, menos de esta partida.

Por lo que toca a esta especie de daño habrá que plantearse dos interrogantes. La primera: ¿qué debemos entender por daño corporal? Y la segunda: ¿cuál es la relación entre este daño y el daño moral? En las líneas siguientes responderemos ambas interrogantes.

Para dar respuesta a la primera interrogante, convendrá servirse de la opinión de Elorriaga, que define el daño corporal como “(...) aquel perjuicio que se le causa a una persona en su organismo o en su mente. Se trata de un daño biológico, que afecta la integridad sicosomática de la persona; de un perjuicio a la salud que compromete el bienestar integral de la persona. Sintéticamente: el daño corporal es el que afecta la integridad física y síquica del hombre”³¹⁰.

Y respecto a la segunda pregunta, Barros afirma: “En rigor, sólo las lesiones a bienes de la personalidad constituyen un daño propiamente moral (entendido como lo concerniente al fuero interno o al respeto humano); no lo son, por el contrario, el dolor corporal, la

309 MIRANDA (2015), p. 89. Véase, también, ELORRIAGA (2006), pp. 231-256.

310 ELORRIAGA (1995), p. 4.

Aunque el daño corporal sea considerado en el daño moral en sentido amplio, habrá que estimar que esta especie de daño no patrimonial posee características propias. Sin perjuicio de lo ya expresado, tenemos que señalar que igualmente el daño corporal es un daño con características propias.

angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida, que, sin embargo, se entienden inequívocamente pertenecientes a esta categoría”³¹¹.

Por su parte, la Corte Suprema, en sentencia del 27 de noviembre de 2014³¹², incluye el daño corporal en la noción de daño moral en sentido amplio: “Que el daño moral se ha entendido como el pesar, dolor o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. Si atendemos al concepto, este abarca no sólo las lesiones a bienes de la personalidad, lo que en estricto rigor constituye daño moral, sino que además quedan comprendidos las lesiones corporales, la aflicción psicológica y la pérdida de oportunidades para disfrutar de la vida. De esta manera y considerando la lesión de un interés jurídicamente relevante, se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial no sólo por el dolor o sufrimiento que se padece.

La visión reduccionista del daño moral ya ha sido superada, asentándose en la actualidad la idea que el daño extrapatrimonial protege más allá del *pretium doloris*, que sólo representa una de sus especies o manifestaciones. Así, si la víctima ha sufrido un daño corporal (biológico-fisiológico y estético) o un daño a la dignidad humana o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral (Marcelo Barrientos Zamorano, ‘Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*’, *Revista Chilena de Derecho*, abr. 2008, Vol. 35, N° 1, p. 85-106. ISSN 0718-3437”).

4.5.2 La peculiaridad del daño corporal

Aunque el daño corporal sea considerado en el daño moral en sentido amplio, habrá que estimar que esta especie de daño no patrimonial posee características propias. Sin perjuicio de lo ya expresado, tenemos que señalar que igualmente el daño corporal es un daño con características propias. Sobre el punto, Corral afirma: “Quizás una consideración más razonable del daño corporal esté en reconocer que en estos casos la lesión principal: la disminución de la capaci-

311 BARROS (2010), p. 287.

312 Corte Suprema, 27 de noviembre de 2014, Rol N° 12048-2013.

dad funcional del cuerpo, es un daño no patrimonial que debe ser valorado en sí mismo e indemnizado como tal (en equivalente), pero que con él pueden concurrir otros daños consecuenciales, que pueden ser otros rubros de daño moral (en sentido amplio), como por ejemplo el dolor, la aflicción, el daño estético, y también perjuicios patrimoniales: el lucro cesante por privación de rentas futuras”³¹³.

Así lo ha reconocido una sentencia del 1º Juzgado Civil de Valparaíso, del 19 de junio de 2013³¹⁴: “El daño físico o corporal debe situarse como una categoría de daño no patrimonial, de carácter personal independiente del daño moral, toda vez que aparte del daño moral demandado, hay una lesión y/o condición especial de salud, como se señala en el peritaje médico de fs. 120 a fs. 123, que consiste en la limitación de efectuar trabajos pesados, por la menisectomía a la que fue sometido como consecuencia del accidente (...). Tal daño deberá ser indemnizado como se dirá en lo resolutivo”.

Esta sentencia de instancia nos enseña que el daño corporal puede configurarse con total independencia del daño moral (lesión a la integridad psíquica), al tratarse de una categoría autónoma y que la expresa en términos de daño a la salud que incapacita a la víctima a realizar esfuerzo físico. He aquí la principal característica del daño corporal, a saber: la incapacidad funcional que produce. Pues una vez que la lesión se consolida, la víctima se encuentra en una situación desmejorada respecto de aquella que disfrutaba antes del ilícito, al encontrarse discapacitada –total o parcialmente– en su funcionalidad física o corporal.

Con esta consideración, el daño corporal tiene su propia configuración como especie del daño no patrimonial y, además, su indemnización es perfectamente compatible con la de otras especies o partidas de daño moral (en sentido amplio). Quien experimenta la pérdida de una funcionalidad corporal, experimenta un daño diferenciado del sufrimiento padecido, como también puede padecer un daño estético, entre otros.

313 CORRAL (2005), pp. 177-196.

314 1º Juzgado Civil de Valparaíso, del 19 de junio de 2013, Rol N° 2121-2009.

A lo anterior se suma que un daño corporal no sólo puede provocar daño moral (diverso de aquél), sino también daño patrimonial, daño emergente y/o lucro cesante. Convendrá recordar lo dicho sobre el daño emergente y el lucro cesante, cuya particularidad consistía, en materia de responsabilidad civil médica, que surgía con ocasión de una lesión a la integridad física del paciente.

Sobre el punto, Barros explica que el daño corporal es una categoría diferente del daño moral y del patrimonial, y que su peculiaridad refiere a las consecuencias que se siguen de las lesiones, que pueden ser de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial, las que deberán valorarse por separado ³¹⁵.

En fin, Domínguez Hidalgo afirma que: “(...) estamos con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma ‘física o psíquica’, como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales. Comprende pues el daño moral todo menoscabo del cuerpo humano, considerado como un valor en sí y con independencia de sus alcances patrimoniales”³¹⁶.

Entonces, un ilícito puede causar un daño corporal (pérdida o disminución de una funcionalidad), daño moral por la lesión a la integridad psíquica del paciente; y daño patrimonial (daño emergente: gastos/lucro cesante por la incapacidad).

315 BARROS (2010), p. 287.

316 DOMÍNGUEZ HIDALGO (2002), p. 83. También véase MIRANDA (2015), p. 89 y ELORRIAGA (2006), pp. 231-256.

4.6 Pérdida de una *chance* u oportunidad

4.6.1 Acerca de la noción de pérdida de una *chance*

En la responsabilidad civil, se indemnizan los daños que se causaron, sea por el incumplimiento contractual o un hecho ilícito, que satisfagan el requisito de la certidumbre suficiente. Con independencia a cómo se module esta exigencia según la partida de daño que se trate, como sucede, según se ha dicho, con el lucro cesante.

No obstante a lo anterior, también se acepta el resarcimiento del daño representado por la pérdida de la posibilidad (oportunidad o *chance*) de obtener un bien, de carácter material o inmaterial, un beneficio o ventaja. A ello se le ha denominado, entre nosotros, “pérdida de una oportunidad” o, más extendidamente por su desarrollo francés, “pérdida de una *chance*”³¹⁷.

Usualmente se ilustra la figura con los siguientes ejemplos: el abogado que, por infracción de la *lex artis* que gobierna su profesión, olvida el término para impugnar una sentencia, haciendo perder al cliente la oportunidad de ganar el juicio; la empresa de transporte que por su retraso hace perder a su cliente la oportunidad de cerrar negocios importantes; la imprudencia de un conductor que a causa del accidente automovilístico que ha causado sobre una modelo, le hace perder la *chance* de ganar un concurso de belleza o participar de un comercial de televisión. Entre estos, además, destacan otros sobre negligencia médica: el médico traumatólogo que por su mala *praxis* en una intervención impide que un deportista pueda continuar con su carrera; el oftalmólogo que por un inadecuado uso de materiales deja con ceguera a una estudiante, haciéndole perder su oportunidad de estudiar una carrera universitaria y convertirse en una exitosa abogada; y, más clásicamente, “el médico que omite un examen, privando al paciente de la oportunidad de someterse a un

317 CORRAL (2013), p. 136; BARROS (2010), p. 240.

tratamiento, o cuando sin ajustarse a la *lex artis* no se sana una herida, perdiendo el paciente las *chances* de evitar una invalidez³¹⁸; o la pérdida de la oportunidad de sanarse por un error en el tratamiento³¹⁹.

La recepción de esta partida ha tomado especial lugar en el campo de la responsabilidad civil médica³²⁰, lo que justifica nuestra atención en esta sección.

Como nos señala el profesor Tapia Rodríguez, conceptualmente, estamos frente a la pérdida de una *chance* cuando: “(...) 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”³²¹.

Nos detenemos hasta este momento en la pérdida de una *chance*, pues no se encuentra definido su carácter puramente patrimonial o no patrimonial, sin perjuicio de que este último es el que se invoca con mayor frecuencia. En el caso del abogado negligente, o de la empresa de transporte que generó un retraso, el perjuicio es potencialmente patrimonial. Pero cuando se involucran elementos que dicen relación con *chances* que benefician directamente el estado o la esfera personal de la persona, o tienden a ella, como la pérdida de la oportunidad de tratarse, de tener una mejor calidad de vida, de pasar más tiempo con una persona querida, el daño se comporta como uno extrapatrimonial.

318 TAPIA (2012b), p. 252.

319 BARROS (2010), p. 240.

320 MEJÍAS (2019), pp. 2 y ss.

321 TAPIA (2012) p. 650.

Pues bien, en términos generales, la pérdida de una *chance* ha sido una figura que, en derecho comparado, fue objeto de importantes análisis; y en Chile, puede decirse con certeza que se trata de un instituto asentado doctrinalmente y acogido con gran amplitud por la vía pretoriana.

Pues bien, en términos generales, la pérdida de una *chance* ha sido una figura que, en derecho comparado, fue objeto de importantes análisis; y en Chile, puede decirse con certeza que se trata de un instituto asentado doctrinalmente y acogido con gran amplitud por la vía pretoriana³²².

Para comenzar el análisis, cabe prestar atención a las palabras del profesor Trigo Represas, quien describe preliminarmente la fisonomía de la figura de la siguiente forma: “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’³²³.

4.6.2 Dos cuestiones previas: ni lucro cesante, ni daño eventual

El profesor Barros advierte dos cuestiones previas particularmente importantes.

La primera dice relación con que la pérdida de una oportunidad es autónoma respecto del lucro cesante. Aquello, simplemente, porque este último descansa sobre el concepto de ganancias con un gran grado de probabilidad (conforme con el juicio de probabilidad, en palabras de Peñailillo)³²⁴, en tanto, respecto de la pérdida de un *chance* se trata de “(...) cursos causales que podrían haber evitado el daño si el demandado no hubiese incurrido en culpa”³²⁵.

322 MEJÍAS (2019), pp. 1 y ss.; TAPIA (2012b), pp. 251 y ss.

323 TRIGO (2008), p. 25.

324 PEÑAILILLO (2018), pp. 8 y ss.

325 BARROS (2010), p. 240.

Los requisitos que debe reunir la pérdida de una *chance* para constituir un daño indemnizable son los mismos que aquellos que exige cualquier otra especie de daño: debe afectar un interés jurídicamente tutelado, ser cierto (probable) y significativo.

Con todo, en los comienzos de la recepción de la figura, se trató indebidamente como una forma de lucro cesante³²⁶, a causa de su aparente parecido en cuanto al carácter hipotético o contingente; cuestión que, con el tiempo, ha desaparecido.

En segundo término, es menester indicar que la pérdida de una oportunidad no es un daño eventual; se trata de categorías diversas³²⁷. Mientras que este último implica un riesgo de ocurrencia del daño, la pérdida de una oportunidad es un daño que efectivamente se causó. Siendo las cosas de este modo, esta partida de daño –la pérdida de un *chance*– debe satisfacer el requisito de la certidumbre o de probabilidad importante. Para marcar la diferencia con el daño eventual, habrá que acudir a la causalidad. Mientras en el daño eventual, el hecho generador podría explicar el perjuicio, pero no de manera definitiva, en la pérdida de una oportunidad el hecho explica el daño y este consiste precisamente en la pérdida de la posibilidad de un beneficio –patrimonial o no patrimonial–, de evitar un mal o una consecuencia negativa al interés de la víctima.

Así también ha sido el parecer de la jurisprudencia³²⁸.

4.6.3 Los requisitos como daño indemnizable

Los requisitos que debe reunir la pérdida de una *chance* para constituir un daño indemnizable son los mismos que aquellos que exige cualquier otra especie de daño: debe afectar un interés jurídicamente tutelado, ser cierto (probable) y significativo. Sin embargo, habrá que considerar ciertas particularidades tratándose de este daño.

Respecto del primer requisito, habrá que tener en cuenta que para que la pérdida de una *chance* sea indemnizable indemnice, el hecho (la acción u omisión) debe haber menoscabado un interés jurídicamente tutelado; ello no merece reparos entre la dogmática nacional³²⁹. La amplitud que otorga concebir como presupuesto del daño las lesiones

326 TAPIA (2012b), p. 252.

327 BARROS (2010), p. 240.

328 Corte Suprema, 12 de septiembre de 2016, Rol N° 9481-2016.

329 BARROS (2010), p. 224; CORRAL (2013), pp. 135 y ss.

a intereses legítimos o lícitos, en palabras de Claudia Mejías, implica lo que sigue: “Desde esta perspectiva en los casos que estamos analizando, las *chances* invocadas: atención, diagnóstico y tratamiento oportuno, ‘pérdida de un tratamiento oportuno’, oportunidad de una posible sobrevida, ‘oportunidad de salvar sus vidas’ (...), pueden considerarse lícitas”³³⁰.

Respecto del segundo requisito, y es aquel que ha generado debate, y refiere a la certidumbre de la pérdida de una *chance* y a la forma de acreditarla. Sobre este daño, como todo, debe recaer esa certeza. Ya lo advertía Chabas: “(...) la hipótesis es aquella de un interés en juego que se ha perdido, habiendo cometido el agente un hecho culposo. Pero no existe certeza de que ese hecho culposo haya sido siquiera una condición *sine qua non* de la pérdida del interés, pues este habría podido perfectamente desaparecer, por causas naturales, sin la culpa del agente. Resulta, entonces, que el interés en juego era aleatorio, que existían solamente oportunidades de obtenerlo”³³¹.

Piénsese en el ya citado ejemplo de una atleta mal intervenida y que no puede ganar una carrera o tener una actuación destacada. ¿Quién asegura que ganará, o que su participación será relevante? Pues bien, como ya advierte Mejías, la certidumbre recae sobre el hecho mismo de la pérdida de la oportunidad, con independencia de la eventualidad ocurrida³³². Esto último lleva a inferir que el hecho de la pérdida de la *chance* es una cuestión del pasado –sin perjuicio que el daño se extienda hacia el futuro–. La oportunidad ya fue perdida, por tal motivo su prueba, sumada a la acreditación de la eventual condición ventajosa a la que podría haber tenido acceso la víctima, hace procedente indemnizar la circunstancia de ya no tener la posibilidad de haber podido aprovechar las consecuencias de haber tenido la oportunidad.

330 MEJÍAS (2019), p. 6.

331 CHABAS (2004), p. 76.

332 MEJÍAS (2019), p. 9.

No será objeto de reparación, por consiguiente, la pérdida de una *chance* que represente una baja probabilidad de haberse concretado. A este respecto, Tapia afirma que no se cumpliría con la certeza que debe revestir el daño (o sea, que, al menos, exista), careciendo de realidad y seriedad.

La misma sentencia de la Corte Suprema permite ilustrar el punto. En ella se expresa: “(...) 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”³³³.

Dándole una fisonomía a estas ideas, Ríos y Silva han sostenido que: “No es la privación de una *chance* en sí lo que la hace indemnizable, sino la concatenación de esta 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”³³⁴.

No será objeto de reparación, por consiguiente, la pérdida de una *chance* que represente una baja probabilidad de haberse concretado. A este respecto, Tapia afirma que no se cumpliría con la certeza que debe revestir el daño (o sea, que, al menos, exista), careciendo de realidad y seriedad³³⁵.

333 Corte Suprema, 11 de mayo de 2017, Rol N° 47396/2016.

334 RÍOS y SILVA (2014), p. 267

335 TAPIA (2012), p. 651.

La sentencia de la Corte Suprema de 26 de diciembre de 2017 pone en evidencia que la pérdida de la oportunidad exige un grado de probabilidad importante y si se satisface tal exigencia, el daño se tendrá como cierto y real. En la sentencia se lee³³⁶: “Que en las anotadas condiciones resulta evidente que el negligente proceder del equipo médico privó al menor Pérez Palta, sin duda alguna, de la oportunidad de luchar por su vida, pérdida cierta y real que obliga al demandado a indemnizar los perjuicios derivados de la misma”.

Por lo demás, tomará gran preponderancia en la responsabilidad médica la prueba pericial, la que posee la aptitud de tasar y valorar las circunstancias y factores de riesgo para determinar la posibilidad del paciente, por ejemplo, de luchar por su vida. La evidencia experta ilustrará así al tribunal a estimar la procedencia, o no, de la partida³³⁷.

Finalmente, y respecto del tercer requisito, se sostiene que para que la pérdida de una *chance* sea indemnizada, el daño provocado debe ser significativo o revestir de importante gravedad³³⁸. De esta forma, ha de resarcirse el daño que no es tolerable, en circunstancias normales.

Por otro lado, no deja de ser relevante el hecho de que, para calcular el valor o la cuantía de la indemnización de la pérdida de una oportunidad, no puede este elevarse a tal grado de que equivalga, por ejemplo, a la producción, derechamente, de una muerte directa o a la causación de una enfermedad concreta³³⁹.

Ello le diferencia, una vez más, con el lucro cesante, pues en la pérdida de una *chance* no comprenderá precisamente la ganancia o beneficio perdido, sino la oportunidad de haberlo obtenido³⁴⁰. Ello explica que la reparación sea parcial. Del mismo parecer ha sido la jurisprudencia³⁴¹, especialmente el fallo de la Corte Suprema de

336 Corte Suprema, 26 de diciembre de 2017, Rol N° 11526-2017.

337 Véase Corte Suprema, 3 de diciembre de 2015, Rol N° 29365-2014.

338 MEJÍAS (2019), pp. 5 y ss.

339 RÍOS y SILVA (2014), p. 268.

340 TAPIA (2012), p. 659.

341 Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema, del 2 de octubre de 2018, Rol N° 41890-2017.

fecha 6 de noviembre de 2017³⁴², del que se lee: “Así, lo relevante es que la falta de servicio, esto el mal funcionamiento del Servicio de Salud de Osorno –Hospital Base de Osorno–, privó no sólo al paciente de la posibilidad de un tratamiento oportuno que hubiera eventualmente impedido el deceso del paciente, 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 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”.

En la jurisprudencia, existen recurrentes pronunciamientos en cuando a la indemnización de la pérdida de una oportunidad.

Se señala por los autores³⁴³ que la pérdida de una oportunidad tuvo su primera aparición de relevancia en el año 2008, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 11 de diciembre³⁴⁴ confirmado posteriormente por la Corte Suprema en 2011³⁴⁵.

En cuanto a los hechos, el caso derivó de un error de diagnóstico basado en la realización, negligente, a una mujer adulta de una biopsia, no advirtiéndose la presencia de células cancerosas malignas (melanoma). Ello llevó a que la víctima se mantuviese sin recibir un tratamiento por un período de un año y en un estado de tortuosa convalecencia y agonía, desembocando en su muerte y la del feto que llevaba consigo producto de su embarazo. El tribunal de segundo grado, al respecto, señaló que “(...) no se ha acreditado que entre la muerte de doña Karen Ojeda y la realización de una biopsia en forma negligente exista un nexo causal que permita demandar indemnización por su fallecimiento”.

342 Corte Suprema, 6 de noviembre de 2017, Rol N° 62104-2016.

343 TAPÍA (2012b), p. 259.

344 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de diciembre de 2018, Rol N° 776-2008.

345 Corte Suprema, 20 de enero de 2011, Rol N° 2074-2009.

Los antecedentes expuestos en el juicio develaron como dato adicional que las células cancerígenas aparentemente se encontraban diseminadas, generando una metástasis, y que no se contaba con una terapia eficaz para disminuir la letalidad de la patología. De esta manera, no podía atribuirse causalmente el lamentable desenlace al médico. Sin embargo, la corte estimó que la pérdida de la oportunidad de poder haber intentado algún medio terapéutico, perdió la oportunidad de aminorar su dolor o mejorar su calidad de vida restante. Aquello se tradujo en la concesión del reparo de la pérdida de esas oportunidades. Al respecto, el tribunal sentenció: “Que en relación a la circunstancia de haberse privado a la paciente tanto de la posibilidad de haber tenido una mejor calidad de vida si hubiera recibido la medicación adecuada para estos casos, durante el tiempo que no supo de su enfermedad, como también de la posibilidad de haber accedido a un tiempo de vida superior al que tuvo(...)”.

Hoy, su procedencia es aceptada plenamente por la jurisprudencia. Así lo reconoce la sentencia de fecha 29 de agosto de 2017³⁴⁶ que expresa lo siguiente: “En este escenario, si bien no es posible, atendidas las razones expuestas, conectar directamente el fallecimiento por hemorragia cerebral a la falta de servicio constatada, aquélla tampoco se puede descartar, siendo del caso recordar que es el jefe de medicina interna de la entidad demandada quien expone que la hemorragia intracraneal de la paciente tuvo su causa directa en la complicación embólica desarrollada por aquélla en razón de la endocarditis bacteriana, estableciéndose además en la atención neurológica entregada en la UCI el día 1 de enero de 2013 para constatar la muerte cerebral, que la hemorragia subaracnoidea que afectó a la paciente estaba asociada a hemorragia ventricular.

En estas condiciones, resulta pertinente, traer a colación la teoría de la pérdida de la *chance* para efectos de determinar la relación de causalidad”.

346 Corte Suprema, 29 de agosto de 2017, Rol N° 101769-2016. En igual sentido, véase Corte Suprema, 14 de septiembre de 2016, Rol N° 35566-2015.

Convendrá considerar que existen interesantes sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian sobre la indemnización de la pérdida de una *chance* en materia médica.

Una primera sentencia, del 2 de octubre de 2018³⁴⁷, concede la indemnización por la pérdida de una oportunidad, atendiendo la comisión de una negligencia médica hospitalaria de un servicio de salud que privó a una paciente de un tratamiento oportuno que, de haberse efectuado a tiempo, no se hubiesen producido las consecuencias perjudiciales que se concretaron. En otras palabras, se ordena el resarcimiento de la pérdida de la *chance* de haber accedido a un tratamiento y eventual mejoría. Según las palabras del tribunal: “En efecto, la omisión de una atención, diagnóstico y tratamiento oportuno sólo puede relacionarse causalmente con la pérdida de la oportunidad de una posible detención o destrucción de las células cancerosas que le habría entregado a la paciente el tratamiento oportuno, pues de no mediar la falta de servicio establecida en autos, aquélla habría tenido la opción de haber iniciado prontamente un tratamiento acorde con la enfermedad, *chance* de la que fue privada por la actuación negligente de los funcionarios pertenecientes al servicio demandado.

Así, lo relevante es que la falta de servicio, esto es, el mal funcionamiento del Servicio de Salud Metropolitano Central –Centro de Salud Familiar Dr. José Eduardo Ahués Salame–, privó a la paciente de la posibilidad de un tratamiento oportuno que hubiera eventualmente impedido las consecuencias perniciosas que en definitiva padeció”.

Una segunda sentencia, del 22 de septiembre de 2016, declara procedente la indemnización por pérdida de una *chance*. El caso trata sobre la no identificación del VIH (SIDA). El tribunal accede a conferir el resarcimiento. La sentencia razona en los siguientes términos: “Que, sentado 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

347 Corte Suprema, 2 de octubre de 2018, Rol N° 41890-2017.

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 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 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 funcionarios del Servicio de Salud de Iquique, que importaron una deficiente calidad de vida durante un largo periodo, 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, según se expuso en el fundamento décimo, 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, incurriendo en un claro error de derecho, desecha la alegación relacionada 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 estos autos, quienes demandan en calidad de víctimas directas –pues no demandan por el daño sufrido

por el paciente— sino que su propio daño, por la pérdida temprana e irreparable de J.S.T., 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 el mal funcionamiento del Servicio de Salud 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”³⁴⁸.

Como se advierte, si bien la sentencia reconoce la pérdida de una *chance* de la persona fallecida, el objeto de la *litis* dice relación con la pérdida de una oportunidad que experimentan los familiares del fallecido de haber compartido más tiempo con él³⁴⁹.

Una tercera sentencia, del 11 de mayo de 2017, da lugar a la indemnización por pérdida de una oportunidad de tener una mejor calidad de vida y gozar de un tratamiento, a causa de las contraindicaciones de un medicamento prescrito con negligencia y que dejó a una paciente postrada. De la sentencia se lee lo que sigue: “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 el surgimiento de la enfermedad del paciente, ni con su agravamiento, pues existen grados de incertidumbre que impiden establecer el nexo causal, sino que se relacionan con la circunstancia de privarlo de una oportunidad de que con la detección precoz, se eliminaran de las prescripciones medicamentos neurolépticos que son los causantes de la distonía, evitando así que esta progresara tan rápidamente al punto de convertirse en generalizada e irreversible”.

348 Corte Suprema, 22 de septiembre de 2016, Rol N° 9481-2016.

349 Esta sentencia habrá que ubicarla en un lugar intermedio entre aquellas que reconocen la pérdida de una *chance* de la víctima del ilícito médico, y aquellas del apartado siguiente que aluden a casos en que la pérdida recae en la oportunidad de terceros de acompañar a la víctima o de haber podido compartir más tiempo con ella.

La Corte Suprema también ha accedido a la indemnización del daño que una negligencia médica ha ocasionado en los y las parientes de la víctima del ilícito civil, ordenando resarcir la pérdida de la oportunidad de haber podido estar más tiempo con su familiar de no haber mediado la negligencia médica.

En efecto, la omisión de un diagnóstico y tratamiento oportuno sólo puede relacionarse causalmente con la pérdida de la oportunidad de una posible mejoría o al menos no empeoramiento de una enfermedad incipiente, pues de no mediar la falta de servicio establecida en autos, aquella habría tenido la opción de haber detectado precozmente el agente causante de la incipiente distonía, *chance* de la que fue privada por la actuación negligente de los funcionarios pertenecientes al servicio demandado.

Así, lo relevante es que la falta de servicio, esto (es) el mal funcionamiento del Servicio de Salud Metropolitano Occidente –Hospital F.B.–, privó a la paciente de la posibilidad de un tratamiento oportuno que hubiera sido eficaz para frenar la distonía que presentaba”³⁵⁰.

4.6.4 Pérdida de la oportunidad de los familiares de la víctima de compartir más tiempo con ella

La Corte Suprema también ha accedido a la indemnización del daño que una negligencia médica ha ocasionado en los y las parientes de la víctima del ilícito civil, ordenando resarcir la pérdida de la oportunidad de haber podido estar más tiempo con su familiar de no haber mediado la negligencia médica.

Así, la Corte Suprema ha reconocido que puede ser perfectamente posible que, por un lado, exista la pérdida de oportunidad de la víctima propiamente (de vivir, de tratarse, de tener una mejor calidad de vida) y de los que le aprecian o comparten afecto; se lee así de la sentencia del 29 de agosto de 2017: “(...) aquella (la víctima) habría tenido la opción de haber iniciado prontamente el tratamiento antibiótico indicado el 26 de diciembre de 2012 o al menos habría tenido la vigilancia y tratamiento especializado que necesitaba a partir del día 30 del mismo mes y año, *chance* de la que fue privada por la actuación negligente de los funcionarios pertenecientes nosocomio demandado. Tal *chance* también la tenían los demandantes de estos autos, quienes demandan en calidad de víctimas directas –pues no demanda por el daño sufrido por la paciente– sino que su propio

350 Corte Suprema, 11 de mayo de 2017, Rol N° 47936-2016. En igual sentido, véase Corte Suprema, 26 de diciembre de 2017, Rol N° 11526/2017.

daño, por la pérdida temprana e irrecuperable de Sandra Bravo Zamorano, quien era la cónyuge y madre de los actores, daño que 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 es el mal funcionamiento del hospital demandado, privó no sólo al paciente de la posibilidad de un tratamiento oportuno que hubiera eventualmente impedido el deceso del paciente, sino que también a los actores, pues sólo este es el daño que puede atribuirse a los demandados³⁵¹.

4.6.5 Conclusiones

Se advierte, entonces, que la pérdida de una *chance* o de una oportunidad ha pasado a ocupar un lugar gravitante como partida indemnizatoria por mala *praxis* médica.

Y lo que se indemniza es la frustración de una oportunidad, generalmente, no de sanarse, sino de tener un mejor tratamiento o un tratamiento oportuno o de vivir más tiempo. Y también se indemniza a terceros –ceranos a la víctima del ilícito médico– por la privación de la posibilidad de haber acompañado a la víctima o compartido con ella más tiempo.

Y en esta materia han tenido gran importancia las palabras de Chabas, quien concluye 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 (...)”³⁵².

351 Corte Suprema, 29 de agosto de 2017, Rol N° 101769-2016; así también véase Corte Suprema, 6 de noviembre de 2017, Rol N° 62104/2016 y Corte Suprema, 24 de abril de 2019, Rol N° 7108-2017.
352 Citado por TRIGO (2008), pp. 191-192 y en la sentencia de la Corte Suprema, 25 de octubre de 2016, Rol N° 22751-2015.



La responsabilidad de las instituciones públicas prestadoras de salud

5.1 Ideas previas

Habiendo examinado la responsabilidad del médico por los daños que pueda causar en la ejecución de su prestación médica, corresponde ahora detenernos en la responsabilidad que afecta o puede afectar a las entidades prestadoras públicas de salud que quedan sometidas a las normas especiales de derecho público sobre falta de servicio y supletoriamente por las del referido derecho común.

Lo cierto es que, como entidades o prestadores organizados de salud, no por no tratarse del profesional mismo que actúe, quedarán exentos de reparar daños causados. Ya lo ha señalado la Corte Suprema, en sentencia de fecha 12 de junio de 2018.

Lo cierto es que, como entidades o prestadores organizados de salud, no por no tratarse del profesional mismo que actúe, quedarán exentos de reparar daños causados. Ya lo ha señalado la Corte Suprema, en sentencia de fecha 12 de junio de 2018: “Las responsabilidades de hospitales y clínicas por los daños causados a un paciente encuentra justificación en la supervisión que estas entidades deben ejercer en los servicios médicos que se prestan en sus dependencias, sin que pueda estimarse que la ausencia de vínculo laboral entre el médico tratante y la clínica, exoneren a esta última del deber de cuidado y vigilancia del paciente (...)”³⁵³.

Cuando se trata de instituciones prestadoras de salud es necesario distinguir la situación de los hospitales o servicios de salud pública de aquella que atañe a las clínicas privadas. Tal distinción interesa en lo que concierne a los regímenes de responsabilidad que le serán aplicables cuando tenga lugar un ilícito médico en el marco de su actividad. Los primeros están, por regla general, sometidos a las normas de responsabilidad civil del Estado por falta de servicio, aunque con algunas particularidades. En cambio, los segundos lo están al estatuto de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, según si medió o no convención.

5.2 Presupuesto para el ejercicio de la acción indemnizatoria de daños en contra de un prestador de salud: la mediación prejudicial

La Ley AUGE, en su artículo 43, dispone que, previo a impetrar una acción de daños contra un prestador de salud, es necesario realizar una mediación, teniendo este trámite el carácter de requisito de procedibilidad o admisión a tramitación respecto a las pretensiones indemnizatorias.

La Ley AUGE, en su artículo 43, dispone que, previo a impetrar una acción de daños contra un prestador de salud, es necesario realizar una mediación, teniendo este trámite el carácter de requisito de procedibilidad o admisión a tramitación respecto a las pretensiones indemnizatorias.

En materia de salud pública se exige la realización de esta mediación, la que se conduce por vía de reclamo ante el Consejo de Defensa del Estado, el que puede designar como mediador a uno de sus funcionarios, a un funcionario en comisión de servicios o a un profesional inscrito en el Registro de Mediadores. Así lo dispone el artículo 43, inciso 1º de la Ley N° 19.966: “El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis 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”.

Una vez que haya fracasado la mediación, se podrá demandar, y se entiende que ha fracasado, si no hay acuerdo dentro de los 60 días contados desde la primera citación al reclamado o del plazo de prórroga que las partes hayan dispuesto. Esta mediación interrumpe la prescripción de la acción indemnizatoria.

En el caso de las acciones contra las clínicas o médicos privados, esta mediación tiene el carácter de facultativa, y en caso de optarse por ella, debe solicitarse ante la Superintendencia de Salud. Basta que no exista acuerdo respecto del mediador para que se entienda fracasada. Esta mediación previa es exigida por el artículo 43, inciso

2º, de la siguiente forma: “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”.

Como sea que fuere, siempre es necesario que cuando se lleve a cabo la petición de mediación para interponer una acción de perjuicios, vaya a impetrarse contra un ente público o privado. Así lo ha indicado, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 17 de agosto de 2015³⁵⁴, al referirse a la naturaleza de la mediación y al órgano ante el cual debe seguirse: “Que, conforme a lo anteriormente expuesto, la mediación se inicia con la solicitud que puede realizar toda persona o su representante que considere haber sufrido daños ocasionados por un prestador privado en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de carácter asistencial. Para lo anterior, se debe llenar un formulario, identificando a las partes, con sus domicilios, el motivo del reclamo y las peticiones concretas que se formulan en contra del prestador, debiendo proponer hasta un máximo de cinco mediadores que integren el Registro de Mediadores. Por su parte, la Superintendencia lo pone en conocimiento de la nómina de mediadores que ha propuesto el reclamante, a fin que designe uno de ellos, si no hay acuerdo, o el prestador no designa mediador, se entenderá fracasada la mediación y en este caso la superintendencia emite un certificado al reclamante para el evento que este haga ejercicio de las acciones jurisdiccionales en contra del prestador”.

Cabe consignar, por cierto, que este requisito o presupuesto para promover la acción de perjuicios no ha estado exento de críticas, incluso respecto de su constitucionalidad. Así, con fecha 28 de julio de 2011, la ciudadana Pamela Bahamondes Moreno dedujo la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, conforme con lo preceptuado en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante, CPRCh), de las normas citadas de

354 Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de agosto de 2015, Rol N° 60233-2015.

la Ley AUGE. La actora reclamaba que tales preceptos legales vulneraban las garantías constitucionales consagradas en los números 2, 3, 24 y 26 de la CPRCh (en especial, por cierto, la del N° 3, referida a la igual protección en el ejercicio de los derechos, o comúnmente conocida garantía del acceso a la justicia o debido proceso).

El Tribunal Constitucional, por sentencia de fecha 10 de julio de 2012³⁵⁵, rechazando el requerimiento argumenta lo siguiente: “Que, como puede observarse, el legislador tuvo particularmente presente, al instituir el trámite de la mediación previa en estos casos, la necesidad de proteger a la parte más débil en la relación que genera el otorgamiento de una prestación de salud, a través de un procedimiento más accesible y simplificado que la acción directa ante los tribunales que, además, podía generar una excesiva judicialización de este tipo de conflictos. Se pensaba, en efecto, que muchos conflictos jurisdiccionales podían ser evitados llegando a arreglos previos a través del sistema de mediación.

Por lo demás, en la doctrina existe un amplio consenso en el sentido de que la mediación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, importa un proceso que acerca a la justicia a los ciudadanos, democratizándola, pues son las mismas partes quienes superan sus divergencias y convergen a una solución con la colaboración de un tercero imparcial”.

Añade, luego, que: “(...) la mediación no impide el acceso a la justicia ni tampoco obstaculiza la reparación que se persigue. No impide el acceso a la justicia porque, como señala el inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966, 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. Así, el reclamante no ve cercenada la posibilidad de que se haga justicia en su favor, pudiendo recurrir a la justicia con posterioridad al desarrollo de un proceso de mediación que ha fracasado.

355 Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2012, Rol N° 2042-11-INA.

Por la misma razón anterior, la exigencia de acudir en forma previa a la mediación, antes de deducir las acciones judiciales que procedan, no impide la reparación que se pretende, pues la mediación tiende precisamente a ello, por cierto, si existe debido fundamento. Si aun existiendo ese fundamento, la mediación fracasa, queda igualmente abierto el camino para deducir las acciones judiciales que procedan”.

Y concluye: “Que, en el presente caso, no puede sostenerse válidamente que la requirente haya visto obstaculizada la igualdad en el libre ejercicio de sus derechos –también conocida como igualdad ante la justicia–, pues, como se ha explicado en el capítulo que precede, el acceso a la mediación previa al planteamiento de su reclamo judicial de indemnización de perjuicios, suspende el plazo de prescripción de las acciones civiles y criminales que procedan, por expresa disposición del inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966. De esa forma, aunque la mediación fracase, la requirente no queda impedida de acceder a los tribunales ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión”.

Con todo, la sentencia fue acordada con el voto en contra de los ministros señores Vodanovic, Navarro y Aróstica, quienes estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad, por cuanto la exigencia de aplicar la mediación a un juicio pendiente vulnera el libre acceso a la justicia conforme con el N° 3 del artículo 19 de la CPRCh y, además, al llevarse a cabo la mediación por un organismo de ajeno al Poder Judicial, vulneraría el artículo 76 de la Carta. Se lee de su disidencia que: “Carecería de sentido que la Carta Fundamental –ha dicho– se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, así como los derechos a la defensa jurídica, a ser juzgado por el juez natural y a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos ellos y que es presupuesto básico para su vigencia, cual es el derecho de toda persona a presentarse ante el juez, a ocurrir a los tribunales, sin estorbos o condiciones que lo dificulten, retarden o impidan arbitraria e ilegítimamente (Rol N° 968).

Que así, entonces, asumir *a priori* que la sola interposición de unas acciones preparatorias puede generar alguna ‘judicialización injustificada y excesiva’, aparte de configurar una predicción sin fundamento,

no puede justificar que al sospechado se lo induzca a depreciar un derecho claro e incuestionable, porque en tal caso no se le estaría asegurando la constitucionalmente debida ‘protección de la ley en el ejercicio de sus derechos’.

(...) Que resulta incuestionable que el precepto legal impugnado representa una traba, obstáculo o impedimento infundado para acceder a la justicia. Tanto así que consta en el proceso que la requirente, mediante las resoluciones judiciales cuyas copias rolan a fojas 35 y 41 de este expediente, se ha visto impedida de ejercitar una acción procesal para perseguir la reparación de los daños que se le habrían causado por prestadores de servicios de salud, con el fundamento, precisamente, de que el artículo 43 de la Ley N° 19.966 ‘impone de manera perentoria, como presupuesto esencial de validez de toda relación jurídico procesal, que antes que se ejerza cualquier acción en que se persiga el resarcimiento de ciertos daños causados por prestadores privados de salud, debe someterse el conocimiento de tales hechos a un proceso de mediación previa ante los mediadores acreditados en la Superintendencia de Salud’.

Y añaden: “Que una segunda inconstitucionalidad toma forma por el hecho de que este proceso de mediación deba ser celebrado al margen de los tribunales previstos por el ordenamiento para dirimir las causas civiles y criminales, pues se lleva a efecto en la esfera de la Superintendencia de Salud, no obstante la prohibición de injerencia jurisdiccional que el inciso 1° del artículo 76 de la Carta Fundamental impone al Presidente de la República y, por lógica extensión, a todos los demás organismos y servicios pertenecientes a la Administración Pública”.

El voto disidente de los ministros ha tenido apoyo doctrinal de algunos autores. Es así como los profesores Palomo y Valenzuela, indican lo siguiente: “Bien señalan también los disidentes que el derecho de acceso a la justicia es anterior al debido proceso, ya que estamos en una etapa ‘potencial’ donde se ha quebrado el orden o paz social y es necesaria la solución del conflicto por medio del proceso. ‘El derecho a la jurisdicción antes del proceso es el derecho a exigir del Estado –monopolizador del servicio de administración de justicia– el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para

satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una *litis* concreta' (...) Claramente, los problemas de constitucionalidad del artículo 43 se manifiestan en forma expresa en relación a los puntos primero y tercero anteriores. El mecanismo de mediación previa y obligatoria impide el acceso a tribunales u órganos propiamente jurisdiccionales, es más, no existe control judicial de ninguna especie en lo que dice relación con el acuerdo de mediación y sus alcances, sustrayéndose en términos absolutos a un ente extrajurisdiccional. Asimismo, este mecanismo constituye *per se* un obstáculo en el acceso a la jurisdicción, ya que el derecho en sí mismo comporta 'el acceso a 'jueces' y 'tribunales', a órganos que sean propiamente jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, a órganos imparciales e independientes, cuyos titulares gocen de la garantía de la inamovilidad'"³⁵⁶.

Recientemente, por lo demás, se ha dicho en la misma dirección lo siguiente: "En otro punto, cabe hacerse cargo de aquellas consideraciones que han estimado a la mediación en materia de salud como un mecanismo que cumple la función de acercar la justicia a quienes por consideraciones económicas o de diversa índole no tienen las posibilidades de proseguir un procedimiento ante instancias judiciales que les permita tutelar debidamente sus intereses. Dicho argumento pareciera no constituir la manera idónea de fundar el establecimiento del procedimiento de mediación obligatoria en instancias extrajudiciales, por cuanto reiteramos que más que un acercamiento a la justicia, en la práctica, la estudiada exigencia se ha transformado en una carga adicional que principalmente la víctima del perjuicio ha de asumir a efectos de obtener una reparación razonable del daño sufrido con ocasión de una defectuosa prestación de salud.

Por último, y con respecto a la instancia de mediación que se deberá desarrollar ante mediadores designados por el Consejo de Defensa del Estado, en aquellos casos en que la acción resarcitoria tenga como objetivo demandar la responsabilidad de prestadores públicos de salud, pareciera ser cuestionable que se obligue a la víctima a concurrir a una instancia extrajudicial a mediar lo que muchas veces

356 PALOMO y VALENZUELA (2013), p. 411.

supone un atentado contra su salud o derechamente su vida sin que exista un control judicial del acuerdo arribado entre la víctima y el establecimiento de salud, entregándole el control de dicho acuerdo exclusivamente al Consejo de Defensa del Estado cuando este supere las mil unidades de fomento, impropiedad que se hace evidente al considerar que el mediador que está a cargo del procedimiento es un funcionario del mismo órgano que constituye la única instancia de revisión del acuerdo”³⁵⁷.

Como quiera que se estime, de momento la norma continúa en vigencia, de tal suerte que el requisito de la mediación obligatoria o su petición se convierte como uno necesario para incoar un procedimiento judicial por daños causados por el ejercicio de la actividad sanitaria institucionalizada. Así lo constatan Cárdenas y Moreno, quienes afirman que “(...) lo cierto es que la litigiosidad no ha disminuido en lo absoluto, y los acuerdos logrados sobre la materia no revisten una cantidad significativa. Sin embargo, (...) la jurisprudencia ha confirmado el carácter obligatoria de la mediación y su exigibilidad como requisito previo al ejercicio de las acciones jurisdiccionales”³⁵⁸.

357 PARRA, OLIVARES y RIESCO (2018), p. 137.

358 CÁRDENAS y MORENO (2012), p. 23.

5.3 Generalidades

Los artículos 6º, 7º y el inciso 2º del artículo 38, todos de la CPRCh, erigen el principio de responsabilidad del Estado por los daños que puedan producir las acciones u omisiones de la Administración del Estado y sus órganos en el ejercicio de sus funciones. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿puede extraerse de estas disposiciones un régimen de responsabilidad?

Como sabemos, el Estado es responsable por la lesión de derechos que cause la Administración del Estado y sus órganos con su actividad. Los artículos 6º, 7º y el inciso 2º del artículo 38, todos de la CPRCh, erigen el principio de responsabilidad del Estado por los daños que puedan producir las acciones u omisiones de la Administración del Estado y sus órganos en el ejercicio de sus funciones. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿puede extraerse de estas disposiciones un régimen de responsabilidad? Hay acuerdo en la doctrina del derecho administrativo, y así lo han reconocido nuestros tribunales superiores de justicia: que ellas no establecen un régimen de responsabilidad por lesión de derechos diferenciado de otro, sino que se limitan a reconocer a los particulares el derecho a recurrir a los tribunales para reclamar la correspondiente indemnización, extrayéndose este principio —el de la responsabilidad— que presupone la ilicitud de la actuación de la Administración, una infracción del principio de legalidad de los artículos 6º y 7º de la CPRCh, cuyos incisos 2º disponen expresamente que su vulneración acarreará las responsabilidades que las leyes establezcan. Es este el argumento más fuerte para defender que la Carta Fundamental establece un principio de responsabilidad por daños causados por la Administración del Estado, perteneciendo a la ley el desarrollo del régimen legal aplicable.

En otras palabras, los citados artículos 6º y 7º se limitan a prescribir que la infracción producirá las responsabilidades que determine la ley, sin restringirlo al Estado ni a sus órganos. Sea que la infracción provenga de los primeros o de los segundos, la ley impondrá las responsabilidades que proceda, entre las que se encuentra la civil por daños. En síntesis, la CPRCh establece un principio de responsabilidad al que la legislación debe darle contenido³⁵⁹. Como sostiene el profesor Jorge Bermúdez: “De las normas constitucionales es posible desprender el principio de responsabilidad, frente a la vulneración de

la legalidad y la posibilidad de recurrir ante los tribunales, en virtud de la norma constitucional que confiere la tutela judicial frente a los daños que ocasiona la Administración del Estado. Sin embargo, de los preceptos constitucionales no se desprende ni se establece bajo qué sistema de responsabilidad responderá la misma, quedando su determinación a la labor del legislador (...)”³⁶⁰.

Teniendo claro esto, nos adentraremos al tratamiento de los hospitales y servicios públicos.

5.4 Régimen legal

Los hospitales y servicios públicos de salud pública integran la Administración del Estado, cuyo régimen de responsabilidad se somete a un particular factor de imputación: la falta de servicio.

Los hospitales y servicios públicos de salud pública integran la Administración del Estado, cuyo régimen de responsabilidad se somete a un particular factor de imputación: la falta de servicio. Cabe consignar que el artículo 4º de la Ley N° 18.575, reiterando el principio consagrado por el artículo 38 de la CPRCh, prescribe lo siguiente: “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 lo hubiere ocasionado”.

Desarrollando el precepto, el artículo 42 de la citada ley dispone: “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”.

Empero, para el caso de los ilícitos cometidos por hospitales o servicios de salud públicos se aplican las reglas contenidas en la Ley AUGE, que viene a desarrollar este régimen de responsabilidad más allá del artículo 42 recién citado. Su artículo 38, reiterando la regla que contiene el precepto citado, dispone: “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio”.

Esta norma, tal como afirman Cárdenas y Moreno, “vino a confirmar definitivamente que la falta de servicio en el ámbito médico-sanitario, es un factor subjetivo de responsabilidad”³⁶¹.

No obstante establecer la misma regla de la Ley N° 18.575 en lo que refiere al factor de atribución de responsabilidad, en esta ley especial –como se anticipó– se avanza un poco más en la definición de las particularidades del régimen de responsabilidad por falta de

servicio en materia médica o sanitaria. En efecto, además de reiterar la regla de la falta de servicio como factor de atribución, se añade, en el inciso 2° del citado artículo 38, que el particular –víctima del daño que proviene del ilícito sanitario– deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano mediando dicha falta de servicio. Según la disposición, la responsabilidad proviene del actuar del órgano, sea por acción u omisión o bien por acción en la omisión. La falta de servicio incide en la actuación de la Administración del Estado, sea porque no actúa o lo hace imperfecta o tardíamente.

Al mismo tiempo, el artículo 39 de la Ley AUGE fija el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado, que será de cuatro años contados desde la acción u omisión. La regla es coincidente con la del artículo 2332 del CC y ofrece los mismos problemas. Ella no permite resolver aquellos casos en que el daño se manifiesta en un momento posterior al de la acción u omisión o, si se quiere, a la falta de servicio del órgano de la Administración del Estado. Se discute si fue una inadvertencia de la legislación o fue su voluntad deliberada de prescindir de la circunstancia antedicha para efectos del cómputo del plazo de prescripción, entendiéndose que sólo resulta relevante el momento de la acción u omisión o de la falta de servicio. Pensamos que fue lo primero, dado que es inaceptable que el plazo de prescripción comience a correr antes de la ocurrencia de uno de los elementos necesarios para que nazca la obligación, cual es el daño. La regla debe interpretarse del mismo modo que la del artículo 2332 del CC, en el sentido que si la prescripción sólo puede comenzar a correr desde la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad y es el caso de un daño que se manifiesta con posterioridad a la acción u omisión, será desde ese instante y no antes. Así lo entiende la doctrina³⁶².

Así también lo ha estimado una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 25 de noviembre de 2015³⁶³: “Que en cuanto a la alegación de prescripción, la Excma. Corte Suprema ha estimado que

362 BARROS (2010), p. 924 y ELORRIAGA (2011), p. 60.

363 Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de noviembre de 2015, Rol N° 4467/2015; también véase Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 2013, Rol N° 3248-2011.

Según la disposición, no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia, o de la técnica existente en el momento de producirse aquellos.

cuando el hecho ilícito consta de una serie encadenada de acciones, el plazo se debe contar desde que termina el período de ejecución, siguiendo la postura de nuestra doctrina que ha determinado que la prescripción en estos casos debe correr desde que se completa el hecho dañoso con la producción global del daño”.

Junto a estos dos aspectos que colaboran en la construcción de este régimen especial de responsabilidad, el artículo 41 de la aludida ley refiere al daño moral, partida que normalmente es el único objeto de demanda en esta sede. La ley da reglas para la valoración de este daño ordenando al juez o la jueza que fije su indemnización considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo a su edad y condiciones físicas. Se trata de una norma inédita en nuestro ordenamiento y que es susceptible de elogios dado que ofrece criterios al tribunal para una fijación fundada de la cuantía del daño moral, generando una mayor seguridad para las posibles víctimas del daño moral, respetando así el principio de la igualdad ante la ley.

Conviene destacar que estos criterios se avienen con la función de satisfacción o compensación que se le asigna a la indemnización del daño moral en orden a que ella no persigue la reparación del daño causado –por ser imposible–, sino que busca otorgar a la víctima un valor de reemplazo que le permita acceder a satisfacciones que mitiguen, en la medida de lo razonable, el dolor o sufrimiento que envuelve el daño moral. De este modo, distraer su atención en el quiebre que produce la lesión de aquel interés no patrimonial que produce daño moral³⁶⁴. Entonces, mientras más grave sea el daño, mayor impacto producirá en la existencia de la víctima, debiendo diferenciar, sin caer en la arbitrariedad, considerando la edad y estado de salud de la víctima.

Cabe mencionar que el mismo artículo 41, en su inciso 2º, da una regla especial de exoneración del órgano en caso de daños causados a terceros. Según la disposición, no serán indemnizables los daños

364 En lo pertinente, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo 3.

que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia, o de la técnica existente en el momento de producirse aquellos. Se recoge por la ley la idea del riesgo del desarrollo como causa de liberación de responsabilidad.

El ya referido inciso 2° del artículo 38 dispone sobre la carga de la prueba, al prescribir que la víctima deberá acreditar que el daño –proveniente del ilícito sanitario– se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando falta de servicio. Según la disposición, el daño proviene de la propia actividad de los agentes del órgano, y en ese entendido hace responsable al Estado. Es indiferente si la falta de servicio es del órgano o si este responde por la falta personal de alguno o algunos de sus funcionarios. Tal falta de servicio incide en la actuación de la Administración del Estado, sea porque no actúa (omisión) o porque lo hace imperfecta o tardíamente (acción u omisión en la acción). La norma ofrece claridad acerca de que el juicio de imputación de responsabilidad recae en la actuación del órgano como servicio público, sin perjuicio de que el daño ha de tener su origen en la conducta de uno de sus funcionarios. No obstante, la víctima no requiere –como sí ocurre en sede de responsabilidad civil extracontractual del empresario por hecho de sus dependientes– identificar al funcionario que incurrió en la falta personal, siendo suficiente, para hacer responsable al Estado, la prueba de la falta de servicio del órgano.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por falta de servicio? Habida cuenta del origen francés de la expresión³⁶⁵, ella significa “culpa del servicio” o, si se quiere expresar en otros términos, “culpa de la organización”³⁶⁶, la que ha sido acuñada por el derecho civil a partir de la llamada responsabilidad por el hecho propio consagrada en los

365 PIERRY (1995); PIERRY (2000), y VALDIVIA (2012), p. 33.

366 Como afirma Barros: “los órganos y representantes de la persona jurídica pueden causar daño a terceros por dos vías: (...) o en razón de la deficiente adopción de medidas organizativas requeridas para evitar los riesgos de accidentes (...). En tal sentido, aunque la falta de cuidado no sea específicamente atribuible a personas determinadas, la negligencia se muestra, en un sentido amplio, en los procesos y en los mecanismos de control al interior de la organización empresarial”. Y añade que: “la culpa en la organización supone que la conducta empresarial, valorada como un proceso, infringe inequívocamente un deber de cuidado, aunque no sea posible

artículos 2314 y 2329, ambos del CC. Es la propia empresa o persona jurídica, en este caso el órgano de la Administración del Estado, el que comete una falta en su funcionamiento u organización, causando daño a otro. La falta de servicio se define como un actuar en forma irregular, deficiente o tardío respecto de lo que se puede esperar del órgano, dentro del curso normal de los acontecimientos.

Como afirma Letelier, la falta de servicio se trata de una actividad de contraste entre un modelo de conducta abstracto —el que debía observar el órgano en circunstancias normales— y el concreto actuar o actividad del servicio u órgano involucrado. Así, resulta indiferente en la relación de responsabilidad Estado-particular la acción u omisión del funcionario o su falta personal; tal responsabilidad actúa al margen de la identificación de tal persona, sin perjuicio de la acción que pudiere intentar el Estado en su contra una vez condenado al pago de una indemnización³⁶⁷.

Por su parte, el profesor Enrique Barros, comparando la falta de servicio con la culpa civil, expresa que “(...) ambas nociones suponen un juicio objetivo de reproche sobre la base de un patrón de conducta, mientras en la culpa civil se compara la conducta efectiva del agente con el estándar abstracto de conducta debido en nuestras relaciones recíprocas, en la falta de servicio tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable del cumplimiento de la función pública”³⁶⁸.

Sobre el concepto de falta de servicio, y a modo de ejemplo, la Corte Suprema, en su sentencia de 23 de marzo de 2009³⁶⁹, declara que se trata de: “Una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él; y así, doctrinaria

determinar cuál elemento concreto de ese proceso fue determinante en la ocurrencia del daño. La culpa se muestra en que la dirección de la empresa haya omitido establecer los dispositivos organizacionales que la diligencia exige para evitar daños a terceros”. BARROS (2010), pp. 196-198.

367 Por todos, LETELIER (2009), p. 198.

368 BARROS (2010), p. 506.

369 Corte Suprema, 23 de marzo de 2009, Rol N° 1504-2009.

y jurisprudencialmente, se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, cuando funciona de manera irregular o tardíamente”.

En otra sentencia de la Corte Suprema, de 29 de abril de 2014³⁷⁰, se lee lo siguiente: “La falta de servicio ha sido definida doctrinaria y jurisprudencialmente como aquella en que el servicio actúa mal, lo hace tardíamente o no actúa, vale decir es el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por la Administración, conforme lo disponen los artículo 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 152 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades y 38 de la Ley N° 19.966 sobre Garantías Explícitas de Salud”.

Y añade: “La falta de servicio es considerada como ‘la culpa del servicio’ y, en consecuencia, deberá probarse –por quien la alega– el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado”.

Más recientemente, el máximo tribunal lo ha expresado, aunque en materia municipal, en el fallo de casación de fecha 4 de julio de 2017³⁷¹: “Que al ser la falta de servicio el factor que desencadena la responsabilidad municipal, esta necesariamente supone que el Mu-

370 Corte Suprema, de 29 de abril de 2014, Rol N° 16920-2013. En igual sentido, las sentencias Roles N° 3-2013 y 6372-2010 dicen lo siguiente: “Que en lo fundamental la falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vale decir el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por aquélla, conforme lo disponen los artículos, 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 152 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, y 38 de la Ley N° 19.966, sobre Garantías Explícitas en Salud. Doctrinaria y, jurisprudencialmente, se ha definido la falta de servicio como aquella en que el servicio actúa mal, lo hace tardíamente o no actúa, debiendo hacerlo. Así, la falta de servicio está causalmente relacionada con el deber de servicio que el órgano está obligado a ejecutar”.

371 Corte Suprema, 4 de julio de 2017, Rol N° 95114-2016.

nicipio incurra en una falla en su actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado o, al menos, debió haberse entregado de mejor forma”.

Por último, se ha desarrollado el concepto y añadido el criterio de lo que normalmente puede esperarse del servicio. La Corte Suprema, en sentencia de 17 de abril de 2015³⁷², declara 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 aquel 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”.

Así, en esta materia, al igual que en el derecho común de la responsabilidad por culpa, resulta necesario realizar un juicio de valor, comparando el funcionamiento correcto y adecuado del órgano, conforme con las exigencias que le son propias y aquel funcionamiento efectivo y concreto en cuyo marco se produce el ilícito médico y el daño, considerando, en todo caso, las condiciones y circunstancias particulares del órgano concernido y cuya actividad se está juzgando. Así se muestra claramente en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 9 de noviembre de 2017³⁷³: “Que la situación fáctica descrita en el fundamento precedente admite tener por establecidos una serie de hechos que, analizados en su conjunto, permiten a estos sentenciadores tener por configurada la falta de servicio consagrada normativamente en el artículo 38 de la Ley N° 19.966, pues claramente el Hospital de la Florida, a través de las primeras atenciones que le proporcionó el doctor Pablo Henríquez al niño Juan Pablo Contreras Sánchez, con 16 días de nacido a la época de su consulta con ‘tos persistente’, no otorgó a su paciente la atención de salud requerida de manera eficiente y eficaz.

372 Corte Suprema, 17 de abril de 2015, Rol N° 27175-2014.

373 Corte Suprema, 9 de noviembre de 2017, Rol N° 1745-2017.

En efecto, existe en la especie una falta de servicio evidente y directa, puesto que, tal como se desprende de las circunstancias previamente señaladas, era un hecho público y notorio que a la época de los acontecimientos existía un brote de coqueluche en la Región del Bío Bío y en otras localidades del país, que motivaron la dictación de una serie de medidas por la autoridad sanitaria, que debían ser conocidas por todos los facultativos de cada uno de los establecimientos de salud y que los obligaban a adoptar medidas para prevenir y diagnosticar adecuadamente la presencia de coqueluche en la población. A lo anterior, debe agregarse que el paciente tenía al 23 de julio de 2011, fecha en que fue atendido por el doctor Pablo Henríquez, sólo 16 días de nacido, circunstancia que aconsejaba mayor cautela al momento de efectuar cualquier diagnóstico, pudiendo perfectamente haberle ordenado la práctica de algunos exámenes que comprobaran su estado inicial o derivarlo a un especialista, pero el facultativo insistiendo en su diagnóstico primitivo prescinde de tal alternativa, agravándose la situación del paciente para luego ser hospitalizado y finalmente fallecer a los pocos días de su ingreso como consecuencia del coqueluche.

En estas condiciones, parece evidente que no se adoptaron todas las providencias que el caso ameritaba. En este aspecto, se obvió por completo la gravedad del cuadro clínico que presentaba el paciente, en relación a los riesgos que presentaba y más allá del diagnóstico de síndrome de bronquitis obstructiva leve, nada impedía la práctica de exámenes que permitieran corroborarlo.

Existe un funcionamiento tardío del servicio de salud demandado, pues sólo es a partir de la actividad de los padres del paciente, que insisten en la gravedad de su estado llevándolo a un pediatra particular y luego a un centro especializado, en el que finalmente se le practicaron los exámenes que permitieron comprobar la existencia de coqueluche y el suministro de los medicamentos que el caso ameritaba, falleciendo finalmente”.

A este respecto, el profesor Valdivia Olivares afirma: “La concreción de la falta de servicio depende de los deberes de servicio o estándares de actuación exigibles de cada tipo de institución pública. En el terreno de la medicina pública, la falta de servicio depende

fundamentalmente de la conjugación de dos factores: la índole técnica de las prestaciones sanitarias y la categorización de prestaciones correspondientes a distintos tipos de instituciones. Por una parte, lo genuinamente específico de la responsabilidad hospitalaria reside en las prestaciones sanitarias que proveen estas instituciones. Luego, resulta crucial definir los deberes del establecimiento sanitario para con sus usuarios, ya sea que estos deberes conciernan al aparato administrativo o se refieran al desempeño de su personal, incluidos los médicos u otros profesionales de la salud”³⁷⁴.

Y, en fin, Cárdenas y Morales sostienen que: “En este contexto, el ejercicio mental radica en comparar el funcionamiento prestado por el servicio con aquel funcionamiento que debía esperarse de él de acuerdo a los parámetros fijados por la ley y, especialmente, en atención a los estándares de funcionamiento contenidos en los protocolos médico-sanitarios”³⁷⁵.

Siendo de este modo, el Estado resulta responsable por los daños que irroga a causa de la anormalidad del funcionamiento del servicio público, esto es, cuando el órgano no satisface aquello a lo que el particular o los particulares tienen derecho a esperar, sufriendo un daño. El órgano, o no actuó debiendo hacerlo, es decir actuó, pero de mala forma (ilegalmente o fuera del estándar medio de funcionamiento), o actuó tardíamente. Se sostiene que del estudio de las sentencias que condenan al Estado a una indemnización por falta del servicio se sigue que en todas ellas subyace la idea de falta, ineficiencia o desproporcionalidad del servicio, una actuación fallida o defectuosa de la administración que constituye la causa directa de la lesión sufrida por el administrado. Esto supone que exista un funcionamiento esperado del órgano y que el hecho que causa daño se aleje o no calce con dicho comportamiento, correspondiendo a un estándar objetivo que varía y depende de las circunstancias, similar a aquel que se emplea en materia civil cuando se recurre a expresiones como la de “buen padre de familia”.

374 VALDIVIA (2019), p. 221.

375 CÁRDENAS y MORENO (2010), p. 69.

Será suficiente probar la culpa o falta de la organización o del funcionamiento del órgano para dar por establecida la responsabilidad del Estado.

Otra peculiaridad, ya anticipada, de este régimen de responsabilidad que se articula a partir de la falta de servicio o, si se quiere, en la falta del órgano, refiere a que no se precisa –como sí sucede en materia de responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno o la del empresario por hecho de su dependiente– identificar al funcionario que comete la infracción o falta personal en el ejercicio de su actividad médica. Será suficiente probar la culpa o falta de la organización o del funcionamiento del órgano para dar por establecida la responsabilidad del Estado. En este sentido, la doctrina especializada ha dicho que esta falta de servicio se puede conformar de dos maneras: (1) aquellos supuestos en que el hecho dañoso se relaciona con los actos del personal dependiente del recinto hospitalario, y (2) aquellos supuestos en los que el hecho dañoso se relaciona con deficiencias en la dirección y gestión del servicio³⁷⁶.

Es del caso resaltar que la Ley Auge –aunque es irrelevante para efectos de lo que interesa a este trabajo, por no relacionarse con el vínculo de responsabilidad entre el Estado y el particular– prevé, especialmente, la acción o derecho de repetición del Estado en contra del funcionario que cometió la falta personal irrogando daño a otro.

El artículo 38, en su inciso 3º, dispone: “Los órganos de la Administración del Estado 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”. Y agrega: “La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá ser siempre acreditada en el juicio que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contados desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme y ejecutoriada”.

376 CÁRDENAS y MORENO (2011), p. 82.

Es del caso precisar que la imprudencia temeraria o el dolo del funcionario no es materia del juicio de responsabilidad por falta de servicio que inicie el particular en contra del Estado. En él sólo se discutirá la falta de servicio –acción u omisión del órgano–, la existencia del daño y la relación de causalidad entre este y aquella.

Pronunciándose sobre un caso de responsabilidad civil del Estado por ilícito sanitario y aplicando el artículo 38 de la Ley AUGE, la Corte Suprema, en sentencia de 23 de enero de 2014, luego de reproducir el citado artículo, declara: “Que si bien la responsabilidad que se imputa a la demandada es independiente de la culpa o dolo del agente que la genera, no puede por ello concluir que quien afirma haber sido objeto de un hecho que ocasiona un daño, como consecuencia de la falta de servicio, esté libertado de acreditar el supuesto fáctico que lo ha originado. Por consiguiente, en el caso de la especie, procede la responsabilidad invocada ante la acreditación y ocurrencia copulativa de tres elementos, a saber: a) que existió falta o disfunción del servicio que estaba obligado a prestar; b) el perjuicio causado; y c) que entre esta supuesta falta de servicio y el daño sufrido exista relación de causalidad, resultando esta consecuencia de aquella.

La falta personal del funcionario, así calificada por la ley, es ajena a este juicio, no así en el juicio de repetición que siga el Estado en contra de tal funcionario una vez condenado el Estado al pago de una indemnización. Esta precisión se justifica porque es usual en la práctica que el Consejo de Defensa del Estado intente instalar aquella exigencia y su prueba en el juicio de responsabilidad por falta de servicio”.

5.5 Situación de los órganos excluidos del inciso 2° del artículo 21 de la Ley N° 18.575: los hospitales militares

Las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, entre otros órganos de la Administración del Estado, quedan excluidos del título 2° que prevé la regla de responsabilidad por falta de servicio.

Queda pendiente referirse a la situación de los hospitales militares y al régimen de responsabilidad que les resulta aplicable. Las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, entre otros órganos de la Administración del Estado, quedan excluidos del título 2° que prevé la regla de responsabilidad por falta de servicio. Respecto de estos, si bien están sujetos al principio de la responsabilidad civil del Estado, que prevé el artículo 38 de la CPRCh y el artículo 4° de la Ley N° 18.575, no aplicaría el factor de atribución de la falta de servicio recogido en el artículo 42 de la citada ley, como sí ocurre respecto de los restantes órganos de la Administración del Estado. El inciso 2° del artículo 21 de la citada ley excluye a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad de la aplicación de las normas de su título 2° denominado “Normas especiales”, en el cual se halla el artículo 42, que consagra, como se sabe, el principio de la responsabilidad por falta de servicio. De este modo, y ante la ausencia de régimen especial, tal principio debiera llenarse íntegramente recurriendo al estatuto del derecho común de la responsabilidad del título 35 del libro IV del CC, siendo especialmente relevantes las disposiciones de sus artículos 2314, 2317, 2329 y 2320. Entonces, si el ilícito civil se comete por un funcionario de un hospital militar, la víctima directa o aquellas que lo sean por repercusión o rebote debiera demandar, sea conforme con la regla de la responsabilidad por el hecho ajeno, debiendo probarse sus requisitos de procedencia; sea a la de la responsabilidad por el hecho propio del órgano que se extrae de los artículos 2314 y 2329. Esta última responsabilidad se fundaría en la llamada culpa de la organización.

De cualquier forma, debemos advertir que la Corte Suprema ha sostenido que estos órganos responderían por una especie de falta de servicio que se extrae del artículo 2314 del CC. Esta doctrina jurisprudencial se justifica desde que lo que, en definitiva, la Corte Suprema hace es aplicar a estos órganos de la Administración una

responsabilidad civil por el hecho del propio órgano por culpa en su organización. Es la falta de servicio del derecho público que se traslada al derecho civil bajo esta última denominación.

A modo de ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de 28 de mayo de 2014³⁷⁷, se lee: “Que en lo tocante a la falta de servicio imputada a Carabineros de Chile esta corte ha dicho que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, por estar excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, les es aplicable el título 35 del libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos, y específicamente, el artículo 2314 que establece la responsabilidad por el hecho propio, en caso que exista falta de servicio, y los artículos 2320 y 2322 del mismo código que prescriben la responsabilidad por el hecho ajeno, si se trata de una falta personal del o los funcionarios”.

Y añade que: “Lo anterior permite configurar la falta de servicio de la demandada en autos –reconducida al artículo 2314 del Código Civil– pues es esta omisión la que permitió que se suplantara la identidad de la demandante”.

Esta última tesis es la que sostiene Pedro Pierry, quien, reconociendo la exclusión de estos órganos de la Administración del Estado de la regla de la falta de servicio, aplica el título 35 del libro IV del CC, pero adecuando sus disposiciones a las reglas y principios del derecho administrativo. Es por esta razón que el autor lee el principio de la responsabilidad del Estado por el daño que causen los órganos de su Administración, extrayendo del artículo 2314 del citado código una falta de servicio que equivale a la culpa en la organización o por el hecho propio.

El autor asevera que el Estado y sus órganos pueden ser responsables por sus hechos propios, pero esta responsabilidad se aleja de los requisitos y presupuestos necesarios para la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado, debido a que al Estado “como a los otros entes públicos administrativos pueden serle apli-

377 Corte Suprema, 28 de mayo de 2014, Rol N° 14421-2013.

cados de manera diversa las normas del título 35 del Código Civil, sin que esto implique, desde luego, una errada interpretación de las mismas. Precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo en esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos”³⁷⁸.

Por su parte, el profesor Bermúdez Soto indica, refiriéndose a la exclusión de los órganos administrativos que hace el artículo 2º de la LBGAE, lo siguiente: “Esto no significa que estos órganos no responden, puesto que, como ya dijimos, según el artículo 4º LBGAE, deben responder, sino solamente que la doctrina de la falta de servicio no sería aplicable para ellos, pudiendo adoptar otra forma de responsabilidad en su legislación propia. Es decir, el artículo 42 no se aplicaría a los órganos establecidos en el artículo 21 inciso 2º de la misma ley, puesto que se encuentra ubicado en el título 2º, que se refiere a las Normas Especiales, con lo cual su ámbito de aplicación se reduce a los órganos mencionados sólo en el inciso 1º del artículo 21. En el último tiempo la jurisprudencia ha ido entregando una respuesta consistente frente al caso de los órganos excluidos, en particular de las Fuerzas Armadas. Así, a partir del asunto ‘Seguel Cares con Fisc’ (de 30 de julio de 2009) la CS ha entendido que la falta de servicio también es posible de fundarse en el artículo 2314 del Código Civil, entendiendo que es la culpa del servicio”³⁷⁹.

Con todo, su opinión es diferente a la de Pierry, y se aviene de mejor forma con la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema que aplica directamente la norma del artículo 42 de la LBGAE. Bermúdez, interpretando armónicamente las disposiciones de la citada ley, sostiene que la responsabilidad civil por los daños causados por la actividad de estos órganos queda sometida –de todos modos– al artículo 42. El autor afirma que una correcta interpretación del artículo 21 conduce a la aplicación directa del citado artículo 42 a los llamados órganos

378 PIERRY (2000), p. 14.

379 BERMÚDEZ (2014), p. 629.

de la Administración del Estado excluidos. Añade que el primero de los preceptos “se refiere a la organización básica de ministerios y servicios, quedando entregada a sus respectivas leyes la organización del conjunto de órganos excluidos, a que se refiere el inciso 2° del mismo art. 21”³⁸⁰. En cambio, el artículo 42 no establece una norma de organización, sino una regla de atribución de responsabilidad aplicable a toda la Administración del Estado: “En efecto, el propio art. 42 se refiere en general a ‘los órganos de la Administración’, sin hacer ninguna distinción. Ello a diferencia del tenor del resto de artículos del mismo párrafo, que discurren sobre la distinción entre ministerios, subsecretarías y servicios públicos”³⁸¹. Por otra parte, el artículo 41 –que reconoce la posibilidad de delegar atribuciones y firma– es y ha sido aplicable a los órganos que supuestamente estarían excluidos³⁸². Concluye el autor que, en todo caso, “la ubicación de una norma, cuando ella pugna con su alcance no ha sido nunca un obstáculo para darle una aplicación sistemática y correspondiente con su verdadero sentido”³⁸³.

La opinión de Bermúdez, como se previno, ha recibido apoyo de la jurisprudencia de la Corte Suprema, por ejemplo, en el fallo de fecha 24 de abril de 2017³⁸⁴, del que se lee lo siguiente: “Así, es importante precisar que, al contrario de lo señalado por los sentenciadores, la norma del inciso 2° del artículo 21 de la Ley N° 18.575 no excluye la aplicación del concepto de falta de servicio y el consecuente régimen de responsabilidad de derecho público a las Fuerzas Armadas, toda vez que tal norma no afecta la disposición del artículo 4°, piedra angular de la responsabilidad de los órganos del Estado, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración que expresa el inciso 2° del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.

380 BERMÚDEZ (2012), p. 87.

381 BERMÚDEZ (2012), pp. 86-87.

382 BERMÚDEZ (2012), p. 87.

383 BERMÚDEZ (2012), pp. 86-87.

384 Corte Suprema, 24 de abril de 2017, Rol N° 52961-2016.

Asimismo, se debe enfatizar que las normas excluidas en consideración a lo establecido en el mencionado inciso 2° del artículo 21, se refieren exclusivamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad de aquellas instituciones, interpretación que se impone, no sólo por una cuestión de semántica normativa sino porque, como se dijo, no hay afectación del artículo 4° de la referida ley, que dispone: ‘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’. Sin lugar a duda, la Administración del Estado comprende a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, razón por la que su responsabilidad tiene origen indiscutible en las normas de derecho público”.

En adición a lo anterior, la jurisprudencia reciente también ha aplicado el régimen de la falta de servicio, pero además de la vía interpretativa anterior, añaden dentro del haz de normas aplicables, el artículo 38 de la Ley AUGE. Inicialmente, podría pensarse que los hospitales de las Fuerzas Armadas se encuentran excluidos del ámbito orgánico de la Ley N° 19.966, al ser incluidos como responsables de las garantías explícitas de salud –artículo 2°–. Con todo, el máximo tribunal en fallo de casación de fecha 14 de noviembre de 2017³⁸⁵, en una demanda contra el Hospital Naval Almirante Nef de Viña del Mar, señala: “Que el fallo censurado, para resolver en la forma como lo hizo, esto es, confirmar la sentencia de primer grado que rechazó la demanda, hizo suyas las consideraciones expresadas en la decisión de primera instancia, de acuerdo a las cuales resulta aplicable a este caso el sistema creado por los artículos 38 y siguientes de la Ley N° 19.966, considerando que el Hospital Naval Almirante Nef es una institución pública que forma parte de la Administración del Estado.

385 Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017, Rol N° 83397-2016.

De esta forma, nuestro máximo tribunal no sólo ha aceptado igualmente la aplicación del régimen de la falta de servicio a los hospitales militares, sino también el especial régimen de responsabilidad prevenida en la Ley Auge, que también les resultaría perfectamente aplicable.

(...) Que, según viene resuelto, el régimen de responsabilidad aplicable en este caso es aquel regulado por los artículos 4 y 42 de la Ley N°18.575 y, específicamente en cuanto a los órganos del Estado en materia sanitaria, en el artículo 38 de la Ley N°19.966, de acuerdo al cual éstos responden por falta de servicio.

Que, en consecuencia, queda en evidencia que la sentencia recurrida incurre en una errada interpretación del artículo 40 de la Ley N°19.966 y, consecuentemente, en la falta de aplicación de los artículos 38 del mismo cuerpo legal, 4 y 42 de la Ley N°18.575, teniendo dicha infracción influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, como quiera que llevó a declarar prescrita la acción en una situación en la que no había transcurrido el término necesario para ello. Por este motivo, el recurso de casación en el fondo será acogido”.

De esta forma, nuestro máximo tribunal no sólo ha aceptado igualmente la aplicación del régimen de la falta de servicio a los hospitales militares, sino también el especial régimen de responsabilidad prevenida en la Ley Auge, que también les resultaría perfectamente aplicable.

En síntesis, es posible observar que la responsabilidad sanitaria del Estado ha tendido a uniformarse en torno a la idea de falta de servicio; si bien, en un momento, respecto de los órganos excluidos del título 2° de la Ley N° 18.575, acudiendo a las normas del título 35 del CC, hoy no cabe duda que los hospitales públicos, incluyendo los militares, responden por falta de servicio de acuerdo a las normas vigentes. Con todo, no debe olvidarse lo dicho sobre la funcionalidad de esta responsabilidad: si se quiere perseguir la responsabilidad del Estado por el daño que causó el órgano por su propia falta y no la personal de sus funcionarios, la acción debe dirigirse contra del órgano descentralizado respectivo de la Administración del Estado –servicio de salud³⁸⁶, siendo este último el que, de ser el caso, repita contra quien la cometió.

5.6 Las infecciones intrahospitalarias

Son infecciones intrahospitalarias aquellas que padece el paciente en la clínica u hospital sin que sean atribuibles al tratamiento o intervención médica que causó su estadía en el recinto.

Son infecciones intrahospitalarias aquellas que padece el paciente en la clínica u hospital sin que sean atribuibles al tratamiento o intervención médica que causó su estadía en el recinto³⁸⁷. Como se podrá advertir, este es un tema transversal tanto a prestadores privados como públicos.

A partir del aforismo *res ipsa loquitur*, se ha dado a entender que siendo la clínica u hospital un lugar físico diseñado para que los pacientes sanen, o al menos no empeoren, la aparición de una infección como fuente externa de daños sólo puede ser consecuencia del descuido de los operadores de la clínica u hospital. Por esta razón, cuando se han provocado infecciones de pacientes por fuentes indeterminadas, el riesgo de tal daño se le atribuye a la clínica, por encontrarse ella en mejores condiciones para soportarlo, y por el deber de cuidado que supone la sola estadía en el recinto.

En este sentido, el profesor Barros Bourie, señala: “La participación causal de una fuente externa que debiera estar bajo el control del establecimiento caracteriza a estas infecciones, que no son excepcionales, sino que constituyen una realidad extendida en todo el mundo (...)”³⁸⁸.

El profesor Barros agrega que, en general, las infecciones hospitalarias, las más de las veces, son atribuibles a infracción de deberes de cuidado³⁸⁹, como las esterilizaciones inadecuadas. Constan en este último punto Cárdenas y Morales, quienes sostienen: “En la jurisprudencia chilena son muchos los casos de este tipo y, por lo general,

387 En este sentido, véase BARROS (2010), p. 692.

388 BARROS (2010), p. 692.

389 BARROS (2010), p. 693.

se presentan relacionados con la no erradicación de las infecciones intrahospitalarias y con la ausencia de protocolos adecuados para detectar y neutralizar la acción de estas infecciones”³⁹⁰.

Cabe destacar que, en consonancia con el Reglamento de Hospitales y Clínicas (Decreto N° 161/82, el director del recinto tiene la obligación de velar, según su artículo 19, letra d), “El cumplimiento de las disposiciones sobre asepsia, antisepsia y demás normas técnicas aprobadas por el Ministerio de Salud con el objeto de prevenir infecciones intrahospitalarias”.

La jurisprudencia ha estimado que una infección intrahospitalaria es una manifestación de la infracción de la *lex artis*. Nos ilustra a este respecto el fallo de la Corte Suprema de fecha 14 de diciembre de 2016³⁹¹ que señala lo siguiente: “Que, en consecuencia, habiéndose determinado por los jueces del fondo los supuestos básicos, de carácter fáctico y normativos, que hacían procedente la demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio del hospital demandado, por no haber adoptado las medidas de asepsia o antisepsia necesarias para que la demandante no contrajera la infección bacteriana que causó la extirpación de su colon; el recurso, del modo como ha sido propuesto, no puede prosperar, ya que en efecto, esta corte de casación no puede modificar los hechos que han fijado los magistrados del fondo en uso de sus atribuciones legales, estableciendo otros, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras de la prueba, cuyo no es el caso, como se ha visto, pues no basta para ello la sola mención al artículo 1698 del Código Civil y en la escueta referencia de haber hecho recaer en el hospital demandado la demostración de una causa ajena acerca del origen del daño, afirmación que resulta del todo improcedente por lo demás si, como se estableció, fue precisamente la falta de cumplimiento de la *lex artis* la que causó la infección intrahospitalaria y las consecuencias perniciosas en la demandante”.

390 CÁRDENAS y MORALES (2012), p. 144.

391 Corte Suprema, 14 de diciembre de 2016, Rol N° 76326-2016.

Es decir, las infecciones intrahospitalarias han de ser producto de una actuación médica deficiente, de tal suerte que debe demostrarse, por un lado, la falta de cuidado del recinto médico, y por otro, el carácter de intrahospitalario de la sepsis.

Es decir, las infecciones intrahospitalarias han de ser producto de una actuación médica deficiente, de tal suerte que debe demostrarse, por un lado, la falta de cuidado del recinto médico, y por otro, el carácter de intrahospitalario de la sepsis. Señala en este sentido la Corte Suprema, en fallo de fecha 29 de diciembre de 2016³⁹², lo siguiente: “En efecto, las probanzas rendidas dan cuenta de las patologías que presentaba el demandante y del hecho de haber sufrido este la amputación de su extremidad inferior izquierda, pero esta consecuencia, si bien se condice con las enfermedades que él presentaba, no se demostró que fuera atribuible a una deficiente actuación de la demandada. Tampoco es posible dar por establecidas las consecuencias dañosas de las infecciones del paciente ni su carácter de intrahospitalarias”.

Destaca en este tema la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 15 de julio de 2015³⁹³, en que confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, que asimismo rechazó la apelación en contra del fallo de primer grado que acogió una demanda de indemnización por la responsabilidad de un hospital en la muerte de un paciente. En particular, el tribunal de primera instancia sostuvo, con fecha 9 de mayo de 2014³⁹⁴, lo siguiente: “Vigésimo primero: Que, para cumplir con dicho afán probatorio agregó a la causa, sin que fuera objetado de contrario, una auditoría médica elaborada por don José Andrés Mardones Flores, Jefe Depto. de Auditoría y Control Interno del Hospital Víctor Ríos Ruiz. Esta investigación iniciada el día 06 de mayo de 2011, luego de transcribir todos los antecedentes médicos y de enfermería, estableció que durante su hospitalización la paciente presentó un cuadro infeccioso cuyo tratamiento se inició al sexto día de hospitalización, tras el cual se desarrolla en ella un cuadro séptico diagnosticado tardíamente, que induce un cuadro de shock séptico irreversible falleciendo al séptimo día de hospitalizada (fs. 98), agregando el informe -como decidoras observaciones- que se trató de: ‘un paciente no categorizado; falencia de guía o protocolo de manejo de complicaciones agudas de *diabetes mellitus*; ausencia de

392 Corte Suprema, 19 de diciembre de 2016, Rol N° 76255-2016.

393 Corte Suprema, 15 de julio de 2015, Rol N° 4156-2015.

394 Corte de Apelaciones de Concepción, fecha 9 de mayo de 2014, Rol N° 1674-2013, 1° Juzgado de Letras de Los Ángeles.

solicitud de apoyo diagnóstico al ingreso; ausencia de visita médica los días feriados; la mayor parte de la evolución clínica es realizada por internos de medicina, sin la constancia del respaldo docente del médico tratante; indicaciones médicas no consignadas en la historia clínica; examen físico incompleto al no describir lesión de EESS (extremidad superior); ausencia de evaluación de interacción medicamentosa; solicitudes de apoyo diagnóstico inoportuna, ante la clínica de infección, infección intrahospitalaria no consignada; hemocultivo confirma infección por E. Coli sin consignar origen de ella; y diagnóstico tardío de sepsis y/o séptico' (fs. 99). En el mismo documento el auditor médico, a renglón seguido de plasmar estas lapidarias observaciones, concluye que estamos frente a una 'inobservancia del debido proceso diagnóstico' y ante un 'diagnóstico inoportuno de patología de riesgo vital'.

Vigésimo segundo: Que, la verdad sea dicha, la atención médica proporcionada a doña María Álvarez Álvarez estuvo plagada de errores y de malas praxis denunciadas por un propio integrante del servicio, 12 al menos, lo que se tradujo en una mala atención médica y una falta de servicio a su respecto, la que concluyó en el fallecimiento de la paciente el día 26 de abril de 2011, al entrar a su torrente sanguíneo una bacteria que presenta riesgo vital para quién la tiene. A este tribunal le basta este informe para arribar a tan importante conclusión”.

Si la infección tiene su causa en el instrumental médico que fue introducido al procedimiento por uno de los profesionales no vinculados a la clínica, no se podrá reclamar la responsabilidad de esta última sino sólo de quien debía tener el cuidado en el uso de los productos. Así lo estima, también, Barros: “Si ha sido suministrado por el médico, puede ser hecho responsable de haber omitido las precauciones que le imponen las buenas prácticas profesionales. Por el contrario, si lo ha sido por la clínica u hospital, la acción sólo puede prosperar en su contra. Como se ha visto, en casos de instrumental contaminado o en malas condiciones de operación, existen buenas razones para dar por establecida una presunción de culpa”³⁹⁵.

Finalmente, en una importante sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 27 de enero de 2003³⁹⁶, se indica que no puede calificarse de caso fortuito el acaecimiento de un evento de infección intrahospitalaria, siempre que el entorno que actúa como vector de contagio se encuentre bajo el control del operador clínico u hospitalario. Por lo demás, se entiende que el recinto debe extremar las medidas de cuidado que importa un procedimiento médico, pues de no desenvolver dicha conducta, propicia la proliferación de una infección de este tipo, lo que convierte su presencia en un hecho previsible y resistible. En las palabras de la corte: “(...) como puede apreciarse, todas las condiciones o circunstancias sólo pueden ser evitadas por el operador. Así, producida una infección lo normal es que sea consecuencia de una falla de este. Es decir, no se trata de un caso fortuito, pues la infección es previsible y evitable. De esta manera, correspondía a la demandada probar que el absceso fue causado por negligencia de la actora y como no se rindió prueba al respecto, cabe concluir que el resultado producido se debe a la falta de cuidado del encargado por quien responde la demandada”.

396 Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de enero de 2003, Rol N° 2135-2000.



Glosario
Ejercicios de aplicación
Bibliografía

Glosario

1. **Auxiliar del médico:** Es un auxiliar, en sentido amplio, toda persona o ente del que se sirva el deudor para cumplir su prestación, ejecutando aquellos también actos de cumplimiento. En el caso del contrato médico, lo son otros médicos, enfermeros y enfermeras, arsenaleros y arsenaleras, matrones y matronas y, también, clínicas y servicios médicos institucionales.
2. **Características del régimen jurídico de la responsabilidad civil médica en Chile:** Caracteriza a este régimen de responsabilidad la ausencia de sistema y dispersión normativa. No existe una regulación sistemática de la responsabilidad civil por daños provocados en la actividad médica. El marco normativo que gira en torno a este régimen especial es producto de la lectura integral de las normas del Código Civil, de la Ley N° 16.966 o Ley AUGE, de la Ley N° 20.584 sobre los Derechos y Deberes de los Pacientes; los estudios realizados por la doctrina nacional y comparada, y la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia.
3. **Consecuencia del incumplimiento del deber de información:** Al incumplirse el deber de información, nos encontraremos ante un caso de incumplimiento contractual y, por lo tanto, habrá que analizar los diversos remedios que se derivan de este. Por las características especiales del contrato de prestación de servicios médicos, el único mecanismo posible del que dispondrá el paciente será la indemnización de daños. La indemnización de perjuicios es procedente independiente de la resolución del contrato, puesto que nos encontramos ante una obligación de hacer, y conforme al artículo 1553 del Código Civil, en estos casos procede la indemnización de perjuicios de forma independiente. El incumplimiento del deber de información impide al paciente tomar una decisión respecto del tratamiento de su enfermedad, por lo que la privación de esta posibilidad de elegir es lo que fundamenta la indemnización, el daño objeto de la misma es la pérdida de una *chance* u oportunidad.
4. **Consentimiento tácito (causalidad hipotética en el suministro de información):** En principio, puede sostenerse que la figura médica no podría excusarse por los daños que se causaron como consecuencia de la realización de un riesgo no informado al paciente. Ello es así toda vez que la autonomía del paciente ha sido vulnerada al no informarle de todos los riesgos. Sin embargo, la mayoría de la doctrina chilena que se ha detenido en el problema ha llegado a la conclusión de que los médicos tienen una salida: el consentimiento hipotético del paciente. El médico podría eximirse de responsabilidad si demuestra que el paciente hubiese aceptado la intervención o tratamiento igualmente si hubiese tenido conocimiento del riesgo no informado; sin embargo, esta evaluación de un posible curso causal de los acontecimientos para llegar a este consentimiento hipotético debe hacerse considerando las características particulares del paciente y el avance de su enfermedad.
5. **Contenido del deber de información:** El deber de información tiene por finalidad que la decisión del paciente de someterse a una intervención o tratamiento médico, sea adoptada considerando los riesgos que ella envuelve. Así, es necesario tener en cuenta que la figura médica debe entregar la información necesaria, es decir, esta no puede ser ni insuficiente ni excesiva. En Chile, la única regulación al respecto se encuentra en la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con sus acciones vinculadas a su atención de salud, que en el inciso 1° de su artículo 10 dispone: "Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional".
6. **Contrato médico:** Es aquel contrato de asistencia o prestación de servicios, celebrado entre un profesional médico y una persona, esta última en calidad de paciente, conforme al cual el primero se obliga a desplegar sus conocimientos técnicos con miras a conducir al paciente a su mejoría, y el paciente a remunerar los servicios prestados y cumplir las instrucciones clínicas prescritas.
7. **Contribución del acreedor a su propio incumplimiento y daño:** Corresponde a la acción u omisión del acreedor, conforme a la cual se puede atribuir causalmente, en parte, el incumplimiento de la obligación. Su símil en responsabilidad aquiliana es la exposición imprudente al daño de la víctima a la que se refiere el artículo 2330 del Código Civil. De tener lugar, su efecto consistirá en morigerar la cuantía de la pretensión indemnizatoria.
8. **Daño corporal como manifestación del daño moral (en general):** El daño corporal tiene su propia configuración como especie del daño no patrimonial.

- nial y, además, su indemnización es perfectamente compatible con la de otras especies o partidas de daño moral (en sentido amplio). Quien experimenta la pérdida de una funcionalidad corporal, experimenta un daño que se diferencia del dolor o sufrimiento que puede sufrir la víctima.
9. **Daño moral en sede contractual (en general):** Es aquel que, conforme al contrato, era razonablemente previsible para el deudor al tiempo de su celebración, desde que el fin de protección comprende intereses no patrimoniales. Una previsibilidad que imputa responsabilidad en la medida que se entiende que el deudor consintió, expresa o tácitamente, en la asunción del riesgo del daño moral. La expectativa razonable del acreedor de obtener la indemnización del daño moral fluye del fin de protección del contrato, que se construye desde la regla del artículo 1558 del Código Civil.
 10. **Daño patrimonial (en general):** Es aquel perjuicio o detrimento que afecta el patrimonio de una persona y que puede traducirse, regularmente, en la disminución cierta o sustracción aritmética de este, sea actual o futura, en cuyo caso se denomina “daño emergente”; o en la pérdida de un beneficio o ganancia altamente probable, generalmente futura, caso en el cual reciba el nombre de “lucro cesante”.
 11. **Deber de colaboración del paciente:** Consiste en un conjunto de acciones que debe desplegar el paciente con el fin de permitir a la figura médica un ejercicio expedito de su profesión y, consecuentemente, cumplimiento de su obligación. Principalmente, se traduce en dispensar información cuando sea requerida por el profesional médico, como también el deber de autocuidado durante el tratamiento o de seguimiento de instrucciones médicas. Este deber, en caso de incapaces o sujetos inconscientes, es asumido por la familia o las personas que tengan su cuidado.
 12. **Deber de información:** El primer requisito para satisfacer la exigencia del consentimiento informado es que el paciente tenga conocimiento de las causas, procedimiento y efectos del tratamiento o intervención médica y de los riesgos involucrados. El deber de información que pesa sobre el médico se justifica en la asimetría de información y la relación de dependencia entre este y el paciente. Esta relación es una del tipo fiduciaria en la que el paciente deposita toda su confianza en el médico. El deber de información es el dispositivo que dota de contenido al consentimiento informado y vela por una efectiva protección de la autodeterminación de los pacientes.
 13. **Diligencia promotora del cumplimiento:** Corresponde a aquella actividad que el deudor debe desplegar, con el fin de remover todos los obstáculos posibles para poder cumplir; de ahí que también se le llame diligencia “preventiva” del incumplimiento. Su reverso o faz negativa es la culpa, que atribuye responsabilidad conforme al artículo 1547 del Código Civil.
 14. **Error médico:** Es aquella falla que comete el profesional médico en la ejecución del contrato, sea porque yerra en el diagnóstico, tratamiento o procedimiento realizado al paciente, cometida por causas externas a su práctica o conocimiento y que cualquier facultativo en su lugar y circunstancia hubiese incurrido, lo que lo transforma en un error excusable. Así sucede, por ejemplo, cuando un médico se enfrenta a una enfermedad imposible de diagnosticar en una situación de urgencia, o cuando se enfrenta a una patología no identificada por la ciencia.
 15. **Falta de servicio en materia sanitaria:** Corresponde, conforme al artículo 42 de la Ley N° 18.575 y 38 de la Ley N° 19.966, a uno de los requisitos necesarios para configurar la responsabilidad patrimonial del Estado por negligencia médica, consistente en el factor de imputación de responsabilidad, cuya configuración recae cuando el servicio hospitalario, o uno o más funcionarios de este, no prestan dicho servicio, lo dispensan defectuosamente, o bien se tardan en hacerlo, comparado con el estándar medio de funcionamiento del hospital. La falta de servicio se análoga generalmente a la culpa de la responsabilidad civil común.
 16. **Fin de protección o ámbito de resguardo del contrato:** Corresponde al conjunto de riesgos que asumen las partes en virtud del contrato que, en caso de materializarse, los daños que de estos se sigan deberán ser asumidos e indemnizados por la parte que corresponda. Dichos riesgos no son sino los que pudieron preverse, de tal suerte que el elemento en el cual descansa el ámbito de protección contractual es la previsibilidad a la que se refiere el artículo 1558 del Código Civil. Con todo, si el daño es atribuible a culpa grave o dolo, el ámbito de resguardo se difumina, pudiendo tener lugar la indemnización de daños causalmente imputables, pero imprevisibles.
 17. **Formalidades del deber de información:** La ley prescribe que la regla general es la oralidad de la información, y establece expresamente los casos en que la información debe suministrarse por escrito al paciente. Así, el artículo 14 inciso 4° de la Ley N° 20.584 dispone: “Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos (...). En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entre-

- ga, la aceptación o rechazo, deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente”. Lo anterior no obsta a que en todos los casos se utilice el documento de consentimiento informado al momento de obtener el consentimiento del paciente. La ley, además, dispone que la información debe ser “oportuna y comprensible”, mientras que la doctrina considera que la información debe ser veraz y suficiente.
18. **Fundamentos e implicancias del consentimiento informado:** El consentimiento informado es un mecanismo de protección de la autodeterminación del paciente, y cuando hablamos de este consentimiento hacemos referencia a dos aspectos diferenciados, empero complementarios: 1. Que el paciente tenga conocimiento de las implicancias y riesgos que envuelve la intervención o tratamiento de que se trate, y 2. Que a partir del tal conocimiento decida someterse o no a tal intervención o tratamiento. Cumplidas ambas condiciones, podemos afirmar que el paciente, junto con aceptar someterse a la prestación médica, asume sobre sí el riesgo que implica su ejecución. Así las cosas, el consentimiento informado es el fruto de la conjunción de la observancia del deber de información de la figura médica y el consentimiento del paciente. La doctrina alude a un doble fundamento que estaría dado por la autodeterminación del paciente y la necesidad de corregir la asimetría de información entre el médico y el paciente. El primer fundamento refiere a la autodeterminación vinculada al derecho del paciente a decidir su tratamiento habiendo sido informado en forma clara e íntegra. Y el segundo es el presupuesto para el ejercicio de la primera. Sin información o conocimientos adecuados, no hay autodeterminación respecto del cuerpo y salud del paciente.
 19. **Incumplimiento del contrato médico:** Consiste en cualquier desviación o desapego al contrato de prestación de servicios médicos, originado por el profesional o el paciente, sea por el hecho de no ejecutar las partes la prestación debida, o dispensándola imperfecta o tardíamente.
 20. **Incumplimiento provocado por la persona acreedora:** Es la discordancia entre el objeto ideal y el realmente acaecido en los hechos, pero que tiene su causa exclusiva en la persona acreedora. En tal caso, esta última no tiene derecho a ser indemnizada, pues el daño que de este incumplimiento provenga no es causalmente imputable a la persona deudora.
 21. **Lex artis:** En materia médica, el estándar de conducta a que se obliga la figura médica en su conducta es el de la *lex artis*, que no es más que la práctica aceptada como correcta por un cuerpo de profesionales médicos altamente calificados. Este estándar de conducta ha sido considerado por nuestros tribunales para construir el estándar exigible al médico demandado con el objeto de valorar su conducta y la de su equipo del contrato de servicios médicos. Es el conjunto de deberes que el facultativo debe respetar al realizar un acto médico, que están dados por la ciencia médica, y cuya transgresión genera responsabilidad para este, dando origen a los llamados juicios por mala *praxis*, ley que guía el actuar de los médicos en todas sus partes.
 22. **Límites al consentimiento informado:** La Ley sobre los Derechos y Deberes de los Pacientes se hace cargo de los supuestos en que resulta innecesario esperar el consentimiento de los pacientes para intervenirlos. Dispone su artículo 15 lo siguiente: “No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:
 - a) En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.
 - b) En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata o impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.
 - c) Cuando la persona se encuentre en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida”.
 23. **Mediación obligatoria en materia de salud:** Es aquel trámite, establecido en la Ley AUGE, que se establece como un requisito procesal para incoar ante la justicia ordinaria una acción de daños en contra de un prestador de salud público o privado, consistente en someterse, o al menos solicitar que se realice (en ciertos casos), a un método auto-compositivo de resolución de conflictos, dirigido por una persona mediadora quien propondrá bases de arreglo conforme a los intereses de las partes, para conciliarlos, y así lograr, en caso de acuerdo, una solución extrajudicial, sin que esta deba necesariamente producirse. En este último caso, la mediación se frustrará y habilitará a accionar de perjuicios contra el prestador de salud.

24. **Naturaleza de la responsabilidad que surge por infracción del deber de información:** El régimen al que se somete esta materia es al de la responsabilidad contractual, toda vez que la relación médico-paciente se encuentra establecida sobre la base de un contrato de prestación de servicios médicos. Usualmente será consensual y tácito. Al determinar las obligaciones de un contrato en particular, debemos basarnos en la *lex artis ad hoc*, la cual contempla los deberes aplicables al caso concreto.
25. **Mitigación del daño:** Consiste en la carga que pesa sobre la persona deudora de, en caso de sobrevenirle un perjuicio, aminorar o alivianar sus efectos perniciosos para que el daño no se torne mayor. En caso de que la persona acreedora afectada no cumpla con su deber de mitigación, los resultados dañosos del perjuicio primigeniamente ocasionado por el incumplimiento no podrán ser resarcidos, y se descontarán de su pretensión indemnizatoria.
26. **Obligaciones de medios:** Son aquellas en que la persona deudora compromete como prestación el despliegue de una actividad o hacer determinado, que se encamina a la obtención de un resultado, sin que este forme parte de la prestación. Que dicha obligación deba ejecutarse diligentemente, no importa que dicha diligencia sea la prestación misma; una cuestión es el hacer debido –la *lex artis* médica, el despliegue de conocimientos para obtener la curación del paciente–, pero otra cosa distinta es que dicho hacer deba hacerse diligentemente. Si el hacer debido no se ejecuta, estamos sólo frente a un incumplimiento; si el hacer debido no se ejecutó diligentemente, habrá incumplimiento imputable subjetivamente a la persona deudora. Las obligaciones de medio son la regla general en materia médica.
27. **Obligaciones de resultado:** Son aquellos en que la persona deudora compromete una obra determinada, cuya carencia significará el incumplimiento de aquella; y si dicha carencia o no concurrencia del resultado se debe a la falta de diligencia, el incumplimiento será imputable. En materia médica son la excepción, sin perjuicio de que pueden tener lugar para ciertas acciones médicas, como la cirugía estética, la revisión de exámenes, o bien porque así las partes lo convinieron libremente.
28. **Pérdida de una chance u oportunidad:** Es aquella partida indemnizatoria, reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, en virtud de la cual se resarce, como indica su nomenclatura, el hecho de haberse perdido una determinada oportunidad que, en caso de haberla tenido o aprovechado, hubiese reportado un beneficio significativo. En este caso, lo que se indemniza no es dicho beneficio, sino la *chance* de poder haber accedido a él, como sucede en materia médica con la oportunidad de optar a una mejor calidad de vida, de vivir, de haber mejorado o de haber obtenido un tratamiento. También se puede configurar como un daño por repercusión o rebote, como en el caso de los familiares de la víctima, como cuando se pierde la oportunidad de pasar más tiempo con la persona fallecida.
29. **Prueba de la culpa:** En materia de responsabilidad contractual, la prueba de la culpa dice relación con la demostración de la diligencia, o su falta –culpa– empleada por la persona deudora, la que recae sobre esta, conforme al artículo 1547 del Código Civil, norma de la cual se extrae que, ante un incumplimiento, la culpa contractual se presume. Con todo, tratándose de la prueba del cumplimiento imperfecto de las obligaciones de medios, corresponde al paciente o a la persona acreedora de ellas, en términos que, una vez acreditado, se presume imputable, conforme al artículo 1547, inciso 3° del Código Civil.
30. **Responsabilidad del médico por la negligencia de sus auxiliares:** El daño puede ser atribuible o a la acción u omisión del médico deudor, o bien a la de alguno o alguna de sus auxiliares en el cumplimiento del contrato. Si es el segundo caso, surge la interrogante sobre la responsabilidad que le cabe al médico por la actuación de estos auxiliares y la posición en que queda el paciente (víctima del daño). Quien incurre en el hecho constitutivo de la culpa, o del incumplimiento del contrato médico, es un tercero jurídicamente ajeno para el paciente. Los supuestos que pueden presentarse son: 1. Aquel en que el propio médico, que contrata con el paciente, elige o selecciona a las personas que le auxiliarán en la ejecución de los servicios médicos objeto del contrato, y 2. Aquel en que al médico se le impone por el paciente el equipo que le auxiliará en la prestación de los servicios. En el primer caso, el paciente podrá dirigirse contra el auxiliar –otro profesional o institución–, subrogándose en la acción propia que tendría el médico contra dicho auxiliar tal como la tiene el mandatario respecto del delegado. En el segundo, existiría una vinculación del paciente con el auxiliar, por lo que habría acción directa.
31. **Responsabilidad médica por culpa:** La responsabilidad de la figura médica es una que se funda en su negligencia, siéndole aplicables las reglas generales atinentes a los deberes de cuidado, aunque en este caso no de cualquier sujeto u operador del tráfico, sino de un profesional de la salud. Por consiguiente, el juicio de reproche a la conducta de la persona facultativa que intervie-

ne se hace en abstracto, debiendo comparar su comportamiento con aquel esperado de una figura médica competente dentro de la respectiva especialidad, considerando las circunstancias externas en que realizó la intervención.

32. **Responsabilidad por uso de instrumental defectuoso:** El perfecto estado del instrumental médico, insumos y medicamentos y su correcto uso vienen impuestos por la *lex artis* e integran la obligación que pesa sobre la figura médica. En este contexto, es posible que el paciente vea lesionado su interés en los casos de uso de instrumentos defectuosos o medicamentos vencidos o en mal estado. En relación a los auxiliares del médico, y los elementos materiales que emplea en la ejecución de la prestación, es dable señalar que estos y aquellos integran lo que en doctrina se denomina esfera típica de control del riesgo de causar daño que envuelve su incorporación en dicha ejecución, razón por la cual el contrato le asigna responsabilidad si tal riesgo se realiza, sea con respecto a la conducta de los terceros, sea respecto al instrumental o medicamentos defectuosos o en mal estado de conservación o a mal uso conforme la *lex artis*.

Ejercicios de aplicación

Los siguientes ejercicios y preguntas sólo tienen por objeto ayudarlo a usted a verificar su avance en el estudio del presente texto. No constituyen necesariamente, ni tampoco excluyen, las preguntas que podrán ser incorporadas en el examen inicial de conocimientos.

1. ¿Cómo se distribuyen las cargas probatorias en un juicio sobre responsabilidad por una mala praxis médica? Existencia de la obligación, incumplimiento, cumplimiento y caso fortuito.

- **Respuesta:** Se ha dicho tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que, dada la especial situación de los juicios por mala *praxis* médica, no puede recaer todo el peso de la prueba en la víctima de los daños (como sabemos, la prueba de la obligación y de su extinción corresponde a quien lo alega conforme al artículo 1698 de nuestro Código Civil). Ahora bien, para responder esta interrogante resulta necesario tomar posición respecto de si consideramos que, en las obligaciones de medios, culpa e incumplimiento, se confunden, o si, por el contrario, son distinguibles entre sí. Si nos ceñimos a la primera postura, a la víctima sólo le corresponderá la prueba de la existencia de la obligación y, al médico o deudor, el empleo de la debida diligencia, u observancia de la *lex artis* (extinción de la obligación). Habría plena armonía entre la regla del artículo 1698 y la del inciso 3° del artículo 1547, ambos del Código Civil. En caso de concurrir, por lo demás, un caso fortuito, habrá que estar a lo dispuesto en esta última norma, según la cual el que alega el caso fortuito debe demostrar que le es un hecho ajeno a su esfera de control, que fue imprevisible y, además, irresistible.

2. ¿Reviste interés afirmar que la responsabilidad civil por un ilícito médico es contractual o por delito o cuasidelito? En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿en qué aspectos se proyecta tal interés?

- **Respuesta:** Efectivamente, es importante distinguir entre el régimen de responsabilidad por daño derivado de una negligencia médica y se manifiesta: 1) En materia de prescripción, toda vez que de seguir el régimen de responsabilidad contractual, serán 5 años desde que la obligación se ha hecho exigible, o bien 4 años desde la perpetración del acto, si es que aplicamos el estatuto de la responsabilidad extracontractual; 2) En caso de aplicar el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, no aplicaría la regla del inciso 3° del artículo 1547, que a partir del incumplimiento presume la imputabilidad o la culpa para quienes formulan la diferencia en materia médica; 3) La extensión de la indemnización, en sede de responsabilidad civil contractual junto a la causalidad aplica la regla de la previsibilidad;

en cambio, en materia de delitos o cuasidelitos, sólo opera el límite de la causalidad, y 4) En cuanto a la legitimación activa, en sede contractual sólo puede demandar el acreedor o paciente; en cambio, en la extracontractual, todo a quien el ilícito cause o irroge daños.

3. ¿Cuáles es el régimen aplicable a los ilícitos médicos cometidos en el ámbito de la salud pública? Formule las distinciones que sean pertinentes.

- **Respuesta:** Para responder esta interrogante, en primer lugar, debemos señalar que el régimen jurídico aplicable a los hospitales públicos dependerá de su ubicación en el entramado administrativo (aplicación del artículo 21 inciso 2° de la Ley N° 18.575, que excluye de la aplicación del título 2° de dicha ley a ciertos órganos y, por lo tanto, del artículo 42 que contiene la falta de servicio). Teniendo claro lo anterior, necesitamos distinguir dos clases de hospitales, ya que, como se anticipó, de aquello dependerá el régimen aplicable. Así, por un lado, tenemos los hospitales y servicios públicos pertenecientes a la Administración del Estado en general y, por otro, los hospitales pertenecientes específicamente a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Respecto de los primeros, se les aplicará el régimen de falta de servicio, contenido en el artículo 42 de la Ley N° 18.575 (por aplicación del artículo 38 CPRCh, y del artículo 4° de la Ley N° 18.575, en que se contiene el principio de responsabilidad del Estado), como también el artículo 38 de la Ley AUGE. En cuanto a los segundos, se ha dicho que, ante la ausencia de un régimen especial como el anterior, se aplicarán las normas del estatuto común contenidas en el título 35 del Código Civil, esto, sin perjuicio de que la Corte Suprema, en alguna ocasión, ha considerado que del artículo 2314 se podría extraer una especie de falta de servicio. Con todo, la jurisprudencia ha estimado que la Ley AUGE sí es aplicable a los prestadores públicos que se hayan excluidos del artículo 21, por cuanto esta no realiza distinción alguna respecto al ámbito de aplicación de la responsabilidad sanitaria contenida en el artículo 38.

4. ¿La infracción del deber de información impone responsabilidad civil al médico infractor?

- **Respuesta:** La infracción de este deber no impone responsabilidad si no hay daño. Para que surja responsabilidad civil contractual –el deber de información integra el objeto de la convención– se requiere del daño. Empero, en la práctica la infracción de este deber (o cumplimiento imperfecto) dará lugar a indemnización cuando vaya unido a una mala *praxis* médica en la intervención o cuando, debido a la omisión de información respecto de los tratamientos procedentes, el paciente no se sana, experimentando la pérdida de la *chance* de hacerlo, de haber tenido la posibilidad de elegir u optar por otro tratamiento que se le omitió.

5. **Tomando en consideración la evolución jurisprudencial y doctrinal del contrato médico, y la regulación vigente sobre el tema, contenida en la Ley AUGE y la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes, ¿de qué manera ha repercutido en el contrato médico? ¿Podemos encasillarlo en alguna categoría contractual en base a dicho efecto?**
- **Respuesta:** Teniendo en cuenta que hoy la salud, claro está, es una cuestión de satisfacción de interés público, de tal suerte que el Estado cautela o resguarda una serie de variables a las que deberá someterse la voluntad de las partes, podemos observar que nos encontramos con diversas normas que regulan de manera imperativa gran parte del contenido del contrato médico. Así sucede, por ejemplo, con el consentimiento informado y los deberes de información, el establecimiento de un régimen de garantías de salud, etcétera. Estos fenómenos permiten catalogar al contrato médico como un verdadero contrato dirigido, es decir, de aquellos cuyo contenido viene, en gran medida, dispuesto por la legislación y que no es disponible para las partes.
6. **Supongamos que una persona fallece a causa de una equivocación del profesional o equipo médico en el diagnóstico y tratamiento de una patología, ¿necesariamente habrá lugar a responsabilidad civil médica?**
- **Respuesta:** Lógicamente, no. Si bien es cierto que podría pensarse que una equivocación en el diagnóstico y tratamiento puede producirse por una infracción de la *lex artis*, por ejemplo, cuando el médico no realiza ciertos exámenes debiendo hacerlos para asegurarse de la causa de una enfermedad, o prescribe tratamientos sin realizar una revisión acabada del paciente, dicha reflexión no puede ser automática. Es también dable que los profesionales de la salud se equivoquen aun en cumplimiento o ciñéndose a la *lex artis*, en tal caso, estamos frente a un error médico. Así, si una figura médica yerra, pero fue igualmente diligente, por ejemplo, si es imposible científicamente detectar su enfermedad, o sus signos son confusos de manera que es difícil identificarla y se arriesga un tratamiento para salvarle, dicho error será excusable y no acarreará responsabilidad.
7. **En cuanto al tiempo en el que el daño tiene lugar, generalmente, en la responsabilidad médica, ¿genera alguna dificultad definir su indemnización?**
- **Respuesta:** En primer lugar, en sede de responsabilidad médica, el daño las más de las veces es futuro, es decir, que se producirá o concretará con el paso del tiempo, y esto sucede en ocasiones con el daño emergente (piénsese en hospitalizaciones o cirugías futuras, terapias, tratamientos, gastos de atención, etcétera), pero más nítidamente en el lucro cesante y la pérdida de una oportunidad. La premisa clara es que no porque sea futuro un daño no debe indemnizarse, de tal suerte que es necesario acudir a ciertas técnicas para decidir si su indemnización es viable. En el caso del daño emergente, la tarea es menos compleja,

pues la prognosis o proyección de los daños es más fácil de avizorar: si a causa de una mala *praxis* se ha causado una inmovilidad de las extremidades, la experiencia clínica supone la necesidad de tratamientos, los que son posibles de identificar (ya los mencionamos: cirugías, rehabilitación, etcétera).

Sin embargo, en el caso del lucro cesante, la certeza de su ocurrencia no tiene la misma fuerza que la del daño emergente, sin perjuicio de que la ley nos ordena indemnizarlo (ex artículo 1556 del Código Civil); en dicho caso, debe realizarse un juicio de probabilidad, en el cual se intenta responder si la pérdida de ganancia con expectativa real de percibirla, conforme al curso natural de las cosas, es altamente posible o probable que ocurra: la certeza viene subrogada por la probabilidad. En el caso de la pérdida de una *chance*, también es preciso auxiliarse de la probabilidad, pero ya no del daño mismo (la pérdida del beneficio), sino de la oportunidad de haberlo evitado con el aprovechamiento de un *chance*, de manera que se tendrá por cierta esta partida al probar que era seriamente probable que, de haber tenido la oportunidad reclamada, como vivir, optar a una mejoría, etcétera, se habría disminuido o desaparecido el daño.

8. **¿Qué razón justifica aceptar la indemnización del daño moral por infracción del contrato médico? ¿Sucede lo mismo en materia de responsabilidad de hospitales y servicios de salud públicos?**

- **Respuesta:** En que es un daño previsible, y, por consiguiente, forma parte del ámbito de protección del contrato. Lo anterior se justifica por cuanto el contrato médico es uno de contenido personal, cuya prestación por parte del profesional de la salud se desarrolla en el cuerpo humano, de manera que su afectación involucra el riesgo de producir un daño moral. Así las cosas, este último se constituye como uno previsible, debiendo indemnizarse ante un incumplimiento con culpa. Esta regla se admite, en general, en los contratos de contenido personal, no así en los de contenido patrimonial en que habrá que distinguir, primeramente, será previsible si el daño moral se ha asumido como un riesgo en el contrato mismo, de lo contrario no lo será. En esta hipótesis, deberá atenderse a la regla del artículo 1558 del Código Civil, en cuya virtud se indemnizan los daños imprevistos de mediar culpa grave o dolo en el incumplimiento.

Con todo, en materia de responsabilidad hospitalaria por negligencia de servicios públicos de salud, la Ley N° 19.966 admite expresamente en su artículo 41 la indemnización del daño moral, de manera que su resarcimiento se encuentra contemplado por la legislación, sin perjuicio de que, por disposición de las normas generales de derecho común en materia de responsabilidad aquiliana, también se entienda integrado conforme lo dispone el artículo 2314 y 2329 del Código Civil.

9. ¿Reviste alguna peculiaridad la prescripción de la acción indemnizatoria en materia de responsabilidad de servicios públicos de salud?

- **Respuesta:** La regla en la materia replica las normas de la responsabilidad extracontractual común. Así, el artículo 39 de la Ley N° 19.996 señala que la acción de daños deberá ejercerse en un plazo de cuatro años desde la comisión de la acción u omisión del servicio público, cuestión que análoga la solución del artículo 2330 del Código Civil, que señala que la acción prescribe en el mismo término desde la perpetración del acto o contrato. Con ello, surge la misma duda que en el derecho de la responsabilidad civil codificada: ¿desde cuándo se comienza a contar el plazo de prescripción extintiva si el daño aún no se ha hecho patente? En doctrina y jurisprudencia, se ha resuelto que la acción de responsabilidad delictual y cuasidelictual prescribe desde que todos los elementos que constituyen el ilícito civil, especialmente el daño. De esta forma, si a causa de una mala *praxis* médica un daño se manifiesta y conoce, pasados incluso los cuatro años desde la perpetración material del hecho dañoso, la prescripción comenzará a correr desde que el perjuicio se ha hecho patente, pues sólo en dicho momento los factores y requisitos de la acción se han reunido. Es predicable lo mismo respecto del artículo 39 de la Ley N° 19.669; por lo demás, donde existe la misma razón, ha de atenderse a la misma regla.

10. ¿Puede generar alguna consecuencia la actividad del paciente que causa su propio daño, contribuye a su producción o lo acrecienta? Realice las distinciones según el caso.

- **Respuesta:** Sí, pero el efecto de la conducta del paciente será distinto dependiendo de su incidencia en la producción del daño. Si la persona realiza una conducta que es determinante de manera completa para la producción del incumplimiento del médico, como la omisión de información expresamente requerida, y si de ello se sigue perjuicio, el médico no podrá ser obligado a repararlos; el daño al paciente es causalmente imputable a este. En seguida, si el médico incumple, pero dicho incumplimiento fue concurrente con el del paciente, y de ello se siguen perjuicios, la persona acreedora –paciente– contribuyó a la generación de su propio daño. Así sucede cuando el profesional médico no requiere información y prescribe un medicamento al cual el paciente es alérgico, y conociendo la situación, el paciente calla. El efecto en este caso es morigerar la cuantía de la pretensión indemnizatoria, por cuanto los incumplimientos del médico y del paciente son concausas del daño. Finalmente, si el médico incumple, causando daños, y el paciente, pudiendo minimizarlos, no lo hace, no tendrá derecho a que se le indemnice el aumento del perjuicio producido por su falta de colaboración. El paciente en este caso no cumplió con su carga de mitigar el daño. Así ocurre en caso de que el paciente, por ejemplo, reaccione con contraindicaciones a

una terapia médica, y en vez de consultarlo con el médico o concurrir con otro especialista, suspende unilateralmente la medicación, siendo el postrer estado más gravoso que el consultado al profesional de la salud.

Bibliografía

1. AEDO, Cristián (2018): "La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual", en *Revista de Derecho* (Valdivia) (volumen 29, N° 2).
2. ALESSANDRI, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Universitaria).
3. ALESSANDRI, Arturo (1983): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Conosur).
4. ALESSANDRI, Arturo (2010): *De los contratos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
5. BADOSA COLL, Ferrán (1987): *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España).
6. BARAONA, Jorge (1997): "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho* (volumen 24, N° 1).
7. BARROS, Enrique (2010-2020): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
8. BERMÚDEZ, Jorge (2012): *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común* (Santiago, Abeledo Perrot).
9. BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Derecho administrativo general* (Santiago, Thomson Reuters).
10. BETTI, Emilio et al (2001): *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales* (Lima, Ara).
11. BLANCO, Lourdes (2006): "El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva", en AA.VV., *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Madrid, La Ley).
12. BOETSCH, Cristian (2011): *La buena fe contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
13. BRANTT, María Graciela (2008): "Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento", en AA.VV., *Colección de Estudios de derecho civil en Homenaje a la Profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
14. BRANTT, María Graciela (2009): "La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica* (N° 33).
15. BRANTT, María Graciela (2010): *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual* (Santiago, LegalPublishing).
16. BRANTT, María Graciela (2016): "La responsabilidad contractual por terceros. Una explicación a partir de la asunción de riesgos en el contrato", en AA.VV., *Estudios de derecho civil XI* (Santiago, LegalPublishing, 2016).
17. BRANTT, María Graciela y VIDAL Olivares, Álvaro (2013): "Obligaciones, incumplimiento y responsabilidad civil del mandatario en el Código Civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho* (N° 40).
18. CÁRDENAS, Hugo A. (2011): "La reinterpretación del artículo 1547 del Código Civil chileno: el fin de una antigua presunción", en *Revista de Derecho* (vol. 33).
19. CÁRDENAS, Hugo y MORENO, Jaime (2011): *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio* (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters).
20. CARRASCO PERERA, Ángel (2017): *Derecho de contratos* (Pamplona, Aranzadi).
21. CHABAS, Francois (2004): *Cien años de responsabilidad civil en Francia* (Paris, Van Dieren Editeur).
22. CLARO SOLAR, Luis (1992): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
23. CONTARDO, Juan Ignacio (2007): "Algunas consideraciones sobre la valorización de los daños extracontractuales", en <http://repositorio.ugm.cl/handle/12345/774>.
24. CORRAL, Hernán (2011-2013): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Thomson Reuters).
25. DE AZAMBUJA, Jussaura y de Azambuja Loch, Fernanda (2006): "El marco ético y jurídico del consentimiento informado", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*.

26. DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1967): *El negocio jurídico* (Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos).
27. DE LA MAZA, Íñigo (2010a): "Consentimiento informado, una visión panorámica", en *Revista Ius et Praxis* (volumen 16, N° 2).
28. DE LA MAZA, Íñigo (2018): "Previsibilidad y causalidad", en AA.VV., *Estudios de derecho civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters).
29. DE LA MAZA, Íñigo (2018): "El daño moral en materia contractual: la mirada de los tribunales", en *Revista Chilena de Derecho* (volumen 45, N° 2).
30. DE LA MAZA, Íñigo, MORALES, Antonio, VIDAL, Álvaro (2014): "Incumplimiento por inhabilidad de objeto e indemnización de daños", en *Revista Chilena de Derecho* (volumen 41, N° 3).
31. DIEZ SCHWERTER, José Luis (2008): "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: Aspectos relevantes de su regulación y operatoria actual", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (N1 339).
32. DíEZ-PICAZO, Luis (2008): *Fundamentos del derecho civil patrimonial I* (Madrid, Civitas).
33. DíEZ-PICAZO, Luis (2009): *Fundamentos del derecho civil patrimonial II* (Madrid, Civitas).
34. DíEZ-PICAZO, Luis (2010): *Fundamentos del derecho civil patrimonial III* (Madrid, Civitas).
35. DOMÍNGUEZ, Carmen (2006): "La reparación del daño moral derivado del contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites", en *Cuaderno de Análisis Jurídico III* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
36. DOMÍNGUEZ, Carmen (2010): "El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica", en *Cuadernos de Análisis Jurídico. Responsabilidad médica*, vol. VI (Santiago, Universidad Diego Portales).
37. DOMÍNGUEZ, Ramón (2005): "Notas sobre el deber de minimizar el daño", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (vol. 5).
38. DOMÍNGUEZ, Ramón (2012): *Teoría general del negocio jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
39. ELORRIAGA, Fabián (2002): "Daño físico y lucro cesante", en AA.VV., *Derecho de daños* (Santiago de Chile, Lexis Nexis).
40. ELORRIAGA, Fabián (2006): "El perjuicio patrimonial por daños físicos en la doctrina y jurisprudencia chilenas", en *Revista Anales Derecho UC, Temas de Responsabilidad Civil*.
41. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier (1988): *El contrato de servicios médicos* (Madrid, Editorial Civitas).
42. FERRADA, Juan Carlos (2004): "La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile, una breve revisión del Estado actual de la discusión", en Marín, Juan Carlos, *La responsabilidad patrimonial del Estado* (Ciudad de México, Porrúa).
43. FLUME, Werner (1998): *El negocio jurídico: parte general del derecho civil* (Madrid, Fundación Cultural del Notariado).
44. GONZALEZ CRUZ, Francisco Javier y ACEVEDO FERRER, Santiago (2013): "Revisión crítica del estatuto de responsabilidad civil por daños nucleares en Chile", en *Revista Chilena de Derecho* (volumen 40, N° 1).
45. GUZMÁN, Alejandro (2002): "La buena fe en el Código Civil de Chile", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica* (volumen 29).
46. HILHARREBORDE, Piwonka y LABARCA, María (1980): *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual del médico cirujano* (Santiago).
47. HUNTER, Iván (2010): "Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena", en *Revista de Derecho* (Valdivia) (volumen 23, N° 2).
48. JARAMILLO, Carlos Ignacio (2008): *Responsabilidad civil médica* (Bogotá, Javegraf).
49. JORDANO FRAGA, Francisco (1991): "Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", en *Anuario de Derecho Civil* (volumen 44, N° 1).
50. LARROUCAU, Jorge (2014): "¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?", en *Revista de Derecho* (Valdivia) (volumen 27, N° 2).
51. LEÓN HURTADO, Avelino (1979): *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
52. LETELIER, Raúl (2009): "Un estudio de efectos en las características de la responsabilidad extracontractual del Estado", en AA.VV., *La responsabilidad extracontractual del Estado* (Santiago, Metropolitana).

53. LÓPEZ MESA, Marcelo (2007): *Tratado de responsabilidad médica: responsabilidad civil, penal y hospitalaria* (Buenos Aires, Legis Argentina).
54. MARTENS, Sebastian y WILLENS, Constantine (2018): *Article 8:107*, en Jansen, Nils y Zimmermann, Reinhard, *Commentary of European Contract Law* (Oxford, Oxford University Press).
55. MEDINA, Gabriela y MIRANDA, Ivonne (2013): *Responsabilidad contractual médica. Análisis jurisprudencial de las obligaciones de medios y de resultado* (Santiago, Memoria Universidad de Chile).
56. MEJIAS, Claudia (2018): "El derecho común presupuesto en el ordenamiento jurídico nacional. Una revisión de su contenido", en *Revista Chilena de Derecho* (volumen 45, N° 3).
57. MEJÍAS, Claudia (2019): "La pérdida de una chance. Una revisión a partir de los requisitos del daño indemnizable", en AA.VV., *Estudios de derecho civil XIX* (Santiago, Thomson Reuters).
58. MIRANDA, Francisco (2015): "Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración", en *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado Universidad de Chile* (N° 7).
59. MORALES MORENO, Antonio Manuel (2010): *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* (Navarra, Cizur Menor).
60. PADILLA, Ricardo (2013): "Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (volumen 20, N° 1).
61. PAILLÁS, Enrique (1999): *Responsabilidad médica* (Editorial ConoSur).
62. PANTALEON, Fernando (1991): "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", en *Anuario de Derecho Civil* (volumen 44, N° 3).
63. PENAILILLO, Daniel (2018): "Sobre el lucro cesante", en *Revista de Derecho Concepción* (volumen 86, N° 243).
64. PEÑAILILLO, Daniel (2003): *Las obligaciones: teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
65. PEÑAILILLO, Daniel (2009): "Responsabilidad contractual objetiva", en AA.VV., *Estudios de derecho civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Santiago, LegalPublishing).
66. PIERRY, Pedro (1995): "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (volumen 92, N° 17).
67. PIERRY, Pedro (2000): "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (N° 1).
68. PIZARRO, Carlos (2008): "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o diligencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica* (N° 31).
69. PIZARRO, Carlos (2014): "El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad", en *Revista Chilena de Derecho* (volumen 41, N° 3).
70. PIZARRO, Carlos (2015): "En oposición al consentimiento hipotético informado", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica* (N° 44).
71. QUINTANA, Bárbara y MUÑOZ, Carlos (2004): *Responsabilidad médica. Doctrina legislación y jurisprudencia* (Santiago, Editorial La Ley).
72. ROCA, Encarnación (2011): "El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos", en *Boletín del Ministerio de Justicia*.
73. ROMERO, Alejandro, "Corte Suprema, 25 de septiembre de 1996", en *Revista Chilena de Derecho* (volumen 25, N° 2).
74. RUTHERFORD, Romy (2013): "La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual: tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española", en *Revista Chilena de Derecho* (volumen 40, N° 2).
75. SAN MARTIN (2018): *La culpa de la víctima en la responsabilidad civil* (Santiago, DER Ediciones).
76. SAN MARTIN, Lilian (2009): "Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor en el cumplimiento contractual", en *Revista de Derecho Concepción* (N° 255-256).
77. SANTOS, Ana (2013): "El juicio de probabilidad en la valoración del lucro cesante por daño físico", en *Ars Boni et Aequi* (volumen 11, N° 1).
78. STITCHKIN, David (2009): *El mandato civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

79. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (2007): *Principles of European Law of Service Contracts*.
80. TAPIA, Mauricio (2003): "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", en *Revista de Derecho* (Valdivia) (volumen 15, N° 2).
81. TAPIA, Mauricio (2012a): "Pérdida de una *chance*: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?", en AA. VV., *Estudios de derecho civil VII* (Santiago, Abeledo Perrot).
82. TAPIA, Mauricio (2012b) pérdida *chance* postgrado.
83. TAPIA, Mauricio (2012b): Pérdida de una *chance*. Su indemnización en la jurisprudencia chilena", en *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile* (N° 2).
84. TAPIA, Mauricio (2019): *Caso fortuito o fuerza mayor* (Santiago, Thomson Reuters).
85. VALDIVIA, José Miguel (2019): "La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena", en *Revista de Derecho Concepción* (volumen 87, N° 246).
86. VIDAL, Álvaro (2000): "La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica* (N° 21).
87. VIDAL, Álvaro (2002): "La responsabilidad civil del profesional médico", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (N° 8).
88. VIDAL, Álvaro (2006): "La responsabilidad del deudor por incumplimiento de su tercero encargado en la compraventa internacional de mercaderías", en *Cuadernos de Análisis Jurídico III* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
89. VIDAL, Álvaro (2007): "Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista", en *Revista Chilena de Derecho* (volumen 34, N° 1).
90. VIDAL, Álvaro (2008): "La carga de mitigar las pérdidas del acreedor", AA.VV., *Estudios de derecho civil* (Santiago, LegalPublishing).
91. VIDAL, Álvaro (2008): "Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la ley N° 19.300", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica* (N° 29).
92. VIDAL, Álvaro (2013) "La indemnización de daños por incumplimiento y estar contractualmente obligado", en AA.VV., *Estudios de derecho civil IX* (Santiago, LegalPublishing).
93. VIDAL, Álvaro (2013): "Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Una mirada desde el derecho contractual", en *Estudios de derecho civil VIII* (Santiago, LegalPublishing).
94. VIDAL, Álvaro y BRANTT, María Graciela (2012): "Cumplimiento e incumplimiento de responsabilidad del deudor en el Código Civil. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre de 2010", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (volumen 19, N° 1).

Jurisprudencia citada

1. *Adriana Catalán López con Servicio de Salud Metropolitano* (2018): Corte Suprema, 2 de octubre de 2018, Rol N° 41890-2017;
2. *Almacenes Pullman Limitada contra Sociedad Santiago Leasing S.A* (2008): Corte Suprema, 21 de enero de 2008, Rol N° 5055-2006;
3. *Angélica Beltrán Véliz y otro con Hospital Clínico Universidad Mayor y otro* (2015): Corte Suprema, 30 de marzo de 2015, Rol N° 30907-2014;
4. *Bernarda Olmos Bruna con M. Angélica Hernández Pino* (2018): Corte Suprema, 21 de febrero de 2018, Rol N° 7085-2017;
5. *Bidasoa Limitada y otros con Patricia Isaacs Castro y otro* (2018): Corte Suprema, 12 de julio de 2018, Rol N° 35723-2017;
6. *Campos Ramírez con Isabel del Carmen con Servicio de Salud de Concepción* (2015): Corte Suprema, 17 de abril de 2015, Rol N° 27175-2014;
7. *Carlos Pérez Aguilar y otra con Servicio de Salud de Antofagasta* (2017): Corte Suprema, 26 de diciembre de 2017, Rol N° 11526-2017;
8. *Claudia Quilodrán Ramírez con Servicio de Salud de Concepción* (2017): Corte Suprema, 13 de noviembre de 2017, Rol N° 99898-2016;
9. *Claudio Silva Calderón con Mutual de Seguridad Cámara Chilena de la Construcción* (2019): Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol N° 2779-2018;

10. *Constructora Monteverde Limitada con Ilustre Municipalidad de La Ligua* (2013): Corte Suprema, 26 de septiembre de 2013, Rol N° 375-2013;
11. *Alcides Andrés Cortés Tabilo con Eduardo Ernesto Calderón Machuca* (2014): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 25 de julio de 2014, Rol N° 165-2014;
12. *Cristina Hormazábal Andrade con GD Ingeniería y Construcción Limitada y otros* (2018): Corte Suprema, 16 de abril de 2018, Rol N° 7180-2017;
13. *Cristóbal Tienken Fernández con Clínica Las Condes S.A.* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de abril de 2014, Rol N° 5396-2014;
14. *Directores del Complejo Hospitalario San José con Valeska Pino Garrido* (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de julio de 2018, Rol N° 43412-2018;
15. *Directores del Complejo Hospitalario San José con Valeska Pino Garrido* (2018): Corte Suprema, 1 de agosto de 2018, Rol N° 16876-2018;
16. *Manuel Eugenio Elgueta Ariztía con Pizarreño S.A* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de noviembre de 2013, Rol N° 3248-2011;
17. *Rodrigo Erazo Reyes con Treizman Sacks Lucy* (2012): Corte Suprema, 22 de agosto de 2012, Rol N° 3240-2012;
18. *Estado de Chile con Minimal Enterprises Company y otro* (2018): Corte Suprema, 26 de junio de 2018, Rol N° 36757-2017;
19. *Eugenio Domínguez Delpiano y otro con René Donoso Rodríguez y otro* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de julio de 2016, Rol N° 7473-2014;
20. *Eulalia Campos Jiménez con Servicio de Salud del Maule* (2017): Corte Suprema, 25 de abril de 2017, Rol N° 38151-2016;
21. *Nayade Fernández Medel con Clínica Las Condes S.A., Milenko Ivankovic Bizaca, Juan Alcelde Saavedra* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de mayo de 2013, Rol N° 7995-2011;
22. *Fisco de Chile con Molibdenos y Metales S.A. y otra* (2014): Corte Suprema, 1 de septiembre de 2014, Rol N° 15996-2013;
23. *Fresia Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud de Concepción* (2013): Corte Suprema, 2 de octubre de 2013, Rol N° 4325-2013;
24. *Georgina Vera Ordenes con Fisco de Chile* (2017): Corte Suprema, 14 de noviembre de 2017, Rol N° 83397-2016;
25. *Gloria Sepúlveda Hevia con Fisco de Chile* (2014): Corte Suprema, 28 de mayo de 2014, Rol N° 14421-2013;
26. *Fresia del Rosario Gutiérrez Sánchez con Servicio de Salud de Concepción* (2012): Corte de Apelaciones de Concepción, 14 de octubre de 2012, Rol N° 1473-2013;
27. *Carlos Henríquez Durán y otro* (2007): Corte de Apelaciones de Rancagua, 4 de septiembre de 2007, Rol N° 1481-2006;
28. *Hugo Aedo Gallardo con Nazar Logística Limitada y otros* (2014): Corte Suprema, 24 de noviembre de 2014, Rol N° 2547-2014;
29. *Inversiones Clarkson y Compañía Limitada con Humberto Guillermo Donoso Caamaño* (2014): Corte Suprema, 29 de mayo de 2014, Rol N° 2073-2013;
30. *Jacqueline González Cantillana y otros con Sociedad Clínica del Maule y otro* (2018): Corte Suprema, 12 de junio de 2018, Rol N° 3385-2018;
31. *Marco Antonio Jaramillo Amoyao con Fisco de Chile* (2017): Corte Suprema, 24 de abril de 2017, Rol N° 52961-2016;
32. *John Durson Wagner y otros con Luciano Basauri Tochetton y otro* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de octubre de 2013, Rol N° 151-2012;
33. *José Ibáñez Castillo con Instituto Hijas de San Camilo* (2018): Corte Suprema, 5 de marzo de 2018, Rol N° 82482-2016;
34. *José Urrutia Soto y otros con Servicio de Salud del Bío Bío* (2015): Corte Suprema, 15 de julio de 2015, Rol N° 4156-2015;
35. *Josefina Escárate Lorca y otros con Inmobiliaria Clínica San Carlos S.A. y otro* (2018): Corte Suprema, 29 de enero de 2018, Rol N° 19182-2017;
36. *Juan Contreras Parra con Servicio de Salud de Concepción* (2017): Corte Suprema, 9 de noviembre de 2017, Rol N° 1745-2017;
37. *Juan Ortiz López y otros con Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse* (2017): Corte Suprema, 29 de agosto de 2017, Rol N° 101769-2016;

38. *Juan Sarabia Tolosa y otros con Servicio de Salud de Iquique y otros* (2016): Corte Suprema, 12 de septiembre de 2016, Rol N° 9481-2016;
39. *Juan Vargas Salinas con Amalia Bahamonde Oyarzo y otro* (2014): Corte Suprema, 27 de noviembre de 2014, Rol N° 12048-2013;
40. *Juan Vásquez Olivares con Servicio de Salud de Coquimbo* (2016): Corte Suprema, 14 de septiembre de 2016, Rol N° 35566-2015;
41. *Judith Cecilia González Concha con Clínica Los Abetos* (2012): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de abril de 2012, Rol N° 2141-2011;
42. *Julia Haydée Delgado Romero y otros con Pontificia Universidad Católica de Chile* (2012): Corte Suprema, Rol N° 582-2011;
43. *Katherine Gajardo Orellana con Patricio Stevens Moya* (2016): Corte Suprema, 10 de marzo de 2016, Rol N° 21373-2015;
44. *Katherine Torrontegui González y otra con Clínica Las Violetas S.A. y otros* (2018): Corte Suprema, 31 de enero de 2018, Rol N° 9189-2017
45. *Katty Vásquez Contreras y otros con Hospital Carlos Van Buren* (2015): Corte Suprema, 3 de diciembre de 2015, Rol N° 29365-2014;
46. *Jorge Arnaldo Leal Labrín con Servicio de Salud Metropolitano* (2019): Corte Suprema, 24 de abril de 2019, Rol N° 7108-2017;
47. *Elsa León Muñoz con Mauricio Hinojosa Scheel* (2014): Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de julio de 2014, Rol N° 625-2013;
48. *Leonel Ramírez Robledo con Fisco de Chile* (2013): Corte Suprema, 29 de octubre de 2013, Rol N° 3-2013;
49. *Lucy Treizman Sacks y otros con Rodrigo Erazo Reyes y otra* (2013): Corte Suprema, 5 de junio de 2013, Rol N° 5883-2012;
50. *Luis Salgado Delgado y otro con Fisco de Chile* (2014): Corte Suprema, 29 de abril de 2014, Rol N° 16920-2013;
51. *Luis Vásquez Sobrevia con Claudia Montini Sartori y otra* (2018): Corte Suprema, 26 de diciembre de 2018, Rol N° 44501-2017;
52. *Juan Luna Espinoza con Sergio Bobadilla Valenzuela* (2001): Corte Suprema, 21 de noviembre de 2000, Rol N° 2217-2000;
53. *Macarena Estay Estay y otro con Ilustre Municipalidad de San Felipe* (2017): Corte Suprema, 4 de julio de 2017, Rol N° 95114-2016;
54. *María López Oñatt con Fisco de Chile* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de noviembre de 2014, Rol N° 711-2014;
55. *María Rossi Sánchez con Colegio Academia de Humanidades* (2018): Corte Suprema, 4 de abril de 2018, Rol N° 12176-2017;
56. *Maricel Vallejos García con Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente* (2017): Corte Suprema, 25 de abril de 2017, Rol N° 34836-2016;
57. *Mariela Pérez Barril y otro con Servicio de Salud de Osorno* (2017): Corte Suprema, 6 de noviembre de 2017, Rol N° 62104-2016;
58. *Megafrut Limitada con Andes Logistics de Chile S.A. y otro* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de enero de 2015, Rol N° 1690-2014.
59. *Milan Ceric Aguila con Servicio de Salud de Viña del Mar Quillota* (2016): 19 de diciembre de 2016, Rol N° 76225-2016;
60. *Héctor Montecinos Peralta con Hospital Clínico Pontificia Universidad Católica de Chile* (2007): Corte Suprema, 25 de septiembre de 2007, Rol N° 4103-2005;
61. *Myriam Anabalón Fierro y otros con Servicio de Salud Araucanía* (2016): Corte Suprema, 25 de octubre de 2016, Rol N° 22751-2015;
62. *Enrique Carlos Netz Puschmann con The Wessex School* (2010): Corte Suprema, 7 de septiembre de 2010, Rol N° 1089-2009;
63. *No consigna con Jar Ingeniería y Servicios a la Minería y Cía. Ltda* (2006): 12 de diciembre de 2006, Rol N° 971-2006;
64. *Manuel Enrique Ojeda Soto con Servicio de Salud Viña del Mar – Quillota* (2018): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de diciembre de 2018, Rol N° 776-2008;
65. *Manuel Ojeda Soto con Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota* (2011): Corte Suprema, 20 de enero de 2011, Rol N° 2074-2009;
66. *Pamela de las Mercedes Bahamondes Moreno* (2012): Tribunal Constitucional, 10 de julio de 2012, Rol N° 2042-11-INA;
67. *Paola Guadalupe Rochet Argandoña con Tomás Oksenberg Reisberg y otro* (2008): Corte Suprema, 25 de marzo de 2008, Rol N° 4931-2006;

68. *Patricia Corvalan Castillo con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (2017): Corte Suprema, 11 de mayo de 2017, Rol N° 47936-2016;
69. *Patricia Loreto Muñoz Oliva con Servicio de Salud de Talcahuano* (2003): Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de enero de 2003, Rol N° 2135-2000;
70. *Patricio Raimundo Vejar Araya con Fundación Médica San Cristóbal y otra* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de noviembre de 2014, Rol N° 3365-2014;
71. *Paz López Osorio con Ilustre Municipalidad de Recoleta y otro* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de noviembre de 2015, Rol N° 4467-2015;
72. *Leslie Peralta Sarmiento con Hospital Clínico U. de Chile* (2011): Corte Suprema, 12 de abril de 2011, Rol N° 6778-2008;
73. *Álvaro Pizarro Froese con Banco del Estado de Chile* (2010): Corte Suprema, 8 de abril de 2010, Rol N° 2248-2008;
74. *Rebeca Guevara Díaz y otros con Exportadora Unifrutti Traders Limitada* (2016): Corte Suprema, 28 de septiembre de 2016, Rol N° 7237-2015;
75. *María I Retamales Soto con Ilustre Municipalidad de Quilicura - Servicio de la Salud Metropolitana Norte* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de junio de 2009, Rol N° 8585-2006;
76. *Reynaldo Santana Duarte y otro con Corporación de Desarrollo Social de Providencia y otro* (2018): Corte Suprema, 27 de junio de 2018, Rol N° 38145-2017;
77. *Rolando Unda Muñoz y otra con Clínica del Maule S.A. y otro* (2014): Corte de Apelaciones de Talca, 17 de julio de 2014, Rol N° 10438-2013;
78. *Ruby Saez Montoya contra Sociedad Médica Clínica Francesa S.A.* (2005): Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de septiembre de 2005, Rol N° 1045-2003;
79. *Sandra Angélica Saavedra Encina con Superintendencia de Salud* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de agosto de 2015, Rol N° 60233-2015;
80. *María Gabriela Silva Escandón contra María Luisa Dosque Contreras* (1993): Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de diciembre de 1993, Rol N° 1171-1992;
81. *Sociedad Educacional Colegio Alemán de Arica Limitada y otra con Banco del Estado de Chile* (2011): Corte Suprema, 25 de enero de 2011, Rol N° 3738-2009;
82. *Sofía Sarria Muñoz y otros con Tambillos Servicios Mineros S.A.* (2017): Corte Suprema, 2 de mayo de 2017, Rol N° 100796-2016;
83. *Jaime Solano Concha con Chamorro N* (2013): 1° Juzgado Civil de Viña del Mar, 19 de junio de 2013, Rol N° 2121-2009;
84. *Sylvia Miranda Hernández con Hospital Clínico San Borja Arriarán* (2016): Corte Suprema, 14 de diciembre de 2016;
85. *Juan Carlos Telechea González contra Banco Santander Santiago* (2010): Corte Suprema, 5 de agosto de 2010, Rol N° 1587-2009;
86. *María Isabel Thumala Olave con María Macarena Lausen Montt* (2013): Corte Suprema, 25 de noviembre de 2013, Rol N° 8307-2012;
87. *Patricia Andrea Vega Lizana con Octavio A. Castillo Cádiz* (2009): Corte Suprema, 30 de marzo de 2009, Rol N° 6779-2007;
88. *Verónica Von Maries Carmona y otra con Fisco de Chile* (2018): Corte Suprema, 29 de junio de 2018, 34225-2017;
89. *Consuelo Andrea Wagemann Morales con Pedro Vidal García-Huidobro* (2011): Corte Suprema, 28 de enero de 2011, Rol N° 5849-2009;
90. *Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A.* (2012): Corte Suprema, 31 de octubre de 2012, Rol N° 3325-2012.

