

RESPONSABILIDAD CIVIL DE ORGANISMOS PÚBLICOS EN MATERIA SANITARIA ¿PUEDE EL PACIENTE OPTAR POR EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL?

CIVIL LIABILITY OF PUBLIC ORGANIZATIONS IN HEALTH SERVICES: ¿CAN THE PATIENT CHOOSE THE CONTRACTUAL LIABILITY REGIME?

GONZALO SÁNCHEZ SANDOVAL * **
Universidad de Chile - Santiago, Chile

RESUMEN: El paciente, víctima, o demandante ha encontrado dificultades a la hora de hacer efectiva la responsabilidad civil por negligencia médica. En el presente trabajo me enfocaré en una de esas herramientas, el concurso de acciones de responsabilidad civil en materia sanitaria de organismos públicos. La pregunta central es ¿puede el paciente invocar el régimen contractual respecto del Servicio de Salud y de los médicos respectivos? La Corte Suprema, en un fallo del año 2017, se pronunció parcialmente respecto de esta pregunta.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil, negligencia médica, servicio público de salud, concurrencia de responsabilidades, Corte Suprema.

ABSTRACT: The patient, victim or plaintiff has find some difficulties at the time of pursuit the civil liability by medical negligence. In this paper we approach into one of the remedies, the concurrence of civil liability actions of public health services. The main question is: Can the patient claim for the contractual liability for the public health service and for the medical team also? The Chilean Supreme Court of Justice, in a rule of 2017 take a partial stand answering this question.

KEYWORDS: Civil liability, medical negligence, public health services, civil liability concurrence, Chilean Supreme Court of justice.

RESUMEN / ABSTRACT

* Estudiante de cuarto año (2019), carrera de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: gonzalo.sanchez@derecho.uchile.cl.

** Este trabajo corresponde a la ponencia presentada en el 1^{er} Congreso Estudiantil de Derecho Privado de la Universidad de Concepción, los días 29 y 30 de agosto de 2019.

I.- INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de responsabilidad civil que más abunda en la actualidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es la responsabilidad civil médica.

Históricamente, el paciente, víctima, o demandante ha encontrado dificultades a la hora de hacer efectiva la responsabilidad civil por negligencia médica. La razón principal obedece a la posición desigual entre las partes, lo que sumado a los regímenes de responsabilidad que colocan sobre la espalda del demandante el deber de acreditar los presupuestos de su acción, combinado con un sistema de prueba legal, hacen que el paciente se encuentre con un escenario poco amigable.

Sin embargo, la jurisprudencia ha recurrido a diversas instituciones, tanto de derecho civil como procesal, que tienden a alivianar la carga del demandante, lo que se ha traducido en definitiva en que la tasa de éxito de su pretensión vaya en aumento.

La pregunta respecto a la idoneidad de estas instituciones del derecho civil que han logrado dejar en una mejor situación al paciente sin duda que es un tema respecto del cual se pueden escribir muchas páginas. En el presente trabajo me enfocaré en una de esas herramientas cual es el concurso de acciones de responsabilidad civil en materia sanitaria de organismos públicos. La pregunta central es ¿puede el paciente invocar el régimen contractual respecto del Servicio de Salud y de los médicos respectivos? La Corte Suprema, en un fallo del año 2017, se pronunció parcialmente respecto de esta pregunta.

II.- CAMPOS JIMÉNEZ, EULALIA CON SERVICIO DE SALUD DEL MAULE Y OTROS: CORTE SUPREMA, 25 DE ABRIL DE 2017: EL CASO Y LOS HECHOS.

El día 23 de octubre del año 2005 la demandante, E.D.L.M.C.J concurre al Hospital San José de Parral debido a fuertes dolores estomacales. En dicho recinto la doctora de turno sugirió que el malestar podía deberse a un embarazo ectópico o tubario, el test de embarazo realizado el mismo día dio resultado positivo¹. Al día siguiente un nuevo examen arroja las posibilidades de dicho embarazo ectópico, dándose las indicaciones respectivas, entre ellos un examen de sangre y una ecotomografía ginecológica. El día 26 de octubre fue analizado el examen de sangre y se consignó “aborto producido en observación”. El 04 de noviembre fue analizado por otro doctor quien diagnosticó embarazo ectópico roto, la hospitalizó y la operó con la ayuda de otro profesional, procediendo a extirparle la trompa izquierda que se encontraba rota y extirpándole, además, la trompa derecha.

¹ El embarazo ectópico es un embarazo que se desarrolla fuera de la matriz (útero), el cual puede ser mortal para la madre.

Con fecha 29 de septiembre del año 2010 -casi 5 años después- la paciente interpone una demanda que pretendía el resarcimiento de los daños producidos producto del actuar del personal médico, en particular, el daño moral sufrido por perder su capacidad de reproducción a consecuencia de la extirpación de ambas trompas. La actora, demanda conjuntamente al Servicio de Salud y a cuatro médicos que la trataron e intervinieron en el recinto, amparándose en el régimen contractual tanto respecto del Servicio de Salud como respecto de cada uno de los médicos.

El Tribunal de primera instancia rechaza la demanda porque, a su juicio, no se encuentra acreditado el vínculo contractual entre la actora y los demandados, además señala que la demandante se atendió bajo la modalidad institucional y no la modalidad de libre elección, a mayor abundamiento señala que la acción en sede extracontractual se encuentra prescrita por la norma expresa del artículo 40 de la Ley 19.966, en adelante “Ley del Auge”, es decir, 4 años desde que ocurre la acción u omisión.

La Corte de Apelaciones confirma el fallo de primera instancia, haciendo presente que los antecedentes allegados al proceso no dicen relación alguna con la fuente generadora de la obligación: el contrato. De esta forma, la Corte entiende que es posible invocar el régimen contractual respecto de los demandados para lo cual es necesario en primer lugar acreditar el vínculo contractual.

La demandante recurre de casación ante la Corte Suprema sosteniendo que la sentencia incurre en un vicio de *ultra petita*, pues si bien dos de los médicos negaron la relación contractual, los otros dos reconocen expresamente el contrato, señalando que cumplieron las obligaciones que este imponía. Ese argumento fue suficiente para la Corte para entender que la sentencia había incurrido en un vicio de *ultra petita* en su modalidad *extra petita* pues “respecto de tales demandados, la existencia del contrato de prestación de servicios médicos es un hecho no controvertido, por lo que los sentenciadores, debieron estarse a aquél para analizar su responsabilidad”

La Corte, en la sentencia de reemplazo, condena a uno de los médicos a pagar la suma de \$10.000.000 a la demandada a título de daño moral.

III. EL CONCURSO DE REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD

¿Puede el paciente desentenderse de las normas especiales de responsabilidad de la Ley del Auge amparándose en el estatuto de responsabilidad contractual?

Es perfectamente posible que un ilícito civil sea al mismo tiempo un incumplimiento contractual, esta situación en el ámbito médico ocurre cada vez con más frecuencia. Así, surgen al menos dos regímenes posibles de responsabilidad: el contractual y el extracontractual.

En materia de responsabilidad de hospitales públicos necesariamente tenemos que considerar un tercer régimen de responsabilidad, uno especial, que está

normado en la Ley N°19.966 “Establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud” o Ley del Auge en su Título III “de la responsabilidad en materia sanitaria”.

Así, en el presente caso nos encontramos ante un posible concurso de tres acciones ¿puede optar el paciente por cualquiera de ellas?

La pregunta respecto a un concurso de acciones de responsabilidad solo va a ser relevante en la medida que para el demandante la elección de uno u otro régimen le reporte algún beneficio.

IV.- PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE LOS TRES POSIBLES RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD APLICABLES

No es la intención de este trabajo profundizar respecto a las diferencias y similitudes entre los regímenes de responsabilidad de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, podemos sostener que hoy la doctrina entiende que cada vez las diferencias se van atenuando.

Me centraré en tres cuestiones que podrían ser relevante a la hora de escoger un régimen más beneficioso para el paciente: la solidaridad, la carga de la prueba, y la prescripción.

Situándonos en el régimen de responsabilidad extracontractual, la regla del artículo 2317 que consagra la solidaridad cuando un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas podría ser de interés a la hora de escoger el régimen más beneficioso, pues conforme a este precepto, en principio, el paciente podría demandar solidariamente a la clínica y al médico. La jurisprudencia ha admitido la solidaridad cuando daño ha sido causado por una actuación conjunta de los demandados.

Por otra parte, en el régimen de responsabilidad contractual no hay una regla expresa respecto de la solidaridad, por lo que por aplicación del artículo 1511 del Código Civil, que señala que la solidaridad requiere de ley, la obligación de reparar de la clínica y el facultativo sería simplemente conjunta.

Respecto del régimen de responsabilidad de la Ley del Auge nada se dice en relación a la solidaridad. La pregunta que surge es si sería posible aplicar supletoriamente las reglas del título XXXV del Código Civil. El profesor Carlos PIZARRO sostiene que es posible aplicar supletoriamente las reglas de Derecho Común, por lo que es procedente aplicar la regla de solidaridad. La jurisprudencia así lo ha entendido, de hecho, la Corte Suprema en un reciente fallo de fecha de 7 de mayo de 2019 decidió no pronunciarse al respecto rechazando un recurso de casación en

contra de una sentencia que condenó solidariamente al Servicio de Salud y al médico².

Ahora bien, es sabido que la aplicación del artículo 2317 en la responsabilidad por el hecho del dependiente no es unánimemente aceptada, lo que sumado a la teoría del profesor Hernán CORRAL en orden a entender que este tipo de obligaciones, más que solidarias o simplemente conjuntas, son concurrentes, viene a atenuar la diferencia en lo que dice relación con la solidaridad.³ Estas dos apreciaciones son reafirmadas por la Corte Suprema en un reciente fallo de 15 de abril de 2019:

“Que establecida la responsabilidad de los demandados de autos, cabe señalar que a la obligación que surge de la condena a pagar las indemnizaciones establecidas no le es aplicable ni el régimen de las obligaciones solidarias ni el de las simplemente conjuntas, sino que el tratamiento de las concurrentes, las que se asemejan a las primeras en que los deudores pueden ser obligados a pagar el total de modo que pagando uno se libera a los otros, pero se diferencian en que no se aplican los efectos secundarios propios de la unidad obligacional”⁴

Luego agrega:

² El recurso de casación se fundó en la improcedencia de aplicar el título XXXV del Código Civil al existir un régimen especial de responsabilidad en la Ley 19.966. La Corte Suprema rechaza el recurso pues, a su juicio, pretendía modificar los hechos establecidos por los jueces de fondo.

“En otras palabras, el arbitrio de nulidad desatiende esta causalidad material, entre la falta de cuidado en el procedimiento médico y el perjuicio atribuido, insistiendo en que la responsabilidad corresponde únicamente al Servicio de Salud, que puede posteriormente repetir en su contra en caso de ser condenado.

De lo anterior, se colige que el recurso de casación carece de los antecedentes de hecho que autorizarían acudir a los preceptos que se denuncian infringidos, situación que no es posible variar desde que 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 del valor legal de la prueba, cuyo no es el caso de autos.” Corte Suprema, 07 de mayo de 2019, Rol N°300-2019.

³ Al respecto, el profesor Hernán CORRAL señala:

“En suma, no se aplica el art. 2317 ni procede que se condene solidaria mente si respecto de un mismo hecho dañoso hay varios responsables que no son coautores. Así sucede en el caso de responsabilidad por el hecho ajeno o cuando se superponen diversos estatutos de responsabilidad (por ejemplo, si por defectos constructivos se demanda al propietario primer vendedor y al constructor: art. 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones). No hay solidaridad porque no la ha dispuesto la ley, sino que dos obligaciones concurrentes de diversos deudores pero con el mismo objeto: reparar el daño. La víctima puede ejercer la acción contra ambos, y la sentencia puede declarar la responsabilidad por el total de ambos si se cumplen los requisitos legales. En la ejecución el perjudicado podrá elegir entre los dos condenados para obtener la reparación. Una vez hecho el pago, habrá que determinar si hay contribución a la deuda por parte del otro obligado, lo que dependerá de lo dispuesto en la ley y, en su silencio, de la contribución causal de cada uno al daño.” CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013, p 325.

⁴ Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol 2779-2018

“Se descarta la aplicación de la regla de solidaridad establecida en el artículo 2317 del Código Civil para el caso de pluralidad de autores de un mismo hecho, pues esto último no ocurre en el caso del tercero civilmente responsable de un daño.”⁵

En consecuencia, respecto de la forma en que responderán los demandados, parece ser que las diferencias entre los tres regímenes no son tan evidentes.

Otra diferencia que podría resultar relevante entre estos regímenes dice relación con la carga de la prueba. Sabemos que tratándose del régimen de responsabilidad extracontractual es la víctima quien tiene que acreditar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, lo que es consistente con la regla del artículo 1698 del Código Civil, pues quien tiene que probar la obligación indemnizatoria es precisamente el paciente que alega su existencia.

En la Ley del Auge esta situación es mucho más evidente, pues el artículo 38 señala que *“el particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio”*

En definitiva, en ambos regímenes corresponderá al paciente acreditar la acción, el daño, la relación de causalidad y la culpa del médico o la falta de servicio, lo que en la mayoría de los casos se traduce en acreditar la infracción a la *lex artis*, la cual constituye un parámetro de diligencia exigible al facultativo. Sobre este último elemento es donde gira la mayoría del debate en los juicios de responsabilidad civil médica, en definitiva, si se acredita una infracción a la *lex artis* se acredita que el facultativo actuó culpablemente.

En el régimen de responsabilidad contractual, la doctrina más actual sostiene que, si se trata de una obligación de medios, corresponde al médico acreditar que se comportó conforme a la *lex artis*. Es a través de una correcta y armónica interpretación del artículo 1698 del y el 1547 inciso tercero del Código Civil que se sostiene que, tratándose de obligaciones de medios, el incumplimiento se confunde con la culpa:

“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 involucrar exigencia de diligencia para la satisfacción del acreedor. Entenderlo de otra manera infringe el artículo 1547 inciso 3° CCCh”⁶.

Esta interpretación ha sido recogida por la jurisprudencia, de hecho, parece ser que así lo entiende la Corte en la sentencia analizada:

“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”

⁵ Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol 2779-2018

⁶ PIZARRO WILSON, Carlos, “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 2008. Valparaíso, Vol. XXXI, p.263.

Esta interpretación deja al paciente, en principio, en una buena situación desde el punto de vista de la prueba, pues será el médico quien debe acreditar que actuó con la debida diligencia, es decir, que cumplió con las obligaciones que le imponía el contrato.

Esta facilidad probatoria puede tener ciertos matices, el primero es que el paciente aún debe acreditar la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, y en esa actividad probatoria es que pareciera ser que, por reflejo, se estaría probando la culpa.

Otro problema tiene que ver con la dificultad de probar el contrato médico, pues como en el caso de autos, el contrato se tuvo por acreditado porque los dos médicos reconocieron las obligaciones del mismo, sin embargo, los otros dos restantes no lo hicieron y la Corte determinó que no se encontraba acreditado el vínculo contractual. Al respecto, parece más acertada la opinión del voto disidente del ministro Muñoz quien estima que el vínculo contractual y el paciente es una cuestión que está acreditada en base a indicios probatorios. Lo que cabe determinar es el contenido contractual, que siempre es difuso tratándose del contrato de prestación de servicios médicos.

En tercer lugar, se debe tener presente que conforme al artículo 1698 de Código Civil no se trata de acreditar la existencia del vínculo contractual, sino de acreditar las obligaciones del contrato. La pregunta es si es que basta con señalar que el médico tiene la obligación de comportarse conforme a la *lex artis*, es decir, una obligación de medios, o bien deberá el paciente señalar al tribunal cual es el contenido de la *lex artis* en el caso concreto. Si se estima que es la última opción, el paciente nuevamente se encuentra con que debe demostrar el incumplimiento contractual y por tanto la culpa del médico, pues señalar cual es el comportamiento específico que le era exigible al médico es una de las formas de acreditar que el médico no cumplió con las obligaciones del contrato⁷.

Concluyendo, en principio, el régimen de responsabilidad contractual podría ser más beneficioso para el paciente desde el punto de vista probatorio, aunque debido a estos matices en la práctica esa diferencia no es tan evidente.

Finalmente, la diferencia que podría resultar clave para escoger entre uno u otro régimen es la prescripción. Al respecto no hay mucho que decir, el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual es de cuatro años

⁷ La jurisprudencia a veces exige la prueba de la conducta exigible, a modo de ejemplo la Corte Suprema ha señalado:

*“A ello se agrega que, para establecer una negligencia, imprudencia, impericia o falta de diligencia, en general se requiere se acredite la conducta profesional exigible y esperable frente a los síntomas que manifiesta el paciente, como el antecedente que ésta no fue prestada por el demandado en su oportunidad. Tal evaluación sólo es posible por un conocedor especializado de la ciencia médica, por medio de guías clínicas u otro medio idóneo, de modo que la carencia de dichos antecedentes impide al sentenciador emitir un juicio razonado y ajustado a la *lex artis* médica”* Corte Suprema, 18 de abril de 2018, Rol 34396-2017.

desde la perpetración del acto en virtud del artículo 2332 del Código Civil. Lo mismo ocurre con el régimen de responsabilidad en materia sanitaria de la ley 19.966 el cual señala en su artículo 40 que son cuatro años contado desde la acción u omisión.

Sin embargo, tratándose de la acción que busca perseguir la responsabilidad contractual, el plazo de prescripción es de cinco años desde que la obligación se hace exigible, en este caso, desde el incumplimiento.

En definitiva, la prescripción puede ser una razón para preferir recurrir a la vía de la responsabilidad contractual.

El caso es interesante porque justamente dependiendo de la acción que escoja va a depender el éxito de la demanda, porque tratándose del régimen de responsabilidad extracontractual o el especial de la Ley del Auge, la acción se encontraría prescrita.

Por esta misma razón, es que la demandante invoca el régimen contractual, alegando incumplimientos tanto del Servicio de Salud, como respecto de los médicos tratantes.

V.- RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD DE LA LEY 19.966 ¿ES DISPONIBLE?

Está ya asentado en la jurisprudencia que el paciente tiene la opción de elegir el régimen aplicable tratándose de la responsabilidad civil, vale decir, el paciente puede optar entre el régimen de responsabilidad contractual, o bien, invocar el régimen de responsabilidad aquiliana.⁸ Cuestión distinta es si, tratándose de la responsabilidad del Servicio de Salud, el paciente puede optar por el régimen de responsabilidad consagrado en la Ley del Auge, o bien, podrá prescindir de estas normas y escoger el régimen de responsabilidad contractual o extracontractual del Código Civil.

La Corte Suprema correctamente entiende que, por tratarse de una normativa especial, no puede el demandante prescindir del régimen de responsabilidad consagrado en la Ley del Auge:

“De este modo, respecto de ese demandado, la ley establece un estatuto normativo especial que rige la responsabilidad demandada, sin que en la especie sea posible aplicar la responsabilidad contractual por culpa, pues el legislador determinó como factor de atribución sólo falta de servicio, siguiendo los lineamientos del artículo 42 de la Ley N° 18.575”.

Con todo, me parece que el razonamiento de la Corte para llegar a esta conclusión es errado. Hoy en día se ha entendido que la falta de servicio y la culpa son más bien asimilables, sobre todo tratándose en materia sanitaria pues, salvo que la imputación sea por deficiente organización, la controversia radicará en si efectivamente el médico infringió o no la *lex artis*. Así lo entiende la misma Corte:

⁸ Corte Suprema, 21 de octubre de 2016, Rol 31061-2014

Que, para determinar la responsabilidad médica, se debe atender a la lex artis, que constituye el parámetro de control de la conducta que alude a la diligencia y cuidado mínimo que es exigible en el desarrollo de un oficio o función profesional, en el caso concreto, a los profesionales médicos.

Por otra parte, como se analizó, no hay mayor diferencia entre el régimen de derecho común -extracontractual- y el especial de la ley del auge. Bastaba con utilizar un criterio de especialidad para llegar a la misma conclusión a la que llegó la Corte, pues el legislador establece un régimen especial de responsabilidad en materia sanitaria tratándose de servicios de salud, de manera que no cabe aplicar las normas del estatuto contractual ante la existencia de un régimen de responsabilidad especial. Finalmente, la Corte pudo pronunciarse respecto a otros factores que son diferenciadores del régimen de responsabilidad contractual, tales como la especialidad, la prescripción y la carga de la prueba, y no respecto al factor de atribución en donde las diferencias no son tan claras.

A mi juicio, por el principio de especialidad, no cabe aplicar las normas del estatuto contractual ante la existencia de un régimen especial. De hecho, ante los vacíos normativos del régimen especial de responsabilidad, surgiría la pregunta respecto a la posibilidad de aplicar de manera supletoria las reglas del Código Civil, específicamente las del título XXXV del libro IV.

Así las cosas, la acción para perseguir la responsabilidad del Servicio de Salud se encuentra prescrita, pues ha transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años previsto en el artículo 40 de la Ley del Auge.

Pues bien, la segunda pregunta que debe responder el tribunal es si es que la paciente puede invocar el régimen contractual respecto de los médicos individualmente considerados que la atendieron bajo la modalidad de atención institucional. En otras palabras, ¿es posible perseguir la responsabilidad de los médicos por el estatuto de responsabilidad contractual para así poder aprovechar las ventajas de este?

Llama la atención que la Corte no da un tratamiento adecuado a esta pregunta, pues da por sentado que el paciente puede elegir cual estatuto de responsabilidad civil invocar, de manera tal que, si invoca el estatuto contractual, el juez queda anclado a esas reglas.

Sin embargo, considero que antes de llegar a aquella conclusión, la Corte debe determinar si el paciente puede desentenderse de las reglas especiales de responsabilidad de la Ley del Auge e invocar las normas del Código Civil. Solo si responde afirmativamente esta pregunta, la Corte puede entender que el paciente puede elegir cual estatuto de responsabilidad invocará.

El profesor Carlos PIZARRO es de la opinión de que en este caso es posible emplazar directamente al agente directo del daño en conjunto con el tercero

civilmente responsable tal como ocurre con las clínicas que se rigen por las normas del Derecho Común, señalando que:

“En consecuencia, aquí también procede entender que se aplican las normas de Derecho Común, pudiendo la víctima demandar al médico o funcionario y al Estado como tercero civilmente responsable, sin perjuicio del derecho a repetir, si procede tal como ocurre con el artículo 2325 del Código Civil (...)

*En suma, no existen razones para entender que la responsabilidad del Estado por el hecho de los médicos o funcionarios estatales sea distinta a la de la clínica por el hecho de galenos o trabajadores, salvo en que el derecho a repetir exige una culpa agravada por parte del funcionario, la que debe probarse en el juicio de repetición. La Ley del Auge no excluye la aplicación del Derecho Común, ni tampoco se sigue la regla francesa de garantía estatal por actos de funcionarios”.*⁹

El Profesor PIZARRO parte de la base de la posibilidad de emplazar conjuntamente al agente directo del daño y al tercero civilmente responsable, pero en el caso analizado justamente queda fuera de toda duda que la acción contra el tercero civilmente responsable se encuentra prescrita, de manera tal de que no es posible el emplazamiento conjunto. Por lo tanto, cuando el profesor hace referencia al Derecho Común de la responsabilidad, parece ser que es al régimen extracontractual y no al contractual.

Esto lleva a un inconveniente, y es que resulta incompatible con la tendencia que ha tenido la doctrina y jurisprudencia de admitir la opción del demandante de elegir el régimen de responsabilidad de derecho privado aplicable. En suma, si se sostiene que es posible el emplazamiento conjunto del funcionario y el Servicio de Salud por aplicación del derecho Común ¿por qué ese emplazamiento conjunto no es posible invocando el régimen de responsabilidad contractual? La respuesta es una sola: en realidad no se pueden invocar los regímenes de responsabilidad del Código Civil.

Comparto la preocupación del profesor en lo que dice relación con la innecesaria dualidad de regímenes de responsabilidad público-sanitario y de las clínicas, pues *“El principio de igualdad de las víctimas justifica tener un mismo estatuto de responsabilidad con independencia del lugar donde se verifique el daño”*.¹⁰ Sin embargo, el problema está en que efectivamente el legislador contempló un régimen especial tratándose de la responsabilidad de los órganos públicos de salud, por tanto, no se puede prescindir de él.

El principio de igualdad de las víctimas ya se encuentra infringido en este caso, pues el paciente no puede hacer efectiva la responsabilidad del tercero civilmente

⁹ PIZARRO WILSON Carlos, *La responsabilidad civil médica*, Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2017, p.168

¹⁰ PIZARRO, cit. (n.9), p.159

responsable (el servicio de salud), lo que no ocurriría si se tratara de una clínica al poder invocar respecto de ella y sus médicos el régimen contractual.

VI.- SOLO SE PUEDE EMPLAZAR DIRECTAMENTE AL FACULTATIVO CUANDO ACTUÓ CON DOLO O IMPRUDENCIA TEMERARIA

Ya habíamos dicho que el artículo 38¹¹ de la Ley del Auge establece un régimen especial de responsabilidad cuyo factor de atribución respecto de los órganos de la administración del Estado en materia sanitaria es la falta de servicio. Establecida dicha falta de servicio, y condenado el órgano de la administración, podrá repetir contra el funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo, cuestión que se deberá acreditar en un juicio distinto.

Este artículo es clave para descartar la procedencia de la responsabilidad contractual en materia sanitaria de los funcionarios de los órganos de la Administración del Estado, por lo menos tratándose del régimen de atención institucional. En definitiva, descartar la procedencia de la responsabilidad contractual -y también extracontractual- es la única forma de dotar de operatividad al artículo 38 de la Ley del Auge.

Este artículo está señalando la forma en que el funcionario podría ver comprometido su patrimonio, y para ello contempla ciertos requisitos. El primero es que no basta con que el funcionario haya actuado culpablemente, sino que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, se trata de un estándar de diligencia más exigente que los exigidos por los regímenes de responsabilidad del derecho civil. El segundo requisito es que dicha conducta deberá ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, lo que viene a confirmar que se trata de un estándar de diligencia distinto, pues si se tratara del mismo estándar de diligencia ¿Cuál sería la razón de volver a acreditar algo que ya había sido probado en un juicio anterior?

El profesor José Miguel VALDIVIA, respecto del artículo analizado señala que:

“El dispositivo legal revela que el patrimonio estatal absorbe tanto las indemnizaciones que se originen en una falta de servicio como aquellas que surjan de una falta personal, que es una culpa singularizada del médico, revestida de cierta gravedad. Con todo, es un dato bien conocido que la falta personal rara vez es perseguida por la administración, tanto en general, como específicamente en el ámbito

¹¹ Artículo 38 Ley 19.966, 2004 “Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con **imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones**, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el **juicio en que se ejerce la acción de repetición**, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada”.

médico (lo cual puede explicarse por el alto estándar fijado por la ley, propio de conductas delictivas)".¹²

En definitiva, para que el médico -funcionario- vea comprometido su patrimonio no basta con que haya incurrido en culpa, sino que este debe haber incurrido en falta personal, es decir aquellas "que rebasan el nivel de las culpas que pueden ser cometidas por un funcionario medio".¹³ Es por eso por lo que se ha sostenido que la falta de servicio absorbe la culpa leve de los funcionarios, de manera tal que, en estos casos, el Estado responde por una deuda propia y no ajena:

"No hay que arrebatarle toda iniciativa al funcionario, al dejarlo bajo la constante amenaza de una acción de responsabilidad por falta de servicio. La Administración debe amparar al funcionario que actúa para servirla. Por ello la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en considerar a la falta de servicio en el estado puro, como una culpa de la Administración, que absorbe y elimina la culpa del funcionario".¹⁴

En definitiva, la culpa del médico no necesariamente constituye una falta personal, y la actuación culpable del médico puede comprometer la responsabilidad del organismo público de salud por falta de servicio sin comprometer la responsabilidad del médico:

"Como puede apreciarse, el concepto de falta de servicio es independiente de la existencia de culpa por parte del funcionario, presupuesto este que resulta relevante, ya que un acto culposo puede constituir una falta de servicio y no comprometer la responsabilidad de su autor, la cual sólo quedaría comprometida en el caso que el acto constituya una falta personal".¹⁵

Una interpretación armónica lleva necesariamente a sostener que el paciente no puede demandar ni directa ni solidariamente al médico del Servicio de Salud que solo haya actuado culpablemente ni por el régimen contractual ni por el extracontractual, toda vez que lo dispuesto en el artículo 38 resultaría estéril. En efecto, concederle la posibilidad al paciente de perseguir la responsabilidad directa contra el facultativo implica que éste compromete su responsabilidad por la culpa leve, mientras que el artículo 38 de la Ley del Auge señala que solo procederá la repetición, en consecuencia, verá afectado su patrimonio, cuando este haya actuado con imprudencia temeraria o dolo.

¹² VALDIVIA, José Miguel, "La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos", *Revista médica de Chile*, 2018, Vol. 146, p.13

¹³ MAZEAUD, Henry; TUNC André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual Tomo III, Volumen I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pp. 11-12.

¹⁴ ROMÁN CORDERO, Cristian, *Presupuesto especial: El(Los) factor(es) de atribución. Responsabilidad del Estado*, lecciones de clases, Universidad de Chile, Santiago, 2018, p. 33.

¹⁵ PIERRY ARRAU, Pedro, "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio". *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 2000. Año 1, N°1, p.13.

Si bien este razonamiento es suficiente para descartar la aplicación de ambos regímenes del Código Civil, la improcedencia de la responsabilidad contractual es más evidente porque invertiría la carga de la prueba -sería el médico quien tiene que probar la diligencia debida- y aumentaría el plazo de prescripción establecidos en la Ley del AUGE.

Si seguimos esta tesis, ¿hay casos en que el paciente pueda dirigirse directamente contra el funcionario? La respuesta es afirmativa, en efecto, el paciente puede dirigirse ya sea por vía del régimen extracontractual, y con discusión el régimen contractual, cuando el funcionario haya actuado en los términos que se señalan en el artículo 38 de la Ley, es decir, actuado con dolo o imprudencia temeraria, o bien, cuando el funcionario actúa ya no en el ejercicio de sus funciones, sino de manera desvinculada de su ejercicio. Este último supuesto de hecho se encuentra fuera del ámbito de aplicación del artículo 38 y podrá invocarse el régimen extracontractual o el contractual si resulta procedente.

Esta posibilidad está contemplada por la doctrina, es en este caso en donde solo el funcionario compromete su responsabilidad:

*“Excepcionalmente, habrá interés en dirigirse contra el funcionario si no ha incurrido en un ilícito en ejercicio de las funciones públicas (caso en que inequívocamente el Estado responde), sino simplemente con ocasión de esas funciones, en cuyo caso el juez podrá estimar que el hecho es personal del funcionario y no dar lugar a responsabilidad de la Administración”.*¹⁶

Sin perjuicio de que estas consideraciones eran suficiente para rechazar la demanda, como lo hizo el tribunal de primera instancia, pero dado que dos de los médicos reconocieron explícitamente la relación contractual con la paciente, la Corte se desentiende de dichos argumentos y examina si es que se infringieron las obligaciones que les imponía el contrato. Acreditada la infracción a la *lex artis*, y, por tanto, el incumplimiento respecto de solo uno de los médicos demandados, lo condenó a pagar una suma de \$10.000.000 a la demandada a título de daño moral.

VII. CONCLUSIONES

En esta interesante sentencia la Corte Suprema se pronuncia respecto de variados temas controvertidos que dicen relación con la responsabilidad civil médica. Sin embargo, la Corte pasa por alto la discusión más importante para resolver adecuadamente el caso, esto es, la improcedencia de desentenderse del sistema de responsabilidad especial consagrado en la Ley del AUGE para obtener los beneficios del régimen contractual. Más allá de la respuesta, hubiera sido interesante que la

¹⁶ RUIZ AGUILAR, Jorge, “El concepto de falta personal en la responsabilidad extracontractual del Estado”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 2015, N° 21, p. 31

Corte se pronuncie al respecto, porque justamente en este caso, la decisión de optar por uno u otro estatuto define la procedencia de la acción indemnizatoria.

Este silencio de la Corte sigue hasta el día de hoy, en una sentencia de 7 de mayo del 2019 decidió no pronunciarse respecto de la solidaridad entre el Servicio de Salud y el facultativo.

En este trabajo se sostiene que por aplicación del principio de especialidad debe necesariamente tenerse en vista el régimen de responsabilidad de la ley 19.966, dicho régimen debe estar dotado de operatividad. En ese sentido, la posibilidad de emplazar directamente al facultativo vendría a contrariar lo dispuesto en dicho régimen especial, en específico en lo que dice relación con el patrimonio que va a responder por el hecho dañoso.

Esta conclusión lleva a un problema, y es que el paciente tendrá más dificultades para el éxito de su pretensión si quien causa el daño es un hospital público, a diferencia de lo que ocurriría si la misma situación se hubiera dado en una clínica privada, en este último caso el paciente podrá escoger cual régimen le conviene e incluso emplazar directamente al médico.

La solución de este problema le corresponde al legislador, no se ven razones para tener regímenes de responsabilidad médica diferenciados. Una modificación legal posible es unificar el régimen de responsabilidad civil médica, de manera tal que se respete el principio de igualdad de trato de las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

a) *Doctrina citada*

CORRAL TALCIANI, Hernán, Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013.

MAZEAUD, Henry; TUNC André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual Tomo III, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pp. 11-12.

PIERRY ARRAU, Pedro, “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”. *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 2000. Año 1, N°1, p.13.

PIZARRO WILSON, Carlos, “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 2008. Valparaíso, Vol. XXXI.

PIZARRO WILSON Carlos, *La responsabilidad civil médica*, Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2017, p.168

ROMÁN CORDERO, Cristian, *Presupuesto especial: El(Los) factor(es) de atribución. Responsabilidad del Estado*, lecciones de clases, Universidad de Chile, Santiago, 2018, p. 33.

RUIZ AGUILAR, Jorge, “El concepto de falta personal en la responsabilidad extracontractual del Estado”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 2015, N° 21, p. 31

VALDIVIA, José Miguel, “La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos”, *Revista médica de Chile*, 2018, Vol. 146.

b) *Jurisprudencia citada (en orden cronológico)*

Campos con Servicio de Salud del Maule y otros: Corte Suprema, 25 de abril de 2017, rol 38151-2016.

Seguel con Servicio de Salud Antofagasta, Hospital de Antofagasta: Corte Suprema, 18 de abril de 2018, Rol 34396-2017.

Silva con Mutual de Seguridad Cámara Chilena de la Construcción: Corte Suprema, 15 de abril de 2019, Rol 2779-2018

González con Servicio de Salud OHiggins: Corte Suprema, 7 de mayo de 2019, Rol N°300-2019.

c) *Normativa Citada.*

Ley 19.966, de 2004.

