

Santiago, uno de junio de dos mil veinte.

Vistos:

En estos autos sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios rol N° 29.094-2019, caratulados "Franzinetti Cabrera Yazmin con Hospital Clínico de la Fuerza Aérea", se ha interpuesto recurso de casación en el fondo por el también demandado Humberto Gacitúa Garstman, en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 4 de junio de 2019, dictada por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, que a su vez confirma la sentencia de primer grado de 5 de marzo de 2018, que acoge la demanda sólo en cuanto se condena a ambos demandados a pagar, en forma simplemente conjunta, por concepto de daño moral, la suma única y total de \$4.000.000, más reajustes e intereses a contar que quede ejecutoriado el fallo, rechazándose en lo demás la aludida demanda, sin costas.

El proceso se inició por una demanda por responsabilidad extracontractual conforme a las disposiciones del Código Civil, deducida por doña Yazmin Franzinetti Cabrera en contra del Hospital Clínico de la Fuerza Aérea y del médico Humberto Gacitúa Garstman, a fin de que se le indemnizen perjuicios por concepto de daño moral. Los hechos en que funda su acción consisten, en síntesis, en que en el referido hospital el médico demandado la sometió a una intervención quirúrgica de



reducción mamaria bilateral, presentando posteriormente una necrosis del borde de areola del pezón izquierdo, la cual por instrucción del médico, solo fue tratada con povidona y ante la insistencia de la propia demandante, le realizó una segunda intervención en que le retiró todo el pezón y la areola, sufriendo la amputación de éstos, quedando con una herida vertical que compromete casi toda la mama y con una radical diferencia de tamaño entre ambas mamas, por lo que sufrió un abrupto daño estético y psicológico, además del dolor físico experimentado por 27 días. Indica que el médico tratante no le dio directrices para evitar la necrosis, tampoco le explicó sobre ella al firmar el "consentimiento informado" ni la derivó con otro médico para ser controlada en post operatorio en la ciudad de La Serena, en que la actora tiene su domicilio, retrasando la segunda intervención, la que, si hubiese sido practicada en forma oportuna, habría evitado los daños mencionados, por lo que se incurrió infracción a la Lex Artis.

El demandado Humberto Gacitúa Garstman, al contestar la demanda, solicitó su rechazo señalando que efectivamente intervino a la demandante en el Hospital de la FACH, realizándole el 9 de septiembre de 2014 una cirugía de hipertrofia mamaria de tipo reconstructivo, explicándole los riesgos de ella, no presentando incidentes durante la operación, siendo la evolución post operatoria normal,



dándole el alta hospitalaria con indicaciones de reposo relativo, analgesia, antibióticos y curaciones, recomendándole que si bien no era lo más recomendado que viajara a La Serena, lo hizo de todas maneras. Señala que días después la paciente lo contactó por presentarse una secreción, indicándole así que se hiciera curaciones en esa ciudad, pero que después acudiera a control al policlínico del Hospital de la FACH, lo que hizo sólo el 25 de septiembre. Posteriormente se constató una necrosis, por lo que se efectuó una nueva operación el 7 de octubre, sin incidentes, siendo controlada el 16 de ese mes, estando las heridas en buen estado, cerradas y secas, no concurriendo más a controlarse ni a curaciones. Luego opone como excepción que el régimen jurídico aplicable es el de responsabilidad extracontractual estatal, por cuanto la atención fue en el sistema público y por un funcionario dependiente de dicha entidad, cuya responsabilidad solo puede ejercerse en contra del Estado, debiendo rechazarse la demanda respecto de su persona. En subsidio, opuso la excepción de falta de requisitos de la acción indemnizatoria deducida, por cuanto la complicación que sufrió la paciente era posible de ocurrir debido a su gran hipertrofia mamaria, obesidad y tabaquismo, siendo un hecho imprevisible e impredecible. También en subsidio opone la excepción de falta de requisitos de la acción



indemnizatoria, puesto que tampoco se reúnen los requisitos del tipo de responsabilidad invocada, ya que se trata de una obligación de medios y no de resultados, en que las actuaciones por él realizadas estarían dentro de los cánones habituales para este tipo de intervenciones. Luego alega que la paciente suscribió el consentimiento informado que prevé el 14 de la ley N° 20.584, documento en que constaban las complicaciones manifestadas. Sostiene, igualmente que actuó conforme a la lex artis y que las complicaciones que presentó la paciente eran posibles de ocurrir, siendo circunstancias fortuitas que descartan un actuar negligente, haciendo presente que la actora debía probar el actuar culpable del demandado. En cuanto a la relación de causalidad expresa que la necrosis sufrida por la actora constituye un caso fortuito, que excluye el nexo causal entre lo obrado por el médico y los daños invocados por la actora, debiendo estos ser soportados por la paciente. Por último, también alega que no puede haber solidaridad, por no reunirse los presupuestos del art. 2317 del Código Civil.

Compareció el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Hospital de la FACH, solicitando el rechazo de la demanda en lo que a su parte se refiere, lo que fue desestimado, no habiéndose recurrido de esa



decisión del fallo, por lo éste se encuentra ejecutoriado a su respecto.

Se trajeron los autos en relación.-

Considerando:

1º) Que el primer capítulo del recurso de casación sustancial interpuesto por el demandado Gacitúa Garstman se hace consistir en que se habría incurrido en infracción a los artículos 44 de la Ley N° 18.575, 38 de la Ley N°19.966, y a los artículos 1437, 2284, 2314 y 2329 inciso primero, del Código Civil.

Sostiene que la acción incoada en su contra fue la de indemnización de perjuicios del derecho común, basado en el estatuto de responsabilidad extracontractual, debiendo al efecto haber invocado las normas de responsabilidad extracontractual del Estado. Ello, agrega, por cuanto de los hechos expuestos en la demanda aparece que la paciente fue atendida por una prestación de salud realizada por un funcionario público y en un establecimiento del mismo carácter. Expresa que, en ese contexto, en virtud del principio de especialización, la actora debió fundar sus pretensiones en las reglas sobre responsabilidad del Estado, conforme al art. 42 de la Ley N°18.575 y al art. 38 de la Ley N°19.966, que omitió en su libelo. Indica que, de esta forma, no debió invocarse las normas sobre



responsabilidad extracontractual del Código Civil, infringiendo las disposiciones citadas.

Estima que la omisión antes aludida y la aplicación de un estatuto legal que no corresponde, constituye una actuación viciosa que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, del momento que si se hubieran aplicado las normas ya expresadas, la demanda en contra de su parte debió ser rechazada, por cuanto se trata de aquellos casos en que solo el Estado resulta obligado al pago de los daños ocasionados por falta de servicio, sin perjuicio del derecho a repetir en contra del funcionario público que corresponda, siendo la persona de éste irrelevante, por cuanto se considera que es el servicio el que funciona de forma incorrecta, radicándose en él la responsabilidad de indemnizar dichos daños. Añade que, en cambio, cuando la falta se radica en un funcionario en particular, se habla de "falta personal", surgiendo el derecho del Estado de repetir en contra de aquel; y que la única hipótesis en que solo el funcionario puede ser individualmente responsable, ocurre cuando su falta personal no constituye además una falta de servicio, siendo una "falta personalísima". Si la falta no es personalísima -continua-, sino personal, solo responde ante el particular el Estado, por cuanto no se puede separar de la actuación del servicio; y eso es lo que se imputa al demandado



Gacitúa, haber omitido el "consentimiento informado", el que a su vez es emitido por el co demandado, siendo un acto imposible de aislar del funcionario, constituyendo entonces una falta de servicio, no siendo posible condenar al demandado que recurre sino sólo al Estado.

Expone, además, que si la conducta de su parte hubiese sido calificada como falta personal, correspondería aplicar el art. 38 de la Ley N°19.966 y solo sería posible repetir en su contra en caso de imprudencia temeraria o culpa lata, que se asimila al dolo, circunstancias no acreditadas en autos.

Concluye señalando que, si los hechos descritos en la demanda solo son posibles de subsumir en una falta de servicio del Hospital de la FACH, o una falta personal y no personalísima, debió rechazarse la demanda, por lo que pide se anule la sentencia por este primer capítulo y se dicte en su reemplazo un fallo que así lo declare;

2°) Que, como segundo capítulo del recurso interpuesto, el impugnante denuncia infracción a los arts.42 de la Ley N°18.575, 38 de la Ley N°19.966 y los artículos 1437, 2284, 2314 y 2319 inciso primero(sic), todos estos últimos del Código Civil.

Sostiene que se plantea la existencia de responsabilidad extracontractual respecto del demandado Gacitúa Garstman, violentando las normas antes indicadas



-que se transcriben-, señalándose en el fallo recurrido que el disvalor que se imputa a dicho demandado es no haber informado a la paciente la posibilidad de presentar necrosis; no obstante, expresa, que la necrosis es un riesgo que no reúne los requisitos para ser incluida en el documento denominado "consentimiento informado", y por ende, ello no puede constituir una infracción al deber de cuidado, puesto que los que deben informarse son aquellos más graves o frecuentes, o usuales o esperados, y que en el caso de la necrosis se trata de un riesgo no frecuente que tampoco tiene la entidad suficiente para ser agregado en el documento de consentimiento informado. Por tanto, estima que su omisión no puede considerarse una infracción al deber de informar y a la buena práctica médica.

Continua, expresando que al no existir el hecho ilícito que se imputa, no resultan aplicables en la especie las normas sobre responsabilidad extracontractual del Estado y las relativas a la responsabilidad aquiliana y que, al contrario, las mismas normas debieran ser aplicadas para el rechazo de la demanda.

Luego señala que la infracción denunciada influyó en lo dispositivo del fallo, toda vez que al no existir el hecho ilícito imputado, las normas ya citadas debieron haber sido utilizadas para el rechazo de la acción indemnizatoria deducida, por lo que debe ser anulada la



sentencia de autos y dictarse una de reemplazo que rechace la demanda;

3°) Que, finalmente, y como tercer capítulo del recurso, se denuncian como vulneradas las mismas disposiciones legales que se señalan en el capítulo precedente -además del art. 2316 del Código Civil-, pero ahora aduciendo la falta de causalidad entre la conducta desplegada por el demandado recurrente y el daño que se le imputa haber provocado a la actora.

Refiere que la infracción que se denuncia como causa del daño que sufrió la paciente -el no haber informado a la misma del riesgo de necrosis-, es un hecho que carece de la virtud de generarlo, no existiendo relación de causalidad directa y natural entre el hecho calificado de ilícito y el daño, que no se produjo por dicha falta de información.

Luego de citar doctrina y jurisprudencia sobre el particular, expone que en el fallo recurrido no aparece de qué forma existe dicha relación causal, e incluso, en el fallo de primera instancia se plantea en términos condicionales.

Agrega que asimismo lo expresado implica una incorrecta aplicación del art.1698 del Código Civil al tener por acreditado un hecho que no existe, siendo de cargo del demandante demostrar los hechos que sirven de fundamento a su acción resarcitoria y que sirven de



fundamento a la responsabilidad extracontractual que se invoca.

Termina manifestando que las infracciones a las normas citadas provocan una falsa aplicación de las normas sustantivas relativas a la responsabilidad extracontractual ya expresadas, y que de haber sido estas bien aplicadas, debió declararse en el fallo atacado que no existe relación de causalidad entre lo obrado por su parte y el daño alegado, debiendo rechazarse la demanda de autos, por lo que dicho fallo debe ser anulado y dictarse una sentencia de reemplazo que desestime la demanda;

4°) Que cabe indicar, para una mejor comprensión del asunto sometido al conocimiento de esta Corte, que en estos autos se interpuso una demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual conforme a las disposiciones del Código Civil, deducida por doña Yazmin Franzinetti Cabrera en contra del Hospital de la FACH y del médico Humberto Gacitúa Garstman, fundada en que en el referido hospital, el médico demandado la sometió a una intervención quirúrgica de reducción mamaria bilateral, presentando posteriormente una necrosis del borde de la areola del pezón izquierdo, sufriendo en definitiva la amputación de éste, resultando un daño estético y psicológico; que el médico tratante no le dio directrices para evitar la necrosis ni tampoco le explicó sobre ella al



firmar el "consentimiento informado", por lo que se incurrió infracción a la Lex Artis.

Por su parte, el demandado Humberto Gacitúa Garstman, al contestar la demanda, solicitó su rechazo, señalando que efectivamente intervino a la demandante con una cirugía de hipertrofia mamaria de tipo reconstructivo, explicándose los riesgos de ella, no presentando incidentes durante la operación, siendo la evolución post operatoria normal; que posteriormente se constató una necrosis por lo que se efectuó una nueva operación sin incidentes, quedando las heridas en buen estado, cerradas y secas. Opuso como excepción que el régimen jurídico aplicable es el de responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto la atención fue en un hospital público, responsabilidad que sólo puede ejercerse en contra del órgano y no de su agente, debiendo rechazarse la demanda respecto de su persona. En subsidio, opuso la excepción de falta de requisitos de la acción indemnizatoria deducida, por cuanto la complicación que sufrió la paciente era posible de ocurrir dadas sus particulares condiciones, siendo ello un hecho imprevisible e impredecible. También en subsidio alegó que las actuaciones por él realizadas estarían dentro de los cánones habituales para este tipo de intervenciones. Luego formuló como defensa que la paciente suscribió el consentimiento informado que prevé el 14 de la ley



N°20.584, documento en que constaban las complicaciones manifestadas. Sostiene igualmente que actuó conforme a la lex artis y que las complicaciones que presentó la paciente eran posibles de ocurrir, siendo circunstancias fortuitas que descartan un actuar negligente. En cuanto a la relación de causalidad expresa que la necrosis sufrida por la actora constituye un caso fortuito, que excluye el nexo causal entre lo obrado por el médico y los daños invocados por la actora;

5°) Que los sentenciadores de la instancia establecieron como hechos del proceso, los siguientes:

a) Que la actora doña Yazmin Franzinetti Cabrera fue operada en el Hospital Clínico de la Fuerza Aérea por el médico Humberto Gacitúa Garstman el 9 de septiembre de 2014, intervención consistente en una cirugía de hipertrofia mamaria de tipo reconstructivo;

b) Que, respecto del protocolo post-operatorio realizado a la demandante, se le dieron como indicaciones del alta, entre otras, la de realizarse curación en 5 días, y de concurrir a control el 25 de septiembre de 2014;

c) Que, por complicaciones en el post-operatorio que corresponden a una necrosis, la demandante fue sometida a una nueva intervención el



7 de octubre de 2014, por lo que sufrió la pérdida de la areola y pezón de la mama izquierda, como también pérdida de tejido y heridas en dicha zona;

d) Que no ha podido quedar establecido y justificado en autos que se haya producido una negligencia y una falta a la *lex artis* del médico tratante, tanto en la intervención a la actora como en el post-operatorio;

e) Que el demandado no informó a la actora, en forma oportuna y comprensible, el riesgo de sufrir necrosis y la pérdida de la areola y pezón de alguna de sus mamas; no apareciendo en el consentimiento informado que se le hizo firmar, que podría sufrir las aludidas consecuencias;

f) Que la demandante ha sufrido un daño psicológico y social por las secuelas físicas de su operación de mamas, que se han manifestado en llanto continuo, bajas de ánimo y dificultades para relacionarse en sociedad, como también una depresión reactiva;

g) Que parte del dolor de la actora por las secuelas que sufrió a causa de su operación de mamas provino de la falta de información completa de las posibles consecuencias de la operación que en definitiva padeció;



6°) Que, sobre la base de los hechos precedentemente descritos, tanto la sentencia de primera instancia como la de segunda que confirmó la anterior, concluyeron que los demandados incumplieron el deber de información que les impone la ley N°20.584, ya que atendidas las circunstancias particulares de la paciente -"que padecía de obesidad mórbida, con peso por mama de gran consideración, al parecer fumadora y residente en otra ciudad", según fue consignado en el fundamento undécimo del fallo recurrido-, no se le detallaron los riesgos que podría conllevar una intervención de esa envergadura; lo cual constituye una conducta negligente de los demandados respecto de su obligación de informar en forma completa y adecuada a la paciente;

7°) Que, en cuanto al primer capítulo de la casación en el fondo impetrada, se sustenta -como ha quedado dicho- en que al demandado recurrente, por ser funcionario de un hospital público estatal, no debió aplicársele la normativa sobre responsabilidad extracontractual de los arts.2314 y siguientes del Código Civil, sino que debió haberse hecho valer la responsabilidad del Estado por falta de servicio, estatuto especial previsto en los arts.42 de la ley N°18.575 y 38 de la ley N°19.966, reglas especiales que priman sobre las normas del derecho común y que conforme a las cuales sólo tendría responsabilidad frente al órgano



público en cuanto agente del mismo, pudiendo en tal caso repetir en su contra en el evento que aquél sea condenado.

La primera de las disposiciones citadas en el recurso y que a juicio del recurrente debieron ser aplicadas en este caso, 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."

La segunda, por su parte, estatuye:

"Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio";

8°) Que, sin embargo, el supuesto error de derecho que se denuncia no es tal, por cuanto, tal como se razona en el fallo de primera instancia, la responsabilidad que se hace valer respecto del médico demandado se sustenta en su obrar negligente y en la que incurrió por su propia actuación y que provocó un perjuicio a la demandada, lo que constituye un ilícito civil a la luz de lo preceptuado en los arts.1487, 2314 y 2329 del Código Civil; que no es



excluyente de la responsabilidad estatal por el mismo hecho, en el evento de que éste sea constitutivo, además, de una falta de servicio.

En efecto, no puede concluirse -como sostiene el impugnante- que conforme al derecho de repetición en contra del agente del Estado que consagra el art.38 inciso 2° de la ley N°19.966, en el evento que el órgano sea condenado por falta de servicio, siga necesariamente como consecuencia que la responsabilidad de dicho órgano absorba la responsabilidad del funcionario, y que éste no pueda ser demandado como responsable directo del daño, conjuntamente con el ente estatal. Como se ha dicho en doctrina, *"Que se establezcan determinadas condiciones para el ejercicio del derecho a repetir, diversas a aquellas del derecho común conforme al artículo 2325 del Código Civil, eso no importa, a nuestro entender, que exista una prohibición para el paciente de emplazar en forma conjunta al médico o funcionario y el servicio. Entenderlo como una prohibición confunde las condiciones del derecho a repetir del Servicio con aquellas de la responsabilidad por el hecho del otro, aun en el caso de culpa leve o simple."* (Carlos Pizarro Wilson, "La responsabilidad civil médica", pags.167-168. Editorial Thomsom Reuters, Santiago, 2017.



En virtud de lo precedentemente dicho y no existiendo vulneración de las disposiciones legales invocadas por el recurrente, el arbitrio será desestimado en este acápite;

9°) Que en lo que concierne al segundo capítulo del recurso de invalidación del fallo atacado y como más arriba se expresó, se hace consistir en que se habrían infringido las mismas disposiciones legales antes expresadas al imputarse al demandado recurrente no haber informado a la paciente la posibilidad de presentar necrosis, lo que estima el recurrente que no puede constituir una infracción al deber de informar, por no ser tal consecuencia grave o frecuente, o lo usual o esperado, careciendo por tanto de la entidad suficiente para agregarla en el documento denominado "consentimiento informado"; por lo que al no existir el hecho ilícito que se imputa, no resultan aplicables las normas sobre responsabilidad extracontractual del Estado y las relativas a la responsabilidad aquiliana, y que por el contrario, las mismas normas debieran ser aplicadas para el rechazo de la demanda;

10°) Que es un hecho asentado en el proceso -como se expresó en los fundamentos que anteceden- que el demandado recurrente de casación no informó a la demandante, *"en forma oportuna y comprensible, el riesgo de sufrir necrosis y la pérdida de la areola y pezón de alguna de sus mamas"*.



Ahora bien, y aun cuando se asumiera que no es deber del médico informar de todo riesgo -del momento que el art. 4° de la ley 20.584 solo impone al médico el deber de informar "de los riesgos que ello (la intervención) puede representar"- , sino solo de aquellos de mayor frecuencia o gravedad, es preciso indicar asimismo que la infrecuencia o falta de gravedad de dicho riesgo es una cuestión que debió ser acreditada por el demandado, lo que sin embargo no se dio por justificado por los sentenciadores del fondo.

Luego, siendo un hecho del proceso que no se informó del peligro antes señalado a la paciente y actora, y habiéndose producido aquel, deviene en inconcuso que el demandado incurrió en una infracción a lo que dispone el citado art.4° de la Ley N°20.584, del momento que dicha disposición le imponía la obligación de hacerlo, sin haber demostrado en contrario que tal riesgo carecía de gravedad o no era frecuente, privando a la paciente de la información necesaria para ponderar y decidir someterse o no la intervención, de lo que sigue que -contrariamente a lo sostenido en el recurso- el demandado sí incurrió en un ilícito civil.

Así las cosas, no concurren en la sentencia los errores de derecho en que se sustenta el segundo motivo de casación substancial enarbolado por el recurrente, procede igualmente que sea desestimado por este capítulo;



11°) Que, finalmente, y en lo que respecta al último capítulo de nulidad por razones de fondo esgrimido por el recurrente, se sustenta -como más arriba se indicó- en la infracción a los arts. 42 de la Ley N°18.575, 38 de la Ley N°19.966, y a los arts. 1437, 2284, 2314, 2316 y 2319 (sic) inciso primero, todos estos últimos del Código Civil, pero ahora sosteniendo la falta de causalidad entre la conducta desplegada por el demandado recurrente -no haber informado a la paciente del riesgo de necrosis-, y el daño que se le imputa haber provocado a la actora, estimando que tal hecho carece de la virtud de generarlo, no existiendo una relación de causalidad directa y natural entre el hecho calificado de ilícito y el daño producido;

12°) Que, como se expresó en los considerandos respectivos del fallo de primer grado -reproducidos por el de segundo-, en especial en los considerandos trigésimo cuarto, trigésimo quinto, cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero, ni el médico demandado ni el personal del Hospital de la FACH informaron a la actora los posibles riesgos que la operación implicaba, infringiendo la obligación establecida en el Art. 4° de la Ley N°20.584, consecuencias que efectivamente acaecieron, lo que le produjo dolor y daño psicológico; de lo que deriva que existe relación causal entre el incumplimiento del mencionado deber de información -hecho ilícito por cuanto



de tal infracción es culpable- y los daños sufridos por la demandante.

En efecto, si bien es cierto -como concluyó el fallo de primera instancia- que la intervención quirúrgica por sí misma se ejecutó correctamente y tal acto no constituyó infracción a la *lex artis* -como sí lo constituyó, en cambio, la infracción al deber de informar-, no es menos cierto que al no haberse informado a la paciente sobre el riesgo que la operación conllevaba y sobre el cual se ha hablado extensamente más arriba, esta perdió la oportunidad o posibilidad de optar por no someterse a aquella, o buscar otros tratamientos alternativos para su dolencia.

Así, la doctrina ha señalado que si el paciente ha sido informado de la posible ocurrencia del riesgo, y éste se verifica, el médico queda liberado de toda responsabilidad, siendo tal riesgo un efecto desgraciado de la intervención, sin que haya reproche a la *lex artis* médica. Por el contrario, si el médico no informa del riesgo y este acaece, debe indemnizarse por la pérdida de la posibilidad de haber tomado una decisión distinta a la intervención, consintiendo la víctima en la ignorancia del riesgo (Pizarro Wilson, ob. cit. Págs. 50 y 51).

Se ha dicho en el mismo sentido: *"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 es lo que fundamenta la indemnización; el daño objeto de la misma es la pérdida de una chance u oportunidad." (Álvaro Vidal Olivares, "Responsabilidad civil médica", pag.71. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial, Santiago, 2018).

La falta de comunicación de los riesgos que importa un tratamiento médico conlleva una infracción a la *lex artis* médica, de acuerdo a la jurisprudencia reiterada de esta Corte, en que se ha expresado que "*cabe advertir también que en materia de responsabilidad médica, como factor de imputabilidad se ha determinado que corresponde estimarlo constituido cuando no se respeta los dictados de la *lex artis*, catálogo de principios, prácticas y conocimientos técnicos no escritos que integran un código de conducta derivadas de la experiencia, exigida a quienes despliegan una conducta profesional que crea riesgo*".

"La *legis artis* ha emergido como el referente o módulo de comparación para determinar la existencia de la vinculación normativa, tipicidad u obligación a la cual debe responder el médico al desempeñar su profesión. Con la noción de *lex artis* se consideran los distintos aspectos que llevan a determinar la naturaleza de la culpa y de estimarse concurrente ese elemento y por establecidos los demás presupuestos, se genera la responsabilidad del agente



calificado: el médico. Específicamente se consideran las nociones de negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia de las reglamentaciones".

"Entre los componentes de la lex artis, se ha dicho, está precisamente aquel a que se refiere la recurrente, esto es, la comunicación de los riesgos del tratamiento al paciente". (Considerando séptimo de la sentencia de 17 de junio de 2014, dictada en los autos rol N° 11.078-2014).

13°) Que sigue de lo precedentemente expuesto que no existe la infracción de las disposiciones legales que denuncia el recurrente, como quiera que la fuente de la obligación de indemnizar del médico demandado es, como se ha dicho, la comisión de un hecho ilícito al no informar a la paciente, como era su deber conforme al art. 4° de la Ley N°20.584, de los riesgos de la intervención, riesgos que se presentaron y que le provocaron daños a la actora, sin que ésta tuviere la posibilidad prevenirlos y adoptar una opción diferente, ante la ausencia de dicha información.

Las disposiciones que estima vulneradas el recurrente (Art. 42 de la ley N° 18.575 y 38 de la Ley N° 19.966) no son las aplicables al caso de la responsabilidad del médico, y por la que se acciona en la demanda; y las normas sobre responsabilidad extracontractual que considera también infringidas no lo han sido, y por el contrario -



conforme a lo dicho- han sido correctamente aplicadas a los hechos establecidos en el proceso.

En tal virtud, el recurso será también desestimado por este último acápite.-

Y visto, además, lo dispuesto en los Arts.764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se declara **SIN LUGAR** al recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandado Humberto Gacitúa Garstman, en contra de la sentencia antes expresada.-

Se previene que la Ministra Sra. Vivanco no comparte lo dicho en el literal d) del considerando 5° del fallo que precede, por estimar que no resulta concordante con lo expresado en el literal e) del mismo motivo.

Acordada con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz, quien fue de parecer de acoger el recurso y en sentencia de reemplazo, dictada separadamente a continuación, revocar el fallo apelado y rechazar la acción interpuesta respecto del demandado Humberto Gacitúa Garstman, por las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Respecto del cúmulo y de la opción del régimen jurídico de responsabilidades por parte del demandante, quien suscribe este voto particular, participa de su más amplia posibilidad, puesto que en materia de la responsabilidad médica es posible encontrar episodios de concurrencia de responsabilidades, donde un mismo hecho



puede ser calificado como incumplimiento contractual y también como ilícito extracontractual. En esta situación se admite la opción de la víctima, por lo cual -en referencia al caso particular - el paciente pudo elegir el estatuto jurídico por el cual perseguir la indemnización. Por lo demás, ambos regímenes de responsabilidad participan de elementos esenciales comunes como son la existencia de una conducta, la cual se califica de antijurídica o ilícita, el daño, la imputabilidad subjetiva o culpabilidad y la relación causal. Sin embargo, una vez elegida una de estas vías, el juez debe estarse a las reglas propias de ella, especialmente en materias donde los regímenes marcan diferencias como ocurre en relación a la preexistencia de la obligación, los plazos de prescripción de la acción y a la asignación de la carga de la prueba (ver voto en contra suscrito en causas rol N° 38.151-16 y 65.398-16). Doctrina suscrita por la sentencia de de 21 de marzo de 2016 en causa rol N° 31.061-2014, expresando en su considerando noveno: *“Que sobre el particular, el profesor Enrique Barros Bourie, expresa que la negligencia médica ha sido frecuentemente planteada en sede de responsabilidad civil extracontractual y no existen impedimentos lógicos ni normativos para que así ocurra; que la calificación de la responsabilidad médica como contractual o extracontractual es relativamente irrelevante desde el punto de vista de las*



condiciones de la responsabilidad, "pues los deberes de cuidado y las reglas probatorias son análogos si la responsabilidad se plantea en sede contractual o extracontractual. Por otra parte, incluso en materia de solidaridad, la tendencia comparada ha sido entender que los responsables, lo sean en virtud de un contrato o de un deber general de diligencia, hacen una contribución indivisible a la realización del daño dando lugar a una obligación reparatoria in solidum. Además, el orden público de protección de los consumidores de servicios médicos y hospitalarios permite el control de las condiciones generales de contratación que establezcan limitaciones o exenciones de responsabilidad que alteren unilateral e injustificadamente los deberes de cuidado de aquéllos para con el paciente; el efecto que de ello se sigue es la incorporación a los contratos médicos celebrados bajo condiciones generales de contratación de los deberes esenciales de cuidado que rigen también en sede extracontractual." (Enrique Barros Bourie, "Tratado De Responsabilidad Extracontractual". Editorial Jurídica. Año 2006. Págs. 657 y 667 y 668).

SEGUNDO: Sin embargo, en lo relativo al cúmulo de estatutos de Derecho público que establece la responsabilidad del Estado Administrador respecto del órgano o servicio público, en este caso el prestador de las



acciones de salud, el Hospital demandado y el radicado en el Derecho Civil en lo que respecta al funcionario específico que realizó material y directamente tal prestación de los servicios, este disidente tiene un parecer diferente, en cuanto se requiere a título de acción conjunta del servicio y del médico, radicado en los distintos estatutos que regulan la materia, puesto que no es posible mantener una compatibilidad que permita acceder a la demanda en tales términos. Determinación diversa se podría adoptar en el evento que las acciones fueran subsidiarias.

En efecto, para quien suscribe este parecer la responsabilidad del Estado y del Estado Administrador en particular arranca de los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575. El análisis queda radicado en las normas legales, puesto que el análisis de cualquier falta de correspondencia o antinomia con las normas constitucionales, en el caso concreto, escapa a la competencia y análisis del derecho aplicable por cuanto la Ley 18.575 fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Es así como el artículo 1° de la mencionada ley establece el ámbito de aplicación y luego dispone el artículo 4° que el "Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la



Administración en el ejercicio de sus funciones". Es así como el artículo 42, en correspondencia con el artículo 4°, estipula que los "órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio".

Estas disposiciones son las que regulan legalmente la responsabilidad general del Estado Administrador.

En la historia de la Ley 18.575 publicada por la Biblioteca del Congreso Nacional (www.bcn.cl http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl) consigna los siguientes antecedentes:

I.- En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios, expresando: "Más adelante el título V, también con avanzado criterio administrativo, determina que la Administración Pública deberá actuar por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones, salvo que la ley exija la petición previa de un interesado o cuando se trate de hacer uso del derecho de petición o reclamo."

"Complementaria de la norma anterior es aquella incluida en el artículo 33, que hace responsable, civilmente, al Estado y a las personas jurídicas que lo integran, por la falta de servicios en que pueda incurrir."

"Asimismo, el inciso segundo, responsabiliza civilmente a los funcionarios por los perjuicios que



ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal." (Página 12)

El proyecto contempla la siguiente disposición:
"ARTICULO 33.- El Estado y las personas jurídicas que integran la Administración Pública serán responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material."

"Los funcionarios serán civilmente responsables de los perjuicios que ocasionaren por su actuación constitutiva de falta personal."

II.- En el informe la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno expresa: "La disposición consagra el principio de responsabilidad del Estado por "falta de servicio", así como la responsabilidad personal de los funcionarios, por su falta personal. Resulta indispensable, al efecto, definir los conceptos de "falta de servicio" y de "falta personal", siendo útil considerar, para perfilar la primera de estas nociones, el criterio del legislador en la vigente Ley Orgánica de Municipalidades -decreto ley N° 1.289, de 1976-, en su artículo 62, inciso final, que prescribe: "La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente.".



"Cabe señalar que la doctrina y la jurisprudencia francesas han establecido lo que se entiende por "falta de servicio público", disponiendo, al efecto, que la hay cuando el servicio público no funciona debiendo funcionar; cuando funciona, pero funciona mal, o cuando funcionando bien, lo hace en forma tardía." (Página 68).

III.- En el informe de la Primera Comisión Legislativa se indica: "1.- Conforme a la ley N° 17.983 y al respectivo acuerdo de la Junta de Gobierno, este Comandante en Jefe viene en formular las observaciones al proyecto de ley orgánica constitucional sobre bases de la Administración Pública.

a) Con el objeto de abordar en una forma más completa el estudio de esta ley orgánica constitucional este Comandante en Jefe dispuso se analizarán comparativamente los textos del Mensaje y de la Comisión de Estudios de las leyes orgánicas constitucionales. Lo anterior explica la incorporación en el texto sustitutivo que se acompaña, de normas contenidas en el proyecto de la referida Comisión de Estudios.

b) Para encabezar el proyecto se acogió el criterio seguido por la Comisión Especial en cuanto a establecer un primer título que consigne los principios generales que deben orientar la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Ello porque, a juicio de este



Comandante en Jefe se trata de la primera ley de esta naturaleza que rige en nuestro país y que debe cumplir, por lo mismo, con una finalidad de orientación general. A los principios de la jerarquía, unidad, responsabilidad y eficiencia se han agregado los principios de probidad y control.

f) En lo que se refiere a la actividad de la Administración del Estado, se complementa lo relativo a las responsabilidades civil del Estado y de las personas jurídicas que integran la administración, definiendo lo que debe entenderse por falta de servicio y salvando el derecho de éstos de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta de personal, consignándose finalmente la responsabilidad solidaria de los órganos de la Administración y del funcionario que resulte responsable.” (Pág. 91 y 92).

Específicamente se incorpora el siguiente “Artículo 3º: El Estado será responsable por los daños que los órganos de la Administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño” (Pág. 94 Primera Comisión Legislativa).

La moción sustitutiva incorpora igualmente el “Artículo 52: El Estado y las personas jurídicas que integran la administración serán siempre responsables



civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material, sin perjuicio de su derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”

“En todo caso, el órgano de la Administración y dicho funcionario serán solidariamente responsables.”

“Se entiende por falta de servicio la no prestación de este, debiendo efectuarse, o su prestación en forma deficiente o tardía.” (Pág. 108).

IV.- En el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa se indica: “Artículo 4° Esta disposición corresponde al artículo 33 del proyecto del Ejecutivo, con meras adecuaciones formales, derivadas de la nueva estructura del proyecto, y se refiere al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración.

Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión “responsables civilmente”, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil.” (Pág. 164 Informe Cuarta Comisión Legislativa).

Luego respecto del artículo 45, se señala: “Esta es una de las disposiciones de mayor trascendencia del proyecto y corresponde al artículo 33 del Ejecutivo, porque está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades. Se



trata de la responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio. Si bien en el artículo 4° del proyecto ya se habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, esta norma se refiere a un aspecto más concreto aun. Detrás de ella hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración.”

“En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo. El artículo fue dividido en dos incisos a fin de dejar claramente establecido que la existencia de esta responsabilidad



objetiva, no obsta a que el Estado pueda repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal, si se diera el caso.”

“Por otra parte, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la “falta de servicio”, pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.” (Págs. 175 y 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

La doctrina y la jurisprudencia han adoptado diversas posiciones en torno a esta nueva responsabilidad. Sin embargo, de acuerdo a los antecedentes enunciados se pueden establecer algunas premisas básicas:

a.- La responsabilidad como principio general. La responsabilidad se establece como un principio general que orienta también ampliamente la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Es así que se hace referencia “al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración”.

b.- Sistema general de responsabilidad. La Administración debe observar el principio de responsabilidad, puesto que el Estado “será responsable por



los daños que causen" sus órganos. Se regula directa y particularmente el principio de responsabilidad de los órganos de la Administración en "ejercicio de sus funciones", sin desconocer que puedan existir otros sistemas. Expresamente se hace referencia al principio general de "responsabilidad del Estado", el cual tiene lugar "por los daños que causen los órganos de la Administración".

c.- Concepción pro administrado y distinta de la existente. Si bien el proyecto habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, se refiere a un aspecto más concreto aun, puesto que detrás de ella hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración.

d.- Se consagra un nuevo sistema de responsabilidad. En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios. A lo anterior se agrega que en un principio la responsabilidad se indica es extracontractual. Posteriormente se la considera simplemente como responsabilidad civil del Estado. Por último se deja expresa constancia que no se utiliza la expresión "responsables civilmente", a fin de evitar



confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil, por lo que se entiende que no se rige por esta normativa, con la cual no puede vincularse. Se "está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades".

e.- Responsabilidad funcionaria. Extiende la responsabilidad a los funcionarios, a quienes responsabiliza civilmente por los perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal. Posteriormente se expresará que es el Estado el que repetirá en contra del funcionario, de manera que es el Estado el cual responde de manera directa y principal. Se establece la responsabilidad solidaria entre Administración y funcionario, pero, en definitiva solo es el Estado el que podrá repetir en contra del funcionario, sin que el particular tenga acción directa en su contra.

f.- Nuevo Sistema de responsabilidad.

1.- Se establece un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un determinado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. En este sentido se la considera "claramente" como un sistema de responsabilidad objetiva. Se la califica como "responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio".



2.- En un principio considera útil la noción de falta de servicios comprendida en la Ley de Municipalidades, esto es cuando los servicios "no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente".

3.- Por la referencia a la definición francesa y luego como texto del proyecto al concepto de falta de servicios se incorpora la noción de un correcto funcionamiento, pero tardío.

4.- Por último, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuando se configura la "falta de servicio", pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.

5.- Solamente se exige "que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado".

6.- La responsabilidad se extiende tanto a la actuación administrativa de carácter jurídica y material, como aquella requerida, previa petición del interesado o desarrollada por la Administración Pública por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones.



7.- La responsabilidad que se regula puede estar generada por el Estado, como por las personas jurídicas que lo integran.

TERCERO: El 25 de agosto de 2004 se promulga la ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, este cuerpo normativo reglamentó la responsabilidad del Estado en materia sanitaria, para dichos efectos, según se establece en la historia fidedigna de la ley (<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19966/HL%2019966.pdf>), el ejecutivo incorporó mediante una indicación al proyecto despachado por la Cámara de Diputados, un Título IV, lo que marca el inicio de la discusión parlamentaria respecto de la materia, consignándose, como antecedentes relevantes:

I.- Discusión del proyecto al interior de la Comisión de Salud del Senado, justamente ante ella se expone la indicación del ejecutivo de incorporar el mencionado Título IV de "Responsabilidad del Estado en materia Sanitaria", en la primera sesión se contó con la presencia del profesor Pierry, quien explicó la necesidad de regular la materia, sosteniendo que "si no se establecen reglas especiales, deben aplicarse las de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuerpo normativo cuyo artículo 4° consagra la responsabilidad del Estado por daños causados por los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones. El



artículo 44 del mismo texto legal precisa que los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio, sin perjuicio del derecho del Estado a repetir en contra del funcionario que hubiera incurrido en falta personal". Reconoció que "esta interpretación ha sido puesta en duda por los partidarios de la teoría de la responsabilidad objetiva, quienes argumentan a favor de su posición fundándose en la modificación introducida por la ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989, al artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política de la República", así aclaró que "este debate doctrinario ha generado una jurisprudencia oscilante, habiendo sido condenado el Estado, en algunas ocasiones, sobre la base de una mera relación de causalidad". En relación con el proyecto, expresó que "la regulación de la responsabilidad en el ámbito de la salud debería consagrar la que proviene de falta de servicio, y limitar las demandas a través de distintos mecanismos". (Página 549).

A continuación se procedió a analizar la indicación del Ejecutivo, siguiendo la numeración de los artículos propuestos por ella.

El Artículo 50 (pasó a ser artículo 39) establece la responsabilidad de los órganos de la administración del Estado en materia sanitaria, por los daños que causen a particulares por falta de servicio.



El inciso segundo define la falta de servicio, y al efecto señala que se configura "cuando por incumplimiento de las normas legales o reglamentos que rigen la actividad, el órgano no funciona, funciona mal o funciona tardíamente." (Página 550).

El profesor Pierry sugirió eliminar el segundo inciso, que define la falta de servicio. Hizo presente que "puede existir falta de servicio aun cuando se cumpla con la ley y los reglamentos, sugiriendo entregar la determinación de su alcance al juzgador". Además, recomendó "agregar al primer inciso una disposición que consagre la responsabilidad estatal por la actuación culposa o dolosa de sus funcionarios" (falta personal).

La Comisión, teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, acordó acoger el inciso, modificándolo, en el sentido de establecer que los órganos de la Administración del Estado, en materia sanitaria, serán responsables también por la culpa o dolo de sus funcionarios, y que el Estado tendrá derecho a repetir en contra de éstos, si han incurrido en falta personal.

Resolvió, asimismo, eliminar el inciso segundo propuesto por la indicación y sustituirlo por otro, que dispone que el cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal".



En consecuencia, luego del primer análisis por parte de la comisión de salud, el artículo 39 quedó del siguiente tenor: *"En materia sanitaria, los órganos de la Administración del Estado serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio o por culpa o dolo de sus funcionarios. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir contra el funcionario que hubiera incurrido en falta personal.*

El cumplimiento de los protocolos médicos exonera de responsabilidad por falta de servicio al acto médico propiamente tal.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, en el ejercicio de sus funciones y mediando dicha falta de servicio".

II.-Así se emite el Primer Informe Comisión de Salud Senado, que señala respecto de la materia, que "El Título IV incorporado al texto por la Comisión, "De la Responsabilidad en Materia Sanitaria", tiene carácter de Ley Orgánica Constitucional, porque desarrolla para dicho ámbito las reglas de los artículos 4° y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado" (Página 458).

III.- En el mensaje del informe complementario de la Comisión de Salud, temas pendientes que conviene profundizar, entre ellos el relativo a la responsabilidad



estatal por falta de servicio en materia sanitaria, que requiere algunas precisiones de técnica legislativa que reflejen la intención del Ejecutivo en orden a que ninguno de los preceptos del proyecto de ley sea propio de ley orgánica constitucional. (Página 618)

Luego, en éste informe complementario, se consigna que el Presidente de la República, con fecha 17 de mayo de 2004, formuló indicación que modifica el proyecto previamente aprobado por la Comisión del Salud. Respecto de la responsabilidad en materia sanitaria recae la indicación N° 15 que incide en el artículo 39, el cual se propone. La Comisión de Salud acoge la indicación y modifica en los términos, en consecuencia, el Título IV de la Responsabilidad en Materia Sanitaria, pasó a ser Título III, y el artículo 39, pasó a ser artículos 37 y 38, los que quedan del siguiente tenor:

"Artículo 37.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

Se entenderá que hay falta de servicio cuando, por incumplimiento de las normas legales o reglamentarias que rigen la actividad, el órgano no funcione, funcione mal o funcione tardíamente.



El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, en el ejercicio de sus funciones y mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria que sean condenados en juicio, por la concurrencia de culpa o dolo de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones o habiendo utilizado elementos proporcionados por el servicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario.

IV.- Luego en el boletín de indicaciones para el artículo 37, se consignan las siguientes:

"89) Del Honorable Senador señor Ruiz-Esquide, para sustituirlo por el siguiente: "Artículo 37.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del



funcionario deberá siempre ser acreditadas 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.”.

90) De los Honorables Senadores señores Ruiz-Esquide y Viera-Gallo, para sustituir el inciso tercero por el siguiente: “El particular deberá acreditar que el daño se produjo como consecuencia de la falta de servicio del órgano.”(Página 716).

V.- En el segundo informe de la Comisión de Salud, respecto de la discusión en particular, se consigna respecto de las indicaciones expuestas en el número anterior:

- Respecto de la N° 89, se aprueba sin modificaciones.

- Respecto de la N° 90, “el Honorable Senador señor Viera-Gallo hizo ver que las disposiciones propuestas dejan meridianamente en claro que, para que nazca la obligación de indemnizar perjuicios, basta acreditar la relación de causa a efecto entre la falta de servicio y el daño sufrido.

- Ambas indicaciones fueron aprobadas refundidas, la N° 89 sin enmiendas y la N° 90 con modificaciones.

En consecuencia, el proyecto que se aprueba de forma definitiva y que se convierte en ley, establece en su texto



actual: "Artículo 38.- Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

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

CUARTO: Conforme a los antecedentes reseñados respecto del artículo 38 de la Ley en estudio, puede establecerse que desde la presentación de la primitiva indicación del ejecutivo, pasando por la discusión en general, en sala y en particular, en la comisión de salud, la materia sólo sufrió como modificaciones en relación a la indicación inicial, la eliminación del inciso segundo del artículo 27 (actual 38) que establecía la definición para falta de



servicio, la que se fundó en la recomendación de dejar en manos de los tribunales de justicia determinar cuándo ésta se configura (página 550). Asimismo, se desechó la idea de establecer la responsabilidad estatal por la actuación culposa o dolosa de sus funcionarios y que tales servidores pudieran ser demandados en conjunto con el servicio.

Como puede observarse, se abordó por parte del legislador el tema de la responsabilidad sanitaria del estado, sin querer innovar respecto de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 18.575, sino por el contrario, sólo se buscó reafirmar el factor de imputación de responsabilidad, como lo es la falta de servicio, en similares términos a los consagrados en dicha normativa.

De esta manera, la Administración deberá repetir en contra del funcionario en un juicio posterior, resultando determinante al efecto los términos empleados por el legislador: *“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.”*

QUINTO: Por tales consideraciones corresponde acoger el recurso de casación del demandado en esta parte, por contrariar las disposiciones que impiden el cúmulo de



responsabilidad jurídica de la Administración, sustentada en las leyes 18.575 y 19.966, con la del facultativo, impetrada conforme a los términos del Código Civil.

Regístrese y devuélvase.

Redactado el fallo por el Ministro señor Llanos S. y la prevención y disidencia sus autores.

Rol N° 29.094-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Pedro Pierry A. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Pierry por estar ausente. Santiago, 01 de junio de 2020.



Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

En Santiago, a uno de junio de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

