



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Tesina de la carrera de Derecho:

La pérdida de oportunidad en la determinación de la responsabilidad civil médica en Chile.

AUTORES: PATRICIO SÁNCHEZ LÓPEZ

PAOLA FIGUEROA CORTÉS

PROFESOR GUÍA: PAMELA PRADO LÓPEZ

ENERO 2014

ÍNDICE

<i>TABLA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS</i>	4
<i>RESUMEN, PALABRAS CLAVES</i>	5
<i>INTRODUCCION</i>	6-9
I. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	
1.1 UBICACIÓN DEL TEMA EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.....	10-12
1.2 CONCEPTO DE “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” EN RESPONSABILIDAD CIVIL.....	12-14
1.3 CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	14-16
1.4 REQUISITOS PARA QUE OPERE UNA INDEMNIZACION POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	16-19
1.5 NATURALEZA JURIDICA DE LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD Y SU DIFERENCIA CON LOS DEMÁS RUBROS INDEMNIZATORIOS.....,	19-23
1.5.1 ¿QUÉ ES UNA CHANCE?	19-20
1.5.2 ¿ES UN DAÑO? ¿BAJO QUÉ RUBRO INDEMNIZABLE SE REPARA?.....	20-23
1.6 TIPOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	23-29

II. ANALISIS JURISPRUDENCIAL.

2.1 APLICACIÓN DE ESTE RUBRO INDEMNIZATORIO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA, PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS.....	30-36
2.1.1 APLICACIÓN DE ESTE RUBRO INDEMNIZATORIO.....	30-31
2.1.2 PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS.....	31-36
2.2 APLICACIÓN DE ESTE RUBRO INDEMNIZATORIO EN JURISPRUDENCIA EXTRANJERA, SOLUCIONES APORTADAS POR ELLA.....	36-52
2.2.1 JURISPRUDENCIA EUROPEA.....	36-45
2.2.2 JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA.....	45-52

III. SOLUCIONES APORTADAS POR LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA Y APLICACIÓN DE ESTAS SOLUCIONES EN EL MARCO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.

3.1 AUTONOMIA.....	52-55
3.2 VALORACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO POR PÉRDIDA DE CHANCE.....	55
3.3 SITUACIÓN EN JURISPRUDENCIA ANALIZADA.....	55-59
3.4 PROPOSICIÓN DE UN MODELO PARA CHILE.....	59-63
CONCLUSIONES.....	64-65
BIBLIOGRAFÍA.....	66-70

TABLA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

1. Abreviaturas

Inc. : Inciso

C. : Considerando

Nº : Número

P : Página

PP : Páginas

T. : Tomo

V : Volumen

2. Siglas

CC : Código Civil

CPC : Código de Procedimiento Civil

DL : Decreto Ley

DS : Decreto Supremo

SMLMV: Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

RESUMEN

En el ámbito resarcitorio de la responsabilidad civil médica, podemos encontrar un rubro indemnizatorio de reciente data llamado “pérdida de oportunidad”. En doctrina extranjera, tanto europea como latinoamericana hay una relativa aceptación de este rubro como un daño cierto, indemnizable y autónomo, sin embargo en nuestro país la teoría se encuentra insuficientemente desarrollada doctrinariamente y además a nivel jurisprudencial observamos diversos problemas tanto en la aceptación misma como rubro autónomo, como en la cuantificación del daño y su resarcimiento. Es por ello que mediante un análisis práctico y casuístico de la jurisprudencia chilena, latinoamericana y europea lograremos delimitar el alcance de este rubro en el ámbito de la responsabilidad civil médica, proponiendo una construcción doctrinal amparada en los avances del derecho extranjero y un modelo cuantificador que se adapte a nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVES

1. Pérdida de oportunidad
2. Rubro Indemnizatorio Autónomo
3. Nexo de causalidad
4. Criterios Cuantificadores del daño
5. Reparación

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tratará sobre el alcance de la teoría de la “pérdida de oportunidad” en la determinación de la responsabilidad civil médica en Chile. Esta teoría creada por el derecho anglosajón y francés a finales del siglo XIX, se concretiza cuando el actuar de un agente frustra la expectativa de la víctima de conseguir un beneficio o evitar un daño¹. La naturaleza de esta creación doctrinaria incluye en su contenido elementos como la culpa de agente y el nexo causal que une su conducta con el perjuicio producido a la víctima, factores que –entre otros- la convierten en uno de los conceptos más abiertos e indeterminados que existe en el derecho.

Producto de lo anterior es posible encontrar distintas doctrinas que intentan darle sentido y contenido a este rubro indemnizatorio, tanto como figura jurídica dentro del requisito de certidumbre del daño en responsabilidad civil, como en su aplicación en particular, dentro del desarrollo teórico de lo que se conoce como regímenes especiales de responsabilidad por mala praxis del facultativo, ya que en ocasiones es imposible demostrar que una determinada acción u omisión provocó daños al paciente, quedando como último recurso acceder a este rubro indemnizatorio para que se repare al menos el daño relativo a la frustración de la oportunidad de curarse o sobrevivir.

En nuestro país la teoría de la pérdida de oportunidad, como rubro indemnizatorio está recién comenzando a ser aceptada, de hecho, recién en el año 2008 una decisión judicial² afirmó de forma categórica que la pérdida de oportunidad constituye un perjuicio indemnizable. Al analizar la jurisprudencia reciente nos encontramos con dos principales problemas: en primer lugar, a pesar de que existen casos en que se ha reconocido por las Cortes de Apelaciones que en la especie procede indemnizar al paciente por pérdida de chance, no es posible materializar este reconocimiento, puesto que en se percibe una falta de reconocimiento de autonomía de este rubro indemnizable respecto del rubro de daño moral, y a la hora de condenar al pago de indemnizaciones, se termina considerando a la pérdida de oportunidad como un tipo de daño moral, y en segundo lugar, tampoco

¹Molano Herrera, Luz: La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médica en Colombia, Universidad de la Sabana, 2009, p. 2.

²Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de diciembre del 2008, en causa rol 776/2008.

contamos con criterios claros a la hora de determinar un resarcimiento para este rubro, ya que no tenemos un modelo que nos permita avaluar el daño correspondiente a la oportunidad perdida.

Conscientes de esta realidad que hemos apreciado, nos hemos planteado algunas preguntas, tales como: ¿Cuál es la situación de este rubro indemnizatorio en materia de responsabilidad civil médica en nuestro país?, ¿Se le reconoce como un rubro autónomo? Y ¿cuál sería el modelo óptimo para avaluar el daño como costo de la oportunidad perdida? Para tratar de responder a estas interrogantes, es que se ha desarrollado esta investigación, permitiendo indagar en la realidad de nuestra jurisprudencia y proponiendo soluciones que ya han instaurado otros países, pero siempre respetando nuestro propio ordenamiento jurídico y su legislación.

El objetivo general de esta investigación es determinar la aplicación de esta teoría en nuestra jurisprudencia, con sus problemas y dificultades y de esta manera ofrecer una solución en vías hacia un reconocimiento más explícito y una aplicación que se haga cargo de los elementos que la configuran. Los objetivos específicos son delimitar su concepto, determinar su naturaleza jurídica estableciendo las diferencias con respecto a los demás rubros indemnizatorios, clarificar si toda pérdida de oportunidad va a constituir un daño resarcible y determinar finalmente con qué criterios cuantificaremos el daño producido.

Las hipótesis que planteamos en esta investigación son las siguientes:

- La teoría de la pérdida de oportunidad vamos a ubicarla en sede de responsabilidad civil contractual y extracontractual puesto que la distinción de ambas sedes en materia de responsabilidad médica carece de relevancia.
- La naturaleza jurídica de la pérdida de oportunidad consiste en que se constituya como un interés legítimo.
- También es necesario situar a la pérdida de oportunidad en sede de daño y no en sede de relación de causalidad, ya que de esta manera se debe indemnizar el daño “pérdida de chance” y no el daño final, como la muerte.
- Al identificar los tipos de pérdida de oportunidad, se hacen sinónimos las expresiones “oportunidad de sanar” y “oportunidad de curarse”, incurriendo en un error.

- Al confundir los rubros indemnizatorios de pérdida de oportunidad y daño moral se terminan otorgando indemnizaciones incompletas, teniendo incluso incidencia negativa a nivel tributario.
- El modelo cuantificador del daño debe atender a criterios analíticos más que estadísticos, de esta forma se podrá ponderar con mayor certeza el daño producido.

Para demostrar estas hipótesis y cumplir con los objetivos de la investigación, la estructura de este trabajo está dividido en tres apartados, el primero está enfocado en profundizar y delimitar el concepto de pérdida de oportunidad tanto a nivel general, como aquel referido a su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, en este punto analizaremos cuales son los requisitos exigibles para otorgar una indemnización bajo este rubro y también evaluaremos la naturaleza jurídica de esta teoría, estableciendo las diferencias de este rubro con el daño emergente , el lucro cesante y el daño moral, en segundo lugar, se hará un análisis jurisprudencial, para evaluar la aplicación de este rubro indemnizatorio en nuestro país, identificando los principales problemas que surgen en la práctica, y a raíz de esta identificación de estos problemas, se les dará tratamiento buscando una solución en la jurisprudencia extranjera tanto latinoamericana como europea, de esta manera además lograremos entender la aplicación y comprensión de esta figura en otros ordenamientos jurídicos. Para esto se evaluará la manera en que se pide y otorgan indemnizaciones por pérdida de oportunidad, y finalmente, evaluaremos el tema de la indemnización propiamente tal, analizando las soluciones que se han entregado en el derecho comparado en materia de criterios cuantificadores del daño y porcentaje de indemnización que se otorga (total o parcial); lo que nos guiará en la elaboración de un sistema de indemnización capaz de ser integrado a nuestro sistema jurídico, respetando nuestra legislación vigente.

Nuestro estudio es de orden cualitativo, con un tipo de investigación descriptiva, la cual tiene como objetivo preponderante el conocer un fenómeno o situación a través de la descripción de sus objetos, características y procesos, sin limitarse a ser meramente expositivo sino identificando sus problemas y relacionándolo con otras variables (en este caso con jurisprudencia extranjera), todo esto con el fin de extraer generalizaciones significativas que contribuyan al conocimiento. Dentro de este tipo de investigación nos

enfocaremos en realizar un estudio de casos, en el cual se estudiará una cantidad limitada de casos representativos con el objetivo de lograr un alcance más limitado y exhaustivo, dándole importancia a los factores cualitativos en análisis.