

LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD SEGÚN LA CORTE SUPREMA*

THE SUPREME COURT'S THEORY OF THE LOSS OF A CHANCE
LA THÉORIE DE LA PERTE D'UNE CHANCE D'APRÈS LA COUR SUPRÊME

IGNACIO RÍOS ERAZO**
RODRIGO SILVA GOÑI***

INTRODUCCIÓN

La teoría de la pérdida de la oportunidad –conocida a menudo como “pérdida de la chance”– se presenta como una materia de creciente interés en Chile. El reconocimiento doctrinal que ella ha tenido en los últimos años y la alusión a ella en los juicios de responsabilidad civil y en los pronunciamientos de los tribunales de justicia, así lo revelan.

En este fenómeno de creciente desarrollo y aceptación de una teoría cuyos orígenes no están precisamente en Chile, la dictación de una nueva sentencia de la Corte Suprema donde se pronuncia sobre la pérdida de la oportunidad, llama la atención, máxime cuando lo hace fuera de los moldes en que habitualmente se discurre en torno al tema.

Este hito merece especial atención, pues nuestro máximo tribunal reflexiona autónomamente acerca de la pérdida de la oportunidad en sede de causalidad y no en materia de daño como tradicionalmente se ha efectuado. En eso, por lo demás, consistirá el principal objeto del presente comentario.

Con todo, abordaremos también los últimos estudios existentes sobre la teoría de la pérdida de la oportunidad en Chile, recordaremos las sentencias que tradicionalmente han dado lugar a la teoría, y comentaremos –brevemente– la utilización reciente de la pérdida de la oportunidad como estrategia de defensa para solicitar la disminución del monto indemnizatorio en juicios de responsabilidad médico-sanitaria en nuestro país.

* Comentario a la sentencia de la Excm. Corte Suprema, “Segura Riveiro con Fisco de Chile”, 15 de abril de 2014 (indemnización de perjuicios), rol N° 12530-2013.

** Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Magíster © Universidad de Chile, Mención Derecho Privado. Correspondencia a: Correo electrónico ignacio.rios@derecho.uchile.cl.

*** Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor del curso Reforma Procesal Civil Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Correspondencia a: Correo electrónico rodrigosilvagoni@gmail.com.

1. ANTECEDENTES Y DECISIÓN DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

La sentencia que se comentará fue la que dictó la Corte Suprema con fecha 15 de abril de 2014, en el marco de un juicio ordinario de indemnización de perjuicios seguido contra el Fisco de Chile. En ella, el máximo tribunal acoge el recurso de casación en el fondo presentado por la parte demandante, compuesta por los tres hijos de una mujer que falleció en el Hospital Naval de Talcahuano el 25 de noviembre de 2006, a causa de un shock séptico por peritonitis bacteriana, producido como consecuencia de una perforación intestinal. El referido recurso fue impetrado contra la sentencia de fecha 1 de octubre de 2013, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, que desestimó los recursos de apelación y casación en la forma incoados por la parte demandante contra el fallo de primera instancia que dictare el Primer Juzgado Civil de Concepción el 8 de octubre de 2012, en el que se descartó la pretensión indemnizatoria por falta de servicio¹.

Los considerandos 4º y 5º de la sentencia de primera instancia ilustran con claridad las posiciones de las partes en torno a los hechos. Allí se señala que:

“los actores demandan la indemnización del daño moral que se les ha causado como consecuencia de la muerte de su madre, hecho que se habría producido por falta de servicio del Hospital Naval de Talcahuano, por quien responde el demandado, debido al descuido y negligencia inexcusable de personal de ese centro asistencial quien incurrió en un error de diagnóstico, ocasionándose el resultado lesivo” (considerando 4º).

Dicho error de diagnóstico, constitutivo de falta de servicio, quedaría en evidencia, en concepto de los demandantes, porque el personal médico del centro asistencial, no obstante concurrir allí la paciente en más de una oportunidad con determinados síntomas, no fue capaz de descubrir su dolencia sino tardíamente, produciéndose el desenlace fatal (considerando 10º). Y luego sostiene:

“el Fisco de Chile pide el rechazo de la demanda entablada en su contra, en razón de que estima que en el Hospital Naval de Talcahuano, se le practicaron a la madre de los demandantes los procedimientos adecuados al mal que padecía, cursando, en definitiva, un cuadro atípico de abdomen agudo quirúrgico, particularmente agresivo presentando un shock séptico con desenlace fatal” (considerando 5º).

Anticipando lo que será su decisión, el tribunal *a quo* advierte que existió falta de servicio, pero que no se acreditó que entre ésta y el perjuicio alegado por la parte demandante existiera una relación de causalidad. Es lo que revela el considerando 13 de su fallo, donde discurre en los siguientes términos:

¹ Primer Juzgado Civil de Concepción, “Segura Riveiro con Fisco de Chile”, 8 de octubre de 2012 (indemnización de perjuicios), rol N° 4941-2009, Corte de Apelaciones de Concepción, 1 de octubre de 2013, rol N° 1675-2012, Corte Suprema, 15 de abril de 2014 (indemnización de perjuicios), rol N° 12530-2013.

“Que, de las probanzas rendidas, particularmente de la ficha clínica acompañada, y de la cronología de los hechos que precedieron al fallecimiento de la madre de los actores, (...) es posible presumir en base a antecedentes graves, precisos y concordantes, que efectivamente en la especie existió falta del servicio, ya que el servicio prestado fue deficiente, la paciente estuvo más de seis horas con un dolor abdominal, con claros síntomas, hasta para un lego, de apendicitis, al tenor de lo reseñado en el motivo décimo primero, sin que se le diagnosticará correctamente la dolencia ni se le practicaran los exámenes correspondientes a su mal; sin embargo, en el caso de negligencia médica la ley requiere que se acredite por el particular que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano mediando dicha falta de servicio, prueba ésta última que no se ha producido en el caso sub-júdice” (considerando 13).

La Corte de Apelaciones de Concepción llegó a igual conclusión un año después, agregando, eso sí, que no solo no se probó el nexa causal, sino tampoco la falta de servicio (considerando 10° del fallo de segunda instancia).

La sentencia de la Corte Suprema que ha suscitado nuestro interés revela, *grosso modo*, que los jueces del mérito yerran al señalar que no hubo falta de servicio, pues esta fue palmaria (considerandos 11° y 12° del fallo de casación); y que yerran también en buscar la alta de servicio del Hospital en el error de diagnóstico, pues, antes bien, ella se configura en no haberse ejecutado las maniobras elementales ante las dolencias que acusaba la paciente. La negligencia del personal médico no estuvo en no haber acertado en su diagnóstico, sino en no haber realizado aquello que era a todas luces imprescindible ante un caso como el que se le presentaba: ordenar y practicar oportunamente una ecotomografía o una radiografía abdominal (considerando 4° del fallo de reemplazo).

También se detiene esta sentencia en las particularidades de la causalidad en materia médica, señalando que ella es más difícil de establecer, máxime *“cuando el dilema es si en razón de una negligencia médica el paciente pudo perder una oportunidad de sanarse. En estos regímenes de responsabilidad muchas veces sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, como sucedió en este caso, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y oportuna, por el cual el demandado deba responder”* (considerando 7° del fallo de reemplazo) (lo subrayado es nuestro).

Pero —discurre el fallo del máximo tribunal—, al margen de esas dificultades inherentes a este ámbito del derecho de daños, lo cierto es que en este caso la negligencia del Hospital al menos aumentó el riesgo de muerte de la paciente. Allí está la relación de causa a efecto entre la falta de prestaciones médicas oportunas y el resultado denunciado (considerando 8° del fallo de reemplazo).

2. COMENTARIO

La sentencia de la Corte Suprema buscó en otra parte la negligencia y la termina por encontrar. Lo que a los jueces de primera y segunda instancia se les revela difuso u obscuro —la falta de servicio del hospital—, para el máximo tribunal se aparecía

claro, palmario, ostensible: el servicio prestado por el Hospital Naval fue, a todas luces, defectuoso y tardío.

Aún más, concluye la Corte Suprema, junto con la falta de servicio, se observa que entre ésta y el aumento del riesgo de muerte de la paciente fallecida, hubo una relación de causalidad. Las probabilidades de sobrevivida decayeron, porque el Hospital Naval recién vino a aplicar el tratamiento cuando ya era muy tarde y la infección de la madre de los demandantes se encontraba demasiado avanzada.

Pero para efectos de este comentario, la parte más llamativa del fallo es el considerando 7° del fallo de reemplazo, pues es allí donde la Corte asumió que muchas veces en materia sanitaria, la cuestión de la responsabilidad civil es un asunto de probabilidades, y, concretamente, de probabilidades sobre la causalidad. Se trata de casos en que a menudo hay que contentarse con efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño experimentado se deba a una acción u omisión. Este sería —estima la Corte— uno de esos casos.

Lo que el máximo tribunal revela con ello, es un reconocimiento de que el deber de resarcir puede nacer aun cuando la certidumbre sobre la concurrencia de uno de los elementos de la responsabilidad es más bien tenue —o por lo menos no absoluta—. En otras palabras, incluso en ausencia de certeza absoluta del nexo entre acción u omisión y daño, puede haber responsabilidad.

¿Significa esto que la Corte Suprema se ha abierto a la posibilidad de ordenar indemnizaciones por daños hipotéticos, eventuales o conjeturados? La respuesta es negativa, lo que la Corte hace es hablar de probabilidades, y es bien sabido que entre lo *posible* y lo *probable* hay diferencias que están dadas por la mayor factibilidad de ocurrencia de esto último sobre lo primero².

Ahora bien, la Corte advierte —a nuestro entender, correctamente— que la falta de servicio del centro médico y el daño efectivamente sufrido (el deceso de la paciente) están, con probabilidad suficiente, atados causalmente.

¿Es la primera vez que la Corte Suprema “se contenta” con una estimación de probabilidades para ordenar una indemnización? No, pues anteriormente ya había condenado a resarcir pérdidas de oportunidades, aunque siempre lo había hecho siguiendo la decisión previa de alguna Corte de Apelaciones. Pero sí nos parece que es primera vez que el máximo tribunal lo hace asumiendo un criterio propio, con arreglo al cual en materia de responsabilidad médica a veces solo es posible alcanzar una estimación de la causalidad y no una certeza en torno a la misma.

De suerte tal que, el razonamiento de la Corte Suprema despierta interés porque si ya son pocas las ocasiones en que este ha hecho referencia al tema de la pérdida de oportunidades, menos son las que lo ha hecho desde el elemento de la causalidad.

² Sobre esta distinción conceptual, nos extendimos en nuestro trabajo RÍOS ERAZO, Ignacio y SILVA GOÑI, Rodrigo (2014). *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 51-54.

Si quisiéramos enmarcar esta posición que ha asumido la Corte en algunas de las teorías de la causa que han suscitado interés en la doctrina nacional y comparada. Así, se asume por la sentencia en comento la teoría de la causalidad probabilística, es decir, una “*regla de responsabilidad proporcional (proportional liability rule)* en virtud de la cual el agente dañoso indemniza no por el daño causado, sino por el que posiblemente causó”³, una regla de causalidad proporcional⁴. En virtud del cual la causa se fracciona para de ese modo indemnizar en la medida en que tal proporción –o probabilidad– contribuyó a producir el daño.

Sin perjuicio de lo señalado, y no obstante el mérito que constituye esta sentencia, a nuestro juicio, el análisis de la pérdida de oportunidad de sanación desde el elemento de la causalidad pudo haber sido más profundo que el que alcanzó la Corte. En efecto, esta se contentó con dejar esbozado el problema de la certidumbre sobre la relación de causalidad en materia sanitaria, haciendo ver que en este caso solo se puede hacer una estimación de probabilidades. Pero luego la Corte Suprema parece abandonar estas convicciones, pues, en lo que sigue, su razonamiento es el de quien asume que el hospital provocó el deceso de la paciente.

Así, señala en su considerando 8º que “*existe en la especie una relación de causa a efecto entre la falta de prestaciones médicas oportuna y el resultado denunciado*”, o sea, la muerte.

Ese “salto” desde un estado de convicción (el de las probabilidades) a otro (el de las certezas), lleva a la Corte, según creemos, por el camino equivocado en la evaluación del daño, pues, aunque fijó prudencialmente el monto del daño moral sufrido por los demandantes, en ningún momento lo atenúa, con lo que revela que hizo pagar al Fisco, no como si el hospital hubiera aumentado el riesgo de muerte de la paciente, sino que, derechamente, como si le hubiere causado el deceso. Por eso, lo que se concedió finalmente fue una indemnización completa, olvidando que la pérdida de oportunidades debe indemnizarse conforme a las probabilidades y nunca según la ventaja esperada o –como es el caso– la pérdida sufrida⁵.

Acá la Corte Suprema tropieza, como lo hizo en su sentencia de 20 de enero de 2011⁶, en un caso también de pérdida de la oportunidad de sobrevida. Se concedió

³ MAKDISI, John, citado en MEDINA ALCOZ, Luis (2007). *La teoría de la pérdida de la oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. Madrid: Thomson Civitas, p. 415.

⁴ También llamada *causalidad parcial*, en MEDINA ALCOZ (2007), p. 413; LUNA YERGA, Álvaro (2005). “Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad médico-sanitaria”. *Indret*, N° 288, p. 6.

⁵ Misma crítica que efectúa el profesor Tapia en el análisis de la primera sentencia en Chile en pronunciarse de la pérdida de la oportunidad. En TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2012a). “Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena”. *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, N° 2, p. 261.

⁶ Corte Suprema, “Ojeda Soto con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota”, 20 de enero de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 2074-2009. Para un comentario de este fallo, véase TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2011). “Pérdida de una ‘chance’”. *Diario La Tercera*, Santiago, 31 de marzo. Disponible en: <<http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2011/03/895-355049-9-perdida-de-una-chance.shtml>>.

indemnización completa por la muerte de la víctima, cuando, de haberse aplicado correctamente la teoría en estudio, la indemnización debió cubrir la pérdida de la chance de sobrevivida o de obtener un tratamiento diverso.

Lo que se echa en falta en la sentencia de la Corte Suprema es lo que se hizo en Chile por primera vez el 26 de diciembre de 2006, cuando la Corte de Apelaciones de Valdivia definió y reflexionó sobre el concepto de pérdida de una oportunidad⁷.

Nuestro máximo tribunal, hasta hoy, no ha hecho un ejercicio semejante, pues sus invocaciones a la pérdida de oportunidades vienen dadas, como se señaló más arriba, en el contexto de pronunciamientos confirmatorios de sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones. Así lo ha hecho en todos los fallos que hemos recabado, donde la Corte Suprema ha hecho alguna referencia al tema, esto es⁸:

- Corte Suprema, “Rojas Lineros, Juan Carlos con Corporación de Asistencia Judicial”, 27 de octubre de 2008 (indemnización de perjuicios), rol N° 1021-2007.
- Corte Suprema, “Ojeda Soto con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota”, 20 de enero de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 2074-2009.
- Corte Suprema, “Paredes Muñoz Marcos Roberto con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Ltda.”, 7 de junio de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 2409-2009.
- Corte Suprema, “Fritz Vidal con Banco Santander”, 4 de julio de 2011 (cumplimiento de contrato), rol N° 137-2010.
- Corte Suprema, “López Presa con Instituto de Seguridad del Trabajo de Viña del Mar y Cooper Macqueen”, 30 de diciembre de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 11570-2011.

En ese sentido, reiteramos que el fallo en comento es un avance, pues aunque su referencia al tema es breve, al menos queda claro que la Corte asume una postura propia al respecto.

[Consulta: 28 febrero 2015]; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2012b). “Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?”. En: *Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar*, ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (Coord.), Santiago: LegalPublishing Thomson Reuters, p. 671; TAPIA RODRÍGUEZ (2012), p. 26; y RÍOS y SILVA (2014), pp. 237-243. También es mencionado por los profesores Hugo CÁRDENAS y Jaime MORENO, en CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y MORENO MOLINET, Jaime (2011). *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio*. Santiago: LegalPublishing Thomson Reuters, p. 91; y más recientemente por el profesor Renzo MUNITA, en MUNITA MARAMBIO, Renzo (2013). “La pérdida de una chance. Notas desde una perspectiva comparada”. *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 28, pp. 420 y 421.

⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia, “Rojas Lineros con Corporación de Asistencia Judicial”, 26 de diciembre de 2006 (indemnización de perjuicios), rol N° 1084-2006. Para un comentario de este fallo, véase VERGARA VARAS, Pedro Pablo (2009). “Dos fallos sobre la responsabilidad profesional del abogado”. *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 19; y, RÍOS y SILVA (2014), pp. 233-236.

⁸ Para un análisis de estos fallos, véase RÍOS y SILVA (2014), pp. 218 y ss.

Por último, en el caso se cumplen íntegramente los requisitos de procedencia de la indemnización por pérdida de la oportunidad⁹. En efecto, ingresó la oportunidad de sanarse o de sobrevivir, reconociendo la existencia –certeza– de una oportunidad. Enseguida, la contingencia incierta de ganancia o pérdida se manifiesta en la propia confesión respecto del difícil establecimiento de la certidumbre en materia sanitaria, y la oportunidad perdida se volvió, por cierto, irreversible, pues difícilmente se podrá poner a la víctima en la misma situación en que se encontraba antes de la falta de servicio descrita. Finalmente, existe –de nuevo– una incertidumbre en el resultado final, concurriendo cabalmente los requisitos de la teoría en estudio.

3. ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN CHILE

3.1. Reconocimiento doctrinario

La teoría de la pérdida de la oportunidad solo ha tenido recientemente una mención más extensa en la doctrina nacional¹⁰, provocada en gran medida por la crítica opinión del profesor Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ a mitades del siglo XX. Su influencia desde la publicación de su reconocido estudio de responsabilidad civil¹¹ hasta entrado el siglo XIX tuvo como consecuencia inmediata el escaso análisis que los autores nacionales dedicaron a la materia¹².

En opinión del reconocido jurista “la privación de una simple expectativa, de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, de un álea, aun por culpa o dolo de un tercero, no constituye, pues, un daño indemnizable por no ser cierto”¹³.

Al respecto, nos sumamos a la crítica efectuada por el profesor Mauricio TAPIA, en tanto el exdecano se fundó en supuestos equivocados para efectuar dicha recriminación a las oportunidades perdidas como perjuicio indemnizable¹⁴.

⁹ Esto es: 1) ingreso de la oportunidad al estado actual del sujeto; 2) certeza respecto de la existencia de la oportunidad; 3) existencia de álea en la oportunidad, 4) oportunidad irreversible; e, 5) incertidumbre del resultado final. Todos ellos son tratados extensamente en RÍOS y SILVA (2014), pp. 264-266.

¹⁰ Al efecto, nos remitimos a nuestro trabajo en la materia, especialmente en el capítulo que se destina al efecto, con las actualizaciones que se indicarán en este acápite. RÍOS y SILVA (2014), pp. 209 y ss.

¹¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.

¹² Con la destacada excepción de una memoria de prueba de 1973 de la Universidad de Concepción y, años después, el profesor Ramón Domínguez Á. ZEGPI JIMÉNEZ, Luis y RÍOS RÍOS, Juan (1973). *El daño civil*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Concepción. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1989). “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 188, pp. 125-168.

¹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1943), n. 141, p. 218; asimismo, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, n. 141, p. 159. En esta última, que corresponde a la versión reeditada de la obra de 1943, las explicaciones sobre el daño eventual se mantuvieron intactas, y lo propio ocurrió con las notas que usó el autor a este respecto.

¹⁴ TAPIA RODRÍGUEZ (2012b), p. 658.

Superado este reproche infundado a la teoría, la aceptación de la doctrina nacional hacia la pérdida de la oportunidad es unánime. Tanto es así, que ediciones recientes de estudios obligados en materia de responsabilidad civil incluyen ahora el primer reconocimiento jurisprudencial de la teoría¹⁵.

Con todo, resulta pertinente referirnos a dos publicaciones recientes que intentan –con mayor o menor éxito– analizar la teoría en estudio.

El primero de ellos corresponde a la publicación de la memoria de pregrado de una estudiante de derecho titulada “La pérdida de la chance como daño indemnizable”¹⁶. El trabajo en su totalidad nos merece críticas, pues no efectúa distinción alguna entre pérdida de la oportunidad y de la chance, confunde el origen paralelo de la teoría en el derecho continental y del *common law*, la identifica equivocadamente con el daño moral. Por lo anterior, no nos detendremos en analizar este trabajo.

Otro estudio reciente sobre la materia lo brinda el profesor de la Universidad del Desarrollo Renzo MUNITA, en un artículo que estudia detalladamente el análisis doctrinal comparado de la pérdida de la oportunidad¹⁷. Este denota un minucioso trabajo de investigación, logrando distinguir plenamente las distinciones semánticas de los términos chance y oportunidad¹⁸, así como el tratamiento paralelo que se le otorga a la teoría en sede de daño y causalidad¹⁹, y propone presupuestos o requisitos necesarios para su reparación²⁰, finalizando su análisis con la pérdida de la oportunidad en el ámbito médico-sanitario²¹.

El estudio representa un notable avance en la comprensión de la materia en nuestro país, especialmente en su entendimiento desde el derecho comparado²².

¹⁵ Nos referimos a la 2ª edición actualizada del trabajo del profesor Hernán Corral, CORRAL TALCIANI, Hernán (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: LegalPublishing Thomson Reuters, 2ª Edición actualizada, 2013, pp. 136 y 137, admitiendo que la jurisprudencia chilena parece proclive a importar el concepto.

¹⁶ QUIVIRIA PASSALACQUA, Mónica (2013). *La pérdida de la chance como daño indemnizable*. Santiago: Círculo Legal Editores.

¹⁷ MUNITA (2013), pp. 395-441. El autor también se refiere a la teoría de la pérdida de la oportunidad en un reciente estudio en materia de causalidad, en MUNITA MARAMBIO, Renzo (2014). “Recursos comparados relativos a la determinación del vínculo causal. Un análisis centrado en eventos de responsabilidad sanitaria”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, p. 212.

¹⁸ MUNITA MARAMBIO (2014), pp. 403-405.

¹⁹ MUNITA MARAMBIO (2014), p. 402.

²⁰ MUNITA MARAMBIO (2014), pp. 405-408.

²¹ MUNITA MARAMBIO (2014), pp. 408 a 420.

²² Con todo, desconocemos si el autor referido adscribe a la teoría desde la causalidad o desde el daño, al expresar que “chance es un perjuicio que actúa en un espacio de incertidumbre causal, que necesita de elementos que contribuyan efectivamente a disolver dicha incertidumbre, creemos que una efectiva determinación causal probabilística es una herramienta adecuada al efecto”. MUNITA MARAMBIO (2014), p. 414.

3.2. *Jurisprudencia reciente*

Aunque el título denote la existencia *–a contrario sensu–* de jurisprudencia no reciente, lo cierto es que los fallos emanados de nuestro máximo tribunal en que se reconoce la teoría de la pérdida de la oportunidad no tienen más de cinco años.

Por lo tanto, no ahondaremos en todos aquellos fallos que resuelven sobre la base de probabilidades pero con pleno desconocimiento de la teoría²³, sobre los que el tribunal no se ha pronunciado, pese a que las partes hayan invocado un supuesto de oportunidades perdidas²⁴, o los primeros fallos en los que se analiza la teoría en comentario²⁵, pues ya fueron objeto de un estudio detallado con anterioridad²⁶.

²³ Estos son: 1) Corte de Apelaciones de Concepción, 12 de enero de 2000. En DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1999). “Comentarios de Jurisprudencia”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 206; 2) Corte de Apelaciones de Santiago, “Gatica Illanes con Codelco”, 23 de marzo de 2007 (indemnización de perjuicios), rol N° 5368-2005. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema mediante fallo de 7 de abril de 2009, rol N° 3172-2007, en DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2008). “Comentarios de Jurisprudencia”. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 223-224; 3) Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1944, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XLI, sec. 2ª, pp. 41 y ss., citada en TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2003). “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, “Gatica Illanes Jaime Andrés con Codelco”. Vol. 15, N° 2, nota 148, p. 106; 4) Corte Suprema, 25 de octubre de 1904, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año II, 1965, N° 5, p. 141. TAPIA RODRÍGUEZ (2012b), pp. 662-663; 5) Corte Suprema, “Vivanco Fernández con Agricom Ltda.”, 14 de mayo de 2007 (indemnización de perjuicios accidente del trabajo), rol N° 4514-2005; 6) Segundo Juzgado Civil de Rancagua, “Bazán Olivares y otro con Servicio de Salud Libertador Bernardo O’Higgins”, 30 de octubre de 2007 (indemnización de perjuicios), rol N° 3756-2006, Corte de Apelaciones de Rancagua, 7 de julio de 2008, rol N° 1136-2007. La Corte Suprema, con fecha 6 de septiembre de 2010, rol N° 4738-2008, aprobó avenimiento entre las partes. En CÁRDENAS y MORENO (2011), p. 132. Hacemos presente que los autores indican que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua es del año 2007, pero se dictó el año 2008; 7) Séptimo Juzgado del Trabajo de Santiago, “Cabrera Rubilar con Inversiones Valle de Anton Ltda.”, rol N° 6523-2004 (indemnización de perjuicios accidente del trabajo), Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de diciembre de 2007, rol N° 1901-2007, y declarados desiertos los recursos de casación en la forma y en el fondo por la Corte Suprema con fecha 28 de febrero de 2008, rol N° 703-2008; y, 8) Segundo Juzgado Civil de La Serena, “Aros González con Zoffoli Guerra”, 22 de septiembre de 2004 (indemnización de perjuicios), rol N° 716-2003, Corte de Apelaciones de La Serena, 7 de junio de 2005, rol N° 1456-2004, Corte Suprema, 11 de abril de 2007, rol N° 3291-2005. El citado fallo fue comentado por el profesor Vergara, quien considera se trata de una hipótesis de pérdida de la oportunidad. En VERGARA VARAS (2009), p. 36.

²⁴ A su vez, los fallos son los siguientes: 1) Tercer Juzgado Civil de Concepción, “Campillo Mañan con Servicio de Salud Concepción”, 30 de noviembre de 2000 (indemnización de perjuicios), rol N° 3488-1999, Corte de Apelaciones de Concepción, 31 de octubre de 2003, rol N° 322-2001, Corte Suprema, 18 de julio de 2004. *Revista Ius Publicum*, 2005, N° 14, Universidad Santo Tomás, pp. 235-251; 2) Corte de Apelaciones de Concepción, “Peña Contreras con Servicio de Salud Concepción”, 23 de septiembre de 2006 (indemnización de perjuicios), rol N° 3530-2004, Corte Suprema, 23 de junio de 2009, rol N° 6274-2007.

²⁵ Por su parte, estas sentencias son: 1) Corte Suprema, “Fritz Vidal con Banco Santander”, 4 de julio de 2011 (cumplimiento de contrato), rol N° 137-2010; 2) Primer Juzgado de Letras de Osorno, “Rojas Lineros con Corporación de Asistencia Judicial”, 10 de agosto de 2006 (indemnización de perjuicios), rol N° 921-2005, Corte de Apelaciones de Valdivia, 26 de diciembre de 2006, rol N° 1084-2006, Corte Suprema, 27 de octubre de 2008, rol N° 1021-2007. En VERGARA VARAS (2009), p. 38; y, 3) Segundo Juzgado Civil de Viña del Mar, “López Presa con Instituto de Seguridad del Trabajo de Viña del Mar y Cooper Macqueen”, 13 de mayo de 2011 (indemnización de perjuicios), rol N° 3034-2000, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 11 de octubre de 2011, rol N° 1285-2011, Corte Suprema, 30 de diciembre de 2011, rol N° 11570-2011.

²⁶ Al efecto, véase RÍOS y SILVA (2014), pp. 219-237.

Recordaremos, por tanto, aquellos pronunciamientos en los que la Corte Suprema ha reparado la pérdida de la oportunidad, ambos de 2011, por lo que el fallo comentado viene a ser el tercer caso en que el máximo tribunal se pronuncia sobre el tema²⁷.

El primero de ellos, y por lo demás más reconocido por la doctrina²⁸, caratulado “Ojeda Soto con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota”²⁹ trata de un supuesto de falta de servicio, en el que se demandó al Servicio de Salud citado por la negligencia cometida en el Hospital Gustavo Fricke al diagnosticar erróneamente la benignidad de una biopsia a una paciente que años después murió a causa de la prestación imperfecta del servicio de salud, al no determinar los signos de malignidad de un lunar extirpado.

Al igual que en el caso que es objeto del presente comentario de jurisprudencia, también se identificó una pérdida de la oportunidad de sobrevida, como se desprende del siguiente considerando:

“13º (...) el error culpable en el diagnóstico de que fue objeto la privó durante más de un año de acceder a un tratamiento que pudo darle una mejor calidad de vida (...) habiéndosele privado también de haber podido aspirar a una sobrevida, aun cuando inexorablemente por la enfermedad que padeció iba a morir, todo lo cual permite concluir que en la especie existió para ella una pérdida de chance”.

El segundo caso se diferencia del primero, en cuanto no se refiere a responsabilidad médica, sino que derechamente a la pérdida de la oportunidad laboral. En la causa caratulada “Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Ltda.”³⁰ se demanda la responsabilidad por el hecho del dependiente a una empresa de servicios marítimos y portuarios, en el accidente producido a un vigilante de un puerto que quedó gravemente herido como consecuencia del atropello de una grúa horquilla, resultando con un grado de incapacidad del 70%.

²⁷ Además, se destacan algunas sentencias en que la Corte Suprema invoca la pérdida de la oportunidad sin mayor precisión. Así, en causa “Urrea Fuentes con Corpbanca”, 12 de abril de 2012 (indemnización de perjuicios), rol N° 218-2011, el máximo tribunal revoca sentencia que rechazó un supuesto de responsabilidad precontractual y en ella afirma la pérdida de oportunidades similares por causa de la retractación intempestiva de un banco en otorgar un crédito hipotecario. El punto es que solo se indemniza el daño emergente (costos) y moral, pues fue lo solicitado por la demandante. Otro fallo del mismo tribunal, “Constructora Monteverde Ltda. con I. Municipalidad de La Ligua”, 26 de septiembre de 2013 (resolución de contrato), rol N° 375-2013, se refiere a la pérdida de la oportunidad de nuevos negocios y lo califica como daño moral, y siendo que en la sentencia de Corte de Apelaciones rebaja este monto por no acreditarse la relación de causalidad. En tal sentido la Corte Suprema solo describe lo dicho por la Corte de Apelaciones.

²⁸ Véase *supra* pie de página N° 5.

²⁹ Primer Juzgado Civil de Viña del Mar, “Ojeda Soto con Servicio de Salud Viña del Mar Quillota”, 31 de marzo de 2008 (indemnización de perjuicios), rol N° 3346-2005, Corte de Valparaíso, 11 de diciembre de 2008, rol N° 776-2008, Corte Suprema, 20 de enero de 2011, rol N° 2074-2009.

³⁰ Segundo Juzgado Civil de Talcahuano, “Paredes Muñoz con Empresa de Servicios Marítimos y Portuarios Hualpén Ltda.”, 26 de septiembre de 2006 (indemnización de perjuicios), rol N° 189-2005, Corte de Concepción, 29 de enero de 2009, rol N° 4146-2006, Corte Suprema, 7 de junio de 2011, rol N° 2409-2009.

En tal sentido, la sentencia reflexiona acerca de los perjuicios demandados y certidumbre, reconociendo a la teoría de la pérdida de la oportunidad en la zona intermedia entre daños eventuales y ciertos pero, por sobre todo, indemnizables. Así, la sentencia del máximo tribunal afirmó:

“13º (...) El actor fundamenta su cobro en el hecho de haber tenido que jubilar a los 29 años de edad, en circunstancias que de no haber ocurrido el accidente podía haber continuado trabajando hasta los 65 años, obteniendo, en consecuencia ingresos muy superiores a su pensión de jubilación.

La forma de calcular el perjuicio por el concepto que se analiza sería exacta si hubiera la certeza de que el actor viviría hasta cumplir los 65 años y que durante todo ese tiempo mantendría su trabajo, circunstancias ambas imposibles de determinar.

Sin embargo en el suceder fáctico entre la mera posibilidad y la certidumbre, existe una zona intermedia, gris, que es la probabilidad suficiente, que es más que la posibilidad pero menos que la certeza, situación que se conoce en derecho como chance (Isidora Goldenberg Indemnización de Perjuicios, Editorial Hammurabi S.R. l. Buenos Aires, 1993, página 247)”.

3.3. Uso de la teoría en juicios de responsabilidad civil médico-sanitaria. Estrategia del Consejo de Defensa del Estado

El reconocimiento paulatino de la teoría de la pérdida de la oportunidad en la doctrina nacional y jurisprudencia se han manifestado también en la práctica judicial, utilizándose la teoría como estrategia de defensa en juicios de responsabilidad médico-sanitaria.

De esta forma, el Consejo de Defensa del Estado³¹, en al menos dos oportunidades, ha invocado la teoría de la pérdida de la oportunidad como excepción perentoria en acciones de responsabilidad civil extracontractual por falta de servicio, en defensa de servicios de salud regionales.

En el primero de los casos caratulado “Vásquez Olivares con Servicio de Salud Coquimbo”³², se demandó por un paciente la falta de servicio del Hospital de San Pablo de Coquimbo consistente en la no atención de especialistas oftalmológicos luego de sufrir un accidente automovilístico, provocando la pérdida total de visión en uno de sus ojos.

En lo que nos interesa, el Consejo de Defensa del Estado, al contestar la demanda, arguyó como excepción perentoria, en subsidio de la defensa de inexis-

³¹ Servicio público que de conformidad al artículo 2º de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, decreto fuerza ley N° 1 de 1993 del Ministerio de Hacienda, *Diario Oficial*, 7 de agosto de 1993, tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado.

³² Segundo Juzgado de Letras de La Serena, “Vásquez Olivares con Servicio de Salud Coquimbo”, 1 de diciembre de 2014 (indemnización de perjuicios), rol N° 3397-2013. La Corte de Apelaciones de La Serena se encuentra conociendo de la impugnación deducida en su contra, rol N° 240-2015.

tencia de falta de servicio sanitaria, la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad o chance.

Se invocó al efecto la teoría en estudio en los siguientes términos:

“La doctrina de pérdida de oportunidad se define como una teoría de causalidad probabilística (Probabilistic Causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido por el paciente, pero se reduce el monto de la indemnización, en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente incluso, de haber actuado aquél diligentemente”³³.

Acto seguido, la defensa del Hospital San Pablo afirmó que no se encontraría establecida la relación de causalidad entre el actuar dañoso y los perjuicios reclamados, es decir, entre la falta de atención oportuna de un oftalmólogo y la pérdida de visión ocular.

Finalmente, la sentencia recaída en estos autos acogió la demanda en contra del Servicio de Salud Coquimbo, condenándose al pago de \$ 20.000.000 al concluir el tribunal *a quo* que la causa que provocó el daño ocular irreparable de la víctima fue –precisamente– la falta de servicio del personal médico que intervino en la atención del paciente al llegar a urgencias, y que la tardanza en la derivación del demandante a un centro de salud pertinente, en la especialidad de oftalmología, provocó dicho perjuicio³⁴.

Un segundo caso en que se alegó la teoría de la pérdida de la oportunidad por el Consejo de Defensa del Estado ocurrió –coincidentemente– en la misma región y en defensa del mismo hospital, en la causa caratulada “González Alfaro con Servicio de Salud Coquimbo”³⁵.

Los hechos que motivaron la demanda de responsabilidad civil extracontractual por falta de servicio en contra de dicho establecimiento asistencial difieren del caso anterior, pues en este se invocó la falta de tratamiento oportuno de un cáncer gástrico que tuvo como consecuencia la muerte de un paciente.

La referencia a la teoría de la pérdida de la oportunidad es idéntica al caso anterior³⁶ en cuanto se vincula la doctrina en sede de causalidad, específicamente como una manifestación de la teoría de la causalidad probabilística (*Probabilistic Causation*) referida anteriormente.

³³ Contestación de demanda de 18 de noviembre de 2013 en autos caratulados “Vásquez Olivares con Servicio de Salud Coquimbo”, Segundo Juzgado de Letras de La Serena, rol N° 3397-2013, fojas 40 y ss.

³⁴ Considerandos 14 y 17 de la sentencia definitiva del Segundo Juzgado de Letras de La Serena, 1 de diciembre de 2014.

³⁵ Primer Juzgado de Letras de La Serena, “González Alfaro y otra con Servicio de Salud Coquimbo”, 6 de enero de 2015 (indemnización de perjuicios), rol N° 3925-2013. La referida sentencia no ha sido impugnada a la fecha.

³⁶ Dicha coincidencia la atribuimos a que las contestaciones de ambos casos estuvo suscrita por el mismo abogado patrocinante.

Sin embargo, la relación fáctica se vincula de un modo diverso, pues se argumenta que aun cuando se hubieren realizado oportunamente los tratamientos por el hospital demandado, la víctima igualmente hubiere fallecido.

Ahora bien, la sentencia definitiva que recayó en primera instancia negó lugar a la demanda fundado en que el servicio de salud actuó diligentemente, otorgando al paciente una atención médica oportuna y adecuada, no resultando probados los hechos en que los demandantes fundaron su acción³⁷, por lo que no se pronunció respecto de la excepción de pérdida de la oportunidad.

Los casos anteriores demuestran que el examen de la teoría en estudio sí está siendo empleada en materias de responsabilidad civil como estrategia de defensa para solicitar la disminución del daño demandado, siendo una excepción subsidiaria para el caso que se rechace la excepción principal de ausencia de falta de servicio.

Con todo, y no siendo estos casos el objeto del presente comentario de jurisprudencia, estimamos que ambos asuntos difieren sustancialmente entre sí, por lo que resultaba improcedente invocar la excepción de pérdida de la oportunidad de forma análoga.

El primer caso, como vimos, se refiere a un supuesto en el que el daño demandado es la pérdida de visión de un ojo, que se habría producido como consecuencia de la falta de atención oportuna. En el segundo, en cambio, se demanda que la falta de servicio como causa del cáncer gástrico.

Como se notará, en el primero de los casos la teoría de la pérdida de la oportunidad es improcedente pues se está demandando el daño final (pérdida de la visión) como consecuencia de la falta de la servicio. No cabe aquí hablar de pérdida de la chance –oportunidad en su faz positiva– pues no se invoca la frustración de una probabilidad de obtener una ventaja, sino que derechamente el daño final.

En el segundo de los casos, en cambio, el cáncer evidentemente no se produjo como consecuencia del supuesto actuar negligente del servicio de salud, sino que por causas externas. En otras palabras, el paciente ingresó al servicio asistencial con el cáncer ya incorporado, y la falta de servicio invocado solo produce en tal caso una pérdida de la oportunidad de sobrevida o de curación, pero no el daño final, esto es, el cáncer.

CONCLUSIÓN

Según lo visto, la Corte Suprema una vez más reconoce la teoría de la pérdida de la oportunidad en nuestro país y lo indemniza. El avance por lo demás se encuentra en el excepcional análisis que efectúa de dicha teoría de sede de causalidad y aceptación de una verdad que se torna evidente, esto es, la incertidumbre causal propia de los juicios en materia médico-sanitaria.

³⁷ Considerando 12 de la sentencia definitiva de Primer Juzgado de Letras de La Serena, 6 de enero de 2015.

En definitiva, y sumado a la utilización reciente de la teoría de la pérdida de la oportunidad en defensa de ciertas partes en juicios de responsabilidad civil, podemos suponer que el avance paulatino está llevándose a cabo en nuestro país con un mayor conocimiento del que nos tenía acostumbrados, siendo un notable progreso en una materia en constante desarrollo.