

EL DAÑO MORAL EN EL CONTRATO MÉDICO FRENTE A LAS INSTITUCIONES PRIVADAS DE SALUD: UNA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL

[Non-pecuniary damages in the medical contract in private health institutions: a jurisprudential approach]

BORIS LOAYZA MOSQUEIRA¹

RESUMEN

La discusión relativa a la procedencia del daño moral en sede contractual parece estar superada y uno de los contratos en donde este perjuicio resulta más evidente es el contrato médico, en particular, en las instituciones privadas de salud. Sin embargo, la doctrina no se ha detenido con suficiente atención sobre las condiciones para que esta partida indemnizatoria proceda en este tipo de contratos. En razón de esto, el presente trabajo busca establecer los criterios que tiene la Corte Suprema para conceder este perjuicio en el contrato médico.

PALABRAS CLAVE

Daño moral - contrato médico - jurisprudencia.

ABSTRACT

The discussion regarding the source of non-pecuniary damages in contractual liability seems to be a topic overcome, and medical contracts happen to be the contracts in which these damages are more evident, particularly in private health institutions. Nevertheless, the doctrine has not paid enough attention over the conditions for these kinds of damages to be proceeded. Because of this, the present paper is to establish the criteria that the Supreme Court has to grant this damage in the medical contract.

KEYWORDS

Non-pecuniary damages - medical contract - jurisprudence.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Ayudante novel del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad médica ha incrementado paulatinamente su importancia en los últimos años, acrecentado, a su vez, la litigiosidad respecto de los ilícitos médicos². En esta línea, las demandas de indemnización de perjuicios por daño moral son las que llevan la delantera³ y esto por dos motivos. El primero es producto del asentamiento, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de la procedencia del daño moral en la responsabilidad contractual⁴. El segundo -y muy ligado al primero- es que la responsabilidad médica tiene una naturaleza eminentemente contractual, motivo por el que algunos autores lo dan como el ejemplo típico de la presencia del perjuicio moral en esta sede⁵.

La conclusión es clara: el daño moral procede en responsabilidad contractual y el lugar más conspicuo en el cual se manifiesta es el contrato médico. Quizá por eso llama la atención que hasta el libro de ÁLVARO VIDAL⁶ y el de JOSEFINA TOCORNAL⁷, el estudio del tema no se haya profundizado, es decir, la doctrina no se ha detenido en las particularidades del daño moral en el contrato médico celebrado con las instituciones privadas de salud. Así, en líneas generales, los autores se limitan, o bien a mencionar el daño moral a propósito de la clasificación de los daños en general y no en el contrato médico en particular⁸, o a presentarlo como un argumento más de por qué la responsabilidad médica tiene naturaleza contractual por sobre la extracontractual⁹.

² PIZARRO, Carlos, *La responsabilidad civil médica* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters), p. 7.

³ Léase a MIRANDA, Francisco. 2015. *Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración*, en *Revista de Derecho* (2015) 7, p. 86. [visible en internet: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/211.pdf>]. Acá, señala que “de los montos demandados, respecto de los prestadores públicos y prestadores privados, llama la atención la relevancia del concepto daño moral. En efecto, los montos demandados por este concepto (...) representan en conjunto para ambos sistemas, nada menos que un 94,7% del total demandado”. En el mismo sentido, véase a DE LA MAZA, Íñigo. 2018. *El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema*, en *Revista Chilena de Derecho* 45 (2018) 2, p. 279 [visible en internet: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v45n2/0718-3437-rchilder-45-02-00275.pdf>].

⁴ Véase a JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio, *Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (editor), *Cuadernos de análisis jurídico: colección derecho privado VI, Responsabilidad médica* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), pp. 175-181; y, a DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro, *Cuestiones de derecho de contratos* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters), pp. 683-697.

⁵ A vía ejemplar, ver a: BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica, Chile), pp. 343-344; VIDAL, Álvaro, *Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Una mirada desde el derecho contractual*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, MORALES MORENO, Antonio Manuel y VIDAL OLIVARES, Álvaro (editores), *Estudios de derecho de contratos* (Santiago, Thomson Reuters), p. 351; DOMÍNGUEZ, Carmen, *La reparación del daño moral derivado de contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI (editor), *Cuadernos de análisis jurídico III, Temas de contratos* (1° edición, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), p. 241; TOMASELLO, Leslie, *Estudios de derecho privado: otros temas* (1° edición, Valparaíso, Edeval), p. 20; MIRANDA, Francisco, cit. (n. 2), pp. 86-88; DE LA MAZA, Íñigo, *El daño moral*, cit. (n. 2), p. 297; y, TAPIA, Mauricio. 2003. *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*, en *Revista de Derecho (Valdivia)* 15 (2003) 2, p. 84 [visible en internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004].

⁶ Ver a VIDAL, Álvaro, *Responsabilidad civil médica* (1° edición, Santiago, DER Ediciones), pp. 73-84.

⁷ TOCORNAL, Josefina, *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters), pp. 321-324.

⁸ ACOSTA, Vicente, *De la responsabilidad civil médica* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica), pp. 390-392; PAILLÁS, Enrique, *Responsabilidad médica* (1° edición, Santiago LexisNexis Chile), pp. 47-50; y, TOMASELLO, Leslie, cit. (n. 5), pp. 20-23.

⁹ PIZARRO, Carlos, cit. (n. 2), pp. 16-17.

Lo recién expresado hace necesario analizar el daño moral en el contrato médico revisando un grupo de sentencias que han sido emitidas o revisadas por la Corte Suprema¹⁰, con la finalidad de establecer los criterios que tiene este tribunal para conceder este perjuicio frente a contratos médicos con las instituciones privadas de salud¹¹.

Una atenta mirada a las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema permite vislumbrar dos cosas. La primera, es que la Corte sí posee criterios para conceder el perjuicio moral en el contrato médico. Así, en general, la Corte acepta la procedencia del daño moral en este contrato y, usualmente, lo enmarca en el *pretium doloris*. Enseguida, se establece como límite principal el ámbito de resguardo del contrato y se indica que este perjuicio debe ser acreditado por quien lo alega. Por último, declara que la decisión relativa a su *quantum* queda al arbitrio de los jueces del fondo.

La segunda cuestión es que tales criterios son excesivamente amplios, lo que muchas veces torna compleja la configuración y posterior evaluación de esta partida indemnizatoria.

En razón de esto, nos enfocaremos en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema para realizar un examen respecto de cuáles son los criterios que tiene este tribunal para conceder el daño moral frente a contratos médicos.

I. CONFIGURACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA CORTE SUPREMA: ALGUNOS CRITERIOS

Al considerar la jurisprudencia de nuestro tribunal, es posible encontrar ciertos puntos en relación con el daño moral en el contrato médico que, o bien la Corte trata, o bien los omite. Tales tópicos son: definición, procedencia, limitación, prueba y montos. Es a partir de estos ítems que intentaremos establecer los criterios que tiene la Corte Suprema para conceder este perjuicio en el contrato médico.

1. Definición

Preguntarse por la definición del daño moral es una tarea difícil, porque no existe consenso en su nomenclatura¹²: se le llama indistintamente como daño moral, daño extrapatrimonial o daño no patrimonial, siendo la primera denominación la más usual¹³. Sin embargo, una atenta

¹⁰ La metodología de búsqueda fue realizada en las plataformas web de Westlaw [<https://westlawchile.cl.biblioprueba.udp.cl/>], Microjuris [<https://www.microjuris.cl/>] y, en menor medida, la plataforma web del Poder Judicial [<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php>] hasta el 30 de junio de 2019. Las voces de búsqueda fueron las siguientes: “responsabilidad contractual”; “daño moral”; y “médico”. De esta manera se llegó a un total de 25 fallos correspondientes a la Corte Suprema.

¹¹ Debido a la extensión de este trabajo dejamos fuera los casos que se producen en las instituciones públicas de salud, los que pueden revisarse en PIZARRO, Carlos, cit. (n. 2), pp. 121-178; TOCORNAL, Josefina, cit. (n. 7), pp. 127-149; y VIDAL, Álvaro, *Responsabilidad*, cit. (n. 6), pp. 88-98.

¹² DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral* (1º edición, Santiago, Editorial Jurídica), p. 43.

¹³ DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral*, cit. (n. 12), p. 44. En contra BARRIENTOS, Marcelo. *Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris*, en *Revista Chilena de Derecho* 35 (2008) 1, p. 85 [visible en internet: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art04.pdf>], para quien la “nomenclatura del ‘daño moral’ no es la que mejor identifica el conocimiento, contenido e indemnización del perjuicio extrapatrimonial”.

lectura de las sentencias de la Corte Suprema permite sostener que es frecuente que esta defina o, al menos, intente explicar qué comprende el daño moral¹⁴.

Ahora bien, una vez determinado que la Corte Suprema suele definir el daño moral, el siguiente paso es preguntarse cómo lo hace. La respuesta es que es posible advertir a lo menos tres formas distintas de conceptualizar esta partida.

La primera tiene su origen en contraponer el daño moral con los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), tal como lo hiciera la doctrina más temprana¹⁵. En este sentido, encontramos un voto de minoría dictado a propósito de una sentencia sobre un examen de VIH, donde se afirma que el daño moral es “*el sufrimiento moral o espiritual y no patrimonial*”¹⁶.

La segunda forma de definir este perjuicio es mediante un giro lingüístico que surge al acudir a la RAE. Así, en algunos casos la Corte ha estimado que el daño moral queda comprendido en la voz ‘daño’ que emplea dicho diccionario¹⁷.

Finalmente, está la regla general: el *pretium doloris*, es decir, el precio del dolor, “de los sufrimientos físicos o el deterioro de la autoestima”¹⁸. Esto lo confirma una revisión a la jurisprudencia de la Corte, ya que en todos los casos en que se definió este perjuicio, en igual número se conceptualizó como ‘precio del dolor’. En esta línea, podemos encontrar un fallo en que la demandante sufrió la extirpación de sus dos trompas de falopio. Acá, el tribunal indica que el daño producido a la paciente “*se traduce en una comprensible aflicción o dolor que constituye un daño moral*”¹⁹. Otro tanto se desprende de un fallo de 25 de julio de 2011, donde la Corte, en su considerando décimo segundo, expone que: “*el daño moral es definido como el sufrimiento, trastorno psicológico, afeción espiritual o lesión de un interés personalísimo, causado a la espiritualidad de la víctima como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito o de la infracción a un derecho subjetivo, no definible por parámetros objetivos, que puede afectar a la víctima o a un tercero, pudiendo consistir en un daño moral puro o bien de índole pecuniario cuando indirectamente afecta la capacidad productiva del perjudicado*”²⁰.

¹⁴ Esto porque en 21 casos la Corte se pronunció sobre esto. De los 4 casos restantes, sólo en dos se rechazó el daño moral: Corte Suprema (2008), Rol N° 4925-2007 y Corte Suprema (2015), Rol N° 14623-2015.

¹⁵ ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (1° edición, Santiago, Editorial Universitaria), p. 220. En el mismo sentido: GATICA, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica), p. 95.

¹⁶ Corte Suprema (2001), Rol N° 1368-2000. En el mismo sentido: Corte Suprema (2006), Rol N° 320-2005; Corte Suprema (2017), Rol N° 400-2017; Corte de Apelaciones de Concepción (2015), Rol N° 980-2015; y 7° Juzgado Civil de Santiago (2011), Rol N° C-32125-2008.

¹⁷ Corte Suprema (2006), Rol N° 320-2005; Corte Suprema (2001), Rol N° 1368-2000; Corte Suprema (2008), Rol N° 3929-2010; Corte Suprema (2007), Rol N° 4103-2005; y, 3° Juzgado Civil de Viña del Mar (2016), Rol N° C-2078-2014.

¹⁸ BARROS, Enrique, cit. (n. 5).

¹⁹ Corte Suprema (2017), Rol N° 38151-2016. En el mismo sentido: Corte Suprema (2011), Rol N° 2314-2010; 20° Juzgado Civil de Santiago (2010), Rol N° C-10841-2008; Corte Suprema (2001), Rol N° 1368-2000; Corte Suprema (2014) Rol N° 7102-2012; Corte Suprema (2007), Rol N° 4103-2005; Corte Suprema (2006), Rol N° 320-2005; Corte Suprema (2011), Rol N° 5849-2009; Corte Suprema (2012), Rol N° 4404-2012; 7° Juzgado Civil de Santiago (2011), Rol N° C-32125-2008; Corte Suprema (2015), Rol N° 28857-2015; Corte Suprema (2008), Rol N° 4931-2006; Corte Suprema (2014) Rol N° 7102-2012; Corte Suprema (2019), Rol N° 1257-2018; y, Corte de Apelaciones (2009), Rol N° 8327-2005.

²⁰ Corte Suprema (2008), Rol N° 3929-2010. En el mismo sentido: Corte Suprema (2019), Rol N° 1027-2018; Corte de Apelaciones de Concepción (2015), Rol N° 980-2015; Corte Suprema (2017), Rol N° 400-2017; Corte Suprema (2018), Rol N° 28036-2017; y, 12° Juzgado Civil de Santiago (2012), Rol N° C-6743-2010.

¿Qué podemos concluir de estos casos? En nuestra opinión, al menos dos cosas. La primera es que la Corte Suprema en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina²¹, sigue conceptualizando restrictivamente esta partida indemnizatoria, ya que lo sigue asociando con el *pretium doloris*. De esta forma, deja fuera distintas manifestaciones del daño moral como el perjuicio de agrado o la pérdida de oportunidades para disfrutar la vida.

La segunda es que al menos para este tribunal el daño moral se define de manera subjetiva²², pues con expresiones como “aflicción”, “sufrimiento” o “dolor”, intenta abarcar “cualquier interés jurídico de carácter extrapatrimonial”²³. Sin embargo, estimamos que esta es una técnica defectuosa, ya que flexibiliza de sobremanera este criterio, generando que “alcance incluso a las simples angustias o aflicciones que, de manera más bien necesaria, genera un incumplimiento contractual”²⁴, lo que en definitiva termina por desdibujar los contornos de esta partida indemnizatoria.

Creemos que la postura correcta y que permite morigerar los efectos de la amplitud mencionada, es la acotada por la Corte Suprema en una sentencia de mayo de 2018. Del considerando segundo del fallo se lee lo siguiente: “*Que el daño moral es entendido como el pesar, dolor o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. Si se atiende al concepto, este abarca no solo las lesiones a bienes de la personalidad, lo que en estricto rigor constituye daño moral, sino que además quedan comprendidas las lesiones corporales, la aflicción psicológica y la pérdida de oportunidades para disfrutar de la vida. De esta manera y considerando la lesión de un interés jurídicamente relevante, se puede llegar a la compensación del daño no patrimonial no solo por el dolor o sufrimiento que se padece, puesto que el daño extrapatrimonial protege más allá incluso del pretium doloris, que es solo una especie del mismo. Así, si la víctima ha sufrido un daño corporal (biológico fisiológico y estético) o un daño a la dignidad humana o a otros derechos de la personalidad, debe ser indemnizada por daño moral*”²⁵.

Si lo anterior es correcto, resulta que por regla general la Corte Suprema conceptualiza al daño moral como *pretium doloris*, lo que en cierta medida es defectuoso. Sin embargo, en al menos una oportunidad nuestro tribunal deslindó mejor los contornos de este perjuicio, incorporando, incluso, una categoría rara: una mezcla entre la pérdida de oportunidad y el perjuicio de agrado, los cuales son especies del daño extrapatrimonial.

2. Procedencia

Sobre esta materia se ha discutido bastante²⁶. Sin embargo, al día de hoy, la postura mayoritaria es que el daño moral procede en responsabilidad contractual²⁷. En esta línea, DE LA

²¹ Para quien la visión reduccionista del daño moral centrada en el *pretium doloris* debe abandonarse en miras de una noción más amplia. En este mismo sentido, BARRIENTOS, Marcelo, cit. (n. 13), pp. 90, 92 y 102; y JUACIDA, Soledad, *Responsabilidad civil por los perjuicios estéticos* (1° edición, Santiago LexisNexis Chile), p. 6.

²² DE LA MAZA, Íñigo, *El daño moral*, cit. (n. 3), p. 282.

²³ DE LA MAZA, Íñigo, *El daño moral*, cit. (n. 3), pp. 281-282.

²⁴ DE LA MAZA, Íñigo, *El daño moral*, cit. (n. 3), p. 283.

²⁵ Corte Suprema (2018), Rol N° 28036-2017. En el mismo sentido: 16° Juzgado Civil de Santiago (2015), Rol N° 30832-2011; Corte Suprema (2014) Rol N° 7102-2012; Corte Suprema (2011), Rol N° 5849-2009; y, Corte de Apelaciones (2009), Rol N° 8327-2005.

²⁶ A vía ejemplar: DOMÍNGUEZ, Carmen, *La reparación*, cit. (n. 5), p. 229 y BARROS, Enrique, cit. (n. 5), pp. 294-296.

²⁷ JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio, cit. (n. 4), p. 176. En el mismo sentido: DOMÍNGUEZ, Carmen, *La reparación*, cit. (n. 5), p. 235; y CORRAL, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters), p. 147.

MAZA y VIDAL exponen que una mirada a los fallos de la Corte Suprema permite distinguir tres etapas relativas a la procedencia del daño moral en sede contractual: la primera, de absoluto rechazo; la segunda, de aceptación específica a ciertos contratos; y la tercera, de aceptación general abstracta²⁸. Nosotros nos encontraríamos en la esta última etapa. Sin embargo, queda preguntarse si esto ocurre en el contrato médico.

La respuesta es que, por regla general, la Corte suele aceptar la procedencia del daño moral frente a contratos médicos²⁹. No obstante, lo hace de manera defectuosa, argumentando más sobre la responsabilidad contractual en general que sobre el contrato médico en particular. En este sentido, de la lectura de las sentencias, se puede apreciar que la Corte se ha aproximado a este criterio mediante una sistematización de ciertos argumentos relativos a la procedencia del daño moral en la responsabilidad contractual en general³⁰ y que son inaugurados, en materia médica, por la sentencia del 5 de noviembre de 2001³¹. Tales argumentos son: 1. la aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil; 2. la nueva doctrina jurisprudencial; 3. que el legislador acepta el daño moral; 4. una nueva concepción del daño emergente que comprendería al daño moral; 5. la aceptación por la doctrina; y, 6. la igualdad ante la ley. A los que se les puede agregar un argumento de carácter constitucional denominado ‘efecto horizontal de los derechos fundamentales’, ya que el artículo 19 N° 1 y 19 N° 4 de la Constitución política de la República protegerían intereses extrapatrimoniales³². Sin perjuicio de que en muchas ocasiones la exposición de estos argumentos no alcanza el grado de sistematización referida, entregándose indistintamente uno u otro de forma más bien aislada³³.

Lo expuesto hasta acá permite una conclusión bastante sencilla: la Corte Suprema argumenta de manera general la procedencia del daño moral en materia contractual. Sin embargo, al menos en un principio, no dice nada respecto a por qué procede este daño, específicamente, en materia médica. En nuestra opinión, esta omisión es reflejo de la amplitud que venimos consignando respecto de los criterios de nuestro tribunal, debido a que sólo se limita a señalar que este perjuicio procede en sede contractual, sin especificar las particularidades de su procedencia en materia médica, discusión que suele quedar relegada respecto a sus límites.

²⁸ DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro, cit. (n. 4), pp. 683-684. En el mismo sentido: JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio, cit. (n. 4), pp. 176-180; DOMÍNGUEZ, Carmen, *La reparación*, cit. (n. 5), pp. 229-231; y RUTHERFORD, Romy, *La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española*, en *Revista Chilena de Derecho* 40 (2013) 2, p. 671 [visible en internet: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n2/art12.pdf>].

²⁹ De un universo de 25 sentencias, en al menos 21 ocasiones la Corte Suprema concedió este perjuicio. En 15 de 25 oportunidades se pronunció acerca de la procedencia del daño moral. En los 10 casos en que no se manifestó, es posible desprender que en 7 asumió su procedencia, ya que sólo en 3 decisiones se rechazó el daño moral, todas por falta de prueba.

³⁰ Sobre la sistematización de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema: RUTHERFORD, Romy, cit. (n. 27), p. 677; y DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro, cit. (n. 4), pp. 685-690.

³¹ Corte Suprema (2001), Rol N° 1368-2000. En el mismo sentido: Corte Suprema (2007), Rol N° 4103-2005; Corte Suprema (2008), Rol N° 3929-2010; y, Corte Suprema (2006), Rol N° 320-2005.

³² JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio, cit. (n. 4), p. 181.

³³ Corte Suprema (2017), Rol N° 38151-2016; 2° Juzgado Civil de Concepción (2015), Rol N° C-3836-2012; ° Juzgado Civil de Viña del Mar (2016), Rol N° C-2078-2014; Corte Suprema (2019), Rol N° 1027-2018; 23° Juzgado Civil de Santiago, 30.04.2008, rol 212-2005; Corte Suprema (2008), Rol N° 4931-2006; Corte Suprema (2011), Rol N° 5849-2009; Corte Suprema (2012), Rol N° 4404-2012; 3° Juzgado Civil de Viña del Mar (2016), Rol N° C-2078-2014; 20° Juzgado Civil de Santiago (2010), Rol N° C-10841-2008; Corte Suprema (2011), Rol N° 6778-2008; 14° Juzgado Civil de Santiago (2005), Rol N° C-3791-2002.

3. *Limitación*

Si prestamos atención a los fallos de la Corte dictados con ocasión del contrato médico, es posible concordar con un autor cuando señala que la discusión respecto al daño moral no está en si procede o no frente a un incumplimiento contractual, puesto que la respuesta, *in abstracto*, es que puede proceder³⁴. La cuestión, más bien, está en prestar atención a sus límites.

Sobre esto, es posible sostener que la Corte Suprema se ha preocupado parcialmente de los límites de esta partida³⁵. Lo interesante, más bien, está en la forma en que se ha manifestado sobre el tema. A nuestro entender, ha buscado limitar el daño moral de dos maneras distintas: por medio del ámbito de protección del contrato, y a través de la entidad del daño.

a) *Ámbito de protección del contrato*

El contrato es un mecanismo de distribución de riesgos³⁶ y el incumplimiento es, precisamente, uno de que busca disciplinar. Ahora bien, determinar cuándo un riesgo queda dentro del ámbito de protección del contrato es un tema complejo; para ello, una herramienta usual ha sido recurrir a la regla de la previsibilidad consagrada en el artículo 1558 del Código Civil, la cual se ha entendido como un riesgo representado o como un riesgo asumido³⁷.

Una lectura a la jurisprudencia de la Corte Suprema permite advertir dos cosas. La primera, es que la Corte suele limitar esta partida atendiendo al ámbito de resguardo del contrato. La segunda, es que esto lo ha hecho de dos formas diversas: una tangencial y otra explícita³⁸, las que se distinguen por su grado de fundamentación.

Con ‘tangencial’ nos referimos a aquellos casos en los cuales la Corte no ha argumentado con mayor precisión el problema del ámbito de resguardo del contrato. En este sentido, encontramos 4 casos en los que la Corte, sin hacer mención explícita al contrato, señaló que el deudor al incumplir debía haber “*podido preverlo [el daño moral], actuando de modo diferente*”³⁹. No obstante, estos son casos de excepción, pues en la generalidad los fallos, la Corte suele argumentar con mayor exactitud lo relativo a este punto.

En lo que toca a la manera ‘explícita’, hacemos alusión a ciertos casos en donde se indica con mayor exactitud en qué consisten los riesgos disciplinados por las partes al momento de contratar, haciendo uso de la previsibilidad, ya sea como un riesgo representado o como un riesgo asumido.

³⁴ DE LA MAZA, Íñigo, *Prever y asegurar*, ahora, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (Editores), BARRÍA PAREDES, Manuel (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Concepción* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters), p. 565.

³⁵ De un universo de 25 sentencias, en 13 se pronuncia al respecto.

³⁶ VIDAL, Álvaro, *Criterios*, cit. (n. 5), p. 342. En el mismo sentido: SAN MARTÍN, Lilian, *La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual*, ahora, en TURNER SAELZER, Susan y VARAS BRAUN, Juan Andrés (Coordinadores), *Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Pucón* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters), p. 667.

³⁷ DE LA MAZA, Íñigo, *Prever*, cit. (n. 32), pp. 570-572, quien cita a Antonio Manuel Morales Moreno.

³⁸ En este punto seguimos la nomenclatura utilizada por DE LA MAZA, Íñigo, *El daño moral*, cit. (n. 3), p. 289.

³⁹ Corte Suprema (2011), Rol N° 5849-2009. En el mismo sentido: Corte Suprema (2001), Rol N° 1368-2000; Corte Suprema (2006), Rol N° 320-2005; y, Corte Suprema (2017), Rol N° 400-2017.

Como un riesgo representado, es decir, atendiendo al “conocimiento (real o imputable) del contratante, al contratar”⁴⁰, encontramos una sentencia de septiembre de 2007, en donde la Corte sostuvo lo siguiente: “*la calificación de los daños en previstos e imprevistos se efectúa para relacionar el perjuicio con el contrato, por lo que el artículo 1558 del Código Civil dispone que son de la primera clase aquellos que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato y si éste está referido al tratamiento de la infección, no pueden ser sino previstos aquellos que están precisamente vinculados a este mismo fin, esto es, restablecer la condición de salud del paciente (...)*”⁴¹.

En tanto, como riesgo asumido, esto es, aquel en donde el fin de protección del contrato lo determina la autonomía de la voluntad y no una norma⁴², existe un ejemplo a propósito de una mamoplastía, en donde la Corte Suprema, en su considerando décimo, indicó lo que sigue: “*el objeto del contrato celebrado entre las partes es extrapatrimonial, de manera que su incumplimiento importa la posibilidad de indemnización de dicho rubro (...)* No cabe duda que en un contrato de prestación de servicios médicos, específicamente para la realización de una cirugía, como lo es una mamoplastía reductiva, está prevista la existencia del daño moral, en el caso que por alguna complicación de que el médico sea responsable resulte dañada la persona de la paciente”⁴³.

En esta sentencia la Corte Suprema fija de manera correcta, a nuestro entender, la regla general, es decir, el daño moral procede siempre y cuando el contrato proteja intereses extrapatrimoniales. Y para determinar esto hay que recurrir a la previsibilidad entendiéndola como un riesgo asumido por las partes al momento de contratar. Por tanto, si se da un caso - como el de la sentencia- en que el contrato regule prestaciones de carácter moral, “los daños morales derivados del incumplimiento constituyen un riesgo de suyo involucrado en [la] prestación y, por ende, son desde luego previsibles”⁴⁴.

b) *Entidad del daño*

El daño es uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil. Sin embargo, para que la responsabilidad exista no basta sólo la concurrencia del daño: este debe, además, ser significativo o anormal⁴⁵. Ahora bien, el lugar más común para preguntarse sobre la significancia del perjuicio es, precisamente, el daño moral, puesto que en él la entidad resulta ser, también, un límite. En este sentido, DOMÍNGUEZ ha dicho que la infracción de un contrato siempre supondrá molestias o desagradados al acreedor, sin embargo, no toda molestia equivale a un daño moral⁴⁶.

Pero ¿qué señala la Corte Suprema para el contrato médico? La respuesta es posible rescatarla de una sentencia dictada en enero de 2019, la cual sostiene en su considerando sexto lo que sigue: “*la segunda limitación que experimenta la indemnización por daño moral en materia contractual se relaciona con la entidad del sufrimiento, malestar, incomodidad, angustia u otro sentimiento o sensación desagradable que se alega. Si bien resulta muy probable que el incumplimiento contractual, cualquiera que sea la naturaleza del*

⁴⁰ DE LA MAZA, Íñigo, *Prever*, cit. (n. 33), p. 570.

⁴¹ Corte Suprema (2007), Rol N° 4103-2005. En el mismo sentido, ver: Corte Suprema (2012), Rol N° 4404-2012.

⁴² DE LA MAZA, Íñigo, *Prever*, cit. (n. 33), p. 570.

⁴³ Corte Suprema (2011), Rol N° 6778-2008. En el mismo sentido, ver: 2° Juzgado Civil de Concepción (2015), Rol N° C-3836-2012; Corte Suprema (2019), Rol N° 1027-2018; Corte Suprema (2017), Rol N° 38151-2016; y Corte Suprema (2008), Rol N° 4931-2006.

⁴⁴ SAN MARTÍN, Lilian, cit. (n. 35), p. 662.

⁴⁵ BARROS, Enrique, cit. (n. 5), p. 226.

⁴⁶ DOMÍNGUEZ, Carmen, *La reparación*, cit. (n. 5), pp. 236-237. En el mismo sentido: BARROS, Enrique, cit. (n. 5), p. 311; y VIDAL, Álvaro, *Criterios*, cit. (n. 5), p. 327.

*contrato, genere sentimientos o sensaciones desagradables, se acepta que no cualquier molestia causada por el incumplimiento contractual debe calificarse jurídicamente como un daño moral*⁴⁷.

De esta forma, la Corte estima que para calificar un daño como moral tiene que superar un cierto umbral, es decir, no puede quedar en las simples molestias o perturbaciones producidas por un incumplimiento. Y para determinar este umbral la Corte señaló que era necesario un ejercicio de prudencia, para el cual se valió de dos criterios: el diagnóstico y el lapso de tiempo que duró la afectación⁴⁸.

Llegados a este punto, ¿a qué conclusiones podemos llegar? A nuestro entender, al menos a dos. La primera, es que la idea de los límites termina por cerrar una cuestión que estaba pendiente: la procedencia del daño moral en el contrato médico. Así, este perjuicio sólo procede en aquellos contratos cuyo ámbito de protección protege intereses extrapatrimoniales. La segunda conclusión es que la forma en que la Corte se ha aproximado a los límites de esta partida en el contrato médico es, por un lado, excesivamente amplia, y, por otro, inútil: se le presta demasiada atención al ámbito de resguardo, en circunstancias de que es este contrato el ejemplo por antonomasia de uno que protege intereses extrapatrimoniales⁴⁹.

Por estos motivos creemos que el límite más conveniente para el daño moral y que ayudará a matizar la amplitud que hemos venido consignando, lo constituye la entidad, es decir, la fijación de un umbral mínimo según el cual se pueda tener por establecido cuándo una molestia o sufrimiento pasa a ser un daño indemnizable, y cuándo se queda en las simples molestias inherentes a todo incumplimiento contractual. La entidad, a su vez, debe ser establecida mediante prueba en juicio.

Sobre esto nos detendremos ahora.

4. *Prueba del daño moral*

Si hay un punto en donde existe un relativo acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia es respecto de la necesidad de la prueba del daño moral. Así, se ha dicho que “como todo daño, el de carácter moral debe probarse”⁵⁰. Por su parte, una revisión a las decisiones de la Corte permite llegar a la misma conclusión: el daño moral debe ser acreditado⁵¹.

Así las cosas, la cuestión no parece ser si este daño debe o no ser acreditado, pues la respuesta es que sí. El problema, más bien, está en preguntarse cuál ha de ser la prueba en el caso del contrato médico. Al respecto, DOMÍNGUEZ señala que “estos perjuicios pueden ser acreditados

⁴⁷ Corte Suprema (2019), Rol N° 1027-2018. En este sentido: Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012), Rol N° 888-2012; 16° Juzgado Civil de Santiago (2015), Rol N° 30832-2011; 1° Juzgado de Letras de Antofagasta (2010), Rol N° C-3414-2008; y, Corte Suprema (2018), Rol N° 28036-2017.

⁴⁸ Corte Suprema (2019), Rol N° 1027-2018.

⁴⁹ BARROS, Enrique, cit. (n. 5), pp. 343-344. En el mismo sentido: DOMÍNGUEZ, Carmen, *La reparación*, cit. (n. 5), p. 241.

⁵⁰ CORRAL, Hernán, cit. (n. 26), p. 157. En el mismo sentido: FUEYO, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica), p. 105; DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral*, cit. (n. 12), p. 151; BARROS, Enrique, cit. (n. 4), p. 332; y RUTHERFORD, Romy, cit. (n. 27), p. 683.

⁵¹ De 25 sentencias, en 22 la Corte se refiere a la prueba del daño moral; de las 22, sólo en 4 casos no se concedió el daño moral; y, de estos, en 3 se rechazó, precisamente, por falta de prueba. Estos últimos corresponden a las sentencias: Corte Suprema (2008), Rol N° 4925-2007; Corte Suprema (2015), Rol N° 14623-2015; y, Corte Suprema (2015), Rol N° 7215-2014.

con todos los medios de prueba admitidos en nuestro sistema⁵², lo que parece tener asidero en el contrato médico, ya que para probar esta partida se han utilizado diversos medios de prueba, tales como la prueba testimonial, que constituye la regla general utilizada por la Corte para acreditar este perjuicio en el contrato médico (15 casos⁵³), la instrumental (8 casos⁵⁴), la prueba pericial (4 casos⁵⁵), las presunciones judiciales⁵⁶ (3 casos⁵⁷), e, incluso, la inspección personal del tribunal (1 caso⁵⁸).

Mayor atención debemos prestarle, sin embargo, a los informes periciales que por su importancia debiera ser aquel medio más idóneo para acreditar el daño moral. Este medio de prueba, regulado en el Título XI del Libro II del Código de Procedimiento Civil, ha sido mirado con atención por la doctrina al momento de acreditar el daño moral. Así, BARROS señaló que “el aporte pericial de especialistas médicos puede ser relevante al momento de determinar el dolor que se sigue de diversos tipos de daños”⁵⁹. Sin embargo, esto no lo hemos logrado corroborar con la lectura de las sentencias, ya que sólo en 4 oportunidades se recurrió a este medio para acreditar el perjuicio. En esta línea, los informes periciales consistieron en informes médicos, evacuados por distintos profesionales de la salud, generalmente pertenecientes al Servicio Médico Legal. Así, en un fallo febrero de 2015 acreditó el perjuicio de la siguiente manera: “*la afectación anímica o psíquica ocasionada a la demandante, traducida en la depresión, agresividad, irritabilidad, inseguridad, menoscabo en la autoestima y molestias, los cuales ha padecido en relación directa con el resultado de la [sic] praxis del demandado, como asimismo, el impacto en sus intereses extrapatrimoniales vinculados a su integridad física [se encuentran acreditados por] la pericia médico legal n° 188 de 2012 y el informe de la médico psiquiatra*”⁶⁰.

Ahora bien, estimamos que la poca relevancia práctica que tiene este medio de prueba se debe a que los peritos son, precisamente, terceros ajenos al juicio que vienen a elevar los costos del proceso, y por tanto, quedan relegados a cierto grupo de demandantes (o demandados), con

⁵² DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral*, cit. (n. 12), p. 717. En el mismo sentido: CORRAL, Hernán, cit. (n. 26), p. 157.

⁵³ Corte Suprema (2001), Rol N° 1368-2000; Corte Suprema (2019), Rol N° 1027-2018; 2° Juzgado Civil de Concepción (2015), Rol N° C-3836-2012; Corte Suprema (2011), Rol N° 2314-2010; 3° Juzgado Civil de Viña del Mar (2016), Rol N° C-2078-2014; Corte Suprema (2017), Rol N° 38151-2016; 3° Juzgado Civil de Concepción (2008), Rol N° 6629-2007; Corte Suprema (2007), Rol N° 4103-2005; Corte Suprema (2012), Rol N° 4404-2012; Corte Suprema (2011), Rol N° 5849-2009; Corte Suprema (2008), Rol N° 4931-2006; Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012), Rol N° 888-2012; 20° Juzgado Civil de Santiago (2010), Rol N° C-10841-2008; 16° Juzgado Civil de Santiago (2015), Rol N° 30832-2011; y, Corte Suprema (2011), Rol N° 7008-2009.

⁵⁴ Corte Suprema (2011), Rol N° 2314-2010; Corte Suprema (2019), Rol N° 1027-2018; Corte Suprema (2008), Rol N° 4931-2006; 16° Juzgado Civil de Santiago (2015), Rol N° 30832-2011; Corte Suprema (2011), Rol N° 7008-2009; Corte de Apelaciones de Temuco (2014), Rol N° 654-2013; 20° Juzgado Civil de Santiago (2010), Rol N° C-10841-2008; y, Corte Suprema (2017), Rol N° 38151-2016.

⁵⁵ 2° Juzgado Civil de Concepción (2015), Rol N° C-3836-2012; Corte Suprema (2019), Rol N° 1027-2018; Corte Suprema (2011), Rol N° 7008-2009; 3° Juzgado Civil de Viña del Mar (2016), Rol N° C-2078-2014.

⁵⁶ A propósito de la cual se ha acudido a la doctrina *res ipsa loquitur*, que en palabras de Tocornal se refiere a “que conocido el hecho del resultado, dadas sus características, se infiere necesariamente la causa y la culpa”, en TOCORNAL, Josefina, cit. (n. 7), p. 180.

⁵⁷ Corte Suprema (2012), Rol N° 7493-2012; Corte Suprema (2012), Rol N° 9715-2009; y, Corte Suprema (2011), Rol N° 7008-2009.

⁵⁸ Corte Suprema (2011), Rol N° 5849-2009.

⁵⁹ BARROS, Enrique, cit. (n. 5), pp. 333-334.

⁶⁰ 2° Juzgado Civil de Concepción (2015), Rol N° C-3836-2012.

mayor poder económico, los cuales pueden costearlos⁶¹. Con todo, estimamos que los informes médicos de psicólogos o psiquiatras son la forma más idónea para acreditar la existencia del daño moral, en especial, cuando este perjuicio se identifica con el *pretium doloris*, lo cual, ya vimos, ocurre en el contrato médico, debido a que son estos quienes mejor pueden precisar la existencia de dolor, sufrimiento o molestias.

El último tema relativo a la prueba queda configurado por aquellos casos en donde no se concedió esta partida producto de que no se logró acreditar el daño, es decir, los casos de falta de prueba (3 casos⁶²). En este sentido, encontramos una sentencia de 25 de febrero de 2015, en donde se indicó que “*tampoco el actor ha justificado el daño moral que reclama*”⁶³. Otro ejemplo lo conforma un caso de 2008. La Corte sostuvo que “*con la prueba existente en autos consta que el demandante, no sólo no probó de modo alguno la existencia de culpa, sino que tampoco acreditó la relación de causalidad y la prueba del daño del cual emanaría la obligación de indemnizar, de conformidad al artículo 1698 del Código Civil*”⁶⁴.

A estas alturas lo que no nos debe extrañar es que la Corte exija que el daño moral debe ser probado. Sin embargo, lo que sí genera inconvenientes es el tipo de prueba que se ha aceptado, lo cual contribuye a la laxitud en los criterios que hemos venido consignando. Por este motivo, creemos que el principal medio probatorio en lo que toca al daño moral -sobre todo en aquellos casos en que esta partida se identifica con el *pretium doloris*, como sucede con el contrato médico-, debiera ser la prueba pericial, consistente en informes médicos emitidos por profesionales de la salud (psicólogos, psiquiatras, neurólogos, pediatras, etc.), pues son estos -los peritos- los agentes más idóneos para acreditar en qué consisten, precisamente, el sufrimiento, el dolor o la molestia producto del incumplimiento. En otras palabras, son los peritos quienes pueden establecer cuándo el daño es suficientemente grave e irreparable, superando la entidad necesaria para pasar de las simples molestias producidas por todo incumplimiento contractual, a un daño moral indemnizable.

5. Montos

La importancia de este tema aparece con especial nitidez cuando pensamos que, del conjunto total de los perjuicios solicitados en materia médica, que engloba tanto el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, las indemnizaciones por este último constituyen los montos más altos. Así lo expresa Miranda, al señalar que las sumas otorgadas por este perjuicio, en responsabilidad médica, alcanzan un “94,7% del total demandado”⁶⁵. Sobre esto, encontramos

⁶¹ Se debe considerar el artículo 411 del Código de Procedimiento Civil, que regula los costos de los informes periciales, los cuales deben ser solventados por quien solicita la diligencia. Esto se refleja con un ejemplo: las causas llevadas por las Clínicas Jurídicas de las Universidades no pueden acceder a peritos, pues son causas en donde los patrocinados gozan del privilegio de pobreza.

⁶² 1° Juzgado Civil de Santiago (2015), Rol N° C-16555-2012; Corte Suprema (2008), Rol N° 4925-2007; y 7° Juzgado Civil de Santiago (2011), Rol N° C-32125-2008.

⁶³ 1° Juzgado Civil de Santiago (2015), Rol N° C-16555-2012.

⁶⁴ Corte Suprema (2008), Rol N° 4925-2007. En el mismo sentido, ver 7° Juzgado Civil de Santiago (2011), Rol N° C-32125-2008. La Corte Suprema rechazó la indemnización por daño moral para todas las partes.

⁶⁵ MIRANDA, Francisco, cit. (n. 3), p. 86. Este porcentaje considera a las instituciones públicas como a las privadas. Ahora, si se atiende sólo a las instituciones privadas de salud, el daño moral representa un 81,11% del total de los perjuicios solicitados. En la misma línea: DE LA MAZA, Íñigo, *El daño moral*, cit. (n. 3), p. 279, quien señala que “las sumas más altas parecen concentrarse en contratos de prestaciones médicas”.

que las indemnizaciones por daño moral en el contrato médico fluctúan entre los \$250.000.000⁶⁶ y \$2.000.000⁶⁷, otorgándose por la Corte Suprema una suma total de \$900.100.000⁶⁸.

A pesar de lo expuesto, el *quantum* indemnizatorio del daño moral siempre ha sido un tema complejo, debido a que no existe, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, una manera que permita determinar cuánto se debe otorgar por este perjuicio, y tampoco un régimen legal que lo haga⁶⁹. Ahora bien, al considerar nuestras sentencias, es posible determinar dos cosas. La primera, es que hay una notable diferencia entre lo que se solicita y lo que se termina concediendo⁷⁰. La segunda, es que no hay mayor fundamentación a la hora de cuantificar este perjuicio, dejando todo en manos de la discrecionalidad judicial⁷¹.

Respecto al primer problema, es posible advertir que cuando las partes demandan la indemnización por el perjuicio moral, suelen solicitar sumas elevadas, las que se ven reducidas por los tribunales de justicia⁷². El ejemplo más evidente de esto lo entrega una sentencia del año 2015⁷³. En ella, el demandante solicitó \$800.000.000 por daño moral, suma que, tanto en primera instancia como en Corte de Apelaciones, fue rebajada a su décima parte. Finalmente, la Corte Suprema terminó desestimando la pretensión por falta de prueba⁷⁴. En esta línea, es posible señalar que las sumas pretendidas por daño moral llegan, aproximadamente⁷⁵, a los \$2.720.000.000, mientras que las sumas concedidas por la Corte sólo alcanzan a \$910.000.000, es decir, estas no logran ser un tercio de lo requerido⁷⁶ y sólo en un caso, a propósito de una cirugía plástica⁷⁷, el monto solicitado es concedido íntegramente.

El segundo problema surge al considerar la naturaleza misma del daño moral. En otras palabras, el daño moral es un perjuicio inconmensurable, por lo que no es posible con su indemnización dejar a la víctima del daño en la misma posición en la cual se encontraría de haberse cumplido el contrato⁷⁸. Producto de esta circunstancia es que es difícil de cuantificar, ya que la infabilidad de su concepto impide traducirlo en un valor monetario y lucrativo. Por

⁶⁶ Corte Suprema (2014), Rol N°13845-2014. Cabe advertir que la suma se debe dividir: al menor afectado le concedieron \$150.000.000, mientras que a cada uno de los padres les otorgaron \$50.000.000.

⁶⁷ Corte Suprema (2006), Rol N° 320-2005.

⁶⁸ Ver tabla.

⁶⁹ La Universidad de Concepción, en conjunto con la Corte Suprema, crearon una herramienta que recopila información, consignándola, con el objetivo de que los Tribunales y las partes puedan tener estimaciones respecto del monto del perjuicio moral: el baremo jurisprudencial estadístico sobre indemnización de daño moral [visible en internet: <https://baremo.poderjudicial.cl/BAREMOWEB/>].

⁷⁰ Ver tabla.

⁷¹ DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral*, cit. (n. 12), pp. 679-682.

⁷² En Corte Suprema (2015), Rol N°28857-2015, no se hace mención del monto, y no nos fue posible averiguarlo de las instancias precedentes.

⁷³ Corte Suprema (2015), Rol N° 7215-2014.

⁷⁴ Ver tabla.

⁷⁵ Del conjunto de 25 sentencias, en 8 ocasiones ni los tribunales de primera instancia, las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema señalaron el monto solicitado por el demandante, lo que se puede observar en la tabla adjunta.

⁷⁶ En el mismo sentido, Miranda sostiene que “en relación con los montos de indemnización de perjuicios pretendidos, ellos no guardan relación alguna con aquellos montos que finalmente son concedidos por los tribunales de justicia, representando las indemnizaciones apenas un 7% del total de perjuicios invocados”, en MIRANDA, Francisco, cit. (n. 3), p. 98.

⁷⁷ Corte Suprema (2011), Rol N° 5849-2009.

⁷⁸ DE LA MAZA, Íñigo, *Prever*, cit. (n. 33), p. 501.

consiguiente, se ha estimado que su evaluación sea una facultad privativa de los jueces de fondo⁷⁹, entregándole gran discrecionalidad a la hora de determinar el daño moral, generando lo que se ha denominado una ‘lotería judicial’⁸⁰. En este sentido, en materia médica en 18 casos se utilizaron fórmulas como “*se elevará prudencialmente el monto de la indemnización*”⁸¹ o “ *fijando prudencialmente la indemnización como monto por daño moral*”⁸².

Sin perjuicio de lo anterior, en algunos casos la Corte limitó el ejercicio de prudencia en base a un límite conocido ya por nosotros: la entidad. Así, en un fallo de mayo de 2018 se expuso lo siguiente: “*lo cierto es que la cantidad en que el fallo de primer grado regula su reparación aparece exigua atendida la entidad de la afectación a la integridad física y psíquica del actor, por lo que se estima debe concederse una suma superior por este rubro indemnizatorio. Así, teniendo en cuenta la entidad del daño causado, se estima prudencialmente en la suma de \$ 12.000.000 (doce millones de pesos) el monto de la indemnización por daño moral experimentado por el demandante*”⁸³.

Al considerar estos ejemplos, se advierten dos cosas. La primera es que la Corte Suprema deja al arbitrio de los jueces lo relativo a la evaluación del daño moral. La segunda es que la entidad no es sólo una forma de fijar un ‘umbral mínimo’ para constituir el daño moral como un perjuicio indemnizable, sino que también sirve para delimitar su *quantum*, o a *contrario sensu*, para ampliar el monto concedido por el tribunal en una instancia anterior.

A continuación, presentamos una tabla con la totalidad de las sentencias que componen nuestro trabajo, la cual creemos, permitirá una mejor comprensión de lo expuesto hasta acá.

ROL	SOLICITADO	INSTANCIA	APELACIONES	SUPREMA	FECHA
1368-2000	400.000.000	150.000.000	\$60.000.000	\$60.000.000	05-11-2001
320-2005	No consigna.	RECHAZA	\$2.000.000	\$2.000.000	28-11-2006
4103-2005	No consigna.	\$20.000.000	\$20.000.000	\$20.000.000	24-09-2007
4931-2006	No consigna.	RECHAZA	\$3.600.000	\$3.600.000	25-03-2008
4925-2007	No consigna.	RECHAZA	RECHAZA	RECHAZA	18-12-2008
5849-2009	\$30.000.000	\$15.000.000	RECHAZA	\$30.000.000	28-01-2011
6778-2008	No consigna.	\$20.000.000	\$70.000.000	\$70.000.000	12-04-2011
7008-2009	No consigna.	\$200.000.000	\$80.000.000	\$80.000.000	25-05-2011
3929-2010	\$40.000.000	\$75.000.000	RECHAZA	7.500.000	25-07-2011
2314-2010	\$50.000.000	RECHAZA	RECHAZA	\$7.000.000	12-09-2011
7493-2012	\$300.000.000	\$20.000.000	\$20.000.000	\$20.000.000	06-06-2012

⁷⁹ CORRAL, Hernán, cit. (n. 26), p. 161. En el mismo sentido: ALESSANDRI, Arturo, cit. (n. 15), p. 228; DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral*, cit. (n. 12), p. 663; MIRANDA, Francisco, cit. (n. 3), p. 98; y PINO, Alberto, *La situación económica de las partes y la evaluación del daño moral. Al rescate de una vieja tesis*, ahora, en BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia, ETCHEBERRY COURT, Leonor y PIZARRO WILSON, Carlos (Editores), *Estudios de Derecho Civil XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Pucón* (1° edición, Thomson Reuters), p. 498-499.

⁸⁰ MIRANDA, Francisco, cit. (n. 3), p. 98. En el mismo sentido: DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral*, cit. (n. 12), p. 679-682. Al respecto, ver la disparidad de los montos concedidos a lo largo de los años en la tabla.

⁸¹ Corte Suprema (2011), Rol N° 5849-2009.

⁸² Corte Suprema (2012), Rol N° 7493-2012.

⁸³ Corte Suprema (2018), Rol N° 28036-2017. En el mismo sentido: 1° Juzgado de Letras de Antofagasta (2010), Rol N° C-3414-2008; y Corte de Apelaciones de Valparaíso (2012), Rol N° 888-2012.

9715-2009	\$150.000.000	\$120.000.000	\$120.000.000	\$120.000.000	28-09-2012
4404-2012	\$40.000.000	\$7.000.000	\$3.000.000	\$3.000.000	25-10-2012
8307-2012	\$75.000.000	\$30.000.000	\$30.000.000	\$30.000.000	25-11-2013
7102-2012	\$650.000.000	\$20.000.000	\$20.000.000	\$20.000.000	29-05-2014
13845-2014	No consigna.	RECHAZA	\$250.000.000	\$250.000.000	12-08-2014
7215-2014	\$800.000.000	\$80.000.000	\$80.000.000	RECHAZA	19-01-2015
14623-2015	\$100.000.000	RECHAZA	RECHAZA	RECHAZA	21-10-2015
28857-2015	No consigna.	No consigna.	No consigna.	No consigna.	23-12-2015
21373-2015	\$150.000.000	\$15.000.000	\$25.000.000	\$25.000.000	10-03-2016
38151-2016	\$240.000.000	RECHAZA	RECHAZA	\$10.000.000	25-04-2017
400-2017	\$240.000.000	\$80.000.000	\$100.000.000	\$100.000.000	14-09-2017
28036-2017	\$200.000.000	\$6.000.000	RECHAZA	\$12.000.000	02-05-2018
1027-2018	\$25.000.000	RECHAZA	\$4.000.000	RECHAZA	24-01-2019
8327-2005	\$30.000.000	\$10.000.000	\$30.000.000	\$30.000.000	24-06-2019

CONCLUSIÓN

1) Llegados a este punto lo mejor es recapitular. En este sentido, nuestro objetivo era establecer los criterios que tiene la Corte Suprema para conceder este perjuicio en el contrato médico. Así, encontramos que, en primer lugar, la Corte suele definir el daño moral asociándolo al *pretium doloris*.

2) En segundo lugar, y algo que a estas alturas ya no debe sorprendernos, es que el daño moral procede en el contrato médico y, usualmente, para justificarlo se utiliza una serie de argumentos diseminados en los fallos de nuestros tribunales.

3) Una vez superada la discusión respecto de la procedencia del daño moral, es posible determinar sus límites. En esta línea, el más común y, sin embargo, el menos útil, resulta ser el ámbito de resguardo del contrato.

4) Se sostiene que el daño moral debe ser probado por quien lo alega y aun cuando se puede acreditar a través de diversos medios, aquel que se presenta con mayor frecuencia es la prueba testimonial.

5) Finalmente, en lo que respecta al *quantum* indemnizatorio, el problema queda relegado a la discrecionalidad judicial.

6) Lo anteriormente expuesto evidencia un problema: los criterios utilizados por la Corte Suprema son excesivamente amplios, lo que impide una correcta configuración de los contornos de este perjuicio, que incide, finalmente, en una correcta evaluación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA, Vicente, *De la responsabilidad civil médica* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica).
- ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (1° edición, Santiago, Editorial Universitaria).
- BAREMO JURISPRUDENCIAL ESTADÍSTICO SOBRE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL (18 de abril de 2020) [visible en internet: <https://baremo.poderjudicial.cl/BAREMOWEB/>].
- BARRIENTOS, Marcelo. 2008. *Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris*, en *Revista Chilena de Derecho* 35 (2008) 1 [visible en internet: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n1/art04.pdf>].
- BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica, Chile).
- CORRAL, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (2° edición, Santiago, Thomson Reuters).
- DE LA MAZA, Íñigo, *Prever y asegurar, ahora*, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (Editores), BARRÍA PAREDES, Manuel (Coordinador), *Estudios de Derecho Civil XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Concepción* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters).
- DE LA MAZA, Íñigo. 2018. *El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema*, en *Revista Chilena de Derecho* 45 (2018) 2 [visible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v45n2/0718-3437-rchilder-45-02-00275.pdf>].
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro, *Cuestiones de derecho de contratos* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters).
- DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica).
- DOMÍNGUEZ, Carmen, *La reparación del daño moral derivado de contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI (editor), *Cuadernos de análisis jurídico III, Temas de contratos* (1° edición, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho).
- FUEYO, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica).
- GATICA, Sergio, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica).
- JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio, *Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (editor), *Cuadernos de análisis jurídico: colección derecho privado VI, Responsabilidad médica* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho).

JUACIDA, Soledad, *Responsabilidad civil por los perjuicios estéticos* (1° edición, Santiago LexisNexis Chile).

MIRANDA, Francisco. 2015. *Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración*, en *Revista de Derecho* (2015) 7 [visible en: <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/211.pdf>].

PAILLÁS, Enrique, *Responsabilidad médica* (1° edición, Santiago LexisNexis Chile).

PINO, Alberto, *La situación económica de las partes y la evaluación del daño moral. Al rescate de una vieja tesis*, ahora, en BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia, ETCHEBERRY COURT, Leonor y PIZARRO WILSON, Carlos (Editores), *Estudios de Derecho Civil XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil Pucón* (1° edición, Thomson Reuters).

PIZARRO, Carlos, *La responsabilidad civil médica* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters).

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (18 de abril de 2020) [visible en internet: <https://www.rae.es/>].

RUTHERFORD, Romy. 2013. *La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española*, en *Revista Chilena de Derecho* 40 (2013) 2 [visible en internet: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v40n2/art12.pdf>].

SAN MARTÍN, Lilian, *La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual*, ahora, en TURNER SAELZER, Susan y VARAS BRAUN, Juan Andrés (Coordinadores), *Estudios de Derecho Civil IX, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Pucón* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters).

TAPIA, Mauricio. 2003: *Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales*, en *Revista Chilena de Derecho (Valdivia)* 15 (2003) 2 [visible en internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004].

TOCORNAL, Josefina, *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales* (1° edición, Santiago, Thomson Reuters).

TOMASELLO, Leslie, *Estudios de derecho privado: otros temas* (1° edición, Valparaíso, Edeval).

VIDAL, Álvaro, *Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Una mirada desde el derecho contractual*, ahora, en DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, MORALES MORENO, Antonio Manuel y VIDAL OLIVARES, Álvaro (editores), *Estudios de derecho de contratos* (Santiago, Thomson Reuters).

VIDAL, Álvaro, *Responsabilidad civil médica* (1° edición, Santiago, DER Ediciones).

JURISPRUDENCIA CITADA

1° Juzgado Civil de Santiago, 11 de febrero de 2015. Rol N° C-16555-2012.

- 12° Juzgado Civil de Santiago, 24 de enero de 2012. Rol N° C-6743-2010.
- 14° Juzgado Civil de Santiago, 29 de julio de 2005. Rol N° C-3791-2002.
- 16° Juzgado Civil de Santiago, 10 de marzo de 2015. Rol N° 30832-2011.
- 2° Juzgado Civil de Concepción, 27 de febrero de 2015. Rol N° C- 3836-2012.
- 20° Juzgado Civil de Santiago, 26 de octubre de 2010. Rol N° C-10841-2008.
- 23° Juzgado Civil de Santiago, 30 de abril de 2008. Rol N° 212-2005.
- 3° Juzgado Civil de Concepción, 13 de noviembre de 2008. Rol N° 6629-2007.
- 3° Juzgado Civil de Viña del Mar, 30 de abril de 2016. Rol N° C-2078-2014.
- 7° Juzgado Civil de Santiago, 28 de octubre de 2011. Rol N° C-32125-2008.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 3 de septiembre de 2015. Rol N° 980-2015.
- Corte de Apelaciones de La Serena, 13 de octubre de 2015. Rol N° 1334-2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de julio de 2007. Rol N° 6159-2005.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 2009. Rol N° 8327-2005.
- Corte de Apelaciones de Temuco, 21 de marzo de 2014. Rol N° 654-2013.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 de agosto de 2012. Rol N° 888-2012.
- Corte Suprema, 02 de mayo de 2018. Rol N° 28036-2017.
- Corte Suprema, 05 de noviembre de 2001. Rol N° 1368-2000.
- Corte Suprema, 06 de junio de 2012. Rol N° 7493-2012.
- Corte Suprema, 10 de marzo de 2016. Rol N°21373-2015.
- Corte Suprema, 12 de abril de 2011. Rol N° 6778-2008.
- Corte Suprema, 12 de agosto de 2014. Rol N° 13845-2014.
- Corte Suprema, 12 de septiembre de 2011. Rol N° 2314-2010.
- Corte Suprema, 14 de septiembre de 2017. Rol N° 400-2017.
- Corte Suprema, 18 de diciembre de 2008. Rol N° 4925-2007.

Corte Suprema, 19 de enero de 2015. Rol N° 7215-2014.

Corte Suprema, 20 de octubre. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 91, sección 1ª, pp. 100-105.

Corte Suprema, 21 de marzo de 2016. Rol N° 31061-2014.

Corte Suprema, 21 de octubre de 2015. Rol N° 14623-2015.

Corte Suprema, 23 de diciembre de 2015. Rol N° 28857-2015.

Corte Suprema, 24 de enero de 2019. Rol N° 1027-2018.

Corte Suprema, 24 de septiembre de 2007. Rol N° 4103-2005.

Corte Suprema, 25 de abril de 2017. Rol N° 38151-2016.

Corte Suprema, 25 de julio de 2011. Rol N° 3929-2010.

Corte Suprema, 25 de marzo de 2008. Rol N° 4931-2006.

Corte Suprema, 25 de mayo de 2011. Rol N° 7008-2009.

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

Corte Suprema, 25 de octubre de 2012. Rol N° 4404-2012.

Corte Suprema, 28 de enero de 2011. Rol N° 5849-2009.

Corte Suprema, 28 de noviembre de 2006. Rol N° 320-2005.

Corte Suprema, 28 de septiembre de 2012. Rol N° 9715-2009.

Corte Suprema, 29 de mayo de 2014. Rol N° 7102-2012.

NORMAS CITADAS

Código de Procedimiento Civil de 1902. *Diario Oficial*, 30 de agosto de 1902.

Decreto N° 100, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, 22 de septiembre de 2005.

DFL N° 1, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de la familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2000.