



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS
SECCIÓN CHILENA

REVISTA CHILENA
DE
DERECHO DE SEGUROS



Asociación Internacional de Derecho de Seguros - Sección Chilena

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Año 4 Nº 8 Santiago de Chile, Agosto de 2002

La Revista Chilena de Derecho de Seguros es el órgano oficial de expresión de la Sección Chilena de AIDA, Association Internationale de Droit des Assurances.

En sus páginas se publican trabajos sobre el ramo preparados por sus asociados o por especialistas de otras partes del mundo y que selecciona el Comité Editorial, además de noticias de actualidad en relación con el Derecho de Seguros y la actividad aseguradora y reaseguradora en que aquel se inserta.

Comité Editorial:

Juan José Vives Rojas
Sergio Arellano Iturriaga
Osvaldo Contreras Strauch

Es Director de la Revista el Señor Osvaldo Contreras Strauch.

La revista se imprime en los talleres de GRAFICA JORY, Cóndor 848 Santiago

Domicilio: Ahumada 341 Oficina 207 Telefonos 639 6175 633 6720 Fax 639 5072 , Sede del Colegio de Abogados (Atención Sra. Ana María Carbone)

Secretaría: José Alfonso Jasmén S., Fono 6966339

E-mail: seguroslex@hotmail.com • gzaldivar@entelchile.net

REVISTA CHILENA
DE
DERECHO DE SEGUROS

Año 4 Nº 8 Santiago de Chile Agosto de 2002

EDITORIAL

Con algún retraso ve la luz este 8º número de nuestra revista.

Hubiésemos querido que ello no ocurriera, pero la verdad es que nos fue muy difícil obtener el material doctrinario, como consecuencia de que nos hemos negado a "rellenar" la revista con textos ajenos y por el contrario hemos defendido a todo trance nuestra política de publicar los trabajos originales que elaboran nuestros asociados o las charlas de los expositores que asisten a disertar en nuestras reuniones de debate doctrinario.

Estamos convencidos que la espera ha valido la pena porque tenemos la oportunidad de publicar tres magníficos trabajos sobre temas de gran actualidad.

El primero, de Kléber Monlezun Cunliffe, versa sobre un tema de gran actualidad: la forma en que afectará al sector asegurador, principalmente los abogados y liquidadores de seguros, la reforma procesal penal que ya se encuentra en marcha en cuatro regiones del país.

El segundo contiene un trabajo preparado por el Profesor Pedro Zelaya Etchegaray, sobre parte del tema que expuso en una de nuestras reuniones de debate doctrinario. Como Uds. recordarán, su charla versó en general sobre el tema de la responsabilidad civil, y en particular sobre la del empresario por los hechos de sus dependientes. El texto escrito que aquí se publica, es una parte de dicho tema mas amplio, pues se concreta al análisis del interesantísimo tema de la responsabilidad civil de hospitales y clínicas.

Por último, incluimos la versión escrita de la charla que recientemente tuviera a bien exponernos nuestro socio José Miguel Infante Lira sobre el tema "Mercado Asegurador y Ahorro Previsional Voluntario".

Para terminar, incluimos, como siempre, nuestra sección de "Noticias de AIDA".

Osvaldo Contreras Strauch
Director

INTERVENCIÓN DEL ASEGURADOR EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Kléber Monlezun Cunliffe
Abogado.

La Reforma Procesal Penal que ha comenzado a implementarse en nuestro país, nos obligará a adaptar la actividad de quienes nos dedicamos a los procesos relacionados con el mercado de los seguros a los nuevos paradigmas legales.

Por esta razón hemos creído conveniente dar a conocer una primera aproximación a este tema, que evidentemente no pretende ser un tratado sobre esta materia, sino que tan solo ser una primera plataforma de análisis y reflexión acerca de la nueva tendencia procesal penal que por cierto va a afectar a este sector de la vida económica del país y sobre esa base, prepararnos para actuar en este nuevo marco regulatorio de los conflictos judiciales con incidencia determinante en el ámbito de los seguros.

Insisto una vez más, esta presentación no apunta a establecer una verdad única, sino que solamente crear un marco de análisis de las nuevas tendencias que se avecinan ante un marco regulatorio dinámico como característica esencial del Derecho.

I.- FUNDAMENTOS DE LA REFORMA: MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL

1.- PRINCIPALES CARACTERISTICAS DEL ANTIGUO SISTEMA

- a) Un único procedimiento cualquiera hubiere sido el delito, el monto de los perjuicios causados, su complejidad, interés de la víctima, etc. Esto es así, porque este sistema fue creado en siglos pasados, para hacer frente a una criminalidad rural, escasa y poco sofisticada, que no requería de un gran abanico de soluciones.

- b) Procedimiento a cargo de los actuarios, funcionarios sin preparación alguna, que actúan muchas veces bajo una supervisión meramente teórica del juez del crimen
- c) Investigación judicial escrita, burocrática, sin una visión estratégica de lo que se quiere conseguir, y sin que se entreguen directrices claras a la policía de lo que se espera de ella.
- d) Proceso judicial generalmente secreto, discrecional y sin plazo de término definido.
- e) El proceso se satisface con el sometimiento a proceso, que automáticamente hace procedente la prisión preventiva, sin que existe ningún incentivo para terminar rápidamente el proceso, por lo que éstos alcanzan una gran duración.
- f) Tribunales organizados al margen de cualquier principio de organización moderno: cada juez dispone de un grupo de funcionarios, sin una delimitación ni especialización clara de tareas entre ellos. Ejemplo, la instalación de un juez requiere contratar 12 funcionarios, sin una división clara de funciones, por lo que se dedican a hacer el rol del juez
- g) El control sobre el desarrollo del proceso penal, se realiza fundamentalmente a través de los recursos judiciales que, en general, proceden contra casi toda clase de resoluciones judiciales, lo que se traduce en un control jerárquico, que otorga un rol central al expediente y a sus copias

2.- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO SISTEMA

- a) Diversidad de soluciones frente a un conflicto penal, necesario para una sociedad de masas, con una gran cantidad y variedad de delitos, de diferente gravedad, que requieren por ende de diversas respuestas. Por eso, en el nuevo sistema, se crean no menos de doce soluciones posibles frente a un conflicto penal:
 - Facultades del Ministerio Público de no investigar; ejercicio del principio de oportunidad; archivo provisional
 - Salidas alternativas: suspensión condicional del procedimiento; acuerdos reparatorios; procedimiento abreviado;

- Procedimientos más rápidos: juicio inmediato, procedimiento simplificado y procedimiento monitorio
- Sobreseimientos; definitivo y temporal
- Juicio oral, que culmina con la sentencia
- b) Investigación a cargo de un cuerpo organizado de abogados, que integran el Ministerio Público, que deben discriminar cuál de las diferentes soluciones con la que cuenta el sistema, corresponde aplicar a cada caso.
- c) Si el fiscal decide abrir una investigación, debe dirigirla personalmente, dando órdenes a la Policía para conseguir los resultados que pretende
- d) El objetivo del proceso es conseguir la solución del conflicto, imponiendo el castigo a través de la sentencia, que debe conseguirse lo antes posible, y que es lo que permite evaluar al fiscal. La prisión preventiva no es el objetivo del proceso, sino la condena, por lo que se abre un abanico de otras medidas cautelares
- e) Organización de los tribunales conforme a modernos criterios, con secretarías comunes para un gran número de jueces, con personal especializado. Por ejemplo, la instalación de un juez requiere contratar, en promedio, 3 funcionarios, divididos en Unidades especializadas.
- f) Se crea un Juez de garantía que controla la investigación para que se respeten los derechos de la víctima y del acusado.

II.- TRIBUNALES, INTERVINIENTES Y ETAPAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL ORDINARIO

En el nuevo sistema de justicia penal, se habla de intervinientes en lugar de partes, para evitar los problemas jurídicos que este concepto plantea en el proceso penal.

1.- Los Tribunales:

- a) Juzgados de Garantía

Tribunal unipersonal, le corresponde velar por la protección de los derechos de las personas, imputado y víctimas, durante la etapa de

investigación en el nuevo proceso penal. Por esa razón, debe autorizar, en resoluciones dictadas en audiencias, todas las diligencias que pretenda llevar adelante el ministerio público que afecten derechos individuales; tales como medidas cautelares (prisión preventiva, arraigo, arresto domiciliario, etc.); entrada y registro de lugares cerrados; intercepción de comunicaciones; incautación de documentos, etc.

Asimismo, conoce y juzga de los juicios por delitos de menor gravedad, a través del procedimiento simplificado y del procedimiento monitorio.

También debe aprobar y pronunciar la sentencia en los juicios abreviados, que son aquellos en que se llega a un acuerdo entre ministerio público e imputado, en virtud del cual este último acepta los antecedentes de la investigación del fiscal, solicitando al juez que de acuerdo a ellos dicte una sentencia, que en caso de ser condenatoria no puede imponer una sanción mayor a la solicitada por el fiscal.

Debe aprobar las salidas alternativas, especialmente las suspensiones condicionales del procedimiento y los acuerdos reparatorios; las terminaciones anticipadas del proceso, como son los sobreseimientos temporales y definitivos, y el abandono de la investigación.

A través del auto de apertura del juicio oral, que debe pronunciar como resultado de la audiencia de preparación del juicio oral, deja establecido el contenido del juicio oral y las pruebas que deberán recibirse en el mismo.

b) Tribunal Penal Oral

Colegiado, integrado por salas de tres magistrados, conoce de los juicios orales, a través de un estricto esquema de litigación oral, al cabo del cual debe pronunciar su sentencia de absolución o condena exclusivamente conforme al mérito de las pruebas producidas en la audiencia.

c) Cortes de Apelaciones

Conocen de los recursos de apelación, que por excepción proceden contra algunas resoluciones del Juez de Garantía, como son las que se

pronuncian sobre la prisión preventiva (art. 149 CPP), las que decretan el sobreseimiento definitivo o temporal (art. 253 CPP) y, en general, las que ponen término al proceso o lo suspenden por más de 30 días (art. 370 letra a) CPP). Asimismo, procede contra la sentencia definitiva que pone término a un juicio abreviado (art. 414 CPP).

Finalmente, conoce de los recursos de nulidad (art. 376 inciso 2 CPP), que se interpongan contra las sentencias pronunciadas en juicios orales o en procedimientos simplificados, cuando se fundaren en que se han dictado haciendo una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia (art. 373 letra b) CPP), o en infracciones a normas de procedimiento expresamente enumeradas en el propio Código (art. 374 CPP).

d) Corte Suprema

Conoce de los recursos de nulidad que se entablaren contra las sentencias definitivas pronunciadas en juicios orales y en procedimientos simplificados, siempre que se fundaren en que durante la tramitación del juicio o en la dictación del fallo, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 373 letra a) CPP), o bien, que el recurso se fundare en que el fallo ha sido obtenido con errónea aplicación de ley y respecto de la materia existan diferentes interpretaciones sostenidas en fallos diversos emanados de tribunales superiores.

2.- Los intervinientes

En el nuevo sistema de justicia penal, se habla de intervinientes en lugar de partes, para evitar los problemas jurídicos que este concepto plantea en el proceso penal y de acuerdo al nuevo Código son:

a) El Ministerio Público

Es el órgano autónomo constitucional encargado de investigar la comisión de los hechos presuntamente delictivos, establecer sus responsables y, ejercer, en su caso, la acción penal pública, para obtener la aplicación de las sanciones penales correspondientes.

Dirigido por el Fiscal Nacional, el ejercicio de estas facultades se radica en los Fiscales Regionales y en los Fiscales Adjuntos, todos los cuales deben actuar sujetos especialmente a los principios de legalidad, objetividad, unidad (un fiscal representa a todo el organismo) y jerarquía.

b) La víctima

Es el ofendido por el delito, que aunque no haya ejercido la acción penal, igual puede intervenir en el procedimiento, debe ser informado de sus derechos y de los resultados del juicio.

c) El querellante

Es la víctima, su representante o su heredero que han ejercido la acción penal a través de la interposición de una querella, obligándose a mantener una actividad procesal constante para que no se extinga.

d) El imputado

Es la persona perseguida penalmente, adquiriendo esta calidad desde que se inicia una investigación penal en su contra, ya sea a través de la actividad policial o del Ministerio Público, destinadas a establecer la existencia de un delito y su participación, hasta que se ejecuta la sentencia definitiva.

Por lo tanto, durante todo el proceso dispone de derechos y garantías que le deberán ser respetados y que podrá ejercer a través de sí mismo o de su abogado.

e) El defensor y el defensor penal público

Todo imputado, desde el primer acto de persecución penal en su contra, tiene derecho a ser asistido por un abogado que en principio debe ser de su confianza y que en cuanto asume pasa a desempeñar el rol de defensor, encargado de hacer valer todos los derechos y actos de defensa en beneficio de su representado.

Cuando el imputado no dispone de un defensor de confianza, le debe ser proporcionado uno por el Estado, para lo cual en el nuevo sistema se ha creado la Defensoría Penal Pública, a cargo de un Defensor Nacional, Defensores Regionales y Defensores Locales, quienes deben asumir la defensa al igual que un defensor particular.

3.- Etapas del nuevo procedimiento ordinario por crimen o simple delito

a) Inicio persecución penal

La persecución penal se puede iniciar por denuncia ante el Ministerio Público o ante la Policía; por querella; o de oficio por el Ministerio Público.

En los dos primeros casos, el Ministerio Público es el encargado de decidir si abre la investigación, ya que podría estimar que el hecho no es constitutivo de delito o que se encuentra extinguida la responsabilidad penal (art. 168 CPP), o bien, que no existen antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, caso en el que puede decretar su archivo provisional (art. 167 CPP)

Asimismo, podría aplicar el principio de oportunidad, si estima que se trata de un hecho que no compromete gravemente el interés público (art.170 CPP).

b) Investigación

Si el fiscal decide iniciar una investigación penal, debe realizar por sí mismo o encomendar a la policía la práctica de todas aquellas diligencias de investigación que estime conducentes al esclarecimiento de los hechos, y recopilar los antecedentes necesarios para decidir si acusa a un determinado imputado.

Si estima que dispone de antecedentes suficientes, deberá "formalizar la investigación", que significa comunicar formalmente a una persona

que se encuentra indagando su eventual responsabilidad en un hecho ilícito, a partir del cual podrá solicitar la adopción de medidas cautelares reales y personales en su contra, tales como la prisión preventiva.

El plazo de que dispone para investigar, contados desde la formalización, es de dos años, aunque el juez puede reducirlo, como generalmente acontece, ya que acertadamente consideran que el fin del proceso es obtener la condena del sujeto, que es lo que legitima la pérdida de su libertad persona y no una medida cautelar como la prisión preventiva.

c) Etapa Intermedia

Una vez que el fiscal estima que ha concluido la investigación, debe declararlo así y decidir si acusa, o solicita el sobreseimiento temporal o definitivo, o abandona la investigación, peticiones éstas últimas que deberán ser aprobadas por el Juez de Garantía en una audiencia oral. Si decide acusar, debe hacerlo por escrito, exponiendo los hechos y normas de Derecho aplicables, acompañando la nómina de las pruebas que solicita rendir en el juicio oral. Se dará traslado de la acusación al querellante particular, para que adhiera o acuse por su cuenta, y al acusado, para que conteste la acusación y ofrezca sus pruebas.

d) Juicio Oral

Tiene lugar ante el Tribunal Penal Oral, y conforme a las técnicas de litigación oral, se realizan alegatos de apertura y de clausura y se rinde la totalidad de la prueba que el tribunal puede tomar el cuenta para condenar o absolver.

La sentencia, debe hacer cargo de toda la prueba producida, valorándola libremente, aunque respetando las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

III.- POSIBILIDADES DE INTERVENCION DEL ASEGURADOR EN EL NUEVO PROCESO PENAL: COMO VICTIMA, COMO QUERELLANTE O COMO TERCERO COADYUVANTE

El nuevo sistema de justicia penal es, como se ha demostrado, un sistema bastante más complejo y sofisticado de resolver los conflictos penales que el actual, que obligará a todos las personas o entidades a desarrollar también una actividad más compleja para intervenir adecuadamente en la tutela de sus intereses.

Es, al mismo tiempo, un sistema más rápido de obtener resoluciones judiciales, de modo que si no hay una actuación diligente de alguna persona para seguir el ritmo de desarrollo de los procesos, los perjuicios de una intervención tardía pueden llegar a ser irreparables.

Desde luego, no hay una regulación expresa de la forma en que podrían intervenir las Compañías de Seguros en los nuevos procesos penales, cuando sean afectados por un hecho que revista caracteres de delito, en el cobro de seguros.

Sin embargo, es evidente que para las Compañías Aseguradoras será muy importante tratar de hacer valer sus derechos en los procesos de orden penal, por cuanto ellos pueden tener consecuencias patrimoniales en la sede civil donde se demanden las prestaciones convenidas entre asegurador y asegurado.

En consecuencia, este tema importa un largo proceso de estudio y adecuación de estructuras, pólizas y mecanismos de actuación para hacer valer adecuadamente los intereses de estas empresas y de los aseguradores en el marco del nuevo sistema de Justicia Criminal.

En todo caso, podemos adelantar que aquí cobra relevancia la CONSTRUCCIÓN DE LA TEORIA DEL CASO A TRAVÉS DE TÉCNICAS DE PREPARACION, NEGOCIACIÓN Y LITIGACIÓN EXTRAJUDICIAL Y JUDICIAL, que deben ser abordadas y entendidas desde la perspectiva de las compañías aseguradoras considerando los siguientes parámetros a lo menos.

- Abordar el caso desde una función distinta al liquidador.
- Tipo de póliza de seguros contratada en cuanto a naturaleza, tipo y cobertura.
- La circunstancia de la póliza de seguros contratada y su naturaleza.
- La liquidación del siniestro considerando los tiempos que ella conlleva.
- Recupero judicial, sea legal y/o material.
- Medios de prueba para la liquidación y los juicios en general sea defendiendo y/o atacando.
- Tiempo y formas de trabajo en uno u otro sistema.
- Preparación del liquidador y sus asesores junto a la Compañía.
- Etc.

En suma, lo anterior importa en consecuencia entre otras decisiones, las siguientes:

- Voluntad de las Compañías Aseguradoras y Liquidadores de Seguros para coordinar y enfrentar este nuevo tipo de juicios.
- Asumir la posibilidad de entrar en este tipo de juicios.
- Contar con una infraestructura para este tipo de juicios.
- Requerir mayores gastos y mejor preparación en el manejo de este tipo de juicios.
- Cuidar y proteger a sus Abogados encargados de defender sus intereses en este tipo de juicios.

COMO OPERAR EN ESTE NUEVO SISTEMA.

Lo que deberá hacerse entonces, será sistematizar las reglas generales que sean aplicables a estas entidades.

I.- INTERVENCION DEL ASEGURADOR COMO VICTIMA DE UN DELITO

El concepto de víctima que se introduce en el nuevo Código Procesal Penal, es bastante amplio, ya que comprende a todas las personas que han sido ofendidas por un delito (art. 108 inciso 1 CPP).

Estas personas pueden ser naturales o jurídicas y, entre éstas últimas, privadas o públicas.

Es indudable que una empresa aseguradora puede ser víctima directa de un delito en su contra, caso en el cual adquiere sus derechos de tal desde el principio de la investigación (art. 109 CPP). Claro que tratándose de una persona jurídicas, algunos de estos derechos son muy difíciles de concebir y de ejercer, aunque hay otros que serían perfectamente aplicables.

Entre estos últimos, se puede citar el derecho a solicitar medidas de protección, ejercer la querrela criminal, ejercer acciones civiles y especialmente a ser oído por el fiscal antes de que resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; o bien, a ser oído por el tribunal antes de pronunciarse sobre el sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que ponga término a la causa, o bien, a impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria.

Téngase en cuenta que en otros sistemas, en los que existe o se ha creado un órgano público específicamente encargado de llevar adelante la persecución penal, cual es el Ministerio Público, se le otorga el monopolio en el ejercicio de la acción penal, de modo que la víctima no tiene derecho a ejercer ninguna acción penal, como acontece en Chile.

Una vez admitida a tramitación la querrela por el juez de garantía, el querellante tiene derecho a conocer de todos los antecedentes de la investigación acumulados por el fiscal, salvo que se declare secreta, por un plazo máximo de cuarenta días, reclamable ante el juez de garantía

Concluida la investigación, el fiscal debe decidir si acusa o solicita el sobreseimiento o abandono de la investigación, peticiones a las cuales puede oponerse el querellante particular, quien también puede deducir acusación particular.

En cuanto a la acción civil que sólo tuviere por objeto la restitución de la cosa objeto del hecho delictual, deberá interponerse necesariamente ante el tribunal penal correspondiente, que puede ser el juez de garantía o el tribunal penal oral, esto último en el evento que el caso llegue a juicio oral.

Las restantes acciones civiles, tales como la que tuviere por objeto la indemnización de los perjuicios sufridos por el delito, se pueden ejercer

ante el tribunal penal o ante el tribunal civil. Pero admitida a tramitación ante el primero, no se podrá ejercer ante el juez civil.

Finalmente, las acciones civiles ejercidas por otras personas diferentes a la víctima o que se dirijan contra personas distintas al imputado, deberán siempre ejercerse ante el tribunal civil competente según las reglas generales

III.- INTERVENCION DEL ASEGURADOR COMO QUERELLANTE

1.- Comparecencia como querellante

En el cobro fraudulento de un seguro, es evidente que la Compañía de Seguros es la víctima del delito, de modo que podrá presentar directamente una querella criminal en contra la persona responsable o contra quienes puedan resultar.

A esta conclusión se arriba teniendo en cuenta que se señala que “para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito” (art. 108 inciso 1 CPP). Si bien es cierto que podría pensarse en el carácter de víctima sólo podría corresponder a personas naturales, la verdad es que la ley no formula esta distinción y “ofendido” por el delito puede ser lógicamente una persona jurídica.

La querella debe ser entablada ante el juez de garantía, quien para declararla admisible deberá verificar que reúna los requisitos formales que establece el mismo Código, entre los cuales se cuenta el que sea interpuesta por la víctima o su representante legal (art. 111 CPP), y otros propios del escrito correspondiente, muy similares a las actuales exigencias (art. 113 CPP).

Téngase en cuenta que la admisión a tramitación de una querella es la única forma en que se puede impedir que el fiscal aplique las facultades de no iniciar la investigación y el archivo provisional (art. 169 CPP), mientras que contra la aplicación del principio de oportunidad se debe reclamar directamente ante el juez de garantía, ya que este debe aprobar esta decisión del fiscal, o bien, ante las propias autoridades del Ministerio Público (art. 170 CPP).

Estas facultades del fiscal de poner término o suspender al persecución criminal, obligarán a las Compañías de Seguros, a ser muy rápidas en la adopción de la decisión de interponer querella y en concretarla, ya que, de lo contrario, se pueden encontrar con la sorpresa que cuando quieran hacerlo, no sea posible porque el fiscal ya ha aplicado alguna de estas medidas tempranas de extinción o suspensión de la investigación penal

2.- Práctica de diligencias probatorias propias

La etapa de investigación sólo tiene por objeto acumular los antecedentes necesarios para poder decidir si se puede o no acusar a una determinada persona, pero la prueba únicamente se produce en el juicio oral.

Durante la investigación el querellante particular o la víctima pueden practicar por su cuenta todas las diligencias de investigación que consideren necesarias, sin limitación alguna, y sin obligación de darlas a conocer a las demás partes, hasta el momento de la acusación.

Además, pueden solicitar al Ministerio Público la práctica de todas las diligencias que consideren pertinentes y útiles para aclarar el hecho investigado, pero será facultad del fiscal decidir a cuáles accede y a cuáles no (art. 183 CPP). Esta solicitud se justificará cuando se trate de diligencias que requieran la utilización de la fuerza pública o deban ser practicadas por organismos públicos, las que sólo pueden ser solicitadas por los fiscales, pero no por los demás litigantes.

3.- Adhesión a la acusación fiscal o acusación particular y ejercicio de las acciones civiles por el querellante

Una vez cerrada la investigación por el fiscal, debe decidir si acusa, solicita al juez que apruebe el sobreseimiento temporal o definitivo o el abandono de la investigación. A cada una de estas peticiones del fiscal se puede oponer en algún momento el querellante particular, ante el juez de garantía.

Finalmente, si el fiscal decide acusar, el querellante particular puede adherirse a su acusación, o bien, formular una acusación particular

por su cuenta, ejerciendo al mismo tiempo las acciones civiles que considere pertinentes (art. 259 CPP).

Incluso, si el fiscal decide no acusar, el querellante particular puede llegar a ser autorizado por el juez de garantía para hacerlo por su cuenta, prescindiendo de la acusación fiscal, en lo que se conoce como “forzamiento de la acusación” (art. 258 CPP).

En su acusación o adhesión a la acusación, los querellantes deberán proponer la práctica de todas las pruebas de que dispongan para el juicio oral, las que previo debate en la audiencia de preparación del juicio oral, se aceptarán o rechazarán.

Todas estas serán facultades que como querellantes particulares podrán ejercer en su momento las Compañías de Seguros, pero siempre con una alta exigencia de preparación de sus respectivos abogados, ya que, por ejemplo, basta con que no asistan a la audiencia de preparación del juicio oral, para que se entienda abandonada la acción civil.

4.- Facultades para intervenir en el juicio oral

En el juicio oral, las partes, incluyendo a los querellantes particulares, deberán intervenir durante todo su desarrollo, ya que conforme al modelo de litigación oral establecido en Chile, son ellas las que deben producir la prueba con sus preguntas y contra interrogaciones, que requieren un alto nivel de preparación.

Tan importante se considera su presencia, que es suficiente la ausencia del querellante o de su apoderado en la audiencia, o su salida de la sala sin autorización del tribunal, para que se entiendan abandonadas las acciones penales y civiles (art. 288 CPP).

IV.- INTERVENCION DEL ASEGURADOR COMO TERCERO COADYUVANTE

Los mayores problemas jurídicos sobre la forma de comparecencia en el nuevo proceso penal, se presentan cuando se denuncia un siniestro consistente en el perjuicio causado por un tercero como consecuencia de

un hecho ilícito penal, que da origen al correspondiente proceso penal.

Es decir, a modo de ejemplo, cuando se denuncia un robo, un hurto, o bien un incendio por el asegurado, con el fin de cobrar el seguro, pero el asegurador sospecha que ese siniestro no existe, o bien, ha sido cometido por el mismo asegurado, o definitivamente, se intentar aprovechar ilícitamente un siniestro verdadero, surge la necesidad de actuar por esta vía.

En estos casos, el asegurador no es la víctima directa del delito contra el patrimonio que se denuncia originalmente, sino que lo es el asegurado. Por ende, es él quien resulta titular de los derechos de la víctima, y quien puede presentar querella para que se investigue el delito que ha denunciado para cobrar el seguro.

Sin embargo, ya sea desde un comienzo por las características que presenta como siniestro, o como producto del informe del liquidador, o de la propia investigación penal, a veces se aprecia que este hecho ilícito no es tal, sino que se trata de un hecho simulado, que forma parte del engaño con el que se pretende estafar al asegurador.

El problema es que la existencia de este hecho ilícito penal, en perjuicio del asegurador no se conoce desde un principio, por lo que surge la duda si el asegurador puede intervenir en el proceso penal iniciado para investigar el (aparente) primer delito y, en ese caso, conforme a qué mecanismo jurídico podría hacerlo. Téngase en cuenta que en principio se trata de permitir la intervención de un tercero, que sospecha que quizás podría haber sido víctima de un delito, aunque quizás la sospecha resulte falsa o sencillamente no se pueda acreditar.

Tratándose de una situación compleja, no se encuentra resuelta en el nuevo Código Procesal Penal, por lo que debería solucionarse conforme a las reglas generales.

Nos parece que en un comienzo, mientras no se presenten siquiera indicios de que es víctima de un delito, el asegurador siempre tiene un interés legítimo en que se investigue exhaustivamente el hecho originalmente denunciado, ya que deberá pagar el siniestro, evento en el

que se subroga en las acciones civiles que corresponden a la víctima directa y asegurado. Luego, si se presentan indicios de que se trata de un fraude contra el asegurador, entonces adquiere la calidad de víctima y, por ende, puede incluso querellarse.

En la primera situación, este interés es suficiente para permitirle comparecer como tercero coadyuvante, ya que se reúnen todos los requisitos que el Código de Procedimiento Penal exige. Así, tiene interés actual en los resultados del juicio, los que son coincidentes en un principio con los del asegurado. Por esa razón, podría intervenir en las audiencias, solicitar diligencias, tal como lo pueden hacer los demás intervinientes.

Finalmente, la norma que podría autorizar esta interpretación, se encuentra regulada en el artículo 52 del párrafo referido a las normas supletorias, que en el fondo es el mismo principio actualmente vigente en el CPP antiguo.

V. LA SITUACIÓN DE LAS ACCIONES CIVILES EN EL NUEVO PROCESO PENAL.

Las acciones civiles, (art 53) en sede penal son solamente en favor de la víctima:

- la que tiene por objeto el recupero de la cosa objeto del delito.
- Aquella referida a la indemnización de los perjuicios con motivo del delito en contra del imputado.

Las otras acciones civiles intentadas por sujetos diferentes de las víctimas y/o en contra de terceros distintos del imputado, importan que solamente se haga en sede civil, generando en una primera aproximación a lo menos las siguientes consecuencias:

1. Las compañías de seguros no podrán actuar como simples actores civiles en sede penal.
2. Las compañías aseguradoras no podrán demandar al acusado y/o al tercero civilmente responsable en sede penal.

3. El pago por concepto de indemnización de perjuicios, es en definitiva acción de reembolso y no de perjuicios directos no obstante subrogación contractual y legal con el asegurado.

VI.- NECESIDAD DE ESTABLECER TIPOS PENALES ESPECIFICOS PARA PROTEGER AL ASEGURADOR

Las dificultades que presenta la comparecencia del asegurador en algunos casos, tanto en el antiguo como en el nuevo sistema procesal penal, se deben principalmente a la carencia en el Código Penal chileno, de delitos específicos que tengan por sujeto pasivo a las Compañías de Seguros.

En ese sentido, hace falta que se tipifiquen las conductas que tienen por objeto defraudar a los aseguradores, que de acuerdo a la doctrina, son a lo menos las siguientes:

- a) conclusión fraudulenta del contrato;
- b) simulación fraudulenta de un siniestro;
- c) causación fraudulenta de un siniestro;
- d) aprovechamiento fraudulento de un siniestro.

En todos estos casos se persigue crear un engaño al asegurador, que debería tener sanción penal, ya sea a través de la tipificación específica de cada una de las conductas señaladas, o bien, a través de la creación de un tipo penal general que establezca que será sancionado "El asegurado que con el fin de obtener para sí o para terceros el cobro de la indemnización de un seguro, obtener su incremento u otro provecho ilícito, usare cualquier medio fraudulento respecto de las personas o bienes asegurados", elevando la pena su logra su propósito y rebajándola si no lo hace.

Finalmente, quizás también debieran influir en la creación de Fiscales Especiales en materia de seguros y/o bien, derechamente fomentar el desarrollo de fiscalías especiales

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE HOSPITALES Y CLÍNICAS¹

Pedro Zelaya Etchegaray

Doctor en Derecho (U. de Navarra). Profesor de Derecho Civil,
Universidad de Chile y Universidad de los Andes.

SUMARIO: I. Introducción. II. Causas de la paulatina transformación de la responsabilidad civil hospitalaria. III. Doctrinas que explican la naturaleza y el fundamento de la responsabilidad civil de una clínica privada. IV. ¿Cual es el régimen chileno de responsabilidad civil de los hospitales y clínicas?. V. Modernas tendencias jurisprudenciales de la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas. VI. ¿Quiénes son dependientes para los efectos de la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas? (la responsabilidad civil por el hecho de contratistas independientes). VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que con el transcurso del tiempo - y particularmente en la última década - se ha ido produciendo una verdadera “explosión” de la responsabilidad civil y, en especial de aquella que puede surgir a raíz de los daños causados a la vida, a la salud, a la integridad física o síquica de un paciente con ocasión de las prestaciones médico- sanitarias.

Son cada día más numerosas las demandas civiles entabladas contra los profesionales de la medicina y también contra los centros asistenciales donde éstos prestan sus servicios. Además, cada día son más altas las indemnizaciones que los jueces están dispuestos a otorgar en favor de las víctimas demandantes.

¹Este documento reproduce textualmente la conferencia pronunciada en el Seminario titulado “Régimen Legal de la Actividad Médica”, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, el día 5 de julio de 2000. Por tratarse del texto de una Conferencia - y no de un artículo monográfico - hemos intentado evitar la cita de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales. Para un análisis más detallado de esta materia puede consultarse Zelaya Etchegaray, P., Responsabilidad civil de hospitales y clínicas: modernas tendencias jurisprudenciales, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 94, 47-90. También fue publicado en la Revista de Derecho Nº 201, año LXV, enero/junio, U. de Concepción, 1997, 11-58.

Sin embargo, en esta oportunidad sólo me voy a referir a la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas, dejando al profesor Rivera el tratamiento de la responsabilidad personal del método o facultativo que cometió un *mal practice* que causó daño al paciente respectivo.

II. CAUSAS DE LA PAULATINA TRANSFORMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL HOSPITALARIA.

¿Por qué se ha producido esta paulatina transformación de la responsabilidad civil hospitalaria?

a) En primer lugar, porque ha existido un cambio en la composición social y cultural de la sociedad moderna. Actualmente, muchos pacientes son sujetos más o menos pudientes que no se resignan frente al dolor y al sufrimiento, sobre todo si éstos provienen de un daño a la salud o a la integridad física o síquica. Todos quieren una reparación integral del daño sufrido. El paciente moderno busca una reparación y no se resigna frente al dolor y a la enfermedad.

b) Porque se ha producido una transformación en la finalidad perseguida por la responsabilidad civil pues mientras antes se entendía que la responsabilidad civil - y el pago de la indemnización - era una forma de castigar personalmente culpable un delito o cuasidelito civil (daño causado con dolo o culpa), en cambio, hoy se entiende que la responsabilidad civil es el mecanismo para reparar el perjuicio causado a la víctima inocente, de manera que se hace civilmente responsable al demandado incluso si el daño no fue claramente causado por un acto u omisión culpable sino por un accidente más o menos fortuito.

c) En tercer lugar, se percibe un profundo y paulatino cambio en la forma como se ejerce hoy la medicina y como el paciente es atendido en su enfermedad o dolencia. Del ejercicio individual de la medicina se ha ido pasando al ejercicio colectivo de la misma al interior de un gran hospital o establecimiento de salud. Cada día es más común que el médico preste sus servicios al interior de una organización pública o privada, que le facilita medios humanos y materiales para cumplir con sus deberes. Por ello está desapareciendo el llamado “médico de cabecera” o “médico de familia” para dar paso al hospital que atiende a sus pacientes como un servicio

integral y completo. Se ha producido una verdadera “proletarización del ejercicio de la medicina”.

d) Con la aparición del gran hospital contemporáneo, en el cual trabajan un sinnúmero de profesionales, se ha producido una paulatina despersonalización de la atención médico-sanitaria. Frente a ello el paciente víctima de una *mal practice* no siente el respeto y la veneración casi ciega frente a su médico de cabecera, sino la indignación frente al servicio anónimo defectuoso, no dudando demandar la efectiva reparación del daño causado.

e) Por último, la posible presencia de seguros que cubran la responsabilidad civil de las clínicas y hospitales, o de sus médicos o agentes sanitarios, incentiva la interposición de demandas de indemnización contra el profesional sanitario y/o contra la institución donde y para la cual éste presta sus servicios.

Sin duda que la combinación de todos estos factores, y otros más, ha conducido a que - frente a los casos de *mal practice* médica - las víctimas busquen un responsable civil que pague los perjuicios.

Asimismo, cabe hacer notar que, tradicionalmente, frente al daño causado al paciente con ocasión de una negligencia médica, la estrategia procesal se centraba en la persona del facultativo que material y directamente causó el daño respectivo. La víctima buscaba la responsabilidad penal y civil del facultativo que con dolo o culpa causó el daño, sin demostrar un mayor interés por demandar al hospital dentro del cual dicho facultativo causó el daño respectivo.

La responsabilidad médica se veía como una forma de castigar al personalmente responsable de una culpa o negligencia que causó daños al paciente o a su familia y no tanto como un medio para obtener la justa e íntegra reparación del daño causado.

Sin embargo, hoy ha cambiado este criterio. Existe una clara tendencia a buscar - junto con la responsabilidad penal y civil del facultativo (responsabilidad personal) - la responsabilidad civil de la clínica u hospital dentro del cual se causó el daño (responsabilidad institucional, empresarial o corporativa), pues se busca, más que castigar a un culpable, obligar a un

patrimonio solvente que pueda hacer frente al íntegro pago de los daños causados al paciente.

Por ello he preferido centrar esta exposición en la responsabilidad civil de los hospitales y centros asistenciales privados.

¿Que responsabilidad pueden tener los hospitales y clínicas dentro de las cuales se produce un daño a la vida o integridad física de un paciente? ¿Es necesario que la víctima pruebe la culpa o negligencia personal del médico o del funcionario paramédico presente al interior del hospital demandado? ¿Es suficiente un error u omisión accidental o una simple inadvertencia para que surja la responsabilidad civil de hospital? ¿Deben los hospitales responder de los actos culpables causados por médicos externos, independientes y simplemente acreditados ante el hospital?

Antes de entrar en la casuística, es muy importante tener claro las distintas doctrinas que intentan explicar la naturaleza y el fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y hospitales.

III. DOCTRINAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA Y EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE UNA CLINICA PRIVADA.

En estricta teoría existen tres doctrinas² que intentan explicar el porqué y cuándo debería responder civilmente una clínica frente al daño causado a un paciente dentro de sus instalaciones.

1.- La Responsabilidad por la culpa en la elección y en la vigilancia..

Esta fue la primera y la más antigua explicación respecto del fundamento o naturaleza de la responsabilidad civil de las clínicas y hospitales. Es, además, la doctrina consagrada en nuestro propio Código Civil respecto de la responsabilidad civil del empresario.

Para esta doctrina, los hospitales y clínicas sólo deberían responder civilmente cuando se logra acreditar que dichos centros incurrieron en

²Para una explicación más detallada de estas tres doctrinas puede consultarse Zelaya Etchegaray, P., La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente, Editorial Aranzadi. Pamplona (España) 1995, 34-136.

culpa al elegir o vigilar a los médicos o al personal sanitario que trabaja en ellos.

Esta teoría tiene su fundamento en la doctrina liberal decimonónica de la responsabilidad subjetiva o por culpa probada, la que se traducía en el viejo axioma: no hay responsabilidad civil sin culpa personal probada.

Bajo este régimen, el hospital o la clínica demandado podría siempre intentar eximirse de la responsabilidad civil que se le imputa probando que fue diligente en la selección o en la vigilancia de sus médicos o del personal sanitario que trabaja con él³.

Con el devenir del tiempo esta doctrina se fue haciendo insuficiente para las víctimas e inadecuada frente a la moderna realidad hospitalaria, y ello por las siguientes razones:

- i. En primer término, porque las clínicas comenzaron a organizarse como personas jurídicas (principalmente como sociedades anónimas) respecto de las cuales-al constituir entes ficticios - era muy difícil imputar una culpa personal e individual.
- ii. Además, la selección de personal médico-sanitario comenzó a ser realizada por empresas externas, autónomas y altamente calificadas, de forma que el profesional elegido siempre reunía buenos antecedentes.
- iii. Por otro lado, cada día se fue haciendo más difícil imputar una culpa en la dirección y/o en la vigilancia de personal sanitario pues ni la empresa ni sus directores o gerentes tenían los conocimientos técnicos necesarios como para hacer efectiva dicha dirección o control (y ser responsables por su omisión o negligencia).
- iv. A su vez, múltiples daños al paciente eran la triste consecuencia de simples errores humanos (no constitutivos siquiera de culpa levisima) o deficiencias técnicas de los aparatos altamente sofisticados que se comenzaron a utilizar en dichos centros asistenciales.

³Así, por ejemplo, el hospital demandado podría probar que no incurrió en culpa *in eligiendo* pues eligió bien a sus empleados (incluso, a través de una Agencia de Empleo externa) o seleccionó a un profesional universitario altamente calificado. También podría probar que no incurrió en culpa *in vigilando* pues puso todos los medios a su alcance para vigilar y controlar la actividad médica dañina o bien no tenía los conocimientos ni los medios para dirigir, controlar o supervisar la actividad altamente calificada y específica del profesional de la medicina.

Por ello, bajo esta perspectiva, los Tribunales comenzaron a eximir de toda responsabilidad civil al hospital o clínica demandado cuando, por ejemplo éstas lograban probar que habían elegido a un profesional altamente calificado y luego de una rigurosa selección de candidatos (cosa siempre fácil de hacer) o bien cuando lograban probar que el daño lo había causado el profesional en el ejercicio de su *lex artis* médica, sin que haya sido posible para la clínica dirigir o controlar la forma como se desempeñó el respectivo profesional.

Sim embargo, esta falta de responsabilidad del centro asistencial demandando iba en claro desmedro del médico o paramédico demandado, en quien quedaba radicada toda la responsabilidad civil.

En esta primera época, el hospital demandado sólo era civilmente responsable de los actos materiales, puramente administrativos o simplemente paramédicos que causaban daño al paciente, pues sólo respecto de éstos la institución demandada podía tener cierto grado de control y dirección (por ejemplo, no cumplir con las indicaciones del médico tratante; no controlar adecuadamente una transfusión sanguínea; no anotar bien la temperatura u otros signos vitales del enfermo hospitalizado; no mantener en buen estado los recipientes con drogas, etc.).

En resumen, durante esta primera época el hospital no podía ser civilmente responsable de los actos puramente médicos ya que a su respecto no cabía dirección ni control alguno (el hospital no podía hacerse responsable de aquellos actos que excedían de su control y dirección técnica).

2.- La responsabilidad vicaria, indirecta o sustituta.

Desde esta perspectiva el hospital es objetivamente responsable de las culpas cometidas por sus empleados o dependientes.

Al constituir una forma de responsabilidad objetiva del hospital demandado, éste no puede eximirse de la responsabilidad civil que se le imputa intentando probar que fue diligente en la selección o vigilancia de sus médicos o de su personal sanitario. El centro sanitario no responde por culpa propia sino en garantía de las culpas ajenas.

De esta forma, y por regla general, una vez probada la culpa y personal responsabilidad civil del dependiente, ésta se “propaga” hacia el hospital inocente, el cual debe responder frente a la víctima al modo de un fiador solidario.

Esta doctrina está recogida por primera vez en el Código Civil francés de 1804 y está vigente hoy, por ejemplo USA y en todos los países regidos por el *common law*.

Sin embargo, este sistema tiene cierta importancia práctica en Chile, toda vez que ha tenido gran influencia en la interpretación y aplicación que nuestros Tribunales han hecho de la normativa contenida en el Código Civil respecto de la responsabilidad civil del empresario.

Muchas son las razones que se han esgrimido para fundamentar la responsabilidad vicaria de la clínica u hospital: (i) unos dicen que probada la culpa del empleado, se presume de derecho la culpa del hospital; (ii) otros, que el hospital es patrimonialmente garante frente a la víctima de las obligaciones indemnizatorias contraídas por sus empleados, lo que suelen ser mucho menos solventes que la propia institución donde trabajan; (iii) otros, que la clínica y sus dependientes se identifican frente a la víctima de forma tal que la culpa del dependiente es la culpa del hospital; etc.

Sin embargo, y con independencia del fundamento teórico que se desee entregar a esta clase de responsabilidad objetiva, para que surja responsabilidad civil en el hospital demandado bajo este sistema deben reunirse, al menos, los siguientes tres requisitos o condiciones:

- a) que el facultativo o personal sanitario que directa y materialmente causó el daño haya actuado con dolo o culpa, de forma tal que sin culpa en éste no hay responsabilidad civil del hospital demandado;
- b) que el facultativo o personal sanitario que causó el daño sea empleado o dependiente del hospital demandado, de manera que si el hospital demandado logra probar que no existe relación de subordinación o dependencia entre él y el agente sanitario culpable, el primero no es civilmente responsable;
- c) que el facultativo o personal sanitario que causó el daño haya

actuado en el ejercicio o, al menos, con ocasión de sus funciones, de manera que si el hospital demandado logra probar que el médico actuó fuera de sus funciones o en abierta limitación de las mismas, se exime de toda responsabilidad civil.

En la práctica, y por motivos que hemos explicado en otra parte⁴, esta doctrina tiene una especial importancia forense, pues ha sido aplicada por nuestros Tribunales de modo tácito o indirecto a través de una interpretación extensiva de las normas decimonónicas contempladas en nuestro Código Civil (especialmente los arts. 2314, 2320 y 2322).

3. Las responsabilidad por riesgo de empresa.

Esta es la tercera y más moderna explicación o fundamentación de la responsabilidad civil de los hospitales privados.

Esta doctrina parte de la constatación empírica de la paulatina transformación que ha experimentado la forma como se ejerce hoy la medicina. Del ejercicio individual prestado por el médico de cabecera se ha ido caminando hacia el ejercicio colectivo y empresarialmente organizado. Hoy, la prestación de los servicios médicos se realiza, por regla general, al interior de una entidad o institución empresarialmente organizada, respecto de la cual el facultativo constituye un elemento más.

La práctica diaria nos enseña que del acto médico individual se ha ido avanzando hacia la del servicio médico-sanitario integral, (desde los exámenes preparatorios y el diagnóstico hasta los cuidados posquirúrgicos u operatorios).

Esta doctrina nació, sobre todo, para intentar explicar la responsabilidad civil de las empresas que producen y comercializan bienes y servicios en gran escala, es decir, para fundamentar la llamada responsabilidad civil del empresario por bienes y servicios defectuosos.

Para esta doctrina, el hospital o la clínica organizado como empresa debe responder civilmente- incluso de los daños accidentales o

⁴Cfr. Zelaya Etchegaray, P., Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales), cit. 73, nota 49.

estadísticamente inevitables- , toda vez que (i) es titular de bienes o actividades peligrosas (que causan daños estadísticamente inevitables)y, además, (ii) es el sujeto que, en un mercado perfecto, está en las mejores condiciones para socializar el riesgo, es decir, pagar el daño, internalizar dicho pago como un costo más de la producción de dichos bienes o servicios y, luego, distribuirlo entre el mayor número posible de personas a través de una alza de precios (consumidores) y del seguro de responsabilidad civil (todos los asegurados o tomadores de la misma póliza).

En conclusión, esta doctrina parte del supuesto de que muchas clínicas y hospitales son hoy verdaderas empresas de servicios, que prestan servicios médicos y de salud al usuario o cliente, en forma organizada y lucrativa, de forma que quien crea y se lucra con un riesgo debe responder de los daños que éste cause con independencia de si hubo o no culpa.

IV. ¿CUAL ES EL REGIMEN CHILENO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES Y CLINICAS?

Lo primero que hay que preguntarse en caso de daños causados al interior de una clínica u hospital es lo siguiente: ¿se trata de un hospital público o privado?.

1. La responsabilidad civil de los hospitales públicos - y que dependen del respectivo Servicio de Salud - tiene su fuente normativa y su regulación en la Constitución Política de la República (arts. 6º, 7º y 38º) en la L.O. Bases Generales de la Administración del Estado (arts. 4º y 44º). La responsabilidad civil de derecho público es más estricta que la de derecho privado, pues la primera no se basa en la culpa sino en la "falta de servicio". A ello ya se ha referido el profesor Soto Kloss⁵.

2. En cambio, la responsabilidad civil de las clínicas privadas está regulada en el Código Civil de 1855 y puede ser de dos clases: a) contractual y b) extracontractual.

⁵Para un estudio más detenido de la responsabilidad civil por los daños causados al interior de los hospitales públicos puede consultarse: Soto Kloss, E. Responsabilidad del Estado, comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 9 de mayo de 1991 en autos caratulados "Cancino Rojas, Luis con Servicio de Salud del Maule, queja, rol Nº 3359, en Informe Constitucional Nº 144, Santiago, 21 de agosto de 1991; Vásquez Rogat, A., Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud. Editorial Conosur Ltda., Santiago. 1999; López de Santa María, J., Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 94 (1997), 31-46.

a) La responsabilidad contractual está regida por los arts. 1545 y siguientes del Código Civil y se basa en el incumplimiento de las obligaciones que emanarían del contrato de hospitalización o de asistencia sanitaria. En este régimen se presume la culpa del demandado (art. 1547 inc. CC).

b) La responsabilidad extracontractual, en cambio, está regulada en los arts. 2314 y siguientes del Código Civil y se basa en el incumplimiento de los deberes generales de diligencia y cuidado, no contenidos en ninguna norma escrita, pero exigibles a todos los sujetos por el hecho de vivir en sociedad.

Aunque existan diferencias formales y técnicas entre estas dos clases de responsabilidad civil, en la práctica ambas normativas se traducen en una demanda de indemnización de perjuicios ante el Tribunal competente y que busca la reparación de todos los daños causados al paciente que ha sido víctima de una mal practice médica.

Además, la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha señalado que la víctima - y su abogado - pueden optar por recurrir a las normas de la responsabilidad contractual o, indistintamente, a las normas de la responsabilidad extracontractual para fundamentar su demanda, las que suelen ser más protectoras de las víctimas que las primeras⁶.

Asimismo, la práctica enseña que en la mayoría de los casos de negligencia médica se persigue la responsabilidad extracontractual de la clínica u hospital, haciendo caso omiso del contrato que pudiera existir entre mandante y demandado.

V. MODERNAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES Y CLÍNICAS.

Aunque nuestro Código Civil de 1855 - al igual que muchos códigos decimonónicos - recogió el sistema de responsabilidad por culpa en la elección o vigilancia - que, en teoría, permitiría eximirse al hospital probando la diligencia y cuidado en la selección o vigilancia de sus médicos

⁶Para estudiar el cúmulo de responsabilidad en materia hospitalaria puede consultarse Zelaya Etchegaray, P. Responsabilidad civil de hospitales..., cit. 58-64.

- nuestros Tribunales han iniciado un proceso de paulatina objetivación de la responsabilidad civil, a través de ingeniosas interpretaciones del viejo Código Civil, adaptándolo a las modernas condiciones en las cuales se prestan hoy los servicios médico-sanitarios.

A continuación podemos señalar algunas de las interpretaciones realizadas por los Tribunales de Justicia, las que se traducen en una paulatina objetivación de la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas, es decir, cada día es más difícil a las clínicas eximirse de la responsabilidad que se les demanda.

1. Hacia una tácita responsabilidad vicaria.

Aunque nuestro Código Civil recogió el sistema de responsabilidad por culpa, nuestros Tribunales lo han interpretado y aplicado bajo un esquema de responsabilidad vicaria, todo ello bajo la clara influencia del profesor Alessandri Rodríguez⁷.

Esto ha significado, por ejemplo, que muchas sentencias, una vez probada la culpa del dependiente, no permiten librarse o eximirse de responsabilidad al hospital demandado y lo hacen responder ipso iure, sin otorgar eficacia a la prueba rendida por éste en orden de acreditar su diligencia en la elección o vigilancia del empleado.

La culpa y la responsabilidad personal del empleado que trabaja para hospital se "propaga" automáticamente hacia la empresa demandada, cuya prueba exculpatoria no tiene mayor relevancia jurídica.

⁷En efecto, Alessandri Rodríguez, A. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Imprenta Universitaria. 1946, 317 - 320, interpretó y aplicó los arts. 2320 inc. 4ª y 2322 CC (que contienen supuestos de responsabilidad vicaria pues estuvo clara, directa y abiertamente influenciado por la doctrina francesa de la época, la cual comentaba el régimen de responsabilidad civil consagrado en el Code civil francés, claramente diferente al nuestro en esta precisa materia. Esto significó, por ejemplo que Alessandri, ob. cit., 318 y 319, exigiera, como requisito para dar por establecida la responsabilidad del empresario demandado, que se probara la capacidad (delictual o cuasidelictual civil) y la culpa del dependiente, de forma que si no existe culpa en éste no surge la responsabilidad de aquél. Este planteamiento suyo es claramente deudor del esquema de responsabilidad vicaria vigente en Francia hasta el día de hoy, pero se aleja de las exigencias propias del sistema de responsabilidad del empresario consagrado en nuestro Código Civil (responsabilidad por culpa de la elección y/o vigilancia). En este sentido Alessandri, ob. cit. 319, cita jurisprudencia chilena - a nuestro juicio errada - que ha señalado que la responsabilidad por el hecho ajeno desaparece si en el proceso criminal se absuelve o se sobresee definitivamente al dependiente por no existir el delito (penal) que se investiga (la inexistencia del delito penal - que no puede ponerse en duda en el proceso civil - demuestra que no hubo falta de vigilancia de parte del civilmente responsable, que es la fuente de su responsabilidad).

2. El dependiente anónimo o culpa ignota.

Otra jurisprudencia ha señalado que no es necesario que la víctima individualice al concreto médico o agente sanitario que con culpa causó el daño. Basta, por tanto, que la víctima acredite que algún empleado, dentro de la organización, cometió un error culpable o una omisión inexcusable y que éste fue el origen del daño, para hacer responder civilmente al hospital demandado.

Este criterio adquiere especial relevancia cuando se trata de daños causados con ocasión de intervenciones quirúrgicas practicadas por un equipo médico - al interior del cual no se pudo probar, por ejemplo, quién fue el verdadero autor del oblitio quirúrgico - o bien cuando el daño fue causado por un conjunto o más o menos difuso de hechos y omisiones ocurridas al interior del hospital, sin que se haya podido individualizar la causa eficiente del daño (por ejemplo, parálisis por presencia de material detergente no biodegradable en las agujas con las cuales se inyectó la anestesia raquídea).

En estos casos basta que la víctima pruebe que alguien, dentro de la organización hospitalaria, incurrió en culpa, para que los tribunales hagan civilmente responsable al hospital demandado, sin que sea necesario acreditar o individualizar quién o quienes incurrieron en la culpa o negligencia.

3. La solidaridad pasiva entre el hospital demandado y el agente directo del daño.

Otro mecanismo aplicado por nuestros Tribunales para hacer civilmente responsables a los hospitales consiste en establecer una solidaridad previa entre el hospital demandado y el dependiente que material y directamente causó el daño respectivo.

En la responsabilidad solidaria el paciente puede dirigir la demanda por el total de la indemnización contra el médico, contra el hospital o contra ambos conjuntamente. Esto significa, en la práctica, que la responsabilidad civil del hospital es directa y que el paciente /víctima no está obligado a demandar también el dependiente que con dolo o culpa

causó el daño. Además, el hospital que paga la indemnización tiene derecho a repetir contra el agente sanitario culpable por el total de lo pagado a la víctima.

Este mecanismo de objetivación ha tenido, en nuestro país, una clara fundamentación jurídica, toda vez que las demandas y los Tribunales han citado y aplicado extensivamente el art. 2317 del Código Civil, haciendo solidariamente responsables al médico negligente y al hospital dentro del cual presta sus servicios⁸.

Esta responsabilidad solidaria se hace especialmente relevante en situaciones donde han participado muchos sujetos en la atención del paciente víctima de un error médico o paramédico, incluyéndose a los directivos o gerentes del centro asistencial.

4. La creciente dificultad de probar con éxito la prueba liberatoria del hospital demandado.

También existe jurisprudencia que, frente al daño causado por personal médico de la clínica - y ante la prueba rendida por ésta en orden a probar su plena diligencia - , ha establecido que la clínica demandada debe responder, por cuanto la prueba rendida fue insuficiente o bien que no se agotó la diligencia debida.

5. Responsabilidad por la actividad lícita del hospital

(El cumplimiento de la normativa legal, reglamentaria o administrativa no es suficiente para exonerar de responsabilidad civil al hospital).

⁸El art. 2317 del Código Civil señala: "Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso". Aunque este supuesto legal fue concebido para casos de coparticipación culpable en la producción de un mismo daño, la jurisprudencia lo ha utilizado para condenar como civilmente responsable a un hospital por los daños causados por sus dependientes. Es claro que se trata de una interpretación extensiva de la norma codificada pues el hospital por los daños, la jurisprudencia lo ha utilizado para condenar como civilmente responsable a un hospital por los daños causados por sus dependientes. Es claro que se trata de una interpretación extensiva de la norma codificada pues el hospital y el dependiente no son copartícipes en la acción dañina pues, por regla general, el dependiente es quien directa y materialmente causa el daño cuya indemnización se reclama.

Existe jurisprudencia que señala que, para que surja responsabilidad civil en el hospital demandado, no es necesario que exista una norma legal, reglamentaria o administrativa que establezca un deber de conducta eventualmente vulnerado u omitido por el ente demandado.

En otras palabras, es perfectamente posible que un hospital sea condenado a pagar una indemnización no obstante haber acreditado que cumplió con todos los requisitos, condiciones y deberes impuestos por la normativa legal o reglamentaria vigente al momento del daño, o bien, que no violó prohibición o restricción alguna impuesta por dicha normativa.

En este sentido, la normativa legal, reglamentaria o administrativa aplicable a un hospital no señala los deberes de cuidado cuyo cumplimiento eximan de culpa al hospital demandado pues la *lex artis* hospitalaria puede exigir -en determinados casos y de acuerdo a los hechos probados en el proceso- una conducta más exigente y cuidadosa.

El hecho de que el acto o actividad médico-sanitaria que causó el daño haya sido plenamente lícito y no antijurídico -pues se adecuó, en todo momento, a los requerimientos de la normativa legal y reglamentaria vigente-, no exime per se de responsabilidad civil al hospital demandado si el daño se causó a una víctima inocente.

Dicho de otra forma, el hospital puede llegar a ser civilmente responsable no obstante probar que el deber de conducta cuya omisión se le imputa no estaba exigido por la normativa vigente a la época del daño (y puede no estarlo a la fecha de la demanda o de la sentencia condenatoria)⁹.

6. Culpa en la organización o falta de servicio clínico.

Esto es una de las tendencias más importantes en la jurisprudencia chilena y extranjera.

⁹Esto sucedió, por ejemplo, a fines de la década de los ochenta con el contagio del Sida. Aunque la normativa legal o reglamentaria vigente a la época de las transfusiones que causaron contagios del Sida no establecía la obligación de realizar pruebas serológicas para detectar el virus, los tribunales establecieron la existencia de responsabilidad en el hospital demandado -y, más propiamente, en el médico que practicó la transfusión- por la omisión de hacer- y dejar constancia del mismo- un interrogatorio exhaustivo y completo, máxime cuando se podía prever que el donante era drogadicto por la vía de las inyecciones.

Ya no se trata de imputar culpa o falta personal al médico o al personal sanitario que participó en el acto o actividad que causó daño para luego atribuirle artificialmente al hospital inocente, sino de buscar una culpa en el modo de organizar y prestar el servicio hospitalario.

Más particularmente, alguna doctrina norteamericana¹⁰ ha querido buscar el fundamento de la responsabilidad hospitalaria en la previsibilidad empresarial del hospitalaria en la previsibilidad empresarial del hospital demandado, es decir, en la previsión de aquellos accidentes o daños estadísticamente inevitables y que están dentro de los riesgos típicos de la actividad empresarial desarrollada en el mediano y largo plazo.

Como se trata de un concepto difícil de precisar y explicar, hemos preferido dar algunos ejemplos o casos prácticos -reales y concretos- en los cuales podría existir responsabilidad civil del hospital demandado en el Tribunal aplica esta moderna doctrina. Así cabe destacar los siguientes supuestos:

a) Un hospital podría llegar a ser civilmente responsable por el insuficiente, ineficiente o inadecuado sistema de coordinación y control de la labor desplegada por su personal sanitario respecto de una específica atención médica, lo que pudo significar exponer al paciente / víctima a un riesgo mayor que el ordinario.

Así, por ejemplo, un hospital puede llegar a ser civilmente responsable si el sistema de turnos de personal auxiliar o paramédico es inapropiado por la excesiva duración de los mismos (falta de tiempo para el oportuno descanso) o bien por el escaso número de personas que integra cada turno (falta de personal para estar en todas las necesidades de los pacientes).

Así también el hospital puede llegar a ser civilmente responsable por no tener suficiente personal para la atención de los pacientes de alto riesgo, por tener mucho personal para la atención de los pacientes de alto riesgo,

¹⁰Cfr. Fleming J.G., *The Law of Torts* (7ª edición) The Law Book Co. Ltd. Sydney. 1987; Harper, F.V., James, F. and Grey, O., *The Law of torts*, vol. 5º. Little Brown and Co. Boston and Toronto. 1986.

por tener mucho personal sin experiencia o sin preparación suficiente o bien por permitir que un médico sin experiencia administre anestesia sin la vigilancia adecuada.

b) Así también la jurisprudencia extranjera ha llegado a señalar que no obstante que los médicos intervinientes actuaron con la diligencia exigida por su *lex artis* (fueron diligentes en su actuación personal e individual) y que la clínica demanda tenía todas las medidas de vigilancia adecuadas, el establecimiento asistencial debe responder pues dichas medidas fallaron, no fueron suficientes o actuaron en forma errada o incorrecta¹¹.

En este sentido, no bastaría al hospital tener disponibles las medidas de protección pertinentes, sino que debe éste utilizarlas al máximo de sus capacidades y en forma oportuna.

c) Por otro lado, el hospital también puede llegar a ser civilmente responsable si no establece adecuados procedimientos internos para impedir que el paciente adquiera determinadas infecciones intrahospitalarias o los sistemas previstos para ello son insuficientes.

Así, por ejemplo, y en relación con las infecciones postoperatorias que no se deben a negligencia de ningún médico en particular, el centro asistencial podría llegar a ser civilmente responsable por no mantener las instalaciones hospitalarias en adecuadas condiciones higiénicas y por no

¹¹En STS (1ª) de 17 de mayo de 1995, el Tribunal Supremo español condenó a una clínica privada por el suicidio de un paciente, no obstante que el personal médico de la misma actuó correctamente e hizo las advertencias de vigilancia pertinentes y la clínica tenía las medidas de vigilancia adecuadas. El Tribunal declaró que "es evidente que los medios de vigilancia fallaron en este caso pues la advertencia (de los médicos) o podía ser más clara ante el diagnóstico de la paciente y su primer intento de huida, por lo que aquí sí era exigible que se extremaran las mismas al momento de las visitas familiares, para evitar, por un lado, que saliera durante la apertura de la puerta de la planta y, por el otro, para mantener un exquisito control de las entradas y salidas a través del monitor de televisión existente, y sólo a ello se debe la imputación de responsabilidad que se ha hecho; (...) mediante dicha exigencia, no se transgrede la *lex artis* aplicable a las Plantas Psiquiátricas Asistenciales, que si bien tenía las medidas de protección pertinentes, exigibles dentro del sistema de libertad de movimientos controlada del paciente, éstas debieron actual al máximo de rigor ante un caso de peligro evidente y anunciado o proceder al traslado del enfermo, si se estimaba que su riesgo no podía ser controlado con medidas, a otro Centro Psiquiátrico General o propiamente custodial, tratándose pues, en este caso, más bien, de una responsabilidad empresarial (custodia dentro de los medios de asistencia, sin rebasar aun éstos) y esencialmente médica".

adoptar las medidas que correspondan para evitar el contagio de los pacientes en el período postoperatorio¹².

d) Así también el hospital podría llegar a ser civilmente responsable si existen falencias en los sistemas implementados para evitar que se comenten errores en la administración de drogas o de medicamentos altamente peligrosos.

Así, por ejemplo, un hospital puede ser civilmente responsable si existe un error en el sistema de roturación de los envases para guardar el líquido que se usa durante una operación en el quirófano o bien porque no diferenció con claridad el contenido de los distintos frascos.

e) Asimismo, un hospital puede llegar a ser civilmente responsable cuando existe una falla o un error humano en el uso o en la mantención del instrumental quirúrgico o de los equipos médicos apropiados o bien si ha sido negligente en la selección de personal idóneo para la utilización de dichos equipos o instrumental. Incluso existe jurisprudencia extranjera que condena al hospital por la rotura fortuita o el incendio accidental de un instrumental quirúrgico, declarando que la culpa era del centro sanitario por la negligencia en el mantenimiento del instrumental y de las instalaciones¹³.

También el hospital puede ser civilmente responsables si sus locales e instalaciones no son mantenidos, limpiados o reparados con los debidos resguardos para impedir problemas en la atención médica respectiva¹⁴.

¹²Así, por ejemplo, en *Vancouver General Hospital v. Mc Daniel* (152, L.T. 56, 1934), cit. por Jones, M., ob. cit. 400), el paciente/demandante ingresó al hospital para ser tratado de una enfermedad infecciosa (difteria) y contrajo la viruela. La víctima demandó al hospital alegando que éste había sido negligente respecto del sistema de control de los enfermos contagiosos pues lo habían puesto en contacto con enfermos que padecían de viruela y fue atendido por enfermeras que simultáneamente atendían enfermos contagiados por dicha enfermedad. Lord Alness señaló que la demandante no alegaba culpa en ningún empleado concreto ni que el hospital hubiera omitido o fallado en la aplicación del sistema de control de enfermos infecciosos sino que la precisa técnica de control de enfermos por dicho hospital había sido deficiente.

¹³Cfr. Arrabal de Mata, P., *Reclamaciones de daños y perjuicios*. Editorial Paraninfo. Madrid. 1995, 115, con cita de abundante jurisprudencia española emanada del Tribunal Supremo español.

¹⁴Cfr. C.S de 9 de mayo de 1991, en Informe Constitucional Nº 144 cit. (nota 5), comentario de Soto Kloss, en el cual se condena al Servicio de Salud Maule por los daños causados a la paciente (invalidez perpetua de las extremidades y pérdida de la audición) en el Hospital Regional de Talca por la presencia de sustancias tóxicas en la anestesia (raqúidea). En este caso la Corte estimó que no existió culpa (penal) en el anestesta respectivo - y agente material del proceso anestésico - pues la causa eficiente y final de las lesiones habría sido un deficiente lavado de jeringas en las que habrían quedado restos de detergentes no biodegradables, los que al ser introducidos al líquido encefalorraquídeo habrían desatado el cuadro clínico parapléjico indicado.

f) El hospital puede ser declarado responsable si falla el sistema de comunicación para llamar al equipo médico de urgencia necesario para atender una llamada de esta clase en la sala respectiva ya sea porque el sistema de comunicación estaba mal diseñado o bien porque fue mal utilizado por algún miembro del personal del hospital. La responsabilidad del hospital surge en ambas alternativas pues, en la práctica, puede ser imposible determinar con exactitud si el sistema de comunicación era inadecuado (diseño ineficiente) o bien si existió negligencia en alguien al interior del hospital.

g) Por último, los hospitales y centros sanitarios también pueden llegar a ser civilmente responsables por el mal estado de los servicios generales del hospital (energía eléctrica, servicio de camillas, gas, calefacción, etc.).

VI. ¿QUIÉNES SON DEPENDIENTES PARA LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS HOSPITALES Y CLINICAS?

(la responsabilidad civil por el hecho de contratistas independientes).

De acuerdo con una postura tradicional, el hospital sólo era civilmente responsable de los hechos culpables de su personal administrativo o paramédico – sujeto a contrato de trabajo – pues sólo respecto de éstos se configuraba claramente la subordinación y dependencia que permitía presumir una culpa en la elección o en la vigilancia, dirección y control por parte del centro asistencial, cuestión que no se produciría respecto de los que ejercen una profesión médica, que tiene sus propias reglas técnicas (*lex artis*).

Sin embargo, hoy en día nadie duda que el hospital puede llegar a ser civilmente responsable por el hecho culpable de sus médicos o profesionales altamente calificados, respecto de los cuales no existen forma de dirigir o controlar sus actos médicos propiamente tales. Sin embargo, y de acuerdo a una interpretación clásica o tradicional, estos profesionales deben ser empleados o dependientes laborales del hospital demandado (tener un vínculo de subordinación laboral con el hospital).

Sin embargo, ¿qué sucede con los daños causados culpablemente por profesionales que no están sujetos a contrato de trabajo respecto de la

clínica u hospital? ¿Que sucede con los médicos simplemente acreditados frente a la clínica u hospital? Se trata de profesionales independientes y externos a la clínica, que prestan sus servicios en diferentes formas y a distinto título¹⁵.

En el derecho extranjero – sobre todo en aquellos países donde está vigente el sistema de responsabilidad vicaria, indirecta o substituta – la jurisprudencia ha podido crear o establecer ciertos criterios prácticos para dar por establecido el vínculo de subordinación y dependencia para los efectos de la responsabilidad civil de la empresa. A modo meramente ejemplar, podemos señalar los siguientes:

a) El grado de control y dirección técnica que tenga o se reserve la clínica demandada, a través de sus gerentes, subgerentes o jefes de área.

Este punto es de crucial importancia y constituye el criterio más utilizado por la jurisprudencia extranjera para determinar si existe o no vínculo suficiente entre la clínica y el médico no dependiente laboral.

Mientras mayor sea el grado de control de dirección técnica que tenga o se reserve el hospital demandado sobre la actividad de los médicos o profesionales no dependientes, mayor es la posibilidad que se dé por establecido el referido vínculo y se considere como civilmente responsable al primero por los hechos de los segundos.

De esta forma, cuando el hospital se ha reservado y mantiene - a través de diversos procedimientos, instancias o mecanismos - el control superior sobre todo o parte de las prestaciones que realiza el profesional no dependiente (y particularmente sobre la forma como éste realizará la

¹⁵Este es el caso, por ejemplo, de muchas operaciones de cesárea. En estos casos, la práctica enseña que atiende a la parturienta un equipo médico, cuyo jefe suele ser un ginecoobstetra; su ayudante; el anestesista; la arsenalera; el neonatólogo; la matrona y otros auxiliares no profesionales. El médico tratante de la mujer embarazada suele ser un ginecólogo o ginecoobstetra. El médico tratante solicita a la mujer que se interne en una determinada clínica o que elija alguna entre aquellas en las que el referido profesional tiene suscrito un determinado convenio. En estos casos es muy probable que el médico tratante no sea empleado de la clínica respectiva, sino que esté autorizado -previo convenio con ella- a utilizar sus instalaciones contra el pago de un precio o contribución económica. A su vez, el médico tratante conforma su equipo con aquellos agentes sanitarios que son de su confianza y respecto de los cuales la clínica tiene suscrito al referido convenio. Si durante el parto la criatura sufre un accidente al salir del vientre materno por un descuido imputable al neonatólogo y a la auxiliar de enfermería, ¿debe responder la clínica por ese daño?

prestación misma), es muy posible que el juez lo tenga en consideración para dar por establecido el vínculo de subordinación y dependencia para los efectos civiles.

Además, no se requiere que el hospital demandado haya ejercido efectivamente dicho control, sino que basta que haya tenido la posibilidad de hacerlo, reservándose el derecho de poder intervenir - en cualquier grado o medida - en el resultado de servicio prestado por el médico o personal sanitario no dependiente y responsable del daño. Por ello, la jurisprudencia ha señalado que basta que dicho control y dirección técnica sobre el médico sea potencial, no siendo necesario que se ejerza de hecho.

También, y en este sentido, es muy importante saber si el hospital, o su compañía de seguros, en la práctica, han dado órdenes e instrucciones sobre algún aspecto de las prestaciones realizadas por el personal sanitario, pues si así fuere dichas órdenes e instrucciones pueden servir de antecedente para dar por establecido el vínculo entre el asegurado demandado y el contratista respectivo, aunque el primero no se hubiere reservado el derecho de dar dichas órdenes.

b) La propiedad de los instrumentos, materiales y bienes utilizados por el médico o paramédico no dependiente.

En este sentido, también es importante saber a quién pertenecen los instrumentos y el material utilizados por el personal sanitario no dependiente que causó materialmente el daño al paciente inocente.

Mientras más instrumentos, materiales y personal de apoyo deba proporcionar o suministrar el hospital demandado al médico tratante, al jefe del equipo médico o al personal sanitario no dependiente que trabaja en el establecimiento, mayor es la posibilidad de entender que existe subordinación funcional porque implica una mayor presencia del empresario demandado en las labores realizadas por el médico respectivo.

c) Duración o permanencia en el tiempo de la relación de servicio entre el hospital demandado y el personal no dependiente.

Alguna jurisprudencia extranjera ha señalado que mientras más larga y permanente haya sido la relación entre hospital demandado y el

médico no dependiente culpable del daño - incluso con acuerdos de exclusividad, confidencialidad y no competencia - mayor probabilidad existe de que se dé por establecida la existencia del vínculo de subordinación entre ambos y, por tanto, se haga civilmente responsable al primero por los hechos del segundo. De esta manera, los servicios prestados en forma ocasional o esporádica ayudan a entender que no existe ni se ha configurado la subordinación necesaria para hacer civilmente responsable al hospital por los daños culpablemente causados por el personal no dependiente.

d) Contratación y pago del médico tratante y/o de los miembros del equipo médico y si éstos pagan al hospital algún tipo de prestación por usar sus instalaciones.

También se ha considerado importante determinar quién contrata y quién paga la remuneración al médico tratante y/o a los miembros del equipo médico.

Si el médico tratante y/o cada miembro del equipo médico (y que no son empleados del hospital demandado) fue contratado directamente por el propio cliente o usuario del servicio -recibiendo de éste la remuneración previa entrega de la factura o boleta respectiva-, si es posible que no exista subordinación entre el hospital demandado y el médico negligente pues el vínculo se formó directamente entre el usuario o cliente y este último, sin tener participación alguna el hospital demandado.

Sin embargo, si el médico y/o miembros del equipo médico fueron seleccionados y contratados directamente por el hospital y, además, recibieron algún tipo de remuneración o prestación por parte del hospital, es muy posible que se entienda configurado el vínculo.

Por otro lado, parece importante conocer si el médico independiente paga o no una retribución al hospital demandado por utilizar el recinto, el instrumental y el personal auxiliar necesario para la operación. Si el médico paga por estos conceptos y el hospital le factura su costo, pareciera que existe algún tipo de arrendamiento entre ambas partes que ayuda a considerar que existe plena autonomía entre ellas y, por tanto, que los hechos del médico no hacen civilmente responsable al hospital

demandado. Sin embargo, si el hospital cede o facilita gratuitamente al profesional independiente el recinto, el instrumental y su personal auxiliar - cargándole su costo directamente al paciente demandante y no al médico independiente-, puede constituir ello un indicio de que este último forma parte de la organización empresarial del hospital demandado.

e) Apariencia, distintivos o imagen corporativa

Es también importante considerar que si el hospital demandado ha obligado o le ha exigido al profesional independiente usar distintivos externos o símbolos de imagen corporativa, de forma tal que el médico y su dan la imagen - frente a los pacientes que ingresan al recinto hospitalario - de pertenecer al personal y organización. Ello constituye un buen indicio para dar por establecido el vínculo de dependencia funcional con el empresario demandado.

f) La subcontratación de especialidades.

Por último, es importante analizar si el hospital o la clínica demandado había asumido alguna obligación previa para con la víctima/ demandante, es decir, es conveniente estudiar si, con anterioridad a la intervención del médico independiente, el hospital demandado había asumido algún tipo de obligación para con el demandante, cuyo incumplimiento causó el daño cuya reparación se demanda.

En este sentido, si el hospital demandado tenía una obligación previa para con el demandante y éste sólo acudió a los servicios del médico independiente con el objeto de que le ayudara a cumplir con dicha obligación (por ejemplo, el hospital sólo acudió al laboratorio clínico para poder cumplir su obligación de prestación asistencial íntegra y segura respecto del paciente), es claro que ha existido una subcontratación de la respectiva obra o servicio.

La subcontratación de servicios es un índice o criterio para dar por establecido el vínculo entre el hospital y el profesional independiente, de forma tal que la víctima podría demandar - si concurren todos o algunos de los criterios anteriormente señalados - a los dos conjuntamente, máxime si el demandante es el propio cliente o usuario del servicio.

En términos generales, se puede señalar que ha existido una creciente objetivación civilmente responsable de un cada día más amplio número de personas, incluso y aunque no sean empleados desde un punto de vista estrictamente laboral. En otras palabras, el vínculo de subordinación y dependencia -requisito sine qua non para hacer civilmente responsable al empresario demandado- ha ido experimentado una paulatina extensión en manos de la jurisprudencia.

VII. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, en las últimas décadas se ha ido produciendo una fuerte y marcada transformación en la forma como se ejerce la medicina: del acto médico individual realizado por el médico de cabecera se ha ido hacia el ejercicio médico colectivo al interior de una organización hospitalario o asistencial.

Por otro lado, y quizá como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas no ha sido ajena a la evolución que está experimentando la propia responsabilidad civil en manos, principalmente, de la jurisprudencia judicial. En este sentido, la responsabilidad civil hospitalaria ya no busca tanto sancionar a un culpable (mediante la obligación de a pagar una indemnización), sino de reparar o compensar, de alguna forma, el daño producido.

Asimismo, es claro que se ha ido produciendo un doble fenómeno. Por un lado, los pacientes que han sido víctimas de una mal practice médica han optado - con independencia de las acciones civiles y criminales contra los personalmente responsables del daño - por entablar demandas civiles contra los hospitales al interior de los cuales se causó el daño. Por otro lado, los tribunales han ido objetivando la responsabilidad civil del hospital- mediante algunas ingeniosas interpretaciones de la normativa vigente- en aras a una debida protección de la víctima inocente.

En este sentido, creemos que hoy se hace necesario distinguir entre la responsabilidad personal del médico y la responsabilidad civil del hospital en el cual o para el cual aquél trabaja o presta servicio. La responsabilidad (tanto civil como penal) del profesional de la medicina debe seguir radicada en la culpa personal y no se justifica su paulatina

objetivación fundada en el riesgo creado. La responsabilidad civil hospitalaria, en cambio, puede entenderse como parte de la responsabilidad empresarial y, de este modo, cabe aceptar su paulatina objetivación en base a los principios del riesgo de empresa. 17 de julio de 2002

MERCADO ASEGURADOR Y AHORRO PREVISIONAL VOLUNTARIO

Sr. José Miguel Infante Lira
Abogado

La presente exposición tienen por objetivo ilustrar los alcances de la última normativa que ha afectado a las compañías aseguradoras de vida. En este sentido se ha dividido la presentación en cuatro grandes Capítulos o Temas, siendo los siguientes en su orden e análisis:

I.- Introducción:

Aspectos Generales del Mercado Asegurador en Sistema Financiero
Compañías de Seguros de Vida:
Formación
Control
Políticas de Inversión y respaldo de obligaciones (reservas)
Rol de industria previo a Leyes N°19.768 y N°19.769.

II.- Situación de Aseguradoras Antes y Después de modificaciones legales:

Contratos de Seguros de Vida, aspectos generales
Coberturas
Aspectos Tributarios
Contratos de Seguros de Vida con Ahorro
Rentas Vitalicias del DL N° 3.500

III.- Apertura de Aseguradoras de Vida al Mercado de Capitales y Ahorro de las Personas:

Actividad de Administradora en el seguro como instrumento de Ahorro Previsional Voluntario
Actividad de Administradora en Mercado del Ahorro en General, a través de filiales Administradoras Generales de Fondos (AGF)

IV.- Expectativas de Mercado Asegurador en Reforma Mercado de Capitales II:

Incorporación de personas independientes

Participación de los Empleadores en el Ahorro Previsional Voluntario (401-K en USA)

Negociación de Planes Nivel de Empresas o Sindicatos

Comenzaremos entonces con el Capítulo correspondiente a :

I.- La Empresa Aseguradora en Mercado Financiero.-

Siendo la actividad aseguradora regulada y fiscalizada por la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), diremos que las compañías aseguradoras requieren para su existencia de una Autorización de Existencia; para lo cual se requiere Información completa de accionistas controladores, habiéndose dado facultades a SVS para comprobar patrimonio consolidado de accionistas. Asimismo deben contar buenos antecedentes empresariales y penales.

Por otra parte, hoy en los cambios de propiedad de las aseguradora se faculta a SVS para autorizar enajenación de acciones que impliquen al menos el 10% del capital. Mientras no exista ésta, el nuevo propietario no tiene derecho a voto por esas acciones.

Existe el capital mínimo de UF 90.000, y el Patrimonio de Riesgo y Reservas Matemáticas sujetos inversiones en instrumentos autorizados.

Asimismo, las aseguradores son considerados Inversionistas Institucionales, y operadores en el manejo de inversiones en el país y en el extranjero.

Por su parte, la reforma incorpora nueva formas de evaluar los riesgos de las compañías aseguradoras, desde un punto de vista de los activos que manejan en sus inversiones. Es el denominado VAR del inglés "Value At Risk." (valor en riesgo).

En este mismo sentido se ha facultado a SVS para que, mediante la dictación de NCG, pueda exigir un patrimonio de riesgo adicional al indicado en la ley, asociado al VAR, teniendo límites.

En cuanto a la acción directa en el mercado del ahorro de las personas, se ha incorporado como un giro adicional a las compañías del segundo grupo (vida), la posibilidad de crear filiales Administradoras Generales de Fondos, creadas por la Ley de Valores, sometiéndose a las normas que para ellas se dicten. La NCG N° 123 del 22.11.2001, ha dado instrucciones para la constitución de filiales AGF por parte de las entidades aseguradoras.

En el sentido de participar en el ahorro de las personas, también amplía margen endeudamiento en 7 veces para las reservas valor del fondo, en obligaciones generadas por cuentas de inversión en los seguros de vida con ahorro.

En cuanto a la responsabilidad de los Directores por el manejo de la compañía, se ha señalado expresamente en la ley que el Directorio de una compañía aseguradora deberá informar a la SVS, en forma anual, las políticas generales de administración de la compañía, respecto de las siguientes materias:

Inversiones

Utilización de productos derivados y administración de riesgo financiero control interno

Debiendo el Directorio informar en los estados financieros anuales, las políticas definidas y el grado de cumplimiento de éstas

En cuanto a lo que se refiere a los seguros contemplados DL N° 3.500 (Rentas Vitalicias e Invalidez y Sobrevivencia), se ha autorizado la sesión de riesgos al extranjero, señalándose que en estos casos, la deducción por reaseguro no podrá exceder del 40% del total de las reservas técnicas correspondientes a los seguros señalados o del porcentaje superior que establezca la SVS.

Anteriormente no se permitía rebajar de la reserva los reaseguros de seguros contemplados en el DL 3.500.

Otro aspecto relevante es la mayor apertura a nuevos instrumentos de inversión, entre los cuales se destacan la participación en convenios de créditos en los que concurren dos o más bancos o instituciones financieras;

Mutuos Hipotecarios Endosables, que ahora podrán ser otorgados a personas jurídicas, y establecer segunda hipoteca. También se amplía la definición de acciones a las de empresas concesionarias de obras de infraestructura de uso público. En lo que se refiere a bienes raíces, se ha eliminado la referencia a urbanos, por lo cual todo bien raíz no destinado a la habitación es calificable como reserva.

Por otra parte se ha reconocido a nivel de ley la situación de los arrendamientos de bienes raíces con opción de compra, debiendo la SVS dictar las normas mínimas que deberán cumplir dichos contratos, para que el bien raíz se considere como inversión representativa.

También se reconoce a nivel legal la situación de los avances a tenedores de pólizas de seguro de vida, hasta por el monto del valor de rescate de ellas, los cuales serán activos representativos, si esos montos, conforme a la póliza, se rebajan de la indemnización.

Otro aspecto relevante, es la mayor agilidad con que podrán modificarse las normas que regulan los límites de diversificación por emisión en las inversiones que respaldan las reservas técnicas y patrimonio de riesgo, modificándose en el sentido de dejar su fijación a la SVS y no por ley.

II.- El Contrato de Seguro antes y después de la Reforma.-

Como habíamos señalado, ahora corresponde hacer un breve vistazo a los aspectos generales del contrato de seguro con ahorro individual antes de Reforma:

Se destacan, entre otras, las siguientes características:

- a) Se paga su prima con dineros que han pagado sus impuestos;
- b) Se otorgan cobertura por muerte y adicionales como muerte por accidente e invalidez;
- c) Acumulan ahorro cuya rentabilidad no constituía renta;
- d) No tenían límite en su cobertura, ni en el número de contratos que se podía contratar, ni en el capital acumulado;
- e) Se efectuaban rescates totales o parciales conforme la autonomía

de la voluntad, en tiempo y cuantía, siendo los costos de rescate de acuerdo a cada póliza;

- f) Pago de prima, en forma periódica o eventual (prima adicional)

Aspectos Generales del contrato de Renta Vitalicia Privada y DL 3.500 antes de Reforma:

Este contrato tiene por objeto asegurar una renta de manera vitalicia (mientras viva) a una persona y/o a sus beneficiarios. Existen rentas vitalicias privadas, que se acogen a la autonomía de la voluntad en cuanto sus condiciones, valores y designación de beneficiarios.

La prima o pago que hace el asegurado en este tipo de seguros, se hace con dineros que han pagado sus impuestos. Las rentas vitalicias previsionales, en cambio, están sujetas regulaciones y normativa especial, ya que se trata de un instrumento de otorgamiento de pensión de orden público. Su prima se paga con ingresos que no pagan impuestos, al ser descontados de la base tributaria. Por tal razón, la renta paga impuestos de acuerdo a la tasa de cada persona al momento del pago.

Por otra parte diremos también que los beneficiarios son designados por la ley, y al igual que los contratos privados se pueden estipular periodos garantizados. Solo en caso de no haber beneficiarios se podrían destinar montos garantizados a personas distintas a las señaladas por la ley.

Previo a la Reforma, los dineros para contratar una R. Vitalicia previsional eran administrados sólo por las AFP y provenían de:

- a) las imposiciones sobre los ingresos (10% hasta UF 60)
- b) depósitos voluntarios, y
- c) depósitos convenidos

Aspectos Generales del contrato de seguro con ahorro individual después de Reforma:

Los contratos de seguros de vida con ahorro suscritos antes de la publicación de la Ley (7.11.2001) mantienen sus ventajas indefinidamente

Los contratos de seguros de vida con ahorro celebrados con posterioridad, hoy se dividen dos grupos:

- a) Aquellos en que se paga la prima con dineros que han pagado impuestos; y
- b) Contratos en que se paga la prima con dineros que han sido descontados de la base imponible y tributable (APV).

a) Contratos de seguros de vida con ahorro con prima que ha pagado impuestos:

Al respecto diremos que los intereses ganados deben tributar como renta. Existe situación excepcional en que no pagan, debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

1.- Estarán exentas aquellas cantidades que se perciban en cumplimiento de seguros dotales, en la medida que no estén acogidos al art. 57 bis. Debo señalar que hasta donde he podido informarme, no existen seguros acogidos al 57 bis, porque el mercado no los comercializó; y

2.- Que el contrato haya tenido una duración superior a 5 años.

Esta exención tiene un tope máximo de 17 UTM anuales, considerado para todos los seguros de este tipo que tenga el contribuyente. Para el cálculo respectivo, se descuenta la prima pagada debidamente reajustada. A esto se le descuentan las 17 UTM anuales, y si queda un saldo positivo, la compañía pagadora debe retener el 15%.

b) Seguros con Ahorro donde prima ha sido descontada de base tributable o Plan de Ahorro Previsional Voluntario:

Este instrumento se denomina Plan de Ahorro Previsional Voluntario asociado a un póliza.

Su prima se paga con los fondos que la ley ha denominado *Depósitos de Ahorro Previsional Voluntario*

Estos planes en el caso de los seguros deben llevar un seguro de vida que no supere las UF 3.000.- En caso que lo supere la compañía debe obligarse a reembolsar el 80% de la prima pagada.

Los beneficiarios son solo los del artículo 5° DL N° 3.500, esto es, los componentes del grupo familiar del causante, entendiéndose por tal el o la cónyuge sobreviviente, los hijos legítimos, naturales o adoptivos, los padres y la madre de los hijos naturales del causante. Entendemos que hoy no existiría la diferencia entre los hijos, pero así lo señala el artículo mencionado.

Por su parte, la ley ha señalado en el artículo 98 del DL 3.500, que se entiende por depósito de ahorro previsional voluntario, indicando que son las sumas destinadas por el trabajador a los planes de ahorro previsional voluntario ofrecidos por las instituciones autorizadas. Expresa que las Instituciones Autorizadas, son aquellas entidades distintas de las AFPs, tales como los bancos e instituciones financieras, administradoras de fondos mutuos, las compañías de seguros de vida, las administradoras de fondos de inversión y las administradoras de fondos para la vivienda que cuenten con planes de ahorro previsional voluntario autorizados por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras o de Valores y Seguros, según corresponda. Asimismo, la SVS podrá autorizar otras instituciones.

Los Planes de Ahorro Previsional Voluntario, son aquellas alternativas de ahorro e inversión autorizadas por dichas superintendencias.

Finalmente, define lo que debe entenderse por Recursos originados en cotizaciones voluntarias, depósitos convenidos o depósitos de ahorro previsional voluntario, señalando que corresponden a las cotizaciones o depósitos más la rentabilidad generada por cada uno de aquellos. Se ha señalado además en el nuevo texto legal, que los depósitos convenidos, existentes en las cuentas de capitalización individual, o los que se paguen el futuro, podrán ser transferidos a las instituciones autorizadas. Los depósitos de ahorro previsional voluntario podrán realizarse directamente en las instituciones autorizadas o en una AFP. Asimismo, se podrá traspasar a las instituciones autorizadas o las AFPs, una parte o la totalidad de sus recursos originados en: 1) cotizaciones voluntarias, 2) depósitos convenidos y 3) depósitos de ahorro previsional voluntario. También se podrá mantener recursos originados en cotizaciones voluntarias, depósitos convenidos y depósitos de ahorro previsional voluntario, simultáneamente en más de una AFP.

Asimismo, podrán acogerse a esta forma de ahorro las personas que imponen en el INP, bajo las mismas libertades y disposiciones.

En resumen:

a) Las personas que se acojan a estas modalidades de ahorro podrán retirar, todo o parte de los recursos. En todo caso estos retiros quedaran afectos al impuesto señalado en el número 3 del art. 42 bis de la Ley de la Renta.

b) Las rentas que generen los planes de ahorro previsional voluntario no estarán afectas al impuesto a la renta en tanto no sean retiradas.

c) Los recursos mantenidos en cualquier plan de ahorro previsional voluntario serán inembargables.

d) Los traspasos entre instituciones autorizadas no se considerarán retiros y no estarán afectos a impuesto a la renta.

e) Los traspasos de recursos realizados por los afiliados desde los planes de ahorro previsional voluntario hacia las cuentas de capitalización individual no se considerarán retiros y no estarán afectos al impuesto a la renta.

f) Los fondos acumulados podrán ser transferidos en todo o parte a las cuentas de capitalización individual, con el objeto de incrementar pensiones.

g) Asimismo, las personas que opten por pensionarse anticipadamente también podrán hacer lo anterior, con el objeto de reunir el capital requerido para financiar o mejorar su pensión.

El Plan de Ahorro Previsional con Póliza de Seguro de Vida tiene siguientes beneficios:

Podrán rebajar, de la base imponible del impuesto los montos destinados a depósitos de ahorro previsional voluntario y cotización voluntaria, las siguientes personas:

- Del impuesto único de segunda categoría los contribuyentes del art. 42 N° 1 (empleados);
- Los trabajadores independientes que estén efectuando las cotizaciones establecidas en el DL 3.500, art. 17, y las destinadas a financiar las prestaciones de salud;

- Los trabajadores independientes que en un año calendario hayan percibido ingresos en algunos meses con cargo a los cuales se efectúen cotizaciones en los restantes meses del mismo año.

El monto mensual total destinado a depósitos de ahorro previsional voluntario y cotización voluntaria es de UF 50.

El monto máximo anual destinado a depósitos de ahorro previsional voluntario para cualquier persona es de UF 600.

En caso que los recursos originados en depósitos de ahorro previsional voluntario y cotización voluntaria sean retirados y no se destinen a anticipar o mejorar las pensiones de jubilación, el monto retirado, debidamente reajustado, quedará afecto a un impuesto único que se declarará y pagará en la misma forma y oportunidad que el global complementario.

La tasa de este impuesto será de 3 puntos porcentuales superior a la que resulte de un cálculo que establece el N° 3 del nuevo art 42 bis de la Ley de la Renta. En resumen, significa un castigo para los retiros efectuados antes de pensionarse.

Por otra parte, las instituciones que administren recursos deberán practicar una retención de impuesto de tasa 15%, el que servirá de abono al impuesto único determinado, según ya vimos.

Es importante destacar que no se consideran retiros los traspasos de los recursos que se efectúen entre las entidades administradoras.

Comisiones:

Las AFP tendrán derecho a comisiones de cargo de afiliado:

- a) Por administración de depósitos convenidos o cotizaciones voluntarias.
- b) Por transferencia de depósitos y de ahorro previsional voluntario hacia instituciones autorizadas, seleccionada por afiliado. Como transferencia se debe entender como el envío de recurso *recaudados* por instituciones autorizadas.

Las instituciones autorizadas, y entre ellas las AFP no podrán cobrar por los trasposos totales o parciales de saldos originados en cotizaciones voluntarias y depósitos convenidos. Los trasposos de recursos efectuados por los afiliados desde los Planes de APV hacia cuentas de capitalización individual no se consideran retiros ni están afectos al impuesto a la renta.

Si no quedaren beneficiarios de pensión de sobrevivencia, estos saldos incrementan la masa de bienes del difunto.

Rebaja Tributaria en Descuentos APV

- Descuento mensual hasta UF 50. Esto tiene el efecto de rebajar la base tributaria del trabajador cada mes, pagando menos impuestos.
- Descuento anual. Esto se hace cuando el contribuyente haga directamente su aporte en una Instituciones Autorizada, deberá hacer reliquidación anual con tope de UF 600.

Póliza de Seguro de Vida APV

1.- Debe depositarse póliza como instrumento destinado a APV previa autorización de SVS

- Corresponder a seguro de vida con ahorro
- Contemplar rescate total o parcial
- Establecer claramente destino de primas: a) cobertura de riesgo; b) gastos y capital acumulable; c) forma de determinar rentabilidad obtenida por fondos acumulados, incluyendo cargos por rescates si los hubiera; y d) contemplar entrega periódica de información a contratante.

2.- Debe suscribirse por el asegurado una declaración expresa de destinar recursos a instrumento denominado "Selección de Alternativa de APV".

3.- Se debe informar por Aseguradora anualmente a contribuyente y SII movimientos en APV del año anterior.

4.- Deben cumplirse características Especiales de Pólizas APV:

- a) Contemplan riesgo de muerte y/o invalidez;
- b) Beneficiarios del seguro, en caso de fallecimiento de asegu-

rado serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia del artículo 5° D.L. N° 3.500 a fecha de fallecimiento del asegurado;

- c) Plazo máximo de 10 días para efectuar pago de rescates parciales o totales;
- d) Informar al menos una vez al mes los movimientos y saldos de fondos acumulados, incluyendo los cargos y abonos, sea por cobertura, gastos asociados y rentabilidad; y
- e) La cobertura de la póliza para el caso de muerte o invalidez del asegurado no podrá ser superior a UF 3.000. En caso de que sea superior la compañía deberá garantizar un valor de rescate de los fondos acumulados por el asegurado, igual o superior al 80% de las primas pagadas por el asegurado.
- f) Finalmente, a este respecto diremos que existe una situación especial en las pólizas APV, respecto al destino de los Depósitos Convenidos. En efecto, estos podrán ser usados por la aseguradora como ingresos correspondientes a pago de primas y todo lo que con ello significa. Asimismo, al estar incorporados en el valor póliza, son fuente de financiamiento de pago de indemnización tanto de vida como de invalidez.

III.- Aseguradoras y el Mercado de Capitales Hoy.-

1.- Como hemos visto, las aseguradoras podrán actuar directamente en el mercado de los depósitos de ahorro previsional voluntario mediante el otorgamiento de pólizas de seguro con ahorro.

2.- Asimismo, podrán actuar a través de filiales Administradoras Generales de Fondos en la colocación de otros instrumentos, tales como fondos mutuos y otros fondos.

3.- Tienen facultades para actuar como agentes administradoras de tarjetas de crédito a través de filiales.

Sobre este particular, el suscrito plantea dudas respecto de la legalidad de la NCG N° 135 de la SVS, en que se ha señalado por autorización administrativa la posibilidad de que las compañías aseguradoras crear filiales. En mi opinión el texto actual del artículo 4° del DFL N° 251/31) deja claro que la creación de filiales es materia de ley, ya que en el se ha señalado expresamente la única posibilidad de creación de la filial

Administradora General de Fondos. A este respecto señalo que una cuestión es actividades que amplían el giro de la aseguradora, y otra distinta es la creación de filiales, que son entidades distintas de la aseguradora.

4.- Otorgar prestamos a personas naturales, con sus patrimonio libre, según lo ha señalado la NCG N° 140 de la SVS.

5.- Pueden actuar con Bancos a través de créditos sindicados en financimniantos de proyectos.

6.- Son actores relevantes en la adquisición de Mutuos Hipotecarios Endosables a personas naturales y jurídicas.

IV.- Aseguradoras y Reforma al Mercado de Capitales II.-

Finalmente, en nuestro análisis señalaremos algunas aspiraciones del sector asegurador, que se espera que sean materia de ley en la denominada Reforma al Mercado de Capitales II, tales como, que las aseguradoras puedan administrar los fondos privados para pensiones, que podrían crearse a nivel de empresas para sus propios trabajadores.

Estos fondos se refieren al conjunto de aportes que harían los trabajadores y los empleadores durante la vida del trabajador, y tienen asociado incentivos tributarios, tales como rebaja de impuestos, destino anticipado para contingencias, primera vivienda, etc. Esta idea está recogida de los instrumentos conocidos en el mercado de USA como 401-K, (sigla que corresponde a la numeración del artículo en la ley de impuesto a la renta americana).

Incorporación de los independientes a los beneficios del ahorro previsional voluntario (APV).

- El día 27 de Junio el socio Sr. José Miguel Infante dictó en el Colegio de Abogados una charla sobre el Ahorro Previsional Voluntario.
- El día Jueves 25 de Julio de 2002 la abogada Sra. Karin Helmlinger se referirá al tema "La mediación como método alternativo de solución de conflictos" charla que tendrá a las 18 horas en las oficinas de la Compañía de Seguros Cruz del Sur ubicadas en El Golf 150 piso 4º.
- Nuestra Corporación en conjunto con la Asociación de Aseguradores de Chile, ha programado un Seminario "Nuevas Pólizas de Responsabilidad Civil". El objetivo de este seminario es difundir y explicar los contenidos de las nuevas pólizas de responsabilidad civil general y médica depositadas en la Superintendencia de Valores y Seguros con fecha 12 de Abril del año en curso. Se realizará el día 7 de Agosto de 2002 en el Radisson Royal Hotel Salón América, Av. Vitacura 2610, Las Condes.
- En la ciudad de La Plata, República Argentina, se realizará entre los días 12 y 14 de Septiembre próximo, la X Jornada Nacional y VIII Conferencia Internacional de Derecho de Seguros.
- En la ciudad de Nueva York tendrá lugar entre el 20 y el 25 de Octubre de 2002, el XI Congreso Mundial de AIDA. Para quienes deseen concurrir, u obtener antecedentes, rogamos ponerse en contacto con nuestra Secretaría o directamente con AIDA de USA al sitio Internet, www.aidaus.org.
- Por último, en Río de Janeiro, entre el 29 de abril y el 2 de mayo de 2003 se realizará el VIII Congreso Ibero Latinoamericano de Derecho de Seguros (CILA). Los interesados en asistir pueden ponerse en contacto con nuestra Secretaría o directamente ante el comité organizador, en el sitio Internet www.emts.com.br/aida/ o aidabr@uol.com.br

ÍNDICE

Editorial	Pag. 3
Intervención del asegurador en el nuevo proceso penal Kléber Monlezun Cunliffe	Pag. 5
La responsabilidad civil de hospitales y clínicas Pedro Zelaya Etchegaray	Pag. 23
Mercado asegurador y ahorro previsional voluntario José Miguel Infante Lira	Pag. 47
Noticias de AIDA	Pag. 59