



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**Dos caras de la mediación en la responsabilidad civil médica: ventajas e inconvenientes de su obligatoriedad y análisis jurisprudencial en Chile como requisito de procedibilidad**

Memoria para optar al Grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales

VANIA CISTERNA DE LA FUENTE  
BENJAMÍN REY MONSALVE

Profesor guía:  
Hugo Cárdenas Villareal

Santiago de Chile  
2024



## **AGRADECIMIENTOS**

### **Vania Cisternas De La Fuente:**

Agradezco a Dios antes que todo.

A mis padres Natalia y Jorge por enseñarme a caminar en la vida, y a mi perrito Cachimiro por noble compañía.

A mis abuelos María Cecilia y Jorge Cisterna por ser incondicionales, enseñarme lo que es el amor y darme una razón para querer superarme cada día de mi vida.

A Gonzalo por apoyarme de una manera muy especial y aportar ideas fundamentales en este trabajo. Y a mi compañero de tesis Benjamín, que sin su apoyo y motivación es probable que nunca hubiéramos terminado esta obra.

### **Benjamín Rey Monsalve:**

Agradezco a Dios antes que todo.

La realización de este trabajo hubiera sido imposible sin el apoyo principal de mi familia. En especial mi madre, Cynthia. Como también de mis padres y abuelos.

También agradezco a mis perros, Pascual, Chiqui, Simón, Matilda y Leia que me han alegrado mi día a día desde que llegaron a mi vida.

Y a mis amigos incondicionales. En especial a mi compañera de tesis, Vania que sin su apoyo y motivación es probable que nunca hubieramos terminado esta obra.

Finalmente, gracias a mi gran equipo de fútbol, O'higgins de Rancagua.

# ÍNDICE

<b>ÍNDICE</b>	<b>4</b>
<b>RESUMEN</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>I. CAPÍTULO I: LA MEDIACIÓN COMO TRÁMITE OBLIGATORIO EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA</b>	<b>6</b>
1. Concepto de mediación y modelos de Derecho Comparado.	6
1.1 Concepto General de mediación.	7
1.2 Mediación y otros MASC en Derecho comparado.	9
a. México.	9
b. Argentina.	13
c. Perú.	17
d. España.	21
2. La mediación en salud en Chile.	25
2.1. Historia de la ley.	26
2.2. Mediación. Regulación legal.	28
a. La mediación obligatoria de la ley 19.966. Exposición normativa.	28
b. Funcionamiento público y privado de la mediación.	37
c. La ley 21.226, Tribunales durante la pandemia.	46
2.3. Análisis crítico del funcionamiento y eficacia de la mediación dentro del procedimiento.	49
a. Conclusiones, alcances, discusiones y efectos de la mediación.	67
<b>II. CAPÍTULO II: LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA MEDIACIÓN EN SALUD EN CHILE Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.</b>	<b>71</b>
1. Principales problemas de la mediación en salud.	72
1.1. La suspensión de la prescripción de las acciones civiles.	72
1.2. La determinación del órgano competente en caso de corporaciones municipales de derecho privado.	78
2. La utilización de la mediación como forma de defensa de los médicos, hospitales y clínicas.	82
2.1. Excepciones dilatorias	84
a. Ineptitud del libelo contemplada en el artículo 303 N°4	84
b. Corrección del procedimiento del artículo 303 N°6	89
2.2. Nulidad de todo lo obrado por la falta del requisito de mediación.	94

2.3. Casos que se rechazan las excepciones o nulidad por no mediación.	100
<b>III. CONCLUSIONES</b>	<b>119</b>
<b>IV. Bibliografía</b>	<b>122</b>
<b>V. Jurisprudencia</b>	<b>128</b>

## RESUMEN

El objetivo de esta memoria es abordar de manera íntegra la institución de la mediación previa obligatoria en los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada de una negligencia médica en Chile. Para ello, resulta indispensable emprender una aproximación completa de las ventajas e inconvenientes que implica su obligatoriedad como requisito del procedimiento para interponer una demanda por los daños que padecen los usuarios en los servicios prestadores de salud, ya sean estos últimos públicos o privados para otorgar una pronta reparación a las víctimas de negligencias médicas.<sup>1</sup>

Existe un vasto desarrollo dogmático que examina de manera suficiente la eficacia e ineficacia de la mediación como mecanismo que busca evitar y/o descongestionar la excesiva judicialización de demandas civiles interpuestas en el ámbito de la responsabilidad médica. Los resultados de nuestra investigación permitirán cimentar una postura particular a partir del análisis de ciertas sentencias dictadas por nuestros tribunales de justicia, que han hecho una singular referencia a la omisión y obligatoriedad del desarrollo de la mediación en el procedimiento. El enfoque principal de la presente memoria apunta a los particulares razonamientos existentes en la jurisprudencia respecto del trámite de mediación como requisito de procesabilidad de la acción de responsabilidad civil médica.

---

<sup>1</sup>Cárdenas Villarreal, H. y Moreno Molinet, J. (2011). *Responsabilidad médica: estándares jurisprudenciales de la falta de servicio*. Legal Publishing Chile. Primera edición. P.7

## INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que las personas acuden a los centros de servicios de salud por atención médico-sanitaria, ya sea para prevenir o curar una dolencia y/o afección. En este contexto, existe una cantidad significativa de usuarios que reciben prestaciones deficientes y defectuosas, siendo víctimas de un daño que puede provenir de una acción u omisión negligente del personal sanitario del centro asistencial de salud.

De esta forma, los pacientes se enfrentan a un problema adicional con el que asistieron inicialmente como consecuencia de una acción u omisión de un acto médico negligente, los cuales podrían culminar en la muerte del paciente, o bien en su sobrevivencia, pero con secuelas físicas o intelectuales considerables. Por lo anterior, nace el derecho de las víctimas para querellarse en contra de los prestadores de servicios de salud y los funcionarios responsables, o bien se justifica una eventual persecución dependiendo del delito o la imprudencia que se haya cometido. Esto permite una recopilación relevante de medios de prueba para iniciar un procedimiento por responsabilidad civil médica, el cual permitiría a las víctimas obtener una indemnización de perjuicios por los daños ocasionados en la ejecución de un acto médico.<sup>2</sup>

Ahora bien, lamentablemente nuestro sistema normativo actual requiere una diligencia previa a la interposición de las acciones civiles pertinentes que buscan obtener la

---

<sup>2</sup> Pizarro Wilson, C. (2017). La responsabilidad civil médica (Primera edición). Legal Publishing Chile, p.12.

indemnización correspondiente: la mediación. Según el artículo 43 de la ley 19.966, la mediación es un trámite obligatorio, y se ha sostenido que tendría como objetivo la descongestión de la excesiva judicialización de procedimientos civiles por responsabilidad médica. Tal como lo indica un mismo estudio del Consejo de Defensa del Estado del año 2011, señalando “La mediación por daños en salud fue consagrada por la ley 19.966 sobre Garantías Explícitas en Salud (GES). Su propósito fue desjudicializar los conflictos sanitarios, estableciendo una instancia de mediación obligatoria previa a un litigio, respecto de prestadores institucionales públicos que forman parte de la red asistencial, o sus funcionarios, cuando se pretenda obtener una reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial.”<sup>3</sup>

Como se verá a continuación, este trámite obligatorio genera una multiplicidad de problemas, por ejemplo, la determinación de cuál vendría a ser el órgano ante el cual debe gestionarse el proceso de mediación, teniendo que distinguirse si la atención se prestó en un centro de prestadores de salud privados o públicos, ya que de ello dependerá si la solicitud de mediación (que debe realizarse como requisito previo para recurrir a los tribunales de justicia), será requerida ante el Consejo de Defensa del Estado (en adelante, indistintamente, CDE), o ante la Superintendencia de Salud (en adelante, indistintamente, Superintendencia o SIS).

---

<sup>3</sup> Unidad de Mediación Consejo de Defensa del Estado. Mediación y desjudicialización en el consejo de defensa del Estado (CDE). Noviembre, 2011

Así, el objetivo principal de este trabajo es abordar los principales problemas que se han presentado con respecto a este trámite obligatorio.

El 3 de septiembre de 2004 se publicó la ley N°19.966, a través de la cual se estableció el Régimen de Garantías Explícitas de Salud. En palabras del profesor Hugo Cárdenas, dicha ley “se dictó con la intención de asegurar el acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera de un conjunto de enfermedades y mejores condiciones de salud a los usuarios del sistema. La norma introdujo importantísimas disposiciones relativas a la responsabilidad de los órganos del Estado en materia sanitaria, e instauró un procedimiento de mediación obligatoria, tendiente a resolver los conflictos que surjan entre los usuarios del sistema de salud y los prestadores públicos y privados.”<sup>4</sup>

En este mismo sentido, Isabel Salas dentro del texto Derecho Médico también ha señalado que “la mediación en materia de salud es un procedimiento creado por la ley 19.966 establece un régimen de garantías de salud, como un procedimiento previo y necesario para ejercer acciones jurisdiccionales contra los prestadores de salud, tanto públicos como privados, cuando se quiere obtener reparación de los daños ocasionados en el otorgamiento de prestaciones de salud.”<sup>5</sup>

A partir de la lectura del cuerpo legal, preliminarmente es posible concluir que la mediación es un requisito esencial que se debe llevar a cabo en un procedimiento por responsabilidad civil médica. Así también los instructivos oficiales del gobierno se han encargado de facilitar información concisa respecto de cómo llevar a cabo una solicitud

---

<sup>4</sup> Cárdenas Villarreal, H. y Moreno Molinet, J. (2011). Op. Cit. p. 22.

<sup>5</sup> Varios Autores. Derecho Médico, FALMED. Editorial Colegio Médico, 2021, Santiago. Chile

de mediación, ya sea ante el CDE, o ante la SIS, instruyendo y describiendo al lector que la mediación:

- “Es un proceso que busca realizar un procedimiento no confrontacional (no es un juicio) entre personas usuarias y establecimientos públicos de salud para buscar acuerdos, mutuamente convenientes, que permitan reparar el daño ocasionado con motivo de una atención en salud.

- La mediación en salud es un requisito previo para recurrir a los tribunales de justicia.

Una vez ingresada la solicitud, se procede a realizar un estudio de admisibilidad.

-En el caso de que sea declarada admisible, se designará a un profesional mediador.”<sup>6</sup>

El objetivo de la presente memoria es examinar la mediación de manera íntegra, analizando las ventajas e inconvenientes de su obligatoriedad cómo requisito para poder interponer una acción judicial por responsabilidad civil médica.

Posteriormente, se realizará una rigurosa individualización y estudio de sentencias de los tribunales de justicia de nuestro país, que han ido desplegando un particular razonamiento de la mediación como requisito de procesabilidad.

A partir de lo anterior, resulta interesante analizar los problemas que se presentan en la mediación como requisito de procesabilidad, ya que su obligatoriedad implica una fastidiosa demora y obstaculización del acceso a la justicia para las víctimas de negligencias médicas. Sumado a lo anterior, la persona que sufrió el daño y/o sus familiares deben reunirse con el representante del establecimiento de salud, para que con

---

<sup>6</sup> Chile Atiende, (s.f). Solicitar mediación por daños en salud ocurridos en establecimientos públicos de salud, disponible en:<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/535-solicitar-mediacion-por-danos-en-salud-ocurridos-en-establecimientos-publicos-de-salud>.

la ayuda de un mediador (un tercero imparcial) exploren alternativas de reparación, lo cual implica posiciones de ambas partes bastante asimétricas.

Adicionalmente, de tratarse de un daño ocurrido en un establecimiento privado de salud, la víctima que desee exigir su derecho a ser indemnizada por los daños que le han sido ocasionados, deberá incurrir en un costo remunerado para poder llevar a cabo el trámite de mediación.

De esta forma, pretendemos analizar la ineficacia de la mediación como requisito prejudicial, y a su vez observar ciertas reflexiones jurisprudenciales que contienen argumentos difusos respecto de la obligatoriedad del trámite de mediación.

Para cumplir el objetivo recién expuesto, este trabajo se divide en dos grandes capítulos. En el capítulo I, se definirá como concepto general de mediación y otros medios autocompositivos de solución de conflictos. Realizándose un estudio comparativo entre países hispanoamericanos.

En el siguiente apartado de nuestra tesis se desarrollará respecto a la aplicación de la mediación de salud en Chile y la historia de la ley 19.966, revisando en su normativa, ciertas modificaciones que sufrió la ley por la pandemia de COVID-19, sobre la integración del hospital clínico universidad de Chile. Seguido de esto, analizaremos la supuesta eficacia del sistema de mediación que impone la ley. En esta misma línea, se examinará doctrinalmente el funcionamiento y los resultados de la eficacia y efectos de la mediación como requisito de procedibilidad.

En el capítulo II observaremos aquellos mecanismos procesales utilizados por la defensa de médicos, hospitales y clínicas, ante pacientes que no acompañan en la presentación de

la demanda el certificado de mediación frustrada. En primer lugar se revisará la suspensión de la prescripción de las acciones civiles, posteriormente abordaremos la discusión que se produce respecto a los recintos municipales y quien sería competente para conocer de aquellos casos.

Añadido a lo anterior, se realizará un análisis jurisprudencial respecto de las excepciones judiciales que realizan los hospitales demandados sobre la obligatoriedad de la mediación en el procedimiento, y cuáles han sido los principales razonamientos que han utilizado los tribunales de justicia para aceptar y rechazar la omisión del trámite de mediación.

## I. CAPÍTULO I: LA MEDIACIÓN COMO TRÁMITE OBLIGATORIO EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

En primer lugar, durante la revisión de este capítulo analizaremos cómo ha tratado el derecho comparado la temática civil para continuar con un análisis nacional y su forma particular de regulación, revisando tanto su historia como también ciertas modificaciones que han ido surgiendo y potenciando la salud pública y finalmente la realización de una evaluación a la mediación y su eficacia en nuestro país.

### 1. Concepto de mediación y modelos de Derecho Comparado.

Durante el siguiente apartado, trataremos principalmente sobre la definición procesal de mediación y su tratamiento en la doctrina nacional. Seguido de ello, analizaremos la forma en que se llevan a cabo en distintos países de habla hispana.

### **1.1 Concepto General de mediación.**

La mediación es considerada como un método de solución alternativa de controversias (MASC). Estos métodos corresponden a una manera denominada “anómala” de resolver conflictos sin tener la necesidad de concurrir a juicio. Entre estos métodos alternativos se encuentran la conciliación, el avenimiento, transacción, arbitraje, negociación y mediación. Los MASC se pueden definir según Alejandra Díaz, como aquellos “mecanismos o procesos de comunicación interpersonales, que enfatizan el diálogo y la colaboración entre las partes por sobre el debate adversarial y en los cuales la solución a la que se arribe se acerca a los reales intereses y necesidades de las personas involucradas, más que a lo que prescribe la norma legal.”<sup>7</sup>

La mediación ha sido conceptualizada como “un proceso de comunicación en el cual un tercero imparcial y neutral (mediador/a), conduce a las personas que están en un conflicto y que no pueden dialogar o comunicarse por sí solas, pero tienen la voluntad de hacerlo, para que se comuniquen de manera colaborativa, y encuentren una solución que considere las necesidades e intereses de cada uno.”<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup>Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Alejandra Díaz Gude, en: Mecanismos Colaborativos: nuevos paradigmas y rol del Juez p.4

<sup>8</sup> Ibid. p.5

El profesor Cristian Maturana Miquel ha señalado que la mediación “es un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y asistido, destinado a precaver un litigio eventual”<sup>9</sup> indicando sus características:

- a) Es un método autocompositivo igualitario y voluntario
- b) Es un método autocompositivo de negociación asistida
- c) El mediador no cumple una función decisoria respecto del conflicto, sino que es un colaborador de las partes para que arriben a un acuerdo.
- d) El proceso de mediación es confidencial, tanto para las partes como para el mediador y los terceros.
- e) El proceso de mediación puede ser establecido con carácter voluntario, obligatorio u optativo.
- f) Se caracteriza por ser de una formalidad relativa y flexible.
- g) El proceso de mediación se caracteriza por ser creativo
- h) El proceso de mediación puede permitir que las partes lleguen a un acuerdo recíproco acerca de la forma de resolver el conflicto.”<sup>10</sup>

Ahora bien, respecto de la preferencia al uso del sistema tradicional jurisdiccional o de los métodos alternativos de soluciones de controversias, la profesora Maite Aguirrízabal Grünstein ha señalado que “Actualmente el debate está planteado en la oposición de la

---

<sup>9</sup> Maturana Miquel. (2015). Derecho procesal orgánico: parte general: [apuntes de la cátedra de derecho procesal]. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal.

<sup>10</sup> Ibid

utilidad de los mecanismos jurisdiccionales para la resolución de todos los problemas de la ciudadanía en su conjunto o, bien, si es posible encontrar otras formas de hacerlo.

De este orden de ideas, es que se entiende que haya surgido la necesidad de plantearse el contar con procedimientos flexibles, que superen problemas inherentes a la jurisdicción ordinaria; de medios e instrumentos capaces de resolver las controversias en función de las características del objeto del proceso y de las partes que intervienen con mayor celeridad y a un costo menor que permitan llegar a soluciones funcionales y satisfactorias. La mediación es tal vez el más informal, expedito y económico de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y puede señalarse que forma parte de las actuales políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia.”<sup>11</sup>

Esto daría cuenta que la mediación es un sistema que tiene ventajas como método de autocomposición procesal cuando se aplica de manera correcta, ya que tanto el profesor Maturana como la profesora Aguirrízabal indican que la mediación tiene como principales ventajas la flexibilidad e informalidad.

## **1.2 Mediación y otros MASC en Derecho comparado.**

Si bien nuestro país ha sido parsimonioso en el ingreso de los MASC en procedimientos civiles; en otras naciones los MASC cumplen un rol preponderante en la relación entre el Estado, los hospitales y los particulares. Veremos a continuación algunos de estos países y su forma de resolución de conflictos.

---

<sup>11</sup> Aguirrízabal Grünstein, Maite. (2013). Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia. *Revista chilena de derecho privado*, (20), 295-308. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100017>

**a. México.**

Comenzando nuestra revisión del derecho comparado, el país norteamericano es una verdadera fuente de ideas y de aplicación de los métodos alternativos de solución de controversias. La nación en comento tiene un sistema judicial federal, liderado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el Consejo de la Judicatura Federal, cuya misión es “Garantizar la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial, que permitan el funcionamiento de Juzgados de Distrito y Tribunales de Circuito y aseguren su autonomía.”<sup>12</sup>

Acorde a lo indicado por Hernández y Munuera “En el contexto internacional se encuentra México, con gran tradición ciudadana en la resolución de conflictos de forma extrajudicial. Dispone de una Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) por Decreto de 6 de marzo de 1996, con la finalidad de resolver de forma gratuita los conflictos surgidos entre los usuarios y los centros de servicios sanitarios. Esta Comisión ofrece servicios de información, orientación, gestión, conciliación, mediación y arbitraje.

En México la utilización de las comisiones de arbitraje médico, permiten evaluar los casos de quejas o reclamaciones sobre criterios objetivos (se evalúa de acuerdo a las obligaciones y medios del médico -si hizo lo que debía hacer con los medios a su alcance-). De tal manera que la medicina defensiva, bajo el esquema de estudio de las quejas

---

<sup>12</sup> Consejo de la judicatura federal. Misión y Visión. Recopilado el 15 de enero de 2023. En <https://www.cjf.gob.mx/misionVision.htm>

médicas y de evaluación del acto médico en nuestro país, es totalmente injustificada, es innecesaria y, además, es condenable.”<sup>13</sup>

Los asuntos que conoce el CONAMED son aquellos “actos u omisiones derivadas de la prestación de servicios de salud. Así como de presuntos actos de posible mala práctica con consecuencias sobre la salud del usuario, lo que significa en estricto sentido, que sólo se avoca al conocimiento de problemas relacionadas con tales servicios o con la negativa de prestación de los mismos.”<sup>14</sup>

A su vez, lo indicado por Casa-Madrid “En el modelo mexicano, el papel de árbitro médico no es solamente el de mediador o de conciliador , se trata de un experto técnico, asesor para el encuentro de las soluciones profesionales; se confía en su gestión para la solución de un problema en función de su capacidad técnica, de su trayectoria profesional, de su consabida imparcialidad y de su reconocida ética, legitimación y responsabilidad moral y es en ello que se funda el acuerdo entre las partes para aceptar sus fallos.”<sup>15</sup>

Acorde a lo dicho por el CONAMED junto con el CDE realiza los siguientes servicios:

- a. “Orientación: Se informa a los usuarios de qué forma, cómo o quién puede ayudarle a resolver su problema.
- b. Asesoría especializada: Se proporciona con la participación de médicos o abogados según se trate.

---

<sup>13</sup> Hernández Navarro, J.C., & Munuera Gómez, MP. (2015). Mediación: el camino de la resolución de conflictos en Sanidad Militar. *Sanidad Militar*, 71(1), p. 53. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4321/S1887-85712015000100010>

<sup>14</sup> Información sobre la CONAMED para los profesionales de salud., CONAMED. Disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/129864/funciones.pdf> p.15

<sup>15</sup> Casa-Madrid MO. La jurisprudencia y la solución de controversias médico-paciente. (algunas reflexiones sobre el modelo arbitral médico). *Rev CONAMED*. 2007;12(1):48-55.

- c. Gestión inmediata: Después de valorar técnicamente el caso se realizan trámites ante las instituciones públicas para dar solución al problema.
- d. Conciliación: Busca la avenencia de las partes, con la participación de un conciliador jurídico, auxiliado por un médico, previo análisis técnico del caso, incluyendo una propuesta de arreglo.
- e. Arbitraje: Cuando no fue posible la conciliación, con la voluntad de las partes, a través del apoyo en el análisis especializado de un experto resuelve la controversia, la que se expresa en un laudo.”<sup>16</sup>

Siguiendo el procedimiento en el cual se acude al CONAMED, se le orienta sobre la forma de resolución de su conflicto. Y en caso que se presente la queja, procede la etapa de la conciliación en la que se escucha la opinión de expertos.

A continuación, si no hubiese acuerdo, pero aún persiste la intención de resolver el conflicto, las partes podrán acceder al arbitraje. Este se realizará acorde al reglamento de procedimientos para la atención de quejas médicas y gestión pericial de la comisión nacional de arbitraje médico. Y al ser un proceso arbitral, tiene la ventaja de ser flexible, y también poder iniciarse incluso habiendo un juicio civil o terminado éste según el art. 70 del reglamento.

Distinguiéndose a su vez, un arbitraje de derecho y otro de conciencia (conocido en nuestra patria como árbitro arbitrador) que juzga en base a la equidad. Al igual que en nuestro país, la apelación puede renunciarse según el artículo 71 n°6 del reglamento. El

---

<sup>16</sup> Aspectos generales del arbitraje médico en México. [https://www.cde.cl/cdeinforma/wp-content/uploads/sites/17/2015/09/Presentacion\\_Jose\\_Meljem\\_M.\\_Comisionado\\_CONAMED.pdf](https://www.cde.cl/cdeinforma/wp-content/uploads/sites/17/2015/09/Presentacion_Jose_Meljem_M._Comisionado_CONAMED.pdf)

laudo es “el pronunciamiento por medio del cual la CONAMED resuelve, en estricto derecho o en conciencia, las cuestiones sometidas a su conocimiento por las partes” art. 2 n°9; es definitivo (art. 87 n°2).

Una vez terminado el proceso, al ser un juicio arbitral requerirá para su ejecución a la justicia ordinaria, pero la ventaja es que llega a la justicia una vez el conflicto ya se encuentra terminado.

#### **b. Argentina.**

Argentina, al igual que México es un país federal, pero a diferencia de este último, llevó a la mediación obligatoria como una solución a todo conflicto civil y comercial de manera obligatoria.

En primer lugar, debemos tener en cuenta el sistema de salud de Argentina que a palabras de Belló y Becerril-Montekio “El sistema de salud de Argentina está compuesto por tres sectores poco integrados entre sí y fragmentados también en su interior: el sector público, el sector de seguro social obligatorio (Obras Sociales) y el sector privado.

El sector público está integrado por las estructuras administrativas provinciales y nacionales de nivel ministerial, y la red de hospitales y centros de salud públicos que prestan atención gratuita a toda persona que lo demande, en general personas sin seguridad social y sin capacidad de pago, aproximadamente 14.6 millones de personas en 2008.”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Belló, Mariana, & Becerril-Montekio, Victor M. (2011). Sistema de salud de Argentina. *Salud Pública de México*, 53(Supl. 2), s96-s109. Recuperado en 04 de enero de 2023, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0036-36342011000800006&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342011000800006&lng=es&tlng=es).

Se deja establecido que antes de todo juicio debe existir una mediación obligatoria acorde a la Ley 24573, Ley de Mediación para Materias Civiles y Comerciales, modificada por la Ley 26589.

Según su art. primero, se indica que el objeto de la ley “es establecer con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.”

Al indicarse en el artículo anteriormente mencionado, el art. 4 de la presente ley vuelve a señalar que aplicaría a todo tipo de controversia salvo aquellos que señala el art. 5.

El art. 5 da las excepciones en las que no procedería una mediación obligatoria. Dentro de las excepciones, se encuentran:

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil.

Entre otras, nosotros nos enfocaremos en la letra c de la ley debido a que afectaría a aquellos argentinos que se atienden en el área pública de salud.

Por lo tanto, para realizar una mediación previa a la demanda tanto el fisco como los gobiernos federales de la nación argentina deben tener la autorización necesaria con lo que podría darse el caso de demandarse de manera directa.

A su vez el art. 20 de la ley argentina indica que “el plazo para realizar la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido o al tercero. En el caso previsto en el artículo 6º, el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos el término podrá prorrogarse por acuerdo de partes.”

Finalmente, respecto a los honorarios del mediador, acorde al art. 35 de la ley 26.589 del país vecino “La intervención del mediador y de los profesionales asistentes se presume onerosa. El mediador percibirá por su desempeño en la mediación, un honorario básico cuyo monto y condiciones de pago se establecerán reglamentariamente por el Poder Ejecutivo nacional.”

Agregando en su artículo siguiente que “Quien se encuentre en la necesidad de litigar sin contar con recursos de subsistencia y acreditare esta circunstancia podrá solicitar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en forma gratuita. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria y gratuita se llevará a cabo en los centros de mediación del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y en centros de mediación públicos que ofrezcan este servicio.”

Destacando también, que Argentina posee un tribunal que resuelve conflictos en salud llamado el Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud o TACAMES. “El Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud (TACAMES), Instituto Permanente Legal e Institucionalmente reconocido, actualizando

la vigencia del método no adversarial en procura de justas soluciones en un proceso médico y de salud, ya que cuando una vinculación entra en conflicto, la rapidez, seguridad, confidencialidad y economía del reclamo, se ve inmejorablemente asistida por la Mediación, la Conciliación y el Arbitraje, asume el desafío de ofrecer un concreto aporte al mejoramiento de la relación médico-paciente, a la disminución de la medicina defensiva, a evitar la judicialización que tanto desacredita la profesión médica y también a satisfacer los justos reclamos de usuarios.”<sup>18</sup> Así es como este tribunal tiene como objetivo para tanto evitar la judicialización como para mejorar la calidad de la prestación. Cabe destacar que se encuentra regulado “Con un Reglamento preestablecido y por ende conocido previo al enjuiciamiento, integrados por profesionales, capacitados el cometido y probados en su desempeño”<sup>19</sup> a su vez posee una cláusula compromisoria que obliga que las partes firmantes acudan a este tribunal. Finalmente dentro del tribunal, este será asistido tanto por médicos como por abogados u otros “No menos importantes como particularidades de su Reglamento son la intervención de terceros, la asistencia técnica y de secretaría por otras Instituciones, la prohibición de fundamentar los votos en disidencia y la participación activa de médicos, psicólogos, bioquímicos, abogados, mediadores, legistas, escribanos, peritos y expertos técnicos”<sup>20</sup> y finalmente “La inimpugnabilidad, inapelabilidad y obligatoriedad del laudo permite garantizar su cumplimiento sin demora

---

<sup>18</sup><https://aademes.org/noticias/val/2843/%3Cspan%3Eacames%3C-span%3E-tribunal-americano-de-conciliaci%C3%B3n-y-arbitraje-m%C3%A9dico-y-de-salud--.html>.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid.

y con derecho para que la autoridad nominadora procure su cumplimiento mediante las acciones privadas o judiciales nacionales e internacionales que correspondan.”<sup>21</sup>

Siguiendo a Ríos Ruiz, “Los Árbitros son elegidos por las partes y su designación se cumple si son probos, imparciales e independientes. Además, el tribunal garantiza la calidad, profesionalidad y especialización de los árbitros al exigir que sean miembros del Registro de Abogados Generales, Mediadores, Conciliadores y Árbitros en Solución de Controversias Médicas y de Salud de acuerdo a los programas de capacitación de la Secretaría General del propio tribunal.”<sup>22</sup>

### **c. Perú.**

La República del Perú a diferencia de los países anteriormente mencionados, es un país unitario como el chileno.

En el área de Salud y responsabilidad médica, en primer lugar, nos referiremos al texto de Hidalgo-Salas et al, que explica de buena manera la historia de sobre el Derecho en Salud, posteriormente revisaremos el reglamento que regula la principal institución de mediación y arbitraje del Perú, la CECONAR.

El texto del autor señalado anteriormente indica que “En Perú se reconoce constitucionalmente el derecho a la salud, y se estipula por ley que la población tiene derecho al acceso a servicios de salud, al acceso a la información, a la atención y

---

<sup>21</sup> Ibid

<sup>22</sup>Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles. El arbitraje en la praxis médica. Análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias. Revista electrónica de la facultad de derecho [En línea] México, mayo-agosto 2014, n°13, p. 26. [consulta: 10-01-23] disponible en: <https://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/download/50044/45011>

recuperación de su salud, al consentimiento informado y a la protección de sus derechos. Durante la puesta en marcha de las distintas actividades vinculadas a estos derechos, pueden presentarse eventos que conlleven al surgimiento de controversias y conflictos que pueden involucrar usuarios, prestadores, financiadores, entre otros actores del sector; lo cual podría afectar negativamente el correcto desenvolvimiento del sistema de salud peruano (SSP). En consecuencia, resulta imperativo dotar de mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) que versen sobre los DES.”<sup>23</sup>

Sin embargo, en relación con la salud, Perú ha ido avanzando hacia la creación de un organismo que se encargue de cumplir con el rol de garante de la salud de los peruanos. Durante el año 1997 con la dictación de la Ley de Modernización de la Seguridad Social siguiendo el texto de Hidalgo-Salas et al “la subsecuente creación de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS). La SEPS, en virtud a que se le encarga emitir un reglamento de arbitraje y solución de controversias, erige el CECONAR, como un organismo autónomo que brinda servicios de conciliación y arbitraje en salud, y además asume competencias para resolver en vía arbitral, las controversias que surjan de la aplicación del seguro complementario de trabajo de riesgo”<sup>24</sup> El CECONAR o Centro de Conciliación y Arbitraje de una manera aún precaria se encarga de brindar servicios de conciliación y arbitraje en salud.

---

<sup>23</sup> Hidalgo-Salas, Darwin et al. Mecanismos alternativos para la solución de controversias en el contexto de los derechos en salud: Experiencia peruana desde el centro de conciliación y arbitraje de la superintendencia nacional de salud. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* [online]. 2016, v. 33, n. 3 [Accedido 4 Enero 2023], pp. 567-573. Disponible en: <<https://doi.org/10.17843/rpmesp.2016.333.2300>>. ISSN 1726-4642. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2016.333.2300>.

<sup>24</sup> *ibid*

Siguiendo al autor “Posteriormente, en el año 2009 se promulgó la Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud (AUS), (...) se funda la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (SUNASA) sobre la base de la SEPS. Asimismo, se estipula que SUNASA debe instaurar estrategias de conciliación y arbitraje entre los usuarios. En el año 2010 se regula el funcionamiento del CECONAR otorgándole autonomía funcional, asimismo, se concibe por primera vez un sistema nacional de conciliación y arbitraje en salud.”<sup>25</sup>

Finalmente, continuando con la historia señalada por el texto de Hidalgo-Salas “En el marco de la reforma de la salud desarrollada a finales del 2013, se dictó el Decreto Legislativo 1158, donde se disponen medidas destinadas al fortalecimiento de las competencias de SUNASA, convirtiéndola en la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD). Con ello se confiere -con rango de ley- al CECONAR autonomía técnica y funcional, y se le otorgan distintas competencias en materia de resolución de controversias en salud.”<sup>26</sup>

En Perú la norma central sobre los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias corresponde a la ley n°26.872 llamada “Ley de Conciliación”. Estableciendo que será requisito para demandar la realización de una conciliación prejudicial para los señalados en el art. 9 de esa ley.

Habiendo ya revisado la historia de la CECONAR, revisaremos ahora sus funciones y su reglamento. La República de Perú realizó un cambio durante el año 2022 en el cual se

---

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

reglamenta un organismo dependiente de la Superintendencia Nacional de Salud (que depende del Ministerio de Salud) llamado Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR). La resolución de Superintendencia N.º 037-2022-SUSALUD/S del día 13 de mayo de 2022 que dicta el Reglamento interno del centro de conciliación y arbitraje de la superintendencia nacional de salud.

Según el art. 4 de este reglamento el CECONAR posee los siguientes centros:

a) Centro de Arbitraje: cuyo objetivo es ofrecer a la población, el servicio de arbitraje especializado en salud, como mecanismo alternativo para la solución de sus conflictos a costos adecuados.

b) Centro de Conciliación: cuyo objetivo es ofrecer a la población el servicio de conciliación especializado en salud, como medio alternativo para la solución de sus conflictos de manera gratuita. Excepcionalmente, a petición del solicitante el servicio de conciliación puede ser oneroso conforme a lo establecido en el Reglamento del Centro de Conciliación de SUSALUD.

c) Centro de Mediación: Encargado de organizar y administrar la Mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia de salud de manera gratuita. Se rige por lo dispuesto en su Reglamento de Mediación y demás normas complementarias aprobadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Salud.”

Las funciones de los especialistas se encuentran en el art. 13 y ss del reglamento.

Sobre el conciliador “es un abogado habilitado y conciliador extrajudicial acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y capacitado en materia de salud, quien ejerce como conciliador especializado en materia de salud. El conciliador para ejercer

función conciliadora debe estar adscrito al Centro de Conciliación de SUSALUD” sus funciones se encuentran en el art. 14.

Sobre el mediador “es la persona capacitada en materia de salud y medios alternativos de solución de conflictos, quien tiene a cargo promover el proceso de comunicación entre las partes de manera neutral e imparcial y conducir adecuadamente un procedimiento de mediación. El especialista en mediación, para ser designado y ejercer su función, debe de contar con el registro y adscripción de mediador especializado en materia de salud ante el CECONAR.”

Sobre el centro de arbitraje se encuentra desarrollado en los artículos 17 y ss.

Mientras que el especialista en arbitraje “es un abogado habilitado con conocimientos en materia de arbitraje y temas de salud, quien brinda asistencia administrativa y técnica al Tribunal Arbitral en la gestión de procesos arbitrales. Reporta directamente a la Secretaría Técnica del Centro de Arbitraje.”

En conclusión, el sistema de solución de conflictos del Perú se ha ido desarrollando lentamente sin embargo es muy interesante de revisar ya que con el tiempo ha ido creciendo y adoptando herramientas para solucionar los conflictos que se produzcan y esperamos que con el tiempo de buenos resultados.

#### **d. España.**

España es un país con un sistema de autonomías regionales, un sistema no federal como el argentino o el mexicano pero tampoco unitario como el Perú o nuestro país.

Sobre la responsabilidad civil, España no obliga a realizar un proceso de mediación anterior a la demanda. Sin perjuicio de esto, las autonomías regionales pueden generar pueden regular un sistema diferente acorde a Hernández y Munuera “las leyes autonómicas de mediación publicadas, las que tratan de forma amplia el tipo de conflicto que se puede resolver en mediación.”<sup>27</sup> Por un lado siguiendo a Hernández y Munuera “la Ley 15/2009, de 22 de julio sobre Mediación en el ámbito del Derecho Privado de la Comunidad de Cataluña, Ley 1/2009 de 27 de febrero reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía y por último la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles”<sup>28</sup> y por otro lado tenemos el procedimiento ordinario.

De las leyes de las autonomías, se indica la ley 1/2009 de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la 15/2009, de 22 de julio sobre Mediación en el ámbito del Derecho Privado de la Comunidad de Cataluña las cuales tratan únicamente sobre temas de familia, lo cual no se establece un procedimiento previo a la demanda sanitaria.

Sin embargo, la ley 5/2012 establece en su artículo 2 que “Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.” A su vez “2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral”

---

<sup>27</sup> Hernández Navarro, J.C., & Munuera Gómez, MP. Op. Cit. p. 54.

<sup>28</sup> Ibid.

Finalmente, en su art. 6 se establece la voluntariedad del procedimiento “1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

El procedimiento ordinario para reclamar la responsabilidad médica no pide una mediación previa para la realización de la demanda. Para la presentación de esta se puede realizar tanto por responsabilidad civil contractual como extracontractual o ambas juntas. Según la doctora Esther Monterroso “En este sentido, la jurisprudencia mayoritaria sostiene que el perjudicado puede optar entre ambas acciones de resarcimiento (ejercitándolas incluso alternativa y subsidiariamente): la originada por el contrato y la derivada del acto ilícito extracontractual cuando “el hecho causante del daño sea al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro” ” (SSTS de 22 de febrero de 1991, 6 de octubre de 1992, 15 de febrero de 1993, 1 de abril y 29 de noviembre de de 1994, 15 de junio de 1996, 28 de junio y 31 de diciembre de 1997, 6 de mayo y 24 de julio de 1998, 8 de abril y 10 de noviembre de 1999, 8 de febrero de 2000 y 24 de marzo de 2001, entre otras)”<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia médica y responsabilidad civil. <https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF>.

La legislación española, similar a la nacional, sigue la teoría general de responsabilidad, donde debe existir según García Caridad:

“1. Una acción u omisión antijurídica del médico.

2.-Que esa acción u omisión sea dolosa o culposa

3.-Que se haya producido un daño real

4.-Que haya una relación causal entre el actuar del médico y el daño sufrido por el paciente.”<sup>30</sup>

A su vez, la carga de la prueba resulta interesante al no existir una idea de responsabilidad objetiva es el paciente el que, según Monterroso “debe probar la realidad de los hechos y el nexo causal existente entre la conducta negligente del facultativo y el daño sufrido”<sup>31</sup> salvo con excepciones que la jurisprudencia ha ido realizando. Si bien nuestra tesis escapa de este tema, es llamativa la forma en que se ha ido entendiendo la forma en que la jurisprudencia ha ido fallando.

La primera excepción es sobre la medicina satisfactoria, aquella en la que la obligación del médico es la de mejorar estéticamente a la persona debido a que se considera que es una obligación de resultados.

La segunda corresponde según Monterroso a “los supuestos en los que se ha producido un daño anormal y desproporcionado, a lo que comparativamente es usual, entre la intervención médica y el resultado. En esta situación, se considera acertada la inversión

---

<sup>30</sup> La responsabilidad civil del médico. José Antonio García Caridad. EN: Lecciones de derecho sanitario. Francisco Javier Sanz Larruga (dir. congr.), Jose María Gómez y Díaz-Castroverde (dir. congr.), Miguel Juane Sánchez (coord.). Editorial: Universidad de Coruña, Servizo de Publicacións. 1999, España.

<sup>31</sup> Op. Cit. Monterroso Casado.

de la carga, debiendo ser el médico el que pruebe que ese daño no fue debido a su actuación por encontrarse en mejor posición para justificar su conducta.”<sup>32</sup>

Finalmente, Monterroso nos indica que en tercer lugar corresponde a una disponibilidad probatoria que no queda desacreditada por prueba en contrario, esto es “en consonancia con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 24 . En tal caso, el deber de probar recae sobre el médico “que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión” (STS 21 de enero de 2003).”<sup>33</sup>

En tanto, la legislación española no ha adoptado medidas alternativas de solución de conflictos de manera obligatoria y ha ido desarrollándose de acuerdo con la jurisprudencia de los casos en los que se juzga la responsabilidad médica.

Finalmente, los países anteriormente mencionados han creado diversos métodos para tratar la responsabilidad médica, tanto de arbitraje y mediación como también el acceso inmediato a la justicia.

Dentro de todo, los países han ido evolucionando sus métodos tanto como Perú o México y España que la jurisprudencia ha ido aceptando teorías en favor de los pacientes, mientras

---

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.

que en nuestro país se ha mantenido una legislación que no ha visto ninguna actualización ni tampoco una ayuda para los problemas de los ciudadanos.

## 2. La mediación en salud en Chile.

En este apartado trataremos sobre la historia de la ley 19.966 y los principales objetivos planteados por el Presidente Lagos, siguiendo con la forma que se lleva a cabo la mediación en salud que se realiza en nuestro país, incluida la actualización de la ley 21.226 creada durante la pandemia y finalizamos el capítulo realizando un análisis respecto a la mediación y conclusión respecto a los datos entregados por el CDE sobre las mediaciones realizadas en nuestro país.

### 2.1. Historia de la ley.

La ley 19.966 comienza a tramitarse con el mensaje del entonces Presidente Ricardo Lagos Escobar, el día 22 de mayo del año 2002. En primera instancia no se había agregado un apartado sobre la responsabilidad sanitaria de la que respondería el Estado. Durante el Primer Informe de la Comisión de Salud, emitido el 30 de abril de 2004, en el segundo trámite constitucional se incorporó al texto del proyecto un nuevo título denominado “De la responsabilidad en Materia Sanitaria”<sup>34</sup>, en primera instancia, el profesor Pierry Arrau recomendó la realización de un agotamiento de las vías administrativas antes de una

---

<sup>34</sup> Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público. María Soledad Lagos Ochoa.

demanda directamente ante tribunales en la que señalaba “El afectado deberá presentar la solicitud de reparación económica de los daños ocasionados, ante el respectivo Director del Servicio de Salud, especificando las lesiones producidas o las circunstancias de la muerte, en su caso, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio, la falta que se imputa y la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial; acompañando todos los antecedentes que estime convenientes, dando de esta forma inicio al procedimiento administrativo”<sup>35</sup>. Sin embargo esta propuesta fue rechazada.

Posteriormente el Presidente de la República modificó el proyecto de ley enviado, agregando un título sobre la responsabilidad sanitaria y en especial sobre la mediación. Indicando que “...El ejercicio de las acciones jurisdiccionales para obtener la reparación de los daños ocasionados por los Servicios de Salud, Establecimientos de Autogestión en Red y Establecimientos de Salud de Carácter Experimental, para estos efectos, los “prestadores institucionales públicos”, en el ejercicio de sus funciones legales de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación a través de la Secretaría Regional Ministerial de Salud.”<sup>36</sup>

“Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión efectuó diversas consideraciones críticas, siendo la más importante de ellas que el mediador, conforme a la indicación, sea un funcionario público (...) Se estimó que el Consejo de Defensa del Estado es un organismo idóneo para

---

<sup>35</sup> Ibid.p.1

<sup>36</sup> Historia de la Ley N° 19.966 (2004: 791)

este efecto, ya que, si bien es de carácter público, es independiente del Gobierno de turno.”<sup>37</sup>

Finalmente la ley 19.966 fue promulgada el día 25 de agosto del año 2004 y las mediaciones comenzaron en marzo del 2005, una vez dictado el reglamento de la ley 19.966 que regula la forma en que debe efectuarse la mediación, el decreto 47 del año 2005.

## **2.2. Mediación. Regulación legal.**

Durante el presente subtítulo trataremos respecto a la ley 19,996 y el procedimiento establecido para la realización de la mediación, como funciona tanto en sede pública como privada y finalmente sobre la ley 21.226 aprobada durante la pandemia que da ciertas modificaciones que se deben tener en cuenta.

### **a. La mediación obligatoria de la ley 19.966. Exposición normativa.**

La ley 19.966 es la fuente vital del procedimiento de responsabilidad en materia sanitaria respecto del sistema público de salud. En primer lugar, desde el artículo 43 de la ley AUGE se establece el procedimiento de mediación obligatoria como requisito de procedibilidad.

Este requisito implica que antes de interponer una demanda por responsabilidad civil médica, se debe necesariamente acudir a una audiencia de mediación, sin perjuicio de lo que trataremos en los próximos capítulo- hay una diferencia inmediata si la negligencia se

---

<sup>37</sup> Op. Cit. 38

ha cometido en servicios prestadores de salud público o privado. Esto debido a que los primeros deben solicitar la audiencia de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, y los segundos ante los mediadores enumerados en la ficha de la Superintendencia de Salud. Sobre los establecimientos lo explicaremos en el apartado siguiente.

A su vez, este mismo artículo 43 de la ley AUGE, indica que la mediación “es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”.

El artículo 44 inciso primero trata del inicio del procedimiento de mediación público, el cual implica presentar un reclamo ante el CDE y los requisitos de este. En el inciso segundo se menciona únicamente que en caso de ser prestador privado se debe acudir ante la SIS. Se señala un punto interesante en su tercer inciso indicando que el mediador debe citar a cualquier otra parte que pueda tener interés en el acuerdo, siendo obligación del funcionario la citación correspondiente a alguna parte interesada.

El plazo contemplado para la mediación es de 60 días prorrogable hasta por 120 días. Durante el transcurso de este plazo, se entenderá suspendido el plazo de prescripción, tal como lo establece el art. 45 de la ley.

La mediación también se encuentra regulada por el decreto N°47 del Ministerio de Salud del año 2005. En su artículo 17, al igual que en el artículo 49 de la ley AUGE, indica ciertos principios que deberán seguirse dentro de la mediación; tales como los de igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y probidad.

Los principios de la mediación se encuentran detallados en el reglamento de mediación, decreto 47 del 2005:

“Artículo 4º.- Principios Generales. Para los efectos de este Reglamento y el procedimiento de mediación establecido en la ley N° 19.996, se entenderá por:

i. Principio de Igualdad: El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio.

ii. Principio de Celeridad: El procedimiento de mediación impulsará de oficio en todos sus trámites, el mediador y los funcionarios públicos que de cualquier modo intervengan en él deberán actuar por propia iniciativa, salvo respecto de las actuaciones que correspondan a las partes, haciendo expeditos trámites del procedimiento y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar su pronta y debida solución.

iii. Principio de Confidencialidad: El mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso mediación y estará amparado por el secreto profesional.

vi. Principio de Imparcialidad: El mediador debe actuar con objetividad, cuidando de no favorecer o privilegiar a una parte en perjuicio de la otra y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación.

v. Principio de Voluntariedad: Cualquiera de las partes podrá, en todo momento, expresar su voluntad de no perseverar el procedimiento, el que se dará por terminado, dejando constancia en un acta que deberá ser firmada por las partes y el mediador.

vi. Principio de Probidad: Consiste en observar una conducta intachable y desarrollar un desempeño honesto y leal de función de mediador, con preeminencia del interés de las partes y de la sociedad por sobre el particular.

A pesar de que dentro de los principios de la mediación se encuentra el de voluntariedad, el artículo 33 del reglamento trata el término de la mediación entre las cuales se encuentra “por la decisión voluntaria de cualquiera de las partes de no perseverar en un procedimiento en trámite, sin necesidad que se exprese motivación alguna. Ordinariamente esto ocurrirá cuando la parte que se retira entienda que no se llegará a un acuerdo satisfactorio, o bien, cuando no se dan las condiciones adecuadas para seguir una negociación razonable.”<sup>38</sup>A partir de lo anterior, es posible visualizar una contradicción, sobre el principio de voluntariedad al tener que acudir de forma obligatoria este procedimiento y gastar un tiempo y dinero en la presentación del reclamo ante el CDE o la SIS, y así mismo lo ha indicado Diego Palomo Vélez y Williams Valenzuela Villalobos señalando:

“Consideramos que el obstáculo al acceso a la jurisdicción que representa la imposición de este procedimiento previo y obligatorio de mediación no resulta ser ni razonable ni compatible con un punto central de la mediación, cuál es su voluntariedad, principio que constituye uno de los fundamentos esenciales de este procedimiento.

La mediación obligatoria constituye un contrasentido al concepto mismo de voluntariedad, alejándose de los fundamentos y finalidad propia del mecanismo, por más que en algunos países de Latinoamérica y en nuestro país se haya terminado por

---

<sup>38</sup> Varios Autores,. Op. Cit. p.232

“redefinir” a la baja este principio para salvar los “papeles” de una explicación del principio que se hacía difícil con la instalación de la obligatoriedad previa.”<sup>39</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que el artículo 47 de la ley y los artículos 5 al 13 del reglamento señalan que, “el carácter de obligatoriedad del trámite alcanza solo la primera audiencia fijada por el mediador.”<sup>40</sup> El mismo inciso segundo del artículo 47 indica que “Las partes, en cualquier momento de la mediación, podrán expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento, el que se dará por terminado mediante un acta que deberá ser firmada por aquéllas y el mediador. En caso de que alguna de las partes se niegue a firmar, se dejará constancia de ello.”

Por tanto, aunque se reglamente un principio de voluntariedad este se encontraría totalmente afectado por la obligatoriedad del procedimiento, forzando a que las víctimas susceptibles de interponer una demanda por responsabilidad médica deban tener que acudir necesariamente a una audiencia de mediación, aunque no exista ninguna intención llegar a un acuerdo mediante esta vía alternativa.

Continuando con el estudio normativo, a su vez, durante la primera audiencia el mediador debe informar, entre otras cosas, los objetivos de la mediación a la luz del artículo 47. Y

---

<sup>39</sup> Palomo Vélez, D. y Valenzuela Villalobos, W. Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece la ley 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional. *Ius et Praxis* [online]. 2012, vol.18, n.2 [citado 2022-07-07], pp.387-426. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122012000200014&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200014&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200014>.

<sup>40</sup> Parra Sepúlveda, D.; Olivares-Vanetti, A. y Riesco-Mendoza, C. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD Y SU ROL EN LA RELACIÓN SANITARIA. *Rev. derecho (Concepc.)* [online]. 2018, vol.86, n.243 [citado 10-01-2023], pp.121-144. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-591X2018000100121&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2018000100121&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0303-9986. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2018000100121>. p.132.

sobre la asistencia a la mediación, acorde al art. 48 de la ley, se puede asistir personalmente, y señala que la concurrencia de un letrado es facultativa. El mediador tendrá una amplia libertad de sesión con las partes, incluso puede llegar a reunirse de manera separada con ellas. Siguiendo el art. 49 de la ley, el “Asimismo, deberá mantener una actitud imparcial y velar porque se respeten los principios de igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad. Además, en el inciso segundo de este artículo se señala que “El mediador deberá ayudar a las partes a llegar por sí mismas a la solución de su controversia, sin perjuicio de proponer bases para un acuerdo, en caso de ser necesario.”

El mediador puede tomar las características de un conciliador en caso de ser necesario, según prescribe este mismo artículo cuando señala que: “para ello procurará tomar contacto personal con las partes, podrá efectuar visitas al lugar donde ocurrieron los hechos, requerir de las partes o de terceros los antecedentes que estime necesarios y, a menos que cualquiera de las partes se oponga, solicitar informes técnicos a expertos sobre la materia de la mediación, cuyo costo será de cargo de las partes.”

El artículo 50 indica la forma en que resguardará la imparcialidad del mediador nombrado por el CDE, indicando que, “Las partes podrán solicitar la inhabilidad del mediador y el nombramiento de otro al Consejo de Defensa del Estado, el que resolverá en una única audiencia, a más tardar dentro de tercer día hábil. Si alguna de las partes no se conformará con la decisión, se entenderá fracasado el procedimiento y se levantará un acta.”. A continuación el inciso segundo señala que puede hacerse la inhabilidad de oficio “Sin perjuicio de lo anterior, si el mediador considera que existen hechos o circunstancias que

lo inhabilitan para intervenir en el asunto, deberá declararlo de oficio y traspasarlo a otro, según establezca el reglamento. Si el mediador no considera grave la causal, expondrá la situación a las partes y, si éstas no se oponen, proseguirá el procedimiento ante él. En caso contrario, el asunto será traspasado a otro mediador.”

Finalmente, otro de los principios más importantes de la mediación es el de secreto o confidencialidad que se respeta de acuerdo a lo indicado en el artículo 51:

“Para permitir el éxito del procedimiento todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán el carácter de secretas.”

De conformidad a lo establecido en el inciso precedente, tanto el mediador como las partes involucradas deberán guardar reserva de todo lo que hayan conocido durante o con ocasión del proceso de mediación. Este deber de confidencialidad alcanza a los terceros que tomen conocimiento del caso a través de informes o intervenciones que hayan contribuido al desarrollo o al éxito del procedimiento. La violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, los documentos e instrumentos, públicos o privados, que sean acompañados al procedimiento, no quedarán afectos al secreto y su uso y valor probatorio en juicio posterior se regirá por las reglas generales. Las partes podrán requerir la devolución de los documentos e instrumentos acompañados una vez concluido el procedimiento de mediación.”

Sobre este último inciso si bien se deja claro que la los instrumentos y documentos presentados pueden ser ocupados en el juicio, surge la duda en los casos que el mismo CDE termina tomando la defensa de los establecimientos, lo que podría eventualmente

afectar el debido proceso y la igualdad de armas al mostrarle a un eventual rival, la estrategia a seguir y sus pruebas. A lo que nos referiremos en el capítulo posterior sobre lo que la doctrina ha tratado sobre esto.

Continuando con la legislación, el artículo 52 señala “Las citaciones que este Párrafo establece se regirán por lo dispuesto en el Párrafo 1º del Capítulo III de la ley N°19.880.”

La naturaleza jurídica que tendrá el acuerdo en la mediación lo indica el artículo 53 “en caso de llegar a acuerdo, se levantará un acta firmada por las partes y el mediador. En ella se describirán los términos del acuerdo, las obligaciones que asume cada una de las partes y la expresa renuncia del reclamante a todas las acciones judiciales correspondientes. El acta surtirá los efectos de un contrato de transacción.” en los incisos posteriores hablan sobre el monto máximo a pagar, sin embargo, lo veremos a continuación de manera más detallada.

Sobre los requisitos para ser mediador por el área privada se encuentran en el artículo 54 “Para ser inscrito en el Registro de Mediadores, se requiere poseer título profesional de una carrera de a lo menos diez semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, cinco años de experiencia laboral y no haber sido condenado ni haber sido objeto de una formalización de investigación criminal, en su caso, por delito que merezca pena aflictiva.

La Superintendencia de Salud establecerá los aranceles que corresponda pagar por la mediación, en el caso del inciso segundo del artículo 43. Esto se verá también en mayor detalle en el subtítulo siguiente. Finalmente, en el artículo 55 trata sobre el control y designación de los mediadores de la SIS señalando que “Mediante un reglamento dictado

conjuntamente por los Ministerios de Salud y de Hacienda se establecerá la forma de designación de los mediadores, las modalidades de control de éstos, las causales de eliminación del Registro y las demás normas que permitan el funcionamiento del sistema establecido en el presente Párrafo.”

Respecto al procedimiento de mediación, este comienza con la solicitud de la mediación acorde al art. 22 del reglamento:

- “a) Nombre completo, cédula de identidad, edad, profesión u oficio y domicilio;
- b) Nombre completo, cédula de identidad, edad, profesión u oficio y domicilio del representante, si fuere legalmente necesaria su actuación;
- c) Motivo del reclamo, individualizando al prestador; y
- d) Peticiones concretas en contra del prestador reclamado, si fuere posible.”

Así las cosas, el artículo 25 señala que debe realizarse un examen previo del reclamo señalando si el conflicto cumple con los requisitos de someterse a una mediación.

“Previamente a la designación del mediador, el Consejo o la Superintendencia en su caso, examinará si el reclamo recibido corresponde al ámbito de la mediación, pudiendo requerir al reclamante para que complete, aclare o enmiende los datos o antecedentes que fueren necesarios. Si el reclamo notoriamente no corresponde al ámbito propio de la mediación, no se admitirá a tramitación y el Consejo o la Superintendencia en su caso declarará inadmisibles mediante resolución fundada que se notificará al interesado, quien podrá pedir reposición dentro de quinto día hábil.”

Finalmente, el artículo 33 del reglamento señala las formas de término de la mediación, siendo estas:

- “a) Por decisión voluntaria de cualquiera de las partes de no perseverar en el procedimiento;
- b) Por falta de comparecencia de las partes a las audiencias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29;
- c) Por expiración del plazo de la mediación;
- d) Por haberse llegado a acuerdo entre las partes;
- e) Cuando la designación del mediador corresponda al Consejo, por no aceptación de cualquiera de las partes de la decisión recaída en la solicitud de inhabilidad del mediador;
- f) Por no haber sido aprobado el acuerdo, cuando ello procediere de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de este reglamento.”

**b. Funcionamiento público y privado de la mediación.**

Habiendo ya explicado normativamente la mediación obligatoria, resulta pertinente adentrarnos en las diferencias esenciales que caracterizan a los establecimientos públicos y privados para llevar a cabo el trámite de mediación.

Serán establecimientos públicos aquellos que forman parte de redes asistenciales, a partir de la ley 19.996 de acuerdo con el art. 43 “el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N°2.763, de 1979, o sus funcionarios.”

Sobre estos prestadores públicos cabe tener presente que están indicados en el art. 17 en el DL 2.763 “La Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los

establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenio con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2° de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población.”

Mientras que la ley no define qué se considera como prestador de salud privado, el reglamento de mediación N°47 del año 2005 indica que son aquellos “regulados por el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, decreto supremo n°161 de 1982, del Ministerio de Salud, y aquellos prestadores individuales reconocidos por el artículo 112 del Código Sanitario.”

Se produce una situación compleja respecto a determinados prestadores que no parecen encontrarse en ninguna de las categorías antedichas, como era el caso especial del Hospital Clínico de la Universidad de Chile. Ya que por un lado la Contraloría General de la República, en su dictamen 17.159 del año 2009 indica que:

“en efecto, ninguna de las tres hipótesis normativas que -con arreglo artículo 17 del decreto con fuerza de ley antes indicado- -adscriben a un prestador de salud a la red asistencial, se configura respecto de ese hospital, toda vez que éste no forma parte de ningún Servicio de Salud, no es un establecimiento municipal, ni ha suscrito un convenio con alguno de dichos Servicios para atender coordinadamente las necesidades de salud de la población.”<sup>41</sup> Sin perjuicio de esto, el dictamen también señala que “por otra parte,

---

<sup>41</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen n° 17.159, del 3 de abril de 2009 [en línea]. [consulta: 12 enero 2023]. Disponible en:

tampoco la señalada Superintendencia de Salud tiene competencia para intervenir en un procedimiento de mediación en reclamos formulados por daños que se hayan ocasionado a los pacientes, en prestaciones asistenciales entregadas en el hospital materia de la consulta, porque el inciso segundo del citado artículo 43, sólo la habilita para hacerlo en el caso de los prestadores privados, calidad que no inviste el Hospital Clínico de la Universidad de Chile.”<sup>42</sup>

“En mérito de lo expuesto, esta Contraloría General cumple con informar que los procedimientos de mediación previstos en el artículo 43 y siguientes de la ley N° 19.966, no son aplicables a los reclamos formulados en contra del Hospital Clínico de la Universidad de Chile, por eventuales daños provocados a los pacientes en los términos previstos en ese texto legal.”<sup>43</sup>

El profesor Cárdenas, por otra parte, ha señalado que el hospital de la Universidad de Chile y cualquier otro que esta institución maneje está dentro de un prestador privado de salud puesto que es una institución que está dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio.<sup>44</sup> Como excepción, podría darse en único caso, podrá ser mediado por el consejo “sólo si los hechos ocurrieron con motivo de una atención médica otorgada en este hospital, luego de una derivación desde el Servicio de Salud Metropolitano Norte” a su

---

<https://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri%5Cboletinjurisprudencia.nsf/DetalleDictamenBoletin?OpenForm&UNID=EDEB32C0C802A22B84257597004B7203>.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Cárdenas Villarreal, H. y Moreno Molinet, J. Op. Cit. P. 17.

vez también se suman los establecimiento de salud de carácter experimental MINSAL debido a que tienen patrimonio propio y personalidad jurídica.<sup>45</sup>

Siguiendo la teoría de la contraloría, si estuviésemos frente un eventual caso de responsabilidad médica dentro del Hospital de la Universidad de Chile, corresponde el acceso inmediato a la vía judicial. Así se ha estimado de acuerdo a la jurisprudencia.<sup>46</sup> Sin perjuicio de esto, se tratará adelante nuevamente el caso del Hospital Clínico de la

---

<sup>45</sup> Ibid. p. 16.

<sup>46</sup> Robledo Degado Gloria/ Hospital Clínico Universidad de Chile:19-03-2018 (-), Rol N° 9550-2017. En Buscador Corte de Apelaciones (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?191k>). Fecha de consulta: 24-01-2023. Se indica que será aplicable el régimen establecido por la ley 19.966 cuando concorra con el “convenio de la Universidad de Chile con el Servicio de Salud Metropolitano Norte, de 10 de junio de 2004-, siempre y cuando actúe en el marco de dicho convenio, esto es, cuando las prestaciones asistenciales del hospital universitario se realizan por cuenta del señalado Servicio. En el presente caso, sin embargo, acorde se indica en la demanda, la actora ingresó al hospital universitario con programa PAD (Pago Asociado a Diagnóstico) FONASA, (Fondo Nacional de Salud), de manera que las prestaciones objeto de la acción indemnizatoria incoada no se realizaron en el marco del convenio con el Servicio de Salud Metropolitano Norte, de 10 de junio de 2004, sino en virtud de acuerdo celebrado entre la demandada Universidad de Chile y FONASA, por ende, no resultan aplicables las disposiciones del artículo 43 y siguientes de la Ley 19.966 antes citada.” Flores Carvajal Víctor/Hospital Clínico Universidad de Chile - (CASACIÓN Y APELACIÓN) - VUELVE A TABLA: 23-09-2021 (-), Rol N° 5408-2019. En Buscador Corte de Apelaciones (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?ggo0>). Fecha de consulta: 24-01-2023. Se indica que la aplicación de la ley 19.966 no afectaría en el procedimiento llevado a cabo “Que como se observa el fallo impugnado no incurre en los vicios denunciados, toda vez que en el juicio se han debatido los elementos de la responsabilidad extracontractual; sobre ellos versó la controversia, tal como se desprende de la ponderación que realiza el magistrado de las piezas probatorias aportados por las partes y la conclusión de que en la especie resultan concurrentes los requisitos de aquel, esto es, el hecho, la culpa o negligencia de la demandada, el daño producido y la relación causal que se requiere en la responsabilidad civil. Así las cosas, la mención en los fundamentos 7°, 16° y 19° a la ley N°19.966, y al concepto de “falta de servicio”, en nada alteran las demás conclusiones del juez en torno a los elementos concurrentes de la responsabilidad extracontractual que se demandó, por lo que dichas menciones no tienen influencia en lo dispositivo del fallo, pues se trata únicamente de una referencia, pero que en caso alguno constituye la normativa que, en último término, se aplicó para la resolución de la litis.”

Y Flores Carvajal Víctor/Hospital Clínico Universidad de Chile - (CASACIÓN Y APELACIÓN) - VUELVE A TABLA: 04-01-2023 ((CIVIL) CASACIÓN FORMA Y FONDO), Rol N° 92294-2021. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?b2sfl>). Fecha de consulta: 24-01-2023. Se vuelve a señalar que no se aplicó la ley 19.966 ni la mediación correspondiente acorde al art. 43, a esto la Corte Suprema indica “que, en consecuencia, no concurriendo las infracciones a las normas en que se sustenta el recurso de nulidad en examen, éste no puede prosperar por adolecer de manifiesta falta de fundamento. Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisibles el recurso de casación en la forma y se rechaza por manifiesta falta de fundamento el recurso de casación en el fondo deducidos por la parte demandada, en su presentación de doce de octubre de dos mil veintiuno, en contra de la sentencia de veintitrés de septiembre del mismo año, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.”

Universidad de Chile puesto que existe un uso por parte de esta para impedir que se le demande directamente y aplicaría excepciones dilatorias para evitar esto.

Cabe destacar que durante el año 2022 el 8 de noviembre, se presentó un proyecto de ley que incluía al Hospital Clínico de la Universidad de Chile (Dr. José Joaquín Aguirre) a la red pública de salud nacional. Durante el año 2023 fue aprobado y finalmente el día 9 de noviembre de ese año se promulgó la ley.<sup>47</sup> Generando modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469. Cabe destacar que estas modificaciones entraron en vigencia el día 1 de enero del año 2024, dando por resuelta un problema que se encontraba sin resolución explícita garantizando y estableciendo al Hospital Clínico de la Universidad de Chile como un establecimiento que forma parte de la red pública de salud, que se encuentra regulado en el art. 17 bis y siguientes del decreto con fuerza de ley anteriormente señalado.

Finalmente, se debe tener en cuenta a los Hospitales de las Fuerzas Armadas, de Orden y Penitenciarios, que acorde a la página del CDE,<sup>48</sup> en estos casos debe procederse inmediatamente en vía judicial y escapan de nuestro trabajo.

Establecidas cuáles serían aquellos prestadores de salud públicos de aquellos privados, estos también tienen diferencias en el modo que la mediación será realizada.

Por un lado, tenemos a los usuarios de la salud estatal pública que en caso de existir una negligencia se debe acudir al Consejo de Defensa del Estado.

---

<sup>47</sup> **Boletín:** 15486-11. Senado.cl

<sup>48</sup> Consejo de Defensa del Estado. (s.f)Servicio de mediación por daños en salud. Disponible en <https://www.cde.cl/mediacion/>

Para este procedimiento de mediación se nombrará un mediador de manera gratuita con el fin de la realización de esta con la participación del establecimiento y en muchos casos junto con el médico tratante, recordemos el artículo 43 inciso primero que señala que el ejercicio de las acciones podría ser tanto contra los prestadores institucionales públicos o sus funcionarios.

El artículo 43 inciso segundo establece que los usuarios de establecimientos privados deben interactuar con la lista de mediadores que entrega la Superintendencia de Salud, siendo costeados por las partes “el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes.”

Además, se debe tener en consideración los requisitos para ser mediador, la ley en su art. 43 indica los requisitos para ser mediador por el CDE indicando que pueden ser tanto uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o cualquier persona que cumpla los requisitos del art. 54 y para ser mediador de la SIS, debe cumplir los requisitos del artículo 54, artículo del cual ya nos referimos en el apartado anterior.

El reglamento N°47 del año 2005 es la principal fuente de procedimiento en cuanto a la realización de una mediación, ya que se explicita metódicamente los pasos a seguir. Sin perjuicio de esto, el reglamento sí posee diversas diferencias, entre las cuales destaca el control sobre los reclamos ante la SIS existentes acorde al art. 38 “Control de la Superintendencia de Salud. En conformidad a lo previsto en el artículo 55 de la ley N° 19.966, y con el fin de garantizar el adecuado desempeño de los mediadores, su actividad

será controlada a través de las siguientes modalidades: 1) Informes; 2) Reclamos; 3) Inspecciones”. Mientras que el control sobre los mediadores del CDE se indica que se ejercerá el control que se hace a los funcionarios públicos mientras que los mediadores privados son controlados por la SIS.

Otra diferencia relevante es respecto a los montos máximos de pago, según el artículo 36 del reglamento de mediación indica que “Los contratos de transacción en los que sean parte los prestadores institucionales públicos deberán ser aprobados por el Consejo de Defensa del Estado, según lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 7° del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda, cuando se trate de sumas superiores a 1.000 Unidades de Fomento. Además, los contratos de transacción deberán ser aprobados por resolución del Ministerio de Hacienda, cuando el valor que se asuma pagar sea superior a 3.000 Unidades de Fomento” sobre este tema, se debe tener en consideración la resolución N°142 exenta que indica el monto máximo que se paga por distintos casos.

En caso de Muerte	Hasta 3.500 UF
En caso de Gran Invalidez	Hasta 3.300 UF
En caso de Invalidez Total	Hasta 2.500 UF
En caso de Invalidez Parcial	Hasta 2.000 UF
Otros daños (incapacidad temporal)	Hasta 1.000 UF. <sup>49</sup>

<sup>49</sup> UF a la fecha 37.587 pesos.

Mientras que sobre las instituciones privadas no se limita la cantidad total que se puede entregar para los acuerdos, y los montos anteriores no tienen una utilidad más allá de ser un parámetro. Cabe señalar que, este monto máximo es únicamente cuando trata respecto al acuerdo de mediación y no son límites a lo que el juez puede otorgar a la indemnización y es usado únicamente como parámetro para determinar la indemnización junto con otros.<sup>50</sup> Un ejemplo de esto puede verse en la causa caratulada “Guillen con Hidalgo”, se usa como defensa por parte de la demandada que los límites que establece la ley y la resolución n° 142 exenta sobre el monto máximo “Argumenta que en materia de responsabilidad sanitaria existen parámetros ilustrativos de los montos de las indemnizaciones, según la gravedad de las lesiones, en los términos del artículo 41 de la Ley N° 19.966, y que el inciso final del artículo 36 de dicha ley, señala que una Resolución Administrativa establecerá los montos máximos que, en virtud del procedimiento de mediación, podrán pagar los prestadores institucionales públicos. Además, por Resolución N° 142, del Ministerio de Hacienda y de Salud, Subsecretaría de Salud, de 8 de abril de 2005, se establecieron los montos máximos que, en virtud del procedimiento de mediación regulado en la Ley N° 19.966, podrán pagar los prestadores institucionales”, en este sentido también en la causa ROL 1621-2020 C.A. de Concepción.<sup>51</sup> Y en el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Punta Arenas en el fallo ROL 12-2017 señala que se utilice el límite como parámetro no es indicador de límite al monto máximo a entregar “Séptimo:

---

<sup>50</sup>Guillen/Hidalgo: 07-12-2022 (-), Rol N° 326-2022. En Buscador Corte de Apelaciones (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?bs2pu>). Fecha de consulta: 23-01-2023. C.A de Arica.

<sup>51</sup>ANONIMIZADO: 30-07-2021 (-), Rol N° 1621-2020. En Buscador Corte de Apelaciones (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?ktg0>). Fecha de consulta: 24-01-2023. También se usa como defensa para pedir un descuento de la indemnización. C.A. de Concepción.

que, sobre el monto de la indemnización es pertinente tomar en consideración otras situaciones semejantes en relación con parámetros regulados como en la Resolución exenta 142 de 8 de abril de 2005, que establece montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la Ley 19.966, del Ministerio de Salud y el de Hacienda. Concibe 3.500 UF en caso de muerte que ascienden a \$93.278.080 al día 14 de junio de 2017.<sup>52</sup>

Como lo indicamos anteriormente, el procedimiento llevado ante el CDE es gratuito. Y el reglamento regula sobre el arancel que se cobran los mediadores de la SIS, indicando que corresponde a esta institución fijar los montos máximos, que en la resolución 71 exenta, del año 2018 fija en 223.800 pesos el arancel máximo en 60 días, con la prórroga, se debe agregar la suma de 74.200 dando en total una cantidad de 298.000, teniendo en cuenta que el sueldo mínimo nacional es de 410.000. Dejando una clara discriminación sin sentido entre aquellas personas que se traten en centros públicos contra personas que se traten en centros privados.

Finalmente, comentaremos el tema de la mediación prejudicial respecto a prestadores públicos de salud versus los prestadores privados. En la doctrina no se ha discutido en profundidad este tema, sin embargo el profesor Álvaro Vidal ha establecido que la mediación por prestadores privados de salud, la realización de la esta es facultativa tal como lo indica su libro para la academia judicial, “En el caso de las acciones contra las clínicas o médicos privados, esta mediación tiene el carácter de facultativa, y en caso de

---

<sup>52</sup> ANONIMIZADO: 14-06-2017 (-), Rol N° 12-2017. En Buscador Corte de Apelaciones (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?ps6f>). Fecha de consulta: 21-05-2024. Que la Corte utilice el límite como parámetro no es indicador de límite al monto máximo a entregar. C.A. de Punta Arenas

optarse por ella, debe solicitarse ante la Superintendencia de Salud. Basta que no exista acuerdo respecto del mediador para que se entienda fracasada”<sup>53</sup> y así la jurisprudencia ha ido avanzando en el reconocimiento de que en sede privada no es obligatoria tal como la indica la ley, y así lo indica la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Coyhaique en el caso “Arcaya con asociación Chilena de Seguridad” (caso que estudiaremos más en profundidad en los venideros capítulos) en el cual falla indicando que no es requisito una mediación en sede privada para la presentación de una demanda ante tribunales de justicia. Esto ha sido reflexionado respecto a que el legislador no ha indicado en la ley 19.966 la palabra “previamente” en el art. 43 inc. segundo como si lo hace respecto al inc. primero sobre los prestadores públicos, además que no es obligatorio asistir a la primera audiencia de mediación para poder indicar que no se quiere mediar -a diferencia ante el CDE- basta la mera discordia en la elección del mediador para que esta se entienda inmediatamente fracasada. Lo que termina por producir una discriminación aún mayor entre ciudadanos que acudan ante el CDE o ante la SIS. Lamentablemente la jurisprudencia de los tribunales superiores no ha resuelto a favor de esta situación y mandata a necesariamente tener que realizar el procedimiento de mediación contradiciendo así al mismo legislador.

### **c. La ley 21.226, Tribunales durante la pandemia.**

Debido a la pandemia por COVID-19, hubo variadas consecuencias que culminaron en bastantes restricciones sanitarias. Durante el transcurso del primer año de la pandemia, se

---

<sup>53</sup> Vidal, A. Responsabilidad civil y negligencia médica. Academia Judicial de Chile, Material docente N° 5. Santiago, Chile 2020 p. 240.

dictaron unas cantidades relevantes de leyes de mitigación para evitar una cantidad importante de contagiados.

En dicho contexto, el día 2 de abril del 2020 se publicó la ley 21.226, la cual “Establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile.”

Siguiendo al Juez Pedro García respecto a esta normativa, ha señalado que las principales medidas de esta ley han sido las siguientes:

“1. Se faculta a la Corte Suprema para ordenar las suspensiones de audiencias que estime pertinentes y por los tiempos que estime necesarios, dentro de la vigencia del referido estado de excepción, respecto de las judicaturas que se señala;

2. Prohibición, durante el estado de catástrofe, de decretar actuaciones judiciales que, de realizarse, puedan causar indefensión a consecuencia de las restricciones del estado de excepción, o debido a las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria.

3. Suspensión de los plazos que a la entrada en vigencia de esta ley hubiesen empezado a correr, en todo procedimiento judicial en trámite ante los tribunales ordinarios, especiales y arbitrales del país, los que se suspenderán hasta el vencimiento de los diez días hábiles posteriores al cese del estado de excepción constitucional de catástrofe.

4. Establecimiento de un régimen especial para reclamar entorpecimientos dentro 10 días siguientes de publicada la ley, en procesos en trámite o que deban tramitarse ante los tribunales ordinarios, especiales y arbitrales del país.

5. Creación de un régimen especial en materia de interrupción de la prescripción de las acciones civiles.”<sup>54</sup>

Cabe tener en cuenta que esta ley fue establecida para el periodo de excepción constitucional dictado el 18 de marzo del año 2020 y fue finalizado el día 30 de septiembre del año 2021.<sup>55</sup>

El artículo 8 de la ley 21.226 responde a este quinto punto anteriormente citado, el cual señala que “durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, declarado por decreto supremo N.º 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y el tiempo en que este sea prorrogado, si es el caso, se entenderá interrumpida la prescripción de las acciones por la sola presentación de la demanda, bajo condición de que esta no sea declarada inadmisibile y que sea válidamente notificada dentro de los cincuenta días hábiles siguientes a la fecha del cese del referido estado de excepción constitucional, y el tiempo en que éste sea prorrogado, si es el caso, o dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que la demanda fuere proveída, lo que suceda último.”

En el inciso cuarto del artículo en cuestión, señala que la suspensión de la mediación prejudicial “Durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, a que se refiere el inciso primero, la presentación de la demanda podrá

---

<sup>54</sup> García, P. 2020. INFORME DE LA JUSTICIA CIVIL CHILENA EN TIEMPOS DE COVID. Programa de Reformas Procesales de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. [https://reformasalajusticia.uc.cl/images/Pedro\\_Garc%C3%ADa\\_-\\_Informe\\_de\\_la\\_Justicia\\_Civil\\_en\\_tiempos\\_de\\_COVID.pdf](https://reformasalajusticia.uc.cl/images/Pedro_Garc%C3%ADa_-_Informe_de_la_Justicia_Civil_en_tiempos_de_COVID.pdf)

<sup>55</sup> Ministerio de Salud en: <https://www.minsal.cl/covid-19-gobierno-anuncia-fin-del-estado-de-excepcion/#:~:text=El%20Presidente%20Sebasti%C3%A1n%20Pi%C3%B1era%20anunci%C3%B3,18%20de%20marzo%20de%202020.>

realizarse sin necesidad de acreditar el cumplimiento de la mediación previa obligatoria, o cualquier otra exigencia, cuyo cumplimiento se torne difícil de satisfacer, en razón de las restricciones impuestas por la autoridad o de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria, como es el caso de la reclamación y la conciliación del artículo 497 del Código del Trabajo.”

De esta forma durante el transcurso de la pandemia se eliminó el requisito prejudicial de mediación y las partes pueden ingresar sus demandas inmediatamente a los tribunales de justicia.

Por lo tanto, ahora revisaremos lo que la doctrina ha escrito sobre la mediación obligatoria, tanto la doctrina en favor de esta para luego pasar a la que está más en contra de esta. A su vez, también revisaremos una sentencia del Tribunal Constitucional que se refiere a esta materia.

### **2.3. Análisis crítico del funcionamiento y eficacia de la mediación dentro del procedimiento.**

La eficacia de la mediación puede ser observada desde un punto de vista, en que supondría una eventual innovación del proceso judicial indicado por Caram, Eilbaum, y Risolía.

“Obviamente, el desafío fundamental al que nos enfrenta este modelo dice relación con el cambio de paradigma respecto de la forma de resolver los conflictos: de una mirada absolutamente confrontacional, en donde los argumentos de una parte se articulan con el propósito de desacreditar en forma absoluta los de la otra, a una visión colaborativa de la

divergencia, de manera tal que se trabajen los intereses de ambas respecto del hecho, considerando criterios objetivos, evaluando alternativas y creando opciones de acuerdo.”<sup>56</sup>

Se debe tener en cuenta también la relación que existe entre abogados con sus clientes puede llegar a ser compleja y una pelea directa en trincheras dejando a las partes en un posible punto muerto. Por estas razones Highton, E y Álvarez, G señalan que “sea imprescindible que los abogados cambien su mentalidad de litigantes por una mentalidad conciliadora para aquellos casos en donde la resolución del conflicto por medio de la negociación sea factible, facilitando de esta manera el mejoramiento de la justicia.”<sup>57</sup>

Por lo tanto, se puede entender que la mediación como método de solución de conflictos es de los MASC más importantes y extendidos del mundo y como abogados debemos tener en consideración tanto las pretensiones de la parte como la relación que desea llevar con la contraria.

La profesora Lagos, después de la revisión cronológica sobre los MASC en la legislación nacional señala:

“Observamos que es transversal a todos estos mecanismos, los altos índices de satisfacción usuaria, aun cuando el mediador no logre un acuerdo en el proceso de mediación ¿por qué? La mediación evita que haya ganadores y perdedores, lo cual redundando en el mantenimiento y/o mejora de las relaciones entre las partes, produciéndose un deuteroprendizaje, ya que “...al solucionar un conflicto, como subproducto de esto uno

---

<sup>56</sup> Caram, M.E; Eilbaum, D. Risolía, M. (2010) en Lagos. María Soledad “impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: un análisis a base de la experiencia chilena de mediación por daños en salud”. *Revista de Estudios de la Justicia. No 18.*

<sup>57</sup> Highton, E y Álvarez, G. “Mediación para Resolver Conflictos”, AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 1995.

puede adquirir la capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la cual se presentó el anterior o aun en otras áreas diferentes. Esto ha recibido también el nombre de “transferencia de aprendizaje” o “conocimiento tácito”<sup>58</sup><sup>59</sup>. Lo que generaría una ventaja superior versus un procedimiento civil de lato conocimiento y de una extensa duración.

La autora en otro texto sobre el impacto de la mediación indica que “En cuanto a la duración del proceso de mediación, se confirma lo sostenido reiteradamente sobre su rapidez, ya que el tiempo promedio de una mediación alcanza los 63 días, en cambio un juicio demora 2 años y 84 días. Debido a la particularidad del conflicto de salud, en el sentido de que se vincula a daños ocasionados en las personas, el tiempo prolongado de la resolución jurisdiccional muchas veces contribuye a aumentar la victimización de los afectados, transformándose este aspecto en un elemento vital de la reparación.”<sup>60</sup>

Además de lo anterior, la profesora habla sobre la obligación de la mediación “Primero, lo obligatorio no es la realización de la mediación propiamente tal, sino el trámite de solicitud de mediación, bastando que el interesado una vez formulado este, concurra a manifestar su deseo de no perseverar en el procedimiento, emitiéndose el respectivo certificado de término. Por tanto, lo exigible es la solicitud de mediación, mas no la

---

<sup>58</sup> La profesora realiza una cita respecto de SUARES, Marinés (2005): “Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas” (Buenos Aires, Editorial Paidós).

<sup>59</sup> Lagos Ochoa, Maria Soledad. (2016). INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO CHILENO: análisis crítico. *Biblioteca digital Centro de Arbitraje y Mediación*. 1-25. <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/2018-Incorporacion-de-la-mediacion-en-el-Derecho-chileno.pdf>. p. 16.

<sup>60</sup> Lagos, M. Op. Cit. p. 105

voluntad de participar en el proceso. En efecto, los mediadores dentro de su discurso de apertura contemplan esta característica del proceso, a fin de que las partes tomen y asuman la decisión de participar o no en este, ello porque necesariamente estamos ante un escenario colaborativo y sin decisión de participar en él no se podrá avanzar.”<sup>61</sup>

La Doctora Macarena Vargas indica que “Una visión moderna del sistema de justicia civil debe avanzar hacia el diseño de sistemas de resolución de controversias civiles integrales, flexibles y plurales, capaces de ofrecer a los justiciables respuestas diferenciadas –y donde sea posible– combinar distintos mecanismos (judiciales y alternativos) en distintas etapas del proceso. La tarea de un código procesal civil debe ser la de articular variadas opciones de resolución de conflictos y regular el tránsito coordinado entre cada una de ellas.”<sup>62</sup>

La autora trata sobre el avance hacia un sistema de resolución de conflictos de manera integral que incluya tanto sede judicial como extrajudicial lo que daría a la ciudadanía un abanico de posibilidades.

“Considero que el diseño de un sistema integral de solución de controversias civiles debe descansar al menos en las siguientes cuatro premisas básicas, a saber:

- Sistema de opción múltiple que contempla varios mecanismos con varios puntos de entrada y salida, es decir, un sistema no lineal.
- Los mecanismos alternativos pueden aplicarse tanto a un litigio ya ingresado al sistema como aquel que aún no ha comenzado.

---

<sup>61</sup> Ibid. p. 104

<sup>62</sup> Vargas Pavez, Macarena. (2018). LA JUSTICIA CIVIL DE DOBLE HÉLICE HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN SEDE CIVIL. Revista chilena de derecho privado, (31), 195-220. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722018000200195>. p. 201

- Sistema de opción voluntaria y forzada, ya sea a iniciativa de las partes, de derivación judicial o que se exija como un requisito de procesabilidad de la demanda.
- Lo avanzado en uno de los mecanismos sirve de punto de partida o precedente para el siguiente, salvo en el caso de un proceso de mediación.”<sup>63</sup>

Continuando con la profesora Vargas, señala que “La mediación obligatoria o involuntaria presenta ventajas y desventajas. Desde el punto de vista de las ventajas, se sostiene que a través de la mediación obligatoria accede un volumen mayor de casos que por la vía de la voluntaria, lo que permitiría una reducción de costos de los programas y servicios de mediación (economías de escala) y una mejor asignación de los recursos del sistema de administración de justicia tornando más eficiente su gestión. Por otra parte, la mediación obligatoria podría significar a largo plazo un aumento de la utilización voluntaria de este mecanismo, dado que las partes podrán conocer y vivenciar un proceso de resolución de conflictos que, probablemente, de otro modo no hubieran intentado.”<sup>64</sup>

Por lo tanto, para parte de la doctrina es favorable la incorporación de la mediación obligatoria de la ley 19.966 y debe ser potenciada de manera que se incluya en una eventual reforma procesal civil y así incluir lo que en países modernos han ido incorporando cada vez más estos MASC en beneficio de las personas que busquen una reparación judicial.

---

<sup>63</sup> Ibid. p. 209

<sup>64</sup> Vargas Pávez, Macarena. (2008). MEDIACIÓN OBLIGATORIA: ALGUNAS RAZONES PARA JUSTIFICAR SU INCORPORACIÓN. Revista de derecho (Valdivia), 21(2), 183-202. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502008000200008>

Sin embargo, el profesor Parra, toma una posición crítica “No obstante, el objetivo buscado por el legislador lamentablemente no ha sido logrado. Prueba de ello son los alarmantes resultados que pueden observarse a partir de las estadísticas que entrega tanto la Superintendencia de Salud, como el Consejo de Defensa del Estado. Así, en el sector público se han tramitado 7.937 procesos en diez años. De ellos, 651 han terminado en acuerdos que llevaron a hospitales y al Fisco a pagar \$4.960 millones.”<sup>65</sup>

Además, agrega que “por su parte, para el caso de la mediación con prestadores públicos es posible plantear la duda sobre si realmente existiría una igualdad de condiciones entre las partes, por cuanto se está frente a un conflicto que se “soluciona” entre un particular y el Estado, actuando como mediador un funcionario que también forma parte del aparato estatal.”<sup>66</sup>

Finalmente, una opinión que compartimos es sobre la lesión al derecho de acceso a la justicia, en la que el autor señala:

“Sin embargo, se ha señalado que el acceso a la justicia no es libre e irrestricto, sino que es lícito imponer ciertos requisitos o condiciones que permitan acceder o activar el engranaje jurisdiccional, pero lo que no sería lícito es “...el establecimiento de obstáculos excesivos producto de un formalismo ritualista que no es coherente ni concordante con el derecho a la justicia, las formalidades deben ser sólo aquellas que aparezcan justificadas, legítimas y proporcionadas conforme a sus finalidades”<sup>67</sup> En este sentido, cabe sostener

---

<sup>65</sup> Parra Sepúlveda, D.; Olivares-Vanetti, A. y Riesco-Mendoza, C. Op. Cit. p 130.

<sup>66</sup> Ibid. p 131

<sup>67</sup> El autor cita a NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano, Librotecnia, Santiago, 2012, p. 33

que la obligatoriedad de la institución en comento podría devenir en una lesión al derecho de acceso a la justicia, en cuanto no parece idóneo restringir o limitar en forma excesiva, ni desviar el ejercicio del derecho de las personas a recurrir a los órganos jurisdiccionales que por mandato constitucional tienen la facultad de conocer las controversias de relevancia jurídica que en una sociedad democrática se produzcan, de suerte que, como consecuencia del predominio del Estado Constitucional de Derecho, se ha sustraído de los particulares la facultad de auto tutelar la resolución de sus conflictos, de manera que es el Estado quien debe velar porque sus ciudadanos tengan acceso a los órganos jurisdiccionales de la manera más sencilla y oportuna posible, de acuerdo con lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos.”<sup>68</sup> Lo que nos parece una opinión valiosa respecto a la institución de la mediación en el sistema de salud.

El profesor Hugo Cárdenas ha señalado que “más allá de cuestionar si la finalidad de la mediación se ha conseguido o no a cinco años de su implementación, lo cierto es que la litigiosidad no ha disminuido en lo absoluto, y los acuerdos logrados sobre la materia no revisten una cantidad significativa.”<sup>69</sup>

Esto se ha ido confirmando recientemente respecto del aumento del total de solicitudes de mediación, han aumentado desde el año 2007, acorde al texto de Pilar Munuera Gómez “La demanda de mediación ha aumentado desde 2005 a 2018, se han pasando de 170 mediaciones terminadas de las cuales se conseguía acuerdo en 38 casos a 277 mediaciones con acuerdo en 2018, y 997 casos en los cuales no se consigue un acuerdo.”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> Ibid. p. 136 y 137

<sup>69</sup> Cadenas, H. Moreno, J. Op. Cit. p. 23

<sup>70</sup> Munera, Pilar. “La mediación sanitaria en Chile” Revista Médica Chile 2020; 148: 792-798. p. 793

El año 2021 se realizaron en total 1.434 mediaciones terminadas, de las cuales consiguieron un total de 336 acuerdos,<sup>71</sup> cifra que ha ido en aumento durante los últimos años, el año 2020 hubo un total de 783 mediaciones terminadas con 156 acuerdos (Baja sustancial principalmente por la pandemia),<sup>72</sup> el año 2019 hubo 1547 mediaciones con 288 acuerdos<sup>73</sup> y el 2018 la cantidad de mediaciones terminadas fue de 1381 contra 277 acuerdos.<sup>74</sup> En el año recién pasado 2022 se contabilizaron en total 1735 mediaciones terminadas contra 301 acuerdos.<sup>75</sup>

Actualmente se han resuelto 934 mediaciones en el primer semestre del 2023 obteniendo un acuerdo en 174. Teniendo un total de 18.64%.

Si bien la mediación ha sido considerada nacional e internacionalmente como un mecanismo que posee potencialmente una capacidad importante de resolución de conflictos, sin embargo, en la práctica no resulta tan efectiva como podría serlo. Tal como se indicó anteriormente, la cantidad de mediaciones han ido en aumento y los acuerdos no cubren un porcentaje importante del total de mediaciones terminadas por año. Un 17.3% corresponde al porcentaje del año 2022, un 23,3% el año 2021, mientras que el 2020 un 19.92%, el año 2019 apenas se logra un 18,62%, y el 2018 un 20.06%. Representan una cantidad baja de eficiencia en descongestionar tribunales de justicia y terminan siendo una pared contra la que familias chocan en busca de justicia en la cual el año recién pasado destaca por la gran deficiencia en términos de acuerdos.

---

<sup>71</sup> Estadísticas de mediación por daños en salud. Unidad de Mediación Enero a Diciembre. 2021

<sup>72</sup> Estadísticas de mediación por daños en salud. Unidad de Mediación Enero a Diciembre. 2020

<sup>73</sup> Estadísticas de mediación por daños en salud. Unidad de Mediación Enero a Diciembre. 2019.

<sup>74</sup> Estadísticas de mediación por daños en salud. Unidad de Mediación Enero a Diciembre. 2018.

<sup>75</sup> Estadísticas de mediación por daños en salud. Unidad de Mediación Enero a Diciembre. 2022.

Entre otro de los problemas Murden Suarez señala que “la mediación en salud, es un filtro discriminatorio (debiendo ser todo lo contrario, es decir, un mecanismo que efectivamente resuelva estos conflictos, desde una mirada de los derechos humanos e integre a muchas personas que en el día a día son discriminados, ayudando de ese modo a un desarrollo en materia de acceso a la justicia) para muchas víctimas, ya que el Estado le impuso un costo económico para aquellos que sufren un daño en el sector privado, lo que a todas luces manifiesta una discriminación que no posee ninguna justificación.”<sup>76</sup> Como lo indicamos con anterioridad, el proceso de mediación ante la superintendencia de salud es un costo grande para la familia chilena.

Siguiendo la tesis anteriormente citada, “El acceso a la justicia no solo es analizado desde el punto de vista económico, sino que también desde la perspectiva de la ubicación geográfica de los recintos en donde se lleva a la aplicación de justicia, es decir, los tribunales. Pero desde una interpretación amplia, también se relaciona con la ubicación geográfica de los lugares en donde se llevan a cabo las mediaciones en salud, ya que este mecanismo busca resolver los conflictos jurídicos de las víctimas en salud, de forma previa a la jurisdicción o de forma extrajudicial.”<sup>77</sup>

Es clave tener en cuenta que la realización de la mediación debe corresponder en las instituciones del CDE, cuyas localizaciones únicamente se encuentran en capitales

---

<sup>76</sup> Murden Suarez, M. (2019) [tesis de pregrado] Visión crítica de la mediación en salud en Chile, a más de diez años de su implementación. p.73.

<sup>77</sup> Ibid. p. 84 y 85.

regionales, salvo la Región Metropolitana que posee la procuraduría de San Miguel y la Unidad de Mediación de Santiago.<sup>78</sup>

Resulta relevante las distancias existentes en las regiones respecto a la capital. Debe observarse que la distancia entre Providencia y Santiago Centro no es similar a la que existe de Pichilemu a Rancagua (168.4 KM), de Osorno a Puerto Montt (106.5 KM) o de Tocopilla a Antofagasta (187.9 KM) además, sin tener en cuenta el estado de las carreteras y la baja conectividad en regiones. Por lo tanto, no solamente corresponde a una discriminación por atención pública o privada, sino también una política excesivamente centralista y poco eficiente para las regiones.

Finalmente, debemos considerar la existencia de una eventual desigualdad de armas que existe en el procedimiento de mediación privado, pero con más dificultades en el público. Nuevamente la doctora Macarena Vargas indica que:

“En relación a la igualdad de armas procesales, hay una serie de pequeños problemas que se presentan en la mediación, que en su conjunto generan una gran vulneración a esta garantía del debido proceso. Entre estos, encontramos las diferencias de conocimiento técnico que existe entre médico y paciente, puesto que el primero es un profesional de la salud que maneja el lenguaje técnico de la medicina, mientras que la mayoría de las veces el paciente no tiene más información que la que el mismo médico en cuestión le ha entregado. Por otro lado, los facultativos o el hospital suelen asistir con abogados, quienes incluso concurren a la mediación en representación de ellos, aumentando aún más la

---

<sup>78</sup> Consejo de Defensa del Estado. (s.f) Procuradurías Fiscales. Disponible en: <https://www.cde.cl/procuradurias-fiscales/>

brecha de información y poder entre las partes. Esto puede derivar en una situación de desigualdad de armas, puesto que el escenario más probable en un conflicto en el sistema de salud público chileno será, por un lado, el paciente sin conocimientos de medicina y sin asistencia letrada y, por otro, el facultativo acompañado de su representante. De esta manera, el paciente se encuentra en desventaja en dos posibles niveles: primero, cuando se enfrenta al facultativo, ya que este último tiene mayor conocimiento y manejo técnico de la situación concreta y, segundo lugar, cuando el paciente media con un abogado o abogada que representa al facultativo y/o al hospital.”<sup>79</sup>

Puesto como veremos más adelante en el trabajo, los países vecinos realizan un proceso de mediación gratuito (tanto para público como para privados) que cuentan con asesorías legales o médicas respecto al tratamiento, para llegar a una mejor solución. Lo que en nuestro país no se realiza y les dan una gran carga a las familias, desfavorecidas respecto a clínicas u hospitales.

Para finalizar, Ignacio Avendaño indica que:

“Nos parece que establecer un MASC obligatorio constituye una forma de denegación de justicia, ya que todo Estado democrático de derecho debe velar que las personas puedan fácilmente y sin ninguna traba recurrir a los órganos encargados de administrar justicia, constituyendo cualquier impedimento, aunque sea de carácter formal, una traba para el libre ejercicio de este derecho humano. Más allá de la manifiesta contravención al derecho al acceso a la justicia que hemos sostenido, que los MASC perjudiciales y

---

<sup>79</sup> Vargas Pavez, M. “Luces y sombras de la mediación en salud pública: Una mirada desde el debido proceso”. *Semillero de derecho procesal*. p. 22

obligatorios no constituyen un mecanismo idóneo para el fin que se pretendió, en atención al bajo porcentaje de acuerdos que se llega en dicha sede, especialmente, en materia de salud.”<sup>80</sup>

La Excelentísima Corte Suprema ha señalado en sede laboral que los magistrados no pueden privar del trámite de una causa únicamente porque no acudieron a la sede administrativa para resolver el conflicto. Así lo indica el visto octavo, señalando como principio base el señalado por el art. 19 numeral tercero de la Constitución “(...)en materia laboral, las normas procesales deben ser comprendidas integrando de manera concreta los principios inspiradores que justifican la existencia de tal disciplina, y uno de los basamentos sensibles en este asunto, dice relación con el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, como consecuencia evidente del reconocimiento constitucional de lo que la doctrina y el derecho nacional y comparado denomina como derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto fundamento esencial de todo Estado de Derecho, que se encuentra garantizado a nivel constitucional (...)”<sup>81</sup>

Resolviendo la Excelentísima Corte, que se acoge el recurso de queja y deja sin efecto lo señalado en primera y segunda instancia sobre la mediación obligatoria en sede laboral. Lo que indicaría un cuestionamiento no solo en el área civil, sino también en derecho del trabajo.

---

<sup>80</sup> Avendaño Leyton, I. A. (2020). La mediación como requisito de procesabilidad. Una mirada crítica de tal exigencia. *Revista Justicia & Derecho*, 3(1), 23–65. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v3i1.448>.

<sup>81</sup> Corte Suprema. 9/12/2022. Rol n° 98.689-2022.

Finalmente, continuando con la idea anterior respecto a una mediación obligatoria y una eventual infracción a los derechos de los afectados es que durante un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el año 2012, número rol 2042-2012 el Tribunal Constitucional aborda los derechos de igualdad ante la ley, igualdad al derecho de acceso a la justicia, a la propiedad y protección a la esencia de los derechos que la constitución garantiza.

La sentencia por un lugar rechazó el recurso interpuesto y para contextualizar nuestro argumento, tenemos que entender en primer lugar que falló el Tribunal Constitucional, en primer lugar sobre igualdad ante la ley en el visto vigésimo sexto:

“Que, por último, en relación con el requisito de que la mediación previa resulte tolerable para el destinatario, debe sostenerse que él también se cumple en este caso, pues la mediación no impide el acceso a la justicia ni tampoco obstaculiza la reparación que se persigue. No impide el acceso a la justicia porque, como señala el inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966, durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar. Así, el reclamante no ve cercenada la posibilidad de que se haga justicia en su favor, pudiendo recurrir a la justicia con posterioridad al desarrollo de un proceso de mediación que ha fracasado. Por la misma razón anterior, la exigencia de acudir en forma previa a la mediación, antes de deducir las acciones judiciales que procedan, no impide la reparación que se pretende, pues la mediación tiende precisamente a ello, por cierto, si existe debido fundamento. Si aun existiendo ese fundamento, la mediación fracasa, queda igualmente abierto el camino para deducir las acciones judiciales que procedan.

En consecuencia, no puede sostenerse que la exigencia que se comenta sea intolerable para el destinatario de la diferencia si, como se ha visto, no impide la satisfacción de su pretensión.”<sup>82</sup>

También se manifestó sobre el acceso a la justicia en el visto trigésimo segundo:

“Que, así, aun cuando, en la especie, la mediación contemplada en el inciso segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.966 impone una exigencia previa al ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra prestadores privados de salud, no puede estimarse que vulnere la igualdad en el ejercicio de los derechos de la requirente, pues queda a salvo la posibilidad de deducir las acciones civiles y criminales respectivas en caso que la mediación fracase. Por el contrario, si ella es exitosa, se habrá resuelto el conflicto suscitado a través de un equivalente jurisdiccional cuyos efectos se asimilan a los de una sentencia pronunciada por un órgano jurisdiccional. Por estas razones, esta alegación será también rechazada y así se declarará;”<sup>83</sup>

Sobre las infracciones al derecho de propiedad y a la protección a la esencia de los derechos que la Constitución garantiza, el tribunal en el visto trigésimo cuarto resolvió:

“Que, como se ha sostenido en los capítulos anteriores, el hecho de que la requirente deba someter a mediación previa su reclamo de indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la acción de prestadores privados de salud, no significa, en modo alguno, que pierda el derecho a interponer las acciones civiles y criminales que procedan, en caso de que la mediación fracase. Así se desprende del inciso final del artículo 45 de la Ley N°

---

<sup>82</sup> Sentencia TC 10 de julio 2012. ROL n° 2042-2011-INA

<sup>83</sup> Ibid.

19.966, que suspende la prescripción de dichas acciones mientras dure el proceso de mediación. En consecuencia, si éste no se traduce en un acuerdo entre las partes, la afectada podrá impetrar las acciones judiciales que procedan, sin que su derecho de propiedad sobre dichas acciones se vea menoscabado. Por esta razón, este Tribunal desechará la infracción al derecho de propiedad alegada por la requirente y así lo declarará;”<sup>84</sup>

Y finalmente el tribunal en el considerando trigésimo sexto indicó que:

“Por el contrario, debe insistirse, una vez más, en el hecho de que el recurso a la mediación previa no priva, agota ni limita el ejercicio de las acciones jurisdiccionales tendientes a obtener la reparación de una negligencia médica proveniente, en este caso, de prestadores privados, sino que sólo lo suspende mientras se desarrolla el proceso de mediación. Si ésta es exitosa, no será necesario deducir dichas acciones, mientras que si fracasa, quedará expedito el camino para impetrarlas conforme a las reglas generales. En consecuencia, este Tribunal desechará también la infracción de la protección de la esencia de los derechos mencionados por la requirente, y así lo declarará.”<sup>85</sup>

Tal como indicamos al comienzo, el Tribunal terminó por rechazar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la solicitante doña Pamela de las Mercedes Bahamondes Moreno.

---

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Ibid.

Sin perjuicio de lo anterior, hubo una reflexión que da luces sobre lo que hemos planteado durante nuestra tesis en virtud de que hubo un voto minoritario realizada por los ministros Vodanovic, Navarro y Aróstica, señalaron:

“quienes estuvieron por acoger la inaplicabilidad solicitada y declarar que el artículo 43, inciso segundo, de la Ley N° 19.966 no puede ser aplicado en el juicio pendiente, por resultar contrario a la Constitución, toda vez que, al contemplar una mediación obligatoria como presupuesto del libre acceso a la Justicia, vulnera abiertamente el derecho asegurado en el artículo 19, N°3, de la Constitución, además de que, al establecer que esa mediación tenga lugar fuera del Poder Judicial, infringe su artículo 76, inciso primero.”<sup>86</sup>

Con fundamentos tales como:

“3° Que, invariablemente (STC roles N°s 205, 437, 792, 968, entre otros), esta Magistratura ha insistido en que el acceso a la Justicia configura una garantía insustituible, irremplazable, precisamente porque de ello depende la protección real y efectiva de los pertinentes derechos. Carecería de sentido que la Carta Fundamental -ha dicho- se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, así como los derechos a la defensa jurídica, a ser juzgado por el juez natural y a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos ellos y que es presupuesto básico para su vigencia, cual es el derecho de toda persona a presentarse ante el juez, a ocurrir a los tribunales, sin estorbos o condiciones que lo dificulten, retarden o impidan arbitraria e ilegítimamente.”<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Sentencia TC 10 de julio 2012. ROL n° 2042-2011-INA. en la opinión de disidentes

<sup>87</sup> Ibid.

Por lo que realmente existiría para al menos  $\frac{1}{3}$  de miembro del Tribunal Constitucional una violación al acceso a la justicia, lo que se condice respecto a lo señalado por nosotros durante nuestra tesis.

En el visto quinto se señala:

”5°) Que resulta incuestionable que el precepto legal impugnado representa una traba, obstáculo o impedimento infundado para acceder a la Justicia. Tanto así que consta en el proceso que la requirente, mediante las resoluciones judiciales cuyas copias rolan a fojas 35 y 41 de este expediente, se ha visto impedida de ejercitar una acción procesal para perseguir la reparación de los daños que se le habrían causado por prestadores de servicios de salud, con el fundamento, precisamente, de que el artículo 43 de la Ley N° 19.966 “impone de manera perentoria, como presupuesto esencial de validez de toda relación jurídico procesal, que antes que se ejerza cualquier acción en que se persiga el resarcimiento de ciertos daños causados por prestadores privados de salud, debe someterse el conocimiento de tales hechos a un proceso de mediación ante los mediadores acreditados en la Superintendencia de Salud.”<sup>88</sup>

“6°) Que una segunda inconstitucionalidad toma forma por el hecho de que este proceso de mediación deba ser celebrado al margen de los tribunales previstos por el ordenamiento para dirimir las causas civiles y criminales, pues se lleva a efecto en la esfera de la Superintendencia de Salud, no obstante la prohibición de injerencia jurisdiccional que el inciso primero del artículo 76 de la 35 Carta Fundamental impone al Presidente de la

---

<sup>88</sup> Ibid.

República y, por lógica extensión, a todos los demás organismos y servicios pertenecientes a la Administración Pública.”<sup>89</sup>

“Siendo de reiterar que, aun de admitirse la legitimidad de la mediación prejudicial obligatoria, para que sea constitucionalmente aceptable, ella debe llevarse a cabo dentro del Poder Judicial. Entre los autores, Bidart Campos, por ejemplo, sostiene que para que una ley de mediación obligatoria sea constitucional, es imprescindible que la instancia de mediación y los mediadores no dependan del Poder Ejecutivo ni pertenezcan a su órbita, sino que su organización y funcionamiento se radique en la esfera del Poder Judicial, aunque más no sea por una razón constitucional evidente, cual es la prohibición del artículo 109 al Poder Ejecutivo para que no tome injerencia en el Poder Judicial; de hacerlo, viola la división de poderes (Germán Bidart Campos, Nota al fallo: “La mediación prejudicial obligatoria en la órbita del Poder Ejecutivo”, en La Ley, 1988-F-467);”<sup>90</sup>

Por lo tanto, la realización de esta reflexión realizada por tres ministros del Tribunal Constitucional que válidamente se acercan a la idea que la mediación en salud no solamente es un impedimento al acceso a la justicia, sino que además realiza una discriminación y extrae de un área de tanta relevancia pública como son los daños producidos durante una atención médica y los lleva a entes privados que los mismos afiliados deben costear.

---

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Ibid.

### **a. Conclusiones, alcances, discusiones y efectos de la mediación.**

La mediación obligatoria tal como se encuentra planteada actualmente pareciera no surtir los efectos esperados como un método alternativo de solución de conflictos, afectando la capacidad que tienen las personas de hacer valer sus derechos ante tribunales o de manera eficiente ante una institución imparcial y especializada, como se verá más adelante, países vecinos poseen estas instituciones que realizan estas actividades. Además de ser un procedimiento que solamente eventualmente será gratuito. Nuestra posición está en la de que los MASC se añada como un mecanismo que cumpla su misión y la realización de estos no sean obligatorios para la realización de la demanda pero tampoco sean un método sin mucha fuerza tal como es la conciliación en el procedimiento civil.

La doctrina se encuentra dividida en relación al proceso de mediación obligatorio mas no por la mediación como MASC. Por un lado, estos se destacan por su flexibilidad, confidencialidad y rapidez respecto del procedimiento de lato conocimiento y las ventajas ya tratadas anteriormente.

Pero, por otro lado, el porcentaje de acuerdos alcanzados con el CDE no representan una cantidad relevante, la tasa de acuerdos realizados corresponde al 23.3% en el año 2021 y 17.3% el año 2022, cabría la pregunta de si realmente está cumpliendo los objetivos planteados por el legislador acorde a la indicación N°100 la Comisión de salud del Senado “...valoró la incorporación de una instancia de mediación, por considerar que ésta constituye una herramienta novedosa y efectiva para alcanzar acuerdos en los conflictos de los afiliados y beneficiarios con los prestadores de salud. En especial, se tuvo en consideración los siguientes elementos: El hecho de que el proyecto de ley en informe

otorga derechos –consagrados como Garantías Explícitas en Salud, definidas en el artículo 4o–, que pueden ser exigidos a los prestadores y a los aseguradores y cuyo incumplimiento da lugar a indemnización de perjuicios; el temor de que el AUGE incremente exponencialmente los litigios y se produzca un aumento de la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud; la inquietud por el hecho de que el problema anterior pueda exacerbarse por la acción de abogados que transformen estos conflictos en una industria generadora de ingresos; y que la mediación ha sido recientemente incorporada a la legislación nacional en el proyecto de ley sobre Tribunales de Familia...”<sup>91</sup>

La principal discusión que debería existir respecto de la mediación, es si corresponde a que esta sea una etapa prejudicial obligatoria o eventualmente voluntaria.

Al parecer la mediación únicamente está cumpliendo el efecto esperado por el legislador de disminuir la cantidad de litigios, siendo favorable esto a los prestadores de salud que utilizan la mediación como una manera de dilatar u obtener la nulidad de todo lo obrado por la no presentación del certificado de mediación frustrada. Afortunadamente algunos tribunales, como veremos en los capítulos posteriores, han ido evolucionando sobre este certificado, yendo desde que se presenta la demanda hasta que este certificado puede presentarse mientras no se termine el término probatorio.<sup>92</sup>

Debemos finalmente analizar los efectos que tiene un acuerdo de mediación realizado.

Para esto revisaremos dos sentencias de la Corte Suprema.

---

<sup>91</sup> Historia de la Ley N° 19.966 (2004:474)

<sup>92</sup> Corte de Apelaciones de Coyhaique, “Arcaya con asociación Chilena de Seguridad”, 18 de noviembre de 2020, rol N° 118-2020. y Corte de Apelaciones de Coyhaique, “Jeremías con Servicio de Salud Aysén XI Región de Aysén” 29 de mayo de 2020. Rol n° 37-2020

El efecto que surge del acta de acuerdo de la mediación poseerá los mismos efectos que tiene un contrato de transacción, según el ya citado artículo 53 de la ley 19.966, siendo obligatorio para ambas partes el cumplimiento de este acuerdo. En este punto la Corte Suprema en fallo sobre el efecto de excepción por cosa juzgada ha señalado que: <sup>93</sup>

**“QUINTO:** Que llegados a este punto resulta conveniente destacar que el inciso primero del artículo 43 de la Ley N° 19.966, que Establece un Régimen de Garantías en Salud, dispone que: "El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54".

A continuación, analizaremos una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, la cual se ha referido al acuerdo de mediación sobre si es exigible o no ante un procedimiento de ejecución en contra del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio habiendo ya sido rechazado:

**“QUINTO:** Que la obligación cuya ejecución se pretende en estos autos proviene de un acta de acuerdo a la que se arribó en una mediación tramitada en la Unidad respectiva del Consejo de Defensa del Estado, la que según el inciso 1° del artículo 53 de la Ley N°

---

<sup>93</sup> Corte Suprema, anonimizado, rol N° 11784-2013

19.966 surte los efectos de un contrato de transacción, respecto de la cual cabe tener presente que de conformidad al artículo 35 del Reglamento de esa ley, Decreto Supremo N° 47 del Ministerio de Salud del año 2005, "las partes tendrán libertad para pactar soluciones al conflicto y la forma de cumplirlas, por ello, en virtud del acuerdo, las partes podrán estipular el pago de compensaciones en dinero o apreciables en dinero, tales como la realización de prestaciones asistenciales u otro tipo de prestaciones que se encuentren dentro del ámbito de competencia o acción del prestador involucrado y, en las mismas condiciones, aquellas no apreciables en dinero y que tengan por objeto resarcir pública o privadamente al afectado, pudiendo incluso combinarse las modalidades anteriores".

**SEXTO:** Que en la especie el acta de acuerdo es un instrumento privado que contiene una obligación para el Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio pactada en la forma prevista en la ley y su reglamento, y la ejecución fue preparada a través de la citación del representante del Servicio de Salud demandado a una audiencia que se llevó a cabo ante el Tribunal, en la que aquél, cuya personería se hizo constar en el n° 6 del documento aludido, reconoció su firma puesta en tal documento, quedando por lo tanto preparada la ejecución de conformidad a lo previsto en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, lo que, a mayor abundamiento, y sin que ello fuere necesario, fue refrendado por la juez de primer grado a fojas 19 mediante resolución de 10 de enero de 2013, que tuvo por preparada la ejecución.

Finalmente, volvemos al tema de la mediación obligatoria analizando sentencias de cortes superiores de justicia del país con el fin de saber los estándares que se piden para la realización de la demanda.

## II. CAPÍTULO II: LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA MEDIACIÓN EN SALUD EN CHILE Y SU TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

Resulta pertinente analizar la forma en que se ha desarrollado la jurisprudencia respecto de la mediación obligatoria. La ausencia del trámite imprescindible de mediación en materia de responsabilidad civil médica ha sido un argumento objeto de oposición de excepciones dilatorias e interposición de incidente de nulidad de todo lo obrado como una especial forma de defensa. A continuación, revisaremos y desarrollaremos, los principales obstáculos y contratiempos que ha generado como la cuantificación que implica la suspensión de la prescripción en acciones civiles de la materia objeto de la presente investigación, como también lo que ha implicado la determinación del órgano competente en caso de corporaciones municipales de derecho privado.

### 1. Principales problemas de la mediación en salud.

En este apartado, revisaremos ciertas circunstancias que pueden modificar y/o alterar la forma en que se lleva a cabo un procedimiento por responsabilidad civil médica y también el órgano que debe conocer respecto a la mediación establecida en la ley. En primer lugar, la suspensión de la prescripción de las acciones civiles detallando cómo la ley establece

que el plazo de prescripción se suspende durante el proceso de mediación, discutiendo varios casos judiciales que clarifican cómo se aplica esta, incluyendo la duración y los plazos específicos. Seguido de ello verificaremos la competencia en casos de responsabilidad civil médica en corporaciones municipales, entendiendo que la mediación debe realizarse ante el Consejo de Defensa del Estado y sobre las dudas que pueden eventualmente recaer cuando la institución que comete una infracción o daño dentro del tratamiento del paciente, como es el caso de los centros de atención primaria de salud.

#### 1.1. La suspensión de la prescripción de las acciones civiles.

El transcurso del tiempo tiene efectos considerables en nuestro ordenamiento jurídico, el cual se ha estudiado bajo la institución de la prescripción, en donde uno de sus grandes objetivos elementales es la delimitación exacta del tiempo para de esta forma computar el transcurso del tiempo.

Sabemos que la ley delimita de manera casi exacta los acontecimientos que deben presentarse para desarrollar el cálculo en cuestión.

El artículo 2492 de nuestro Código Civil la define:

“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.”

A partir de la presente cita, es que se puede extraer la existencia de dos tipos de prescripciones. Por un lado la prescripción adquisitiva o también llamada usucapión,

entendida como un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas. A contrario sensu, tenemos la prescripción extintiva como un modo de extinguir las acciones y los derechos ajenos.

En este contexto, veremos que a pesar de que la ley la define y también contemple el cómputo, dicha delimitación no ha estado exenta de problemas, y por tanto nuestros tribunales superiores de justicia se han encargado de dilucidarlas.

Respecto del objeto de la presente tesis, resulta fundamental abordar todo aquello que respecta a la prescripción extintiva, toda vez que la base normativa respecto de la mediación, especificada en el artículo 45 de la ley 19.966, la cual en palabras simples establece que la prescripción se suspende durante los días en que esta se desarrolle.

Así las cosas, han nacido diferentes conflictos respecto de dicha interrupción; como por ejemplo en causa que conoce del recurso de casación en el fondo de carátula anonimizada,<sup>94</sup> en pronunciamiento de un recurso de casación en la forma, en donde nuestro máximo tribunal de justicia lo rechaza por manifiesta falta de fundamento. En esta misma línea, la parte demandada alegaba que debía aplicarse la literalidad del artículo 45 inciso tercero, el cual establece en específico que “Durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiera lugar”. Sustento normativo y el inciso primero establece que es de días corridos.

---

<sup>94</sup> ANONIMIZADO: 15-11-2016 ((CIVIL) CASACIÓN FONDO), Rol N° 38231-2016. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?9m48>). Fecha de consulta: 15-07-2024.

De esta forma la Excelentísima Corte, establece que se debe estar a lo señalado en la literalidad del artículo citado anteriormente, y por tanto los días en que se suspende la prescripción serían corridos y no hábiles como sustentaba el Complejo Hospitalario San José.

En un sentido similar, en causa caratulada “Rayén y otros con Servicio de salud de Concepción”,<sup>95</sup> los administrados alegaron que la suspensión debía durar lo que efectivamente en términos tangibles esta se llevó a cabo, independiente del límite establecido en la ley 19.966, es decir, el hecho de que la mediación puede tener un plazo de 60 días y ser prorrogada por un máximo de 120 días; situación que en la práctica no suele cumplirse. Así las cosas la Corte Suprema resolvió que la suspensión durará el plazo que efectivamente dure la mediación. Podemos observar que este razonamiento no es nuevo, y que la jurisprudencia ha sido a lo menos constante en dicho contexto; así lo podemos ver plasmado en un mismo sentido en la causa carátula “Xiomara con Servicio de Salud Concepción”.<sup>96</sup>

Por otra parte, también nuestro máximo tribunal se ha pronunciado respecto a la problemática que ha surgido en cuanto a si el inicio del procedimiento fue ante el órgano correspondiente. Así las cosas, en causa anonimizada,<sup>97</sup> la parte demandante inicia la

---

<sup>95</sup> Rayén y otros con Servicio de salud de Concepción: 18-02-2022 ((CIVIL) CASACIÓN FONDO), Rol N° 21916-2021. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?w2gc>). Fecha de consulta: 15-07-2024.

<sup>96</sup> Xiomara con Servicio de Salud Concepción: 06-11-2012, Rol 9513-2011. En En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema ([https://juris.pjud.cl/busqueda?Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema](https://juris.pjud.cl/busqueda?Buscador%20Jurisprudencial%20de%20la%20Corte%20Suprema)). Fecha de consulta: 15-07-2024.

<sup>97</sup> ANONIMIZADO: 13-11-2016, Rol 92793-2016. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema ([https://juris.pjud.cl/busqueda?Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema](https://juris.pjud.cl/busqueda?Buscador%20Jurisprudencial%20de%20la%20Corte%20Suprema)). Fecha de consulta: 15-07-2024.

diligencia de mediación ante un organismo equivocado, y por tanto el CDE interpone recurso de casación en la forma, siendo este último rechazado. Por cuanto la Corte Suprema estuvo a lo expuesto en el considerando noveno de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, la cual establece que, si bien es cierto la ley distingue entre dos órganos distintos, no obstante, cuando se habla de la suspensión no se distingue entre organismos correctos o no. Así en palabras explícitas se dictamina que “que si bien el artículo 43 de la Ley 19.966 menciona la existencia de dos instituciones públicas ante las cuales se puede recurrir, según sea el establecimiento privado –Superintendencia de Salud- o público –Consejo de Defensa del Estado-; la disposición transcrita no es categórica en cuanto a ser una forzosa consecuencia que la mediación válida para computar los plazos útiles relativos a la suspensión del plazo de prescripción, dependerá necesariamente del establecimiento correcto al que se acuda para solicitar el cumplimiento de este trámite obligatorio, puesto que esta actuación incorporada por la Ley N° 19.966 es única y tiene por “objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia.”, es decir, existe una mediación pública y otra privada sólo en atención al establecimiento respecto del cual se quiera hacer efectiva su responsabilidad, pero no distingue la disposición que regula la suspensión de la prescripción, si la mediación se efectúa ante la Superintendencia o ante el Consejo de Defensa del Estado, desarrollando consecuencias diversas en uno y otro caso.”<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> Ibid.

Otro problema se ha suscitado respecto del plazo máximo de suspensión de la prescripción. En donde la Corte Suprema en caso caratulado “Mariana Jaqueline Hinojosa Alarcón y otros con servicio de salud de Arauco”<sup>99</sup> deja plasmado en forma clara, que la suspensión tendrá la duración real, es decir, aunque la ley establezca que el plazo máximo de la mediación es de 120 días, lo cual en la práctica no se cumple a cabalidad, habrá que atender a la realidad de su desarrollo y suspenderse dicha cantidad de días.

Otro conflicto relevante se desarrolló en causa caratulada “Noelia y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente”,<sup>100</sup> en dónde si bien es cierto, la sentencia alude de manera principal al debate suscitado respecto a la legitimidad pasiva, de manera indirecta realiza una interesante referencia a la suspensión de la prescripción. El debate se enmarca en que la mediación se desarrolló entre el usuario y el Hospital El Salvador, institución directamente responsable de la falta de servicio, pero finalmente -una vez terminada la mediación- la demanda se interpuso en contra del servicio de salud metropolitano (superior jerárquico directo del Hospital Del Salvador). En dicho contexto el servicio metropolitano alegó que la demanda estaba mal interpuesta, ya que esta debió haberse dirigido en contra del hospital y que en consecuencia de ello, la mediación no habría suspendido la prescripción.

---

<sup>99</sup> Mariana Jaqueline Hinojosa Alarcón y otros con servicio de salud de Arauco: 22-03-2023 ((CIVIL) CASACIÓN FONDO), Rol N° 59948-2022. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?coze0>). Fecha de consulta: 15-07-2024.

<sup>100</sup> Noelia y otros con Servicio de Salud Metropolitano Oriente:26-10-2020 (CIVIL) CASACIÓN FORMA Y FONDO, Rol 37022-2019. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?coze0>)). Fecha de consulta: 15-07-2024.

La máxima sentenciadora, desarrolló un argumento bastante extenso para de esta manera justificar que la demanda se interpuso correctamente, ya que como señalamos en el párrafo inmediatamente anterior, al ser el servicio metropolitano el superior jerárquico, este tiene que responder por las faltas de servicio del hospital.

De esta manera concluye que la prescripción si se suspendió con la mediación ante el recinto hospitalario, toda vez que serían considerados "servicio en su conjunto".

Otra discusión relevante en materia objeto de este capítulo, se desarrolló en causa caratulada “Lilian y otra contra Servicio de Salud de Talcahuano”,<sup>101</sup> en dónde se debate el momento exacto en dónde se entiende suspendida la prescripción. En esta misma línea, sabemos que el inciso primero del artículo 45 de la ley que establece un régimen de garantías en salud, establece que el plazo para la mediación será de 60 días corridos “a partir del tercer día de la primera citación al reclamado”. En base a ello, el Consejo de Defensa del Estado alegó que la prescripción debía entenderse suspendida a partir desde aquel tercer día respecto de la primera citación. Por su parte el usuario sostuvo que la suspensión debe contarse desde la presentación del reclamo en sede administrativa.

La Excelentísima Corte Suprema resolvió en favor del usuario, y por tanto afirmó que la suspensión efectivamente debe computarse desde la presentación del reclamo en sede administrativa, y no desde el tercer día desde la notificación del reclamo. El argumento del máximo tribunal fue conciso dictaminar que la parte demandante sale de su estado de apatía con la sola presentación del reclamo. En el mismo sentido resolvió en causa sobre

---

<sup>101</sup> Lilian y otra contra Servicio de Salud de Talcahuano: 24-09-2018 (CIVIL) CASACIÓN FORMA Y FONDO, Rol 8509-2018. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?jfgc>). Fecha de consulta: 15-07-2024.

recurso de casación en el fondo anonimizada.<sup>102</sup> No obstante los fallos citados anteriormente, en causa anonimizada,<sup>103</sup> resulta relevante mencionar que hace varios años atrás la Corte falló en un sentido contrario, ya que sostuvo que la suspensión de la prescripción se contará desde el tercer día a partir de la primera citación al reclamado conforme al inciso primero del artículo 45 de la ley 19.966.

## **1.2. La determinación del órgano competente en caso de corporaciones municipales de derecho privado.**

Debemos tener en cuenta que la regla general en casos de responsabilidad civil médica, la legitimación pasiva la tendrá el servicio de salud del territorio al cual pertenecen o en su defecto, el fisco.

Sin embargo, cuando se trata sobre Centro de Salud Familiar (en adelante, CESFAM) y otros centros de atención primaria de salud, como también los Servicios de Atención Primaria de Urgencia de Alta Resolución (en adelante, SAR) o Servicio de Atención Primaria de Urgencia (en adelante, SAPU). Sobre lo anterior, indica el profesor Cárdenas “En último lugar, en los daños que se producen como consecuencia de la actuación de los Servicios de Atención Primaria de Urgencia, la responsabilidad y la correspondiente legitimación pasiva le corresponde a la municipalidad de la cual dependen, representada

---

<sup>102</sup> ANONIMIZADO: 13-11-2017 ((CIVIL) CASACIÓN FONDO), Rol N° 92793-2016. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?jfgg>). Fecha de consulta: 10-08-2024.

<sup>103</sup> ANONIMIZADO: 22-06-2011 ((CIVIL) CASACIÓN FONDO), Rol N° 1937-2009. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?yr6a>). Fecha de consulta: 10-08-2024.

judicialmente por su alcalde”<sup>104</sup> por lo que aquellas personas que sufren algún tipo de vulneración o afectación que pueda eventualmente ser indemnizable debe realizarse por medio de una demanda.

Para el cumplimiento de lo solicitado respecto a la mediación obligatoria o no, en los casos que se quiera demandar a la municipalidad individualmente o colectivamente junto con el servicio de salud de tal zona, lo que procede en definitiva es la mediación ante el CDE.

De tal forma en causa caratulada “Paredes Concha, Maritza/Ilustre Municipalidad de Coquimbo”<sup>105</sup> en donde la parte demandante acompaña el certificado de mediación frustrada ante el CDE no habiendo sido esto controvertido por la demandada en las excepciones dilatorias como tampoco en la contestación. Siguiendo la idea anterior, es que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena establece:

“TERCERO: Que, el inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.575 establece que la Administración del Estado estará constituida, entre otras instituciones, por los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos, entre otros organismos, a las Municipalidades. El artículo 28 del mismo cuerpo legal, define los servicios públicos como “órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua”. Por su parte, el artículo 4° del mismo texto legal, dispone que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las

---

<sup>104</sup> Cárdenas Villarreal, H. y Moreno Molinet, J. (2011). Op. Cit. p. 18.

<sup>105</sup> PAREDES CONCHA, MARITZA/ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE COQUIMBO: 31-10-2023 (-), Rol N° 1759-2022. En Buscador Corte de Apelaciones (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?c84lc>). Fecha de consulta: 14-07-2024

responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado. De forma concordante con la referida normativa, la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, prescribe en su artículo 152 que las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio, ello sin perjuicio del derecho a repetir contra el funcionario que hubiere incurrido en falta personal. Las Municipalidades, conforme el artículo 4° del cuerpo legal referido, pueden desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas, entre otras, con la salud pública. En materia de responsabilidad sanitaria del Estado, el artículo 38 de la Ley N° 19.966, que establece garantías en salud, dispone: “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio”, prescribiendo su inciso segundo: “El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.”

A su vez, en el caso caratulado “Carlos Andrés Villablanca Flores (QEPD) con Ilustre Municipalidad de Paine”<sup>106</sup> en el cual se resuelve en primer lugar, ante el 1er juzgado de letras de Buin. Al presentar la demanda, la parte defensora de la municipalidad interpone la excepción dilatoria señalando que carece de legitimación activa la parte demandante toda vez que no presenta el certificado de mediación. Sin embargo el juez de letras establece que si bien la mediación es un trámite obligatorio el requisito es que sea interpuesto el reclamo y no el éxito de la audiencia. Por lo que habiendo presentado el

---

<sup>106</sup> Carlos Andrés Villablanca Flores (QEPD) con Ilustre Municipalidad de Paine: 08-06-2022 ((CIVIL) CASACIÓN FONDO), Rol N° 82392-2021. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?c6sw>). Fecha de consulta: 14-07-2024

reclamo de la parte demandante ante el CDE y habiéndolo fijado una fecha a la cual no concurren por falta de preparación técnica, se desechan las excepciones dilatorias. Finalmente el tribunal de primera instancia rechaza la demanda estableciendo la inexistencia de la falta de servicios.

En segundo lugar, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel revocó la sentencia apelada señalando que se “condena a la demandada Municipalidad de Paine, representada por su Alcalde don Diego Alfonso Vergara Rodríguez, a pagar al demandante don Carlos Andrés Villablanca Flores la suma de cuatrocientos noventa mil seiscientos cincuenta y dos pesos (\$490.652) por concepto de daño emergente y cincuenta millones de pesos (\$50.000.000) por concepto de daño moral” y por último, la máxima sentenciadora declaró inadmisibles los recursos de casación de la demandada por lo que en definitiva confirma lo sentenciado por el tribunal de segunda instancia.

Finalmente, en causa caratulada “Muñoz/Hospital Claudio Vicuña de San Antonio”<sup>107</sup> se señaló que la realización del trámite de mediación obligatoria en municipalidades se realiza ante el CDE y de esta forma en la demanda se acompañó el certificado de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado. En el caso señalado, la demanda fue dirigida al SAPU dependiente de la municipalidad de Algarrobo y al Hospital Claudio Vicuña de San Antonio, dependiente del servicio de salud de San Antonio. En la sentencia de primera instancia, el juez de letras resuelve acogiendo la acción por un total de 40 millones de pesos las cuales deberán pagarse de manera solidaria. En segunda instancia,

---

<sup>107</sup> Muñoz/Hospital Claudio Vicuña, San Antonio: 27-02-2024 ((CIVIL) CASACIÓN FONDO), Rol N° 197315-2023. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dd518>). Fecha de consulta: 14-07-2024

se confirma la sentencia y en la Corte Suprema se desestima el recurso de casación. Por lo que lejos de discutirse la procedencia o no de la mediación ante el CDE esta se realiza de todas formas.

En conclusión, luego de la revisión de tres casos en los que la recurrida es una municipalidad de la cual dependen consultorios, centros de salud familiar o algún otro servicio de atención primaria, en todos ellos se realizó el trámite de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, por lo que en definitiva en los casos de corporaciones municipales corresponde demandar al alcalde de la respectiva municipalidad, ya que detenta la representación de esta, debiendo por tanto la mediación realizarse ante el CDE. No deja de ser interesante la reflexión del juez de letras de Buin en dónde indica que el trámite obligatorio es ingresar el reclamo ante el CDE, y por tanto no sería obligatoria la llegada a un acuerdo ni la comparecencia a la audiencia de mediación.

## 2. La utilización de la mediación como forma de defensa de los médicos, hospitales y clínicas.

El Juicio civil ordinario es la forma común de tramitación, cuyo esqueleto procedimental implica tres partes diferenciadas: en una primera instancia tenemos el periodo de discusión, el cual comprende el escrito de la demanda,<sup>108</sup> contestación, réplica y dúplica, también todos los que deben ser presentados por la vía electrónica en los procedimientos

---

<sup>108</sup> Se puede definir como la presentación formal que el actor hace ante el tribunal para que éste se pronuncie sobre las acciones sometidas a su conocimiento (definición sacada de BENAVENTE, el juicio ordinario, p.39.)

iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley N°20.886, y el llamado a conciliación. Posteriormente, tenemos el periodo de prueba, y finalmente el periodo de la decisión, caracterizado por la dictación de la sentencia.<sup>109</sup>

Una vez notificada válidamente la demanda, comienza a contabilizarse el término de emplazamiento.<sup>110</sup> La notificación de la demanda da nacimiento a la obligación del demandado de comparecer ante el juez y defenderse.

La etapa que nos avoca es el periodo de discusión, ya que lo que ocurre ordinariamente en la práctica, es que la parte demandada se defiende. De esta forma nuestro ordenamiento jurídico ha regulado mecanismos de defensas que deben llevarse a cabo en tiempo y formas específicas, como por ejemplo las excepciones dilatorias y perentorias, o el denominado incidente de nulidad de todo lo obrado, etc.

Las excepciones dilatorias, son aquellas que se oponen antes de la contestación de la demanda, y cuya finalidad es corregir aquellos vicios del procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida. Se encuentra reglamentada en el título VI, artículo 303 de nuestro código de procedimiento civil.

Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:

- 1a. La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda;
- 2a. La falta de capacidad del demandante, o de personería o representación legal del que comparece en su nombre;

---

<sup>109</sup> Rodríguez Papic, & Maturana Miquel, C. (2017). Procedimiento civil: juicio ordinario de mayor cuantía (8a. ed. rev. y actualizada/ por Cristián Maturana Miquel.) Edición Jurídica de Chile.

<sup>110</sup> El emplazamiento es un trámite esencial dentro del proceso (artículo 795 N°9 del código de procedimiento civil).

- 3a. La litispendencia;
- 4a. La ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda;
- 5a. El beneficio de excusión; y
- 6a. En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida.

De la norma transcrita, la parte demandada ha sustentado su defensa en caso de omitirse el trámite de mediación que exige el artículo 43 de la ley 19.966 en los numerales 4 “la ineptitud del libelo por razón de falta de algún requisito legal en el modo de proponer la demanda” y 6 “En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida”.

## **2.1. Excepciones dilatorias**

### **a. Ineptitud del libelo contemplada en el artículo 303 N°4**

Uno de los mecanismos utilizados por la parte demandada ante la falta del trámite de mediación, o bien ante el no acompañamiento del certificado de mediación frustrada en el procedimiento ha sido la oposición de excepciones dilatorias del artículo 303 N°4, la denominada “ineptitud del libelo”.

Lo anterior, lo vemos reflejado en la causa titulada “Leal con Servicio de salud Valdivia”,<sup>111</sup> en dónde la parte demandada opuso excepción dilatoria de ineptitud del

---

<sup>111</sup>1º Juzgado Civil de Valdivia, rol C-1171-2019

libelo y corrección del procedimiento, debido a que los actores no acompañaron el certificado que acredita haber cumplido la etapa de mediación previa obligatoria, omitiendo por tanto la certificación del cumplimiento de una exigencia previa. De esta forma solicitaron se acompañe dicho certificado de término de mediación emitido por la Unidad de mediación de la procuraduría del Consejo de Defensa del Estado. Ante lo sucedido, la actora se tuvo por allanada a las excepciones opuestas, y por lo tanto acompañó posteriormente el certificado de mediación.

En esta misma línea el Juzgado Civil de Valdivia acogió las excepciones dilatorias del artículo 303 N°4 y 6 del código de procedimiento civil, por haber faltado un requisito de procesabilidad para imputar responsabilidad al sistema público de salud. Así las cosas, se tuvo por subsanado el vicio de procedimiento alegado, por haberse acompañado el certificado de término de mediación obligatoria.

Posteriormente, la parte demandante interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo, siendo uno de los vicios alegados la errónea interpretación del artículo 43 de la ley 19.966, debido a que uno de los actores confirió mandato a otra de las demandantes para representarlo en la audiencia de mediación, no obstante, dicho documento se presentó extemporáneamente, pues fue suscrito con posterioridad al inicio de procedimiento de mediación, certificándose la incomparecencia del demandante.

En dicho escenario, la Excm. Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandada,<sup>112</sup> debido a la manifiesta falta de fundamento, ya que la

---

<sup>112</sup> “Saez con Servicio de Salud Valdivia”: 26-05-2022 (CIVIL) CASACIÓN FORMA Y FONDO), Rol 28.849-2021. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?y11v>). Fecha de consulta 14-09-2023.

resolución dictada por el tribunal a quo dio por subsanado el vicio del procedimiento alegado, toda vez que se acompañó dicho certificado, quedando por tanto dicha resolución debidamente ejecutoriada.

Para completar este panorama jurisprudencial, la Corte de Apelaciones de Concepción en causa “Videla con Corporación Sanatorio Alemán y otro”,<sup>113</sup> fue estricta al establecer que el procedimiento de mediación constituye una gestión previa y obligatoria de toda demanda indemnizatoria. Si bien, en dicho procedimiento los actores cumplieron con el deber de acompañar en la demanda el certificado de término del proceso de mediación, el problema radicó en que una de los demandantes no realizó íntegramente la gestión previa de mediación; circunstancia que a criterio de las demandadas sería necesaria para que esta pudiese comparecer en autos ejerciendo la acción indemnizatoria. Dicha situación justificó la oposición de una excepción dilatoria de ineptitud del libelo y corrección del procedimiento, solicitando explícitamente “se resuelva que previo a continuar se agote la instancia de mediación respecto sólo a uno de los demandantes”.

Posteriormente los demandantes evacuaron el traslado de la excepción dilatoria promovida por la corporación Sanatorio Alemán, y por la clínica de la mujer Sanatorio Alemán S.A. argumentando que “el legislador no exige formalidades especiales de comparecencia, ni una suerte de identidad legal de personas, sino que adecuadamente se represente el interés o reclamo a través de la superintendencia y se designe un mediador a costa de las partes que intervenga y se agote esta instancia previa”.

---

<sup>113</sup> JUAN VIDELA HERNANDEZ Y OTRA CON CORPORACION SANATORIO ALEMAN Y OTRO: 23-03-2022 (-), Rol N° 474-2020. En Buscador Corte de Apelaciones (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?d6fj>). Fecha de consulta: 10-08-2024.

La decisión del tribunal a quo, estuvo por desestimar la excepción deducida, ya que si bien el certificado de término de mediación previa no contempló la asistencia de la actora, quien era madre de la víctima menor de edad, si lo hizo el padre, y por tanto, al tratarse de un grupo familiar, resultó evidente para tal decisión el que dicha inasistencia no tornara al libelo en inepto ni constituye un vicio, toda vez que ello se origina cuando falta o se omite el trámite esencial de mediación, cual no fue el caso.

Ante dicho escenario, los demandados dedujeron recurso de apelación, situación que cambió el panorama inicial, ya que la Corte de Apelaciones de Concepción estuvo por acoger dicha excepción señalando en sus considerandos quinto y sexto que:

**“QUINTO:** atendida la naturaleza de la acción deducida corresponde precisar que el artículo 43 de la Ley N°19.966 requiere, tanto respecto de los prestadores de salud institucionales públicos como de los privados, que quien pretenda obtener la reparación de los daños ocasionados en el otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial someta previamente su reclamo a un procedimiento de mediación.

En tanto la ley contempla este requisito como una gestión previa y obligatoria de toda demanda indemnizatoria que se deduzca, su cumplimiento ha de acreditarse al interponerse tal demanda.

**SEXTO:** (...) Como se advierte, en dicho procedimiento de mediación obligatorio no participó la demandante Keyla Zambrano Pérez, lo que implica que respecto de dicha actora la interposición de la demanda adolezca del requisito legal previsto y sancionado por el artículo 43 de la Ley N°19.966, recién referido, debiendo por ello rechazarse la acción entablada por la demandante referida.

Si bien dicha situación fue ventilada con motivo de la interposición de excepciones dilatorias por parte de las demandadas, siendo acogidas por esta Corte de Apelaciones, mediante resolución de 05 de enero de 2017, la posterior realización de dicho trámite – según consta de los documentos acompañados en el Folio 54, el 26 de noviembre de 2017- no puede satisfacer la exigencia legal referida, atendida su tardía y extemporánea realización, efectuada después de interponerse y de notificarse la demanda”.

A raíz de dichas causas, pareciera ser improcedente oponer excepción dilatoria por el artículo 306 N°4, toda vez que la excepción en comento se utiliza para aquellas demandas que son ininteligibles. En este orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Concepción lo ha dictaminado de esta forma, señalando que “la ineptitud del libelo contemplada en el artículo 303 N°4 del código de procedimiento civil, tiene por finalidad corregir los defectos formales de relevancia de la demanda, que la hacen ininteligible, según se ha dicho reiteradamente por la judicatura. Se trata de una sanción interpuesta por el ordenamiento procesal tendiente a organizar un proceso racional y justo en cuanto a la controversia queda determinada en sus extremos subjetivos como en cuanto a la causa de pedir y la cosa pedida”.<sup>114</sup> Así las cosas, la corte estuvo de acuerdo con el tribunal ad quem en rechazar dicha excepción, ya que los defectos del libelo apuntaban a la no realización del trámite del proceso de mediación de todos los actores exigida en la ley N°19.966, situación que a criterio de ambos tribunales es la ausencia de un requisito previo

---

<sup>114</sup> Vega Reyes Luis Ernesto c/Servicio de Salud de Concepción: 03-12-2009 (-), Rol N° 764-2009. En Buscador Corte de Apelaciones (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?clxta>). Fecha de consulta: 10-08-2024

a la etapa judicial, cuyos argumentos aluden a una excepción de procedimiento no planteada por la parte demandada.

De esta forma podemos concluir que la excepción de ineptitud del libelo debe rechazarse si se funda en la ausencia del requisito previo de mediación a la etapa judicial.

#### **b. Corrección del procedimiento del artículo 303 N°6**

Cómo ya hemos señalado, la entrada en vigencia de la Ley N° 19.966, vino a establecer un sistema de mediación obligatoria para resolver contiendas que se susciten entre prestadores de salud públicos y privados con sus pacientes o herederos de éstos.

Como hemos señalado, lo prescrito por esta norma, ha sido objeto de oposición de excepciones dilatorias que apuntan a corregir el procedimiento. Por ejemplo en causa “Castro con Baabor”,<sup>115</sup> uno de los recurridos fue el Hospital Clínico de la Universidad de Chile (que si bien el tema será zanjado con la ley publicada durante el mes de noviembre del año 2023 el caso sigue siendo útil para observar las excepciones interpuestas por la defensa), quien interpuso excepción dilatoria de corrección del procedimiento por falta de mediación, argumentando que “por las atenciones de salud que se presten por su Hospital Clínico, está sometida al procedimiento de mediación que se establece en el artículo 43 de la ley N°19.966, dada su inclusión en la red asistencial del Servicio de Salud Metropolitano Norte, en conformidad a lo establecido en el artículo 17 del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud.”

---

<sup>115</sup> Tercer Juzgado civil de Santiago, “Castro con Baabor”. Rol C-209-2020.

Si bien, el tercer juzgado Civil de Santiago rechazó dichas excepciones, los demandados interpusieron recurso de apelación, en dónde la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció revocando la sentencia de primera instancia,<sup>116</sup> y en su lugar acogió la excepción incoada bajo los razonamientos de que el sistema de mediación contenido en la Ley N°19.966 es una disposición de orden público que regula materias de procedimiento por lo que rige *in actum*, tal como se expresa en los considerandos segundo y tercero de la sentencia en comento:

2) (...) y siendo un presupuesto de procesabilidad o procedencia de la acción ante esta sede jurisdiccional, debió acreditarse el cumplimiento del trámite, previo a la interposición de la presente acción.

3) Que por tratarse de una exigencia de procesabilidad, el vicio en cuestión es insubsanable de modo que sólo le asiste a la referida demandante, si desea insistir con una acción como la de autos, iniciar y agotar la mediación a la que se ha venido haciendo mención y presentar una nueva demanda”.

Bajo este mismo orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Santiago ha mantenido dicho criterio por bastante tiempo. Así consta lo sucedido en la causa “Hernández Muñoz Eliana-Cerda Hernández Jacqueline-Cerda Hernández Juan con Hospital Clínico de la Universidad de Chile”,<sup>117</sup> en dónde la parte demandada dedujo excepción dilatoria de corrección del procedimiento, fundada en la falta del trámite de mediación. El tribunal de primera instancia rechazó dichas excepciones con motivo de que el Hospital Clínico de la

---

<sup>116</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Castro con Baabor LTE”, 10 de Noviembre 2022, rol N° 4932-2021.

<sup>117</sup> 21°Juzgado Civil de Santiago, “Hernández Muñoz Eliana-Cerda Hernández Jacqueline-Cerda Hernández Juan con Hospital Clínico de la Universidad de Chile”, rol C-21929-2006.

Universidad de Chile es un prestador institucional público que no integra las redes del artículo 16 bis del DL 2.763 de 1979, el cual exigía el inciso primero del artículo 43 de la ley 19.966. En esta misma línea señaló que no es responsabilidad del actor la no realización de la mediación, toda vez que la parte demandante si concurrió oportunamente al Consejo de Defensa del Estado solicitando la realización de la mediación, en cuanto este último se negó al trámite por no ser procedente al Hospital.

De lo expuesto, queda reflejado que la discusión de fondo alude a que si el Hospital Clínico integra o no las redes estipuladas en la ley para someterse al trámite de mediación, no obstante, resulta sustancial el argumento que entrega la Corte de Apelaciones de Santiago para revocar la resolución que rechaza dicha excepción dilatoria, señalando un nivel de importancia sustancial del desarrollo de la mediación, cuyo cumplimiento y mandato legal no puede quedar entregada a voluntad del Consejo de Defensa del Estado. Lo expuesto queda sin rebozo plasmado en los considerandos segundo y tercero de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago:

**SEGUNDO:** Que en el presente caso se prescindió del señalado proceso de mediación previo, invocando los demandantes haber estado impedidos de cumplirlo por haberlo rechazado el Consejo de Defensa del Estado al estimar que no era aplicable en este caso.

**TERCERO:** Que el cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 43 de la Ley 19.966 no puede quedar entregado a la voluntad, interpretación o discrecionalidad del Consejo de Defensa del Estado, pues se trata de una solución extrajudicial de controversia establecida en la ley en forma obligatoria como exigencia previa al ejercicio de la acción

que en este caso se deduce, de modo tal que su incumplimiento afecta la validez de todo lo obrado en el juicio.

**CUARTO:** Que, por otra parte, el Hospital Clínico de la Universidad de Chile es un prestador público de Salud incluido en la red asistencial del Servicio de Salud Metropolitano, por lo que le resulta aplicable la exigencia legal en referencia.<sup>118</sup>

Por las consideraciones citadas, y al ser considerado el Hospital clínico de la Universidad de Chile un prestador de salud incluido en la red asistencial del servicio de salud Metropolitano resultó completamente aplicable la exigencia legal de mediación obligatoria, cuya consecuencia culminó en la declaración de invalidación de lo obrado en la causa, y por tanto el tribunal ordenó dar cumplimiento al proceso de mediación establecido en el artículo 43 de la ley 19.966.<sup>119</sup>

Al parecer, existe cierto consenso jurisprudencial en cuanto a la obligatoriedad del proceso de mediación, como un trámite previo a la interposición de una demanda por negligencia médica dirigida en contra de instituciones prestadoras de salud públicas.

Si bien es cierto que el legislador fue más benévolo en el caso de los prestadores de servicios de salud privados, al no colocar como requisito “previo” a la interposición de de la demanda el llevarse a cabo el trámite de mediación, los tribunales se han inclinado por

---

<sup>118</sup>Corte de Apelaciones de Santiago, “Hernández Muñoz Eliana-Cerda Hernández Jacqueline-Cerda Hernández Juan con Hospital Clínico de la Universidad de Chile”, rol N° 10276-2013.

<sup>119</sup>Se debe tener presente lo señalado en los capítulos precedentes en cuanto a si el Hospital Clínico de la Universidad de Chile debe acudir o no a una mediación obligatoria. Dicha controversia se encuentra en una especie de limbo, lo que ha ido en beneficio de la parte demandada tal como se explica en los casos anteriormente expuestos, al utilizarlo como defensa para dilatar el procedimiento. Pareciera ser necesaria una reforma que clarifique la naturaleza jurídica respecto a la mediación y el Hospital Clínico de la Universidad de Chile.

acoger las excepciones dilatorias del artículo 303 n°6 opuestas por la defensa y solicitar que se acompañe el certificado de mediación frustrada.

Lo anterior, queda reflejado, por ejemplo en causa seguida en juicio ordinario de indemnización de perjuicios por negligencia médica caratulado “Medina con Pérez”,<sup>120</sup> en donde los demandados, opusieron individualmente excepción dilatoria de corrección del procedimiento, argumentando que para la válida tramitación de la litis, las demandantes deben acreditar el cumplimiento del trámite de mediación obligatoria consagrado en el artículo 43 de la Ley N°19.966, por cuanto, la acción intentada persigue el resarcimiento de los presuntos perjuicios patrimoniales y morales que afirman haber sufrido las actoras con ocasión de las atenciones de salud brindadas por los demandados, los cuales presentan la calidad de prestadores (institucional e individuales) de salud de la demandante.

En este escenario el tribunal acogió las excepciones dilatorias del numeral 6, resolviendo que previamente a dar curso progresivo a los autos la parte demandante deberá presentar documentación idónea que dé cuenta de las solicitudes de mediación previa, hechas por ambas demandantes, respecto de cada uno de los demandados.

Para completar este panorama, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado “...que de las normas contenidas en la citada ley de 19.966, resulta inconcusa la voluntad del legislador de someter a las personas involucradas en un conflicto por responsabilidad médica derivada de procedimientos efectuados en el área de salud, como instancia previa a la interposición de las acciones jurisdiccionales respectivas, a un procedimiento especial de mediación, sin el cual ninguna demanda de esta clase puede prosperar”, agregando

---

<sup>120</sup> 25° Juzgado Civil de Santiago, “Medina con Pérez”, 29 de Diciembre 2022, rol N°C-16664-2020.

posteriormente: “...que por lo dicho, no cabe dudas que el procedimiento a que se ha hecho referencia constituye una expresión de garantía constitucional reconocida por el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental y en virtud de ella deben guardarse todas las reglas propias de un debido cabal proceso.”<sup>121</sup>

## **2.2. Nulidad de todo lo obrado por la falta del requisito de mediación.**

A lo largo de esta memoria, hemos tratado aquellos mecanismos utilizados por la Defensa ante la falta de acompañamiento del certificado de mediación frustrada en el procedimiento. En este contexto, tenemos que nuestro código de procedimiento civil establece sanciones procesales cuando existe algún acto que adolece de alguna irregularidad, siendo una de ellas la denominada nulidad.

En palabras de Carrasco, respecto del concepto y naturaleza jurídica de la nulidad se ha establecido en general que “la doctrina relaciona la nulidad procesal con un defecto de forma en el ejercicio o desarrollo del acto procesal; como una sanción al acto irregular; con el incumplimiento de algún requisito que la ley prescribe para la validez del acto; con la sanción civil o penal que la ley establece como reacción a la violación del procedimiento establecido; como una consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a las cuales la ley atribuye determinados efectos; como un estado de anormalidad del acto; como una privación de efectos imputada a los actos del proceso, una sanción de ineficacia

---

<sup>121</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, “Echeñique González Eduardo con Clínica Dávila S.A - Rojas Pizarro David y Otros”, 15 de julio 2008, rol N° 6035-2007.

con que la ley castiga los actos de procedimiento cuando se ha faltado a trámites esenciales o para cuyo defecto las leyes dispongan expresamente la nulidad, etc.”<sup>122</sup>

Teniendo en vista lo anterior, es que el incidente de nulidad de todo lo obrado ha sido uno de los instrumentos utilizados por la parte demandada, para alegar el anómalo desarrollo del proceso debido a la falta del trámite de mediación.

Así las cosas, en la causa “Contreras con fisco de Chile”,<sup>123</sup> cuya demanda se inicia por indemnización de perjuicios entablada en contra del Hospital del Salvador, Hospital Clínico de Niños Roberto del Río, y Hospital Luis Calvo Mackenna, el fisco de Chile se dedujo excepción dilatoria de corrección del procedimiento, prevista en el N°6 del artículo 303 del código de procedimiento civil por omisión de la etapa procesal de mediación previa a la interposición de la acción civil en contra de prestadores de salud del sistema público, en específico la no comparecencia del Hospital Luis Calvo Mackenna.

El tribunal a quo negó lugar a la excepción dilatoria del Fisco de Chile, no obstante, la Corte de Apelaciones de Santiago revocó dicha resolución teniendo presente:

**5°.-** Que de las normas a que se ha hecho referencia, contenidas en la citada Ley N°19.966, resulta inconcusa la voluntad del legislador de someter a las personas involucradas en un conflicto por responsabilidad médica, derivada de procedimientos efectuados en el área de la salud, como instancia previa a la interposición de las acciones jurisdiccionales

---

<sup>122</sup> Carrasco Poblete, J. La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 18 - No 1, 2011 pp. 52-53

<sup>123</sup> 18° Juzgado Civil de Santiago, “Contreras con Fisco de Chile”, 18/04/2011. Rol C-11854-2010.

respectivas, el sometimiento a un procedimiento previo y especial de mediación, sin el cual ninguna demanda de esta clase puede válidamente prosperar (...).

**6°.-** (...) El procedimiento a que se ha hecho referencia constituye una expresión de la garantía constitucional reconocida en el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental y en virtud de ella, deben guardarse todas las reglas propias de un debido y cabal proceso; en particular, el derecho a defensa, bilateralidad de la audiencia e igualdad de armas (...).”<sup>124</sup>

Por estas consideraciones se revocó la resolución apelada por el Fisco de Chile, la cual negó lugar a la excepción dilatoria de corrección del procedimiento, y en su lugar acogieron la excepción, disponiéndose la Nulidad de todo lo obrado en la causa a partir de la resolución que tuvo por interpuesta la demanda y ordenó su traslado paralizando su tramitación y volviendo los autos al estado de cumplirse previamente con la instancia previa de Mediación, exigida por la citada disposición legal respecto del Hospital Luis Calvo Mackenna.

En este mismo orden de ideas, el segundo Juzgado de Letras en lo Civil de Talcahuano, en causa “Nidia Zenteno Rivas y otros con Servicio de Salud Talcahuano”<sup>125</sup> rechazó el incidente de nulidad procesal promovido por las demandadas, por estimar que era extemporáneo. Ante dicha situación la demandada dedujo recurso de apelación contra

---

<sup>124</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Contreras con Fisco de Chile”, 26 de Junio 2012, rol N° 4.227-2011.

<sup>125</sup> 2° Juzgado Civil de Talcahuano, “Nidia Zenteno Rivas y otros con Servicio de Salud Talcahuano”, rol N° C-2464-2017.

dicha resolución, debido al incumplimiento del procedimiento de mediación en contra del Servicio de Salud Talcahuano.

Analizando lo expuesto, la Corte de Apelaciones de Concepción revocó la resolución en comento, teniendo presente que:<sup>126</sup>

“7°. A mayor abundamiento, y más allá de si la incidencia fue presentada por la demandada dentro de plazo, lo cierto es que el vicio denunciado es esencial y orden público, no siendo posible subsanarse o convalidarse, dado que la norma del artículo 43 de la Ley 19.966 es imperativa al disponer el trámite de la mediación ante el Consejo de Defensa del Estado para proceder al ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que señala, por lo que las partes en definitiva no son libres al respecto, debiendo someterse a un procedimiento racional y lógico establecido por el legislador, debiendo respetar aquellos trámites esenciales, de orden público procesal ineludible por las partes y el tribunal, cuyo incumplimiento vician el procedimiento, por afectarle una circunstancia esencial para la ritualidad o marcha del juicio, que permiten incluso al tribunal corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso conforme a lo expresado en el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil.

8°. Que, así las cosas, evidentemente existe en la tramitación de la causa un defecto o vicio que apareja nulidad de todo lo obrado, que se traduce en una indefensión de la parte demandada ya individualizada, que afecta a su garantía constitucional del debido proceso, entre otras razones, al no haber podido contestar la demanda y ejercer todos los derechos

---

<sup>126</sup> Corte de Apelaciones de Talcahuano, “Nidia Zenteno Rivas y otros con Servicio de Salud Talcahuano”, 6 de diciembre de 2019, rol N° 1033-2019.

que la ley le concede al respecto, vicio que conlleva un perjuicio que es sólo reparable con la invalidación del fallo de que se trata y demás actuaciones que de ella se deriven.”

En el mismo contexto, en causa caratulada “Cabrera Soto Alejandra con Carrasco Alonso Manuel”,<sup>127</sup> la parte demandada interpuso incidente de nulidad, la cual fue acogida en primera instancia, y confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago teniendo presente:

“3º) Que las normas sobre mediación, establecidas en el Párrafo Segundo del Título III de la Ley 19.996, contemplan - como exigencia previa para el ejercicio de una acción de esta naturaleza el agotamiento de las instancias de composición, de manera que sólo una vez fracasado el mecanismo de mediación, resulta posible la interposición de la demanda correspondiente. Al ser ese su alcance y contenido, fuerza es concluir que dicha normativa atañe a la forma de proponer la pretensión y que, por ende, no condice con disposiciones sustantivas que deban entenderse incorporadas al contrato. En suma, no regla los derechos emanados de la convención sino que cuestión diferente la manera de reclamarlos en juicio;

4º) Que, con arreglo a lo previsto en el número 3.- del artículo tercero transitorio de la Ley N°19.996, las disposiciones legales aludidas en el fundamento que precede entraron a regir seis meses después de la publicación de esa ley (03/09/2004). Acontece que la demanda de autos fue presentada y notificada en septiembre de 2006, vale decir, cuando ya estaba en vigencia la citada ley 19.996 que establece la mediación obligatoria como paso previo y necesario para el ejercicio de la acción jurisdiccional;”

---

<sup>127</sup> Corte de apelaciones de Santiago, “Cabrera Soto Alejandra con Carrasco Alonso Manuel”, 9 de mayo de 2008, rol N° 4926-2007.

Ahora bien, la sentencia en comento fue acordada con el voto disidente del ministro Astudillo, quien estuvo por rechazar el incidente de nulidad, bajo las siguientes reflexiones:

- “1.- Aún cuando es cierto que el inciso segundo del artículo 43 de la Ley Sobre Régimen de Garantías Explícitas de Salud está extendido en términos imperativos los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación, lo que pudiera ser indicativo de su carácter obligatorio, no lo es menos que su redacción es sensiblemente diferente a la de su inciso primero pertinente a los prestadores institucionales públicos donde, de modo inequívoco, se condiciona el ejercicio de la acción al sometimiento previo a un proceso de mediación. Tal cosa no se advierte al regularse la situación de los prestadores privados;
- 2.- Refuerza ese aserto considerar que, acto seguido, se supedita la pervivencia del procedimiento de mediación a la existencia de común acuerdo en la persona del mediador. Se hace difícil sostener la cualidad obligatoria apuntada si basta un desacuerdo tan preliminar para entender fracasada la mediación, circunstancia ésta que más bien permite sustentar la existencia de un derecho enteramente renunciabile por alguna de las partes. Lo que se viene diciendo armoniza también con el fundamento del instituto aludido que, antes que una obligación, es el derecho de las personas a su autodeterminación, a tomar sus propias decisiones;
- 3.- En ese contexto, es dable afirmar que el solo hecho de ocurrir directamente en demanda de protección jurisdiccional, es susceptible de asumir como demostrativo de la intención de prescindir de esa fase previa, sin que exista involucrado en ello algún bien de entidad tal que obste al derecho de acción;

4.- Comoquiera que sea, no logra advertirse la ley que sancione expresamente con nulidad la omisión del trámite que se ha venido examinando en este fallo, motivo que también conduce a la conclusión anticipada al inicio de esta disidencia”

### **2.3. Casos que se rechazan las excepciones o nulidad por no mediación.**

En este punto, pareciera claro sostener que la jurisprudencia ha sido bastante uniforme cuando se pronuncia respecto del trámite de mediación, ya sea acogiendo las excepciones dilatorias opuestas por las y los demandados, o bien declarando la nulidad de lo obrado por carecer el procedimiento de un requisito obligatorio.

Ahora bien, estos pronunciamientos parecieran cambiar, ya que existen ciertos razonamientos de nuestros tribunales de justicia que han reflexionado de forma diversa, de manera tal que han existido procedimientos que se han llevado a cabo sin el trámite obligatorio de mediación que prescribe el artículo 43 de la ley 19.966.

Para contextualizar este panorama, corresponde abocarnos a la causa caratulada “Bahamondes Moreno, Pamela con Ramírez Araya, Hugo Ricardo y otros”, en donde los demandados interpusieron incidente de nulidad, fundado en que se ejercen dos acciones judiciales en el procedimiento,<sup>128</sup> mediante el cual se persigue la reparación de daños

---

<sup>128</sup>Cabe destacar que la parte demandante sostiene que no es aplicable debido a que anteriormente se había entablado un querrela criminal en contra de los mismos demandados fundada en los mismos hechos y en los cuales se anunció la acción civil que en estos mismos autos se ejerce y porque la ley 19.966 entró en vigencia el 3 de Marzo de 2005 con posterioridad a los hechos en que se funda, acaecidos el 21 de enero de 2005. En consecuencia, argumentó que la acción jurisdiccional de este proceso no es la primera que intenta su parte para obtener la reparación de los perjuicios causados por los demandados con su actuar negligente, lo que hace inaplicable el inciso 2° del artículo 43 de la Ley 19.966, norma que supuestamente se referiría únicamente a los casos en que se entabla por primera vez una acción judicial.

supuestamente causados por prestadores privados de salud, siendo por tanto procedente el trámite obligatorio de mediación. El tribunal a quo estuvo por acoger el incidente de nulidad argumentando que a la fecha de la presentación de la demanda se encontraba plenamente vigente la Ley 19.966 que en su artículo 43 impone de manera perentoria,<sup>129</sup> como presupuesto esencial de validez de toda relación jurídico procesal que antes que se ejerza cualquiera acción en que se persiga el resarcimiento de ciertos daños causados por prestadores privados de salud, debe someterse el conocimiento de tales hechos a un proceso de mediación previa ante los mediadores acreditados en la Superintendencia de Salud. Ahora bien, respecto de la querrela entablada anteriormente a la acción civil, el tribunal estableció que:

“5.- Que si bién (sic) los hechos acontecieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley señalada, las dos demandas tanto la penal como la civil se interpusieron con fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 19.966 por lo cual es aplicable el art. 24 de la Ley de Efecto retroactivo de las leyes.

6.- Que el hecho de haberse anunciado la presente acción en la querrela criminal, ni haber prosperado en esa instancia ningún acuerdo entre las partes . no obsta para dar por cumplida la exigencia del art. 43 de la Ley 19.966.-”

Ante dicha resolución, la parte demandante interpuso recurso de apelación, no obstante, la sentencia de primera instancia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

---

<sup>129</sup> 11º Juzgado Civil de Santiago, “Bahamondes Moreno, Pamela con Ramírez Araya, Hugo Ricardo y otros”, 14 de junio 2010, rol C-38999-2009.

En contra de esta decisión, la parte demandante interpuso recurso de casación en el fondo, de esta forma la Excma Corte Suprema revocó dicha sentencia, y por tanto acogió el recurso bajo las siguientes consideraciones:<sup>130</sup>

**DECIMOCUARTO:** Que, en el caso sub lite, del mérito de las alegaciones formuladas por las demandadas que incidentaron de nulidad de todo lo obrado, es posible advertir que el único vicio en el que sustentan su petición se encuentra constituida por la falta de mediación previa a la interposición de la demanda, sin argumentar perjuicio procesal alguno, salvo –dos de ellos- que refieren una serie de alegaciones extraprocerales, inocuas para los efectos requeridos.

**DECIMOQUINTO:** Que, teniendo en consideración las premisas y lineamientos enunciados en los acápites precedentes y ante la hipótesis a la que se ve enfrentada esta Corte en el caso de marras, la declaración de nulidad formulada por los sentenciadores del mérito, no se atiene a los principios que la inspiran, desde que no se observa perjuicio alguno a los demandados en cuestión que debiera ser reparado mediante la invalidación del acto procesal que dispuso la notificación de la demanda, pues las argumentaciones que respecto de la omisión de un trámite extraprocerales, en caso alguno puede entenderse que afecte a la acción deducida en autos, toda vez que desde la perspectiva del procedimiento, la relación procesal ha sido válidamente trabada, respecto de quienes se presentan como sujetos pasivos de la pretensión (...).

---

<sup>130</sup> Corte Suprema, “Bahamondes Moreno, Pamela con Ramírez Araya, Hugo Ricardo y otros”, 3 de septiembre de 2012, rol N° 5195-2011.

Ergo, en este estadio procesal, y ante una relación procesal válidamente entablada, no se avizora un vicio procedimental en el curso de la litis con el mérito anulatorio que exige el legislador, puesto que si bien no se cumplió con el requisito de mediación antes de la interposición de la demanda, dicha omisión, en primer término, no constituye un trámite declarado esencial por la ley sino únicamente una irregularidad que, sin afectar el fondo de la acción deducida, debe corregirse. Por otro lado, el hecho de recurrirse directamente a la protección jurisdiccional, en nada obsta a que con posterioridad, ya trabada jurídicamente la litis con la notificación de la demanda, pueda efectuarse el mentado llamado a mediación, tal como en definitiva ocurrió en la especie, según se desprende de los certificados y acta aparejados en segunda instancia.

En este mismo orden de ideas, tampoco es posible sostener que una diligencia, en los términos que expresamente prevé en inciso segundo del artículo 43 citado, para cuyo fracaso sólo basta que las partes no acuerden la persona del mediador, preliminar incluso a la invitación de arreglo, pueda constituir una diligencia de la esencia de la acción o del procedimiento, que traiga envuelta la nulidad procesal en los términos propuestos, tanto cuanto su eficacia es tan feble que se ve supeditada al simple hecho del desacuerdo en un aspecto básico como el anotado y, tan intrascendente es su exigencia previa a la interposición de la acción, que como se adelantó, el cumplimiento de este requisito meramente formal, se verificó en el transcurso de la litis;

**DECIMOSEXTO:** Que en el contexto de lo reseñado, aparece de manifiesto en la resolución reclamada el alejamiento a los principios constitucionales del debido proceso, que privilegian la opción de posibilitar el derecho de defensa antes que limitarlo, como ha

ocurrido en este caso, en que la demandante ha sido privada de la posibilidad de requerir que los tribunales conozcan y juzguen la pretensión ejercida en virtud del derecho a la acción que les asegura nuestra Carta Fundamental. Así, resulta indiscutible que la sentencia impugnada entrabó la posibilidad de la actora de ejercer su derecho a someter el conflicto de autos -en lo que a ella empece- a la decisión de los tribunales competentes, esto es su derecho de acción y de defensa, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso primero de la Constitución Política de la República, en razón de haberse efectuado una declaración judicial de nulidad procesal que, como se ha dicho, quebrantó la normativa que debió ser atendida al efecto, específicamente, el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, puesto que tal decisión no consideró el principio de trascendencia que debió inspirar el actuar de los jueces para resolver el incidente de nulidad;

**DECIMOSÉPTIMO:** Que de este modo los jueces del fondo han incurrido en error de derecho al acoger la nulidad de todo lo obrado,

Cómo es posible observar, las demandadas accidentaron de nulidad de todo lo obrado ante la ausencia del trámite de mediación, en donde a pesar de haber prosperado en las dos primeras instancias, la Corte Suprema pareció restarle bastante trascendencia al vicio incoado, argumentando que la falta de mediación no produjo un perjuicio procesal significativo ni corrompió la sustancia del procedimiento, toda vez que se conformó una relación procesal válida.

En este escenario, el máximo tribunal deja claramente asentado a lo largo de la sentencia que el no cumplimiento del requisito de mediación antes de la interposición de la demanda

no constituye un trámite declarado esencial por la ley, sino que únicamente corresponde a una irregularidad.

En virtud de lo anterior, en causa “Guerrero con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio”,<sup>131</sup> el Servicio de Salud de San Antonio interpuso incidente de nulidad de todo lo obrado, argumentando que la mediación previa es un requisito obligatorio, sin el cual un procedimiento en el que se persigue la reparación de daños de un prestador institucional público no puede prosperar válidamente. Esto debido a que el certificado de mediación agregado aparece que el procedimiento de mediación solo se llevó a cabo respecto de uno de los demandados.

De esta forma indica que al tenor de la ley 19.966 en su artículo 43, indefectiblemente se establece que no es facultativo para un demandante, que ejerce una acción civil de indemnización de perjuicios ante cualquier tribunal, por los supuestos daños ocasionados en los servicios médicos asistenciales otorgados, el someterse o no a la gestión previa de mediación instaurada por la ley en comento, ya que esta ineludiblemente ordena la obligatoriedad de dar cumplimiento a dicho trámite previo a la presentación de la demanda en que se ejerce la acción indemnizatoria respectiva.

Así, el 5° Juzgado Civil de Santiago de Valparaíso, resolvió que el vicio que ha generado la solicitud de nulidad ha sido conocido por el articulista desde el momento que se presentó la demanda a tramitación, por lo que en la etapa procesal presentada aparece absolutamente extemporáneo. Continúa argumentando que ningún perjuicio ha causado al

---

<sup>131</sup> 5° Juzgado Civil de Valparaíso, “Guerrero con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio”, rol C-5915-2011.

incidentista desde que en el procedimiento se llamó a conciliación, de conformidad al artículo 262 del código de procedimiento Civil.

Ante dicha resolución, el Servicio de Salud de Valparaíso interpuso recurso de apelación, siendo este rechazado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso teniendo presente que:<sup>132</sup>

**PRIMERO:** Que la parte demandada ha deducido recurso de apelación en contra de la resolución que rechazó el incidente de nulidad de todo lo obrado formulado por su parte, en atención a que el artículo 43 de la ley 19.966, que Establece un Régimen de Garantías en Salud, obliga como trámite previo a iniciar el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones, que el interesado requiera, previamente, haber sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que en el presente caso no se habría producido.

**SEGUNDO:** Que al contestar, el actor expuso que habiendo iniciado el procedimiento de mediación con fecha 09 de septiembre de 2011, según consta del instrumento acompañado, habiéndose realizado la audiencia respectiva el día 07 de diciembre de 2011, su parte atendida la incomparecencia de uno de los reclamados, y la negativa a reconocer la responsabilidad de otro de ellos, decidió dar por terminado el procedimiento de mediación e iniciar la acción civil pertinente, que es lo que ocurrió en autos, facultad que le otorga el artículo 33 del Reglamento del Procedimiento de Mediación.

---

<sup>132</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, “Guerrero con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio”, 16 de abril de 2015, rol 1723-2014.

**TERCERO:** Que por otra parte, debe decirse, que el incidente de nulidad que nos ocupa fue presentado a tramitación el día 26 de junio de 2014, por el letrado Javier Andrés Valenzuela Clavero, en representación del demandado Servicio de Salud Valparaíso San Antonio, habiéndose deducido la presente demanda el día 21 de diciembre de 2011, opuesto excepciones dilatorias el mismo abogado por ese demandado el día 26 de enero de 2012, sin que la gestión de mediación que ahora echa de menos, hubiere sido alegada como fundamento de alguna excepción a la que la ley le da derecho, transcurriendo el curso de la causa por todos sus trámites procesales, hasta la “citación para oír sentencia”, después de lo cual se ha planteado el incidente de nulidad referido, el que a esa fecha resultaba del todo extemporáneo, como bien lo resolvió el juez a quo en la resolución que se encuentra en alzada.

Nuevamente podemos observar que el tribunal acude a los parámetros de los perjuicios que podría ocasionar la ausencia del trámite de mediación, siendo en el presente caso inexistentes, ya que se bien es cierto que se deduce incidente de nulidad y posteriormente recurso de apelación; la falta de dicho trámite no se alegó cuando correspondía haberlo hecho, es decir mediante la oposición de excepciones dilatorias.

En este mismo orden de ideas, una situación irregular se presenta en causa “Elena Larenas Bustamante y otros con Hospital Parroquial San Bernardo y otros”, toda vez que la parte demandante dedujo recurso de apelación en contra de la resolución dictada por el tribunal a quo, la cual acogió el incidente de nulidad promovido por una de las partes demandadas, fundada en que la actora incurrió en un vicio de procedimiento, consistente en haberse omitido la exigencia que establece el artículo 43 de la ley 19.966, esto es, la obligación de

las parte de someterse a una instancia de mediación previa al ejercicio de las acciones jurisdiccionales. Esto, porque la demanda la deducen cuatro actores, y solamente respecto de uno de ellos se dio cumplimiento a lo que dispone la preceptiva recién citada.

El tribunal de primera instancia acogió el incidente de nulidad promovido por las siguientes consideraciones:

3° Que, es menester tener presente para resolver el asunto de autos, que el artículo 43 de la ley 19.966, y como lo señalan ambas partes, preceptúa que para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales en contra de los prestadores privados de salud destinadas a obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes”.

4° Que así, y como queda de manifiesto, se debe necesariamente concluir que la parte demandante respecto de don Julio Rafael Díaz Ramírez, doña Julia Andrea Díaz Larenas y don Cristián Patricio Díaz Larenas, omitió cumplir con la exigencia consistente en someter el conflicto en el que se tiene interés en forma previa a la interposición de la presente demanda al procedimiento de mediación que establece el artículo 43 de la Ley 19.966, por tratarse de un trámite establecido por la ley.

Ante dicha resolución, los demandantes dedujeron recurso de apelación, en dónde la Corte de Apelaciones de San Miguel revocó la sentencia, y por tanto acogió el recurso, bajo los siguientes argumentos:<sup>133</sup>

2) La figura de la mediación, así estatuida en el citado artículo 43, es de naturaleza adjetiva, dado que concierne a la forma de proponer la pretensión, puesto que está ordenada a propósito del procedimiento encaminado al ejercicio de una acción y obedece a la voluntad del legislador de someter a los involucrados en un conflicto por responsabilidad médica a un procedimiento especial, obligatorio y previo a la interposición de las acciones jurisdiccionales respectivas; instancia en la que, bajo la dirección de un mediador imparcial, las partes tienen la oportunidad de hacer las alegaciones y formular las peticiones que sean procedentes con el objeto de lograr un acuerdo que evite la iniciación posterior de un juicio, con las consiguientes cargas y costos que este implica;

3) Lo relevante a la decisión de los recursos de apelación interpuestos por las partes es que la ausencia de ese requisito de procesabilidad constituido por esa actividad no adversarial, destinada precisamente a precaver un litigio no trae indisolublemente aparejada la nulidad procesal de todo lo actuado. Para fundamentar lo anterior, vale recordar que no toda irregularidad o vicio que pueda detectarse en un acto trae consigo la nulidad del mismo, sino que existen otros varios tipos de sanción, tales como la inadmisibilidad, preclusión, y abandono del procedimiento;

---

<sup>133</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, “Elena Larenas Bustamante y otros con Hospital Parroquial San Bernardo y otros”, 30 de julio de 2020, rol N°159-2020.

5) En este punto vale poner de relieve, además, que la revisión de la causa revela que la nulidad que viene declarada por el a quo fue incidentada por la demandada Fundación Hospital Parroquial de San Bernardo una vez que el juez de la causa ya había admitido a tramitación la demanda y se encontraban notificadas de ella las cuatro demandadas. Por consiguiente, aunque la falta de comprobación del requisito para proponer la demanda al que se viene haciendo alusión pudo ser observada e incluso corregida de oficio por el tribunal, no lo fue;

6) Lo anterior pone en evidencia que no se está ante un vicio propio de la sanción procesal de nulidad de hecho, la ley 19.966 no lo prevé en esa tesitura, sino más bien de un presupuesto que mira a la eficacia de la interposición de la demanda, el que admite verse aclarado, y eventualmente exigido para la corrección del procedimiento, sin afectar necesariamente el fondo de la acción deducida ni la relación procesal válidamente trabada.

7) A la luz de las reflexiones que preceden, se observa claro que la interlocutoria de nulidad que viene apelada no se corresponde con las premisas que la sustentan, desde que no se ha puesto en entredicho la vigencia de alguno de los presupuestos procesales ni se advierte el efectivo perjuicio causado a alguno de los demandados lo susceptible de ser remediado por la vía de aquella sanción. Esta Corte no advierte impedimento para que, trabada la litis y antes de avanzar en la sustanciación del procedimiento, se participe del llamado a mediación extraprocesal normado en el artículo 43 de la ley 19.966;

Uno de los razonamientos del tribunal, indica que la ausencia del requisito de procesabilidad que implica la mediación no trae indisolublemente aparejada la nulidad, ya que no todo vicio que pueda presentarse en un procedimiento tiene como consecuencia la

nulidad de todo lo obrado. Uno de los argumentos más llamativos, es que la Corte flexibiliza la ritualidad del procedimiento de mediación, que ya no se alzaría como un requisito de procesabilidad, en tanto no se requeriría que sea “previa” al juicio pues se podría llevar a cabo en el transcurso de este.

En este contexto resulta interesante lo sucedido en causa “Vega con Servicio de Salud Aysén XI Región de Aysén”, se interpuso recurso de apelación proveniente de la parte demandada, en contra de resolución que tuvo por interpuesta la demanda de indemnización de perjuicios en juicio ordinario de mayor cuantía, el cual confirió traslado a los demandados.

El apelante fundamentó su recurso, en que la demandada (Servicio de Salud de Aysén), es un prestador institucional público de la salud, por lo que el ejercicio de las acciones jurisdiccionales en contra de éste, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, de conformidad al artículo 43 de la Ley 19.966.

En este sentido consideró que este precepto establece un requisito de procesabilidad obligatorio, por cuanto debe acreditarse coetáneamente con la interposición de la demanda, que se verificó el procedimiento de mediación prejudicial, acompañando el certificado respectivo. Finalmente, concluye que en la demanda no se acompaña el “certificado de mediación frustrada”, que acredite que el procedimiento de mediación finalizó sin acuerdo entre las partes, por ende, al no constatarse tal instancia prejudicial al

momento de proveerse la demanda, el tribunal del grado no debió admitir a tramitación dicha acción judicial.

**“SEXTO:** Que, así las cosas, no se prestará oído a las alegaciones del apelante, en cuanto sostiene que debe acreditarse coetáneamente con la interposición de la demanda, la ocurrencia del procedimiento de mediación prejudicial previa al ejercicio de la acción jurisdiccional, acompañando el certificado respectivo; ya que, esta Corte estima que el legislador sólo exige la hipótesis fáctica de que exista mediación previa al ejercicio de la referida acción, y no que deba acreditarse ésta acompañando tal certificado a la demanda, como ya se razonó, ni menos se ha establecido que en el evento que ello no se acredite en la demanda proceda la sanción de la inadmisibilidad de ésta, como lo pide concretamente la apelante, como tampoco se dispuso legalmente que, ante aquel evento, el juez de oficio no dé curso al citado libelo, como sí se autoriza por el legislador para otros casos, según el artículo 256 del Código de Procedimiento Civil.

**SÉPTIMO:** Que, a mayor abundamiento, declarar inadmisibile a tramitación la presente demanda, por la omisión de un requisito formal previo, de probar la existencia de la mediación prejudicial al momento de interponer la demanda, como lo pretende el apelante, cuya existencia no se ha controvertido por éste derechamente, constituye una vulneración al derecho de petición consagrado en el N°12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que establece el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes, afectando de ese modo dicha garantía en su esencia, al pretender imponer una sanción que no se estableció en el precepto legal en cuestión,

impidiendo el conocimiento y pronunciamiento del derecho de fondo, lo que contraviene la intención del constituyente manifestada en el N°26 del artículo antes citado.

Es posible concluir que para la presentación de la demanda es requisito la realización del trámite de mediación, no obstante, el certificado de mediación frustrada puede acompañarse en cualquier punto del juicio hasta el fin del término probatorio y no acompañarse exclusivamente en la demanda. La sentencia en causa titulada “Jeremías con Servicio de Salud Aysén XI Región de Aysén” de manera progresista asegura que esto es así y que el legislador no indico que en caso de no presentarse el certificado de mediación frustrada no deba ser admita la demanda ni tampoco dar curso al libelo.

**“SEGUNDO:** Que, la apelante fundamenta su recurso en que la demandada, Servicio de Salud de Aysén, es un prestador institucional público de la salud, por lo que el ejercicio de las acciones jurisdiccionales en contra de éste, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, de conformidad al artículo 43 de la Ley 19.966.

**TERCERO:** Que, al efecto, se debe tener presente que el artículo 43 de la ley 19.966 establece que: "El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979 (...) haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los

requisitos del artículo 54. En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y, a falta de acuerdo, la mediación se entenderá fracasada. La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia."

**CUARTO:** Que, en consecuencia, del tenor literal del artículo antes transcrito se desprende claramente que el ejercicio de las acciones jurisdiccionales como las que se conocen, requiere que el demandante, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación extrajudicial, sin que aquel precepto legal haya establecido la oportunidad para justificar esta circunstancia, lo que no se puede desatender, de acuerdo al artículo 19 del Código Civil.

**QUINTO:** Que, sin perjuicio de lo anterior, una interpretación sistemática del sistema jurídico procesal, al tenor del artículo 22 del estatuto Civil antes citado, nos indica que los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto, de tal manera que es forzoso concluir que en un juicio ordinario de mayor cuantía, como el que se conoce, la prueba instrumental, que acredite el hecho de la mediación previa al ejercicio de la acción, puede acompañarse a la demanda o en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del

término probatorio en primera instancia, de acuerdo a los artículos 255 y 348 del Código de Procedimiento Civil.<sup>134</sup>

**SEXTO:** Que, así las cosas, no se prestará oído a las alegaciones del apelante, en cuanto sostiene que debe acreditarse coetáneamente con la interposición de la demanda, la ocurrencia del procedimiento de mediación prejudicial previa al ejercicio de la acción jurisdiccional, acompañando el certificado respectivo; ya que, esta Corte estima que el legislador sólo exige la hipótesis fáctica de que exista mediación previa al ejercicio de la referida acción, y no que deba acreditarse ésta acompañando tal certificado a la demanda, como ya se razonó, ni menos se ha establecido que en el evento que ello no se acredite en la demanda proceda la sanción de la inadmisibilidad de ésta, como lo pide concretamente la apelante, como tampoco se dispuso legalmente que, ante aquel evento, el juez de oficio no dé curso al citado libelo, como sí se autoriza por el legislador para otros casos, según el artículo 256 del Código de Procedimiento Civil.

**SÉPTIMO:** Que, a mayor abundamiento, declarar inadmisibile a tramitación la presente demanda, por la omisión de un requisito formal previo, de probar la existencia de la mediación prejudicial al momento de interponer la demanda, como lo pretende el apelante, cuya existencia no se ha controvertido por éste derechamente, constituye una vulneración al derecho de petición consagrado en el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que establece el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en

---

<sup>134</sup> Corte de Apelaciones de Coyhaique “Jeremías con Servicio de Salud Aysén XI Región de Aysén” 29 de mayo de 2020. Rol N° 37-2020

términos respetuosos y convenientes, afectando de ese modo dicha garantía en su esencia, al pretender imponer una sanción que no se estableció en el precepto legal en cuestión, impidiendo el conocimiento y pronunciamiento del derecho de fondo, lo que contraviene la intención del constituyente manifestada en el N° 26 del artículo antes citado.<sup>135</sup>

Por otro lado en sede privada; sin perjuicio de lo ya repasado en los capítulos anteriores, se indica que la realización de la mediación no es requisito para la presentación de la demanda de forma tan categórica como la pública tal como lo indicamos anteriormente, a continuación revisaremos una sentencia que deja todavía más clara nuestra postura.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Coyhaique en causa caratulada “Arcaya con asociación Chilena de Seguridad” lo ha dejado bastante clarificado.<sup>136</sup> Esto, ya que el demandado interpuso un recurso de apelación en contra de la resolución que rechazó la excepción dilatoria del artículo 303 N°6, es decir, aquella que tiene como propósito la corrección del procedimiento. Así las cosas, el tribunal de segunda instancia de Coyhaique rechazó la apelación, y por lo tanto confirmó la resolución objeto del recurso bajo los siguientes argumentos:<sup>137</sup>

**CUARTO:** (...) Como es visible, el legislador fue bastante menos exigente tratándose de la mediación en el evento en que el reclamo se dirija en contra de un prestador privado de asistencia de la salud, de partida, no agregó el adverbio “previamente”, esto es con

---

<sup>135</sup>Corte de Apelaciones de Coyhaique, “Jeremías con Servicio de Salud Aysén XI Región de Aysén” 29 de mayo de 2020. Rol N° 37-2020.

<sup>136</sup> Corte de Apelaciones de Coyhaique, “Arcaya con asociación Chilena de Seguridad”, 18 de noviembre de 2020, rol N° 118-2020.

<sup>137</sup> Es necesario destacar que dicha causa ordinaria, relativa a indemnización de perjuicios, se dedujo por un particular en contra de un prestador de servicio privado de salud asistencial.

antelación o anticipación al reclamo judicial; más aún, permite que, incluso, ante la falta de acuerdo entre las partes en la persona del mediador, dicha mediación se entenderá fracasada, en cambio, la designación, en el evento de un prestador público, la realizará el Consejo de Defensa del Estado. Tal distinción se observa en la ley 19.966, no solo en este artículo, sino que también en otras disposiciones, así el artículo 44, 50, 53 y 54, en lo relativo a los requisitos del reclamo presentado ante el Consejo de Defensa del Estado; requisitos del mediador del conflicto contra un prestador público; requisitos para la aprobación de una mediación en que se reclame contra un prestador público; y quien fija los aranceles de los mediadores en el caso del artículo 43, inciso segundo, esto es, en un conflicto entre particulares. Diferencias que se explican en cuanto se ve involucrado y eventualmente afectado el patrimonio del Estado, en el caso de conflictos contra prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales a cuyo respecto la ley ha sido más exigente, pero que, como se advierte, el fin último del instituto es lograr una “solución extrajudicial”, no prejudicial.

**QUINTO:** Que, en consecuencia, la pretensión del apelante, de que se corrija el procedimiento y se retrotraiga la causa al estado de evaluar la admisibilidad de la demanda y por ende, declarar la inadmisibilidad por omisión de procedimiento de mediación previa, según solicitó en el escrito en que opuso la excepción que se le rechazó y que en su apelación solicitó acoger dicha excepción y decretar que previo a dar curso a la demanda se acompañe por el demandante certificado de mediación frustrada. Pretensiones que no pueden ser admitidas, toda vez lo precedentemente razonado y expuesto, no siendo un requisito para la interposición de la demanda el que se deba acompañar a la misma el

certificado de mediación frustrada, toda vez que los artículos 43 y siguientes de la Ley 19.966 no la establecen, de manera que la oportunidad para acreditarlo será dentro del término probatorio como prueba instrumental que es; no exigiéndose, incluso, la existencia previa de dicha mediación, en el evento en que el conflicto se suscite entre privados y no se encuentre comprometida una institución pública, puesto que el tenor literal de la ley así lo ha dispuesto y ha sido el legislador quien ha efectuado tal distinción. Dicha sentencia responde a una necesidad de avanzar a un sistema de mayor acceso a la justicia para la ciudadanía. Tanto el fallo emitido en causa caratulada “Arcaya con asociación Chilena de Seguridad” como en sentencia caratulada “Jeremías con Servicio de Salud Aysén XI Región de Aysén” han establecido una teoría progresista respecto de la mediación, flexibilizando un método que acorde a la ley 19.966 presenta una rigidez muy estricta que termina afectando a los demandantes de manera desigual.

Ambas sentencias significan un progreso de cómo se ha ido estructurando una actualización jurisprudencial respecto del proceso de mediación obligatoria. Se debe dejar establecido que por un lado en sede privada, tal como ya lo indicó la Corte, la realización de la mediación puede realizarse dentro del juicio y presentarse el certificado de mediación frustrada antes del fin del término probatorio. Por otro lado en sede pública es compleja la situación, sin perjuicio de esto la Corte razona.

### III. CONCLUSIONES

El trámite de mediación obligatoria impuesta por la ley AUGE ha tenido un engorroso desarrollo jurisprudencial, toda vez que ha existido una especial confusión respecto de los prestadores de salud público y privados, y la palabra “previa” prescrita como un requisito anterior para quien pretenda obtener una reparación de los daños que se le han ocasionado en el otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial de salud. Esto, debido a que por una parte algunos jueces han dictaminado que la gestión de mediación debe ser previa y obligatoria para ambos tipos de prestadores institucionales; no obstante por otra, existen aquellos que se han acogido al tenor literal de la ley, estableciendo que el cumplimiento de dicho trámite debe acreditarse previo a la interposición de la presentación de la acción únicamente en los establecimientos públicos, mientras que en los privados basta con presentarlo antes del término probatorio. Finalmente tenemos aquellos procedimientos en los que los tribunales parecieron restar bastante trascendencia al vicio incoado, argumentando que la falta de mediación no produce un perjuicio procesal significativo ni corrompe la sustancia del procedimiento. Así se ha dejado establecido que la ausencia del requisito de mediación antes de la interposición de la demanda no constituye un trámite declarado esencial por la ley, sino que únicamente corresponde a una irregularidad que podría ser subsanada.

En la presente memoria, hemos podido concluir que la mediación no ha podido cumplir con su objetivo principal, el cual “(...) ha sido facilitar la posibilidad de arribar a acuerdos extrajudiciales cuando se ha producido un conflicto en relación a una prestación de salud, de modo que no puede comprenderse que el trámite de mediación establecido en dicho precepto conlleva formalismos tan excesivos que entraban el legítimo ejercicio de las

acciones indemnizatorias,”<sup>138</sup> sino más bien ha significado un trámite más de los muchos que se deben realizar en un procedimiento civil ordinario. Por lo que finalmente la mediación tal y como se encuentra establecida hoy en día, termina afectando derechos fundamentales de acceso a la justicia e igualdad ante la ley. Cuestiones que violan gravemente tanto la Constitución como los Tratados Internacionales. Además de infringir el llamado “Debido Proceso”. Por lo que urge una reforma que permita resolver los graves problemas que tiene la mediación.

Una observación y contribución ante una eventual reforma parlamentaria de la ley 19.966, sería desarrollar un instituto público similar al mexicano, el cual se encargue de prestar asistencia, mediar, conciliar y resolver los conflictos en todas las instancias posibles antes que se ingrese a la justicia ordinaria. Tal como se han aplicado correctamente en procedimientos laborales o familiares, tanto en responsabilidad sanitaria como en civil ordinario, los trámites de estos MASC (Mediación en Salud y Conciliación en civil) no han cumplido los roles para lo que fueron establecidos en principio, es decir, solucionar los conflictos de manera pronta y evitar la excesiva judicialización.

Además, dicho instituto público debería brindar orientación mediante la asistencia jurídica y apoyo a las víctimas y eventuales demandados en materia de negligencias médicas, a su vez ofrecer instancias de mediación, para finalmente y como ultima ratio funcionar como centro de arbitraje y conciliación con asistencia de expertos capaces de resolver los conflictos de una forma completa y eficaz. Además, se debe tener en cuenta la

---

<sup>138</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, “Jimenez Jofré Ines Johana con Hospital Barros Luco Trideau”, 21 de Abril 2017, Rol N°1987-2016.

disponibilidad según territorio y población para poder dar una completa red de apoyo sin discriminación interregional o intercomunal y terminar con el poderoso centralismo que afecta a ciudadanos que no habitan en las capitales regionales.

Sin perjuicio de lo ya mencionado con anterioridad, el caso del Hospital Clínico de la Universidad de Chile era muy particular, siendo un gran acontecimiento el hecho de ser integrado definitivamente a la red de asistencia pública, ya que beneficiará a cientos de familias, eliminando el manto de dudas sobre el proceso de mediación ante la responsabilidad sanitaria.

Resulta indispensable mencionar y destacar la discriminación que sufren otros chilenos, quienes al no ser pacientes de los recintos públicos de salud, se les impone un trámite procesal obligatorio y previo mediación ante la SIS, costeados altos aranceles de los mediadores. Siendo esto un cortafuego entre las personas que se atendieron en clínicas privadas por FONASA quienes no cuentan con una cartera relevante de recursos, en contraposición de aquellas que sí pueden costear comparendos de mediación y contratar asistencia legal privada. De esta forma, podemos prevenir que una opción procesal eficaz y pronta en los casos en que sería procedente el trámite de mediación ante la Superintendencia de Salud, es la de no acudir a dicha instancia de mediación y recurrir directamente ante la justicia ordinaria para la resolución del conflicto, tal como ya se ha fallado jurisprudencialmente por los tribunales superiores de justicia de nuestro país.

Finalmente, indicar que la mediación es útil, amigable y eficiente para las personas es una falacia ya que en la realidad lo que se produce es un desgaste emocional y económico innecesario para las víctimas de negligencia médicas. Lo anterior, es posible sustentarlo

con datos empíricos, en donde se ha demostrado que la eficacia de la mediación se encuentra en números peligrosamente bajos, un 23.3% el 2021 y 17.3% el año 2022. Sería riesgoso ignorar estas estadísticas que demuestran una realidad, en la cual la mediación no cumple efectivamente con el espíritu de de la ley, es decir, resolver de manera de manera pronta, eficaz y evitando por tanto la excesiva judicialización de casos por responsabilidad civil médica.

#### IV. Bibliografía

- Aguirrezabal-Grunstein, M.. Las facultades del juez en el control del procedimiento como garantía del principio pro actione Corte Suprema, 04 de enero de 2021, rol n.º 5493-2020. RChDP [online]. 2021, n.37 [citado 2022-07-16], pp.389-401. Disponible en:<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722021000200389&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722021000200389&lng=es&nrm=iso)>. ISSN0718-8072.  
<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722021000200389>
- Ardiles, R. Estudio sobre acuerdos de mediación por daños de salud en el sector público, a 10 años de la consagración de la ley 19.966. Memoria de Tesis

- Avendaño, I. “La mediación como requisito de procesabilidad. Una mirada crítica a esta exigencia.” Revista Justicia & Derecho. Volumen 3, número 1 año 2020
- Barría Gutiérrez, P. (2005). Mediación por daños en salud del CDE: Aporte a la cultura de la Paz. Revista del consejo de defensa del Estado N°14. pp.105-189
- Barría, P. Saint George, C. “El modelo mexicano de arbitraje médico: Un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes.” Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, 2007, N°17, pp. 151-178.
- Barros Bourie, E. (2006) Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Lehmann, R, B. (2010). Lecciones de derecho civil chileno Tomo II. Editorial Jurídica.
- Bordalí Salamanca, A.. El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2009, n.33 [citado 2022-07-07], pp.263-302. Disponible en:  
[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071868512009000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512009000200007&lng=es&nrm=iso). ISSN 0718-6851. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>.
- Candia, P. y Suazo Galdamez, I. Tasa de Éxito del Sistema de Mediación Prejudicial por Daño en Salud en Chile entre los años 2005 y 2009. Int. J. Odontostomat. [online]. 2011, vol.5, n.3 [citado 2022-07-07], pp.300-303. Disponible en  
[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-381X2011000300015>.

- Cárdenas Villarreal, H. y Moreno Molinet, J. (2011). Responsabilidad médica: estándares jurisprudenciales de la falta de servicio. Legal Publishing Chile. Primera edición.
- Carrasco Poblete, J. La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Estudios Año 18 - No 1, 2011 pp. 52-53
- Casa-Madrid MO. La jurisprudencia y la solución de controversias médico-paciente. (algunas reflexiones sobre el modelo arbitral médico). Rev CONAMED. 2007;12(1):48-55.
- Diez, F. “Acerca del espacio y la mediación”. Revista de Mediación 2014, vol 7, N. 2 pp. 26-35
- Gutiérrez Araque, M., “La Mediación en salud, acceso a la justicia”, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado, 2008, N°20, pp. 111-135
- Hernández Navarro, J.C., & Munuera Gómez, MP. (2015). Mediación: el camino de la resolución de conflictos en Sanidad Militar. Sanidad Militar, 71(1), 52-56.  
<https://dx.doi.org/10.4321/S1887-85712015000100010>
- Hidalgo-Salas D, Ortiz-Pérez C, Lobatón-Flores J, Huamaní-Ñahuinlla P, Mezones-Holguín E. Mecanismos alternativos para la solución de controversias en el contexto de los derechos en salud: experiencia peruana desde el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud. Rev Peru Med Exp Salud Publica. 2016;33(3):567-73. doi:10.17843/rpmesp.2016.333.2300

- Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, “Mediación para Resolver Conflictos”, AD-HOC S.R.L, Buenos Aires, 1995
- Información sobre la CONAMED para los profesionales de la salud. CONAMED
- Lagos Tissie, D. y Bavo R., L.. Mediación en el sistema público de salud: oportunidades para mejorar. Rev. méd. Chile [online]. 2020, vol.148, n.2 [citado 2022-07-07], pp.211-215. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-98872020000200211&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872020000200211&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0034-9887.  
<http://dx.doi.org/10.4067/s0034-98872020000200211>.
- Lagos, M. (2013) “Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: un análisis a base de la experiencia de mediación por daños en salud.” Revista de Estudios de la Justicia. No 18.
- Lagos, M. Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 8 - 11 nov. 2016.
- Lagos Ochoa, María Soledad. (2016). INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO CHILENO: análisis crítico. Biblioteca digital Centro de Arbitraje y Mediación. 1-25. <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/2018-Incorporacion-de-la-mediacion-en-el-Derecho-chileno.pdf>. p. 16.
- Leiva, A. Sobre la inconstitucionalidad de la figura de la “mediación” obligatoria contenida en el artículo 43 de la ley No 19.966 (Comentario con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional ROL°2042-11 del 10 de julio de 2012). Derecho Público Iberoamericano, No 1, pp. 273-281 [octubre 2012] Sobre la inconstitucionalidad.

- Vargas Pavez, Macarena. (2018). LA JUSTICIA CIVIL DE DOBLE HÉLICE HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN SEDE CIVIL. Revista chilena de derecho privado, (31), 195-220. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722018000200195>.
- Vargas Pavez, Macarena. (2008). MEDIACIÓN OBLIGATORIA: ALGUNAS RAZONES PARA JUSTIFICAR SU INCORPORACIÓN. Revista de derecho (Valdivia), 21(2), 183-202. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502008000200008>.
- Mera A. Mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. diagnóstico y debate en un contexto de reformas. En: Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina. Santiago: Centro de Estudio de Justicia de las Américas; 2013. p. 375-433.
- Munera, Pilar. “La mediación sanitaria en Chile” Revista Médica Chile 2020; 148: 792-798.
- Palomo Vélez, D. y Valenzuela Villalobos, W.. Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece la ley 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional. Ius et Praxis [online]. 2012, vol.18, n.2 [citado 2022-07-07], pp.387-426. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122012000200014&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000200014&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122012000200014>.
- Parra Sepúlveda, D. ; Olivares-Vanetti, A. y Riesco-Mendoza, C.. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD Y SU ROL EN LA RELACIÓN SANITARIA. Rev.

derecho (Concepc.) [online]. 2018, vol.86, n.243 [citado 2022-07-07], pp.121-144. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-591X2018000100121&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2018000100121&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0303-9986. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2018000100121>.

- Pizarro Wilson, C. (2017). La responsabilidad civil médica (Primera edición). Legal Publishing Chile.
- Ríos Ruiz, Alma de los ángeles, Fuente de Campo, Antonio. Compendio. El derecho humano a la salud frente a la responsabilidad médico-legal: una visión comparada. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2017.
- Rodríguez, R. La mediación en el Sistema de Salud Público Chileno: Realidad y desafíos de este sistema a 6 años de su implementación. Tesis.
- Unidad de Mediación Consejo de Defensa del Estado. Mediación y desjudicialización en el consejo de defensa del Estado (CDE). Noviembre, 2011.
- Valdivia. J.M. “La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena”. Revista de Derecho 246 (julio - diciembre) 2019: 213-246.
- Vargas Pavez, M. . Luces y sombras de la mediación en salud pública: Una mirada desde el debido proceso. Semillero de derecho procesal.
- Vargas, E (2001) Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial.
- Vargas, M. (2008). Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. Revista de derecho. Valdivia. Vol.21, N°2.
- Varios autores, (2021) Derecho médico (Primera edición). FALMED.

- Vidal Olivares, Á. (2019). Responsabilidad civil médica (Segunda edición). DER EDICIONES.
- Bustamante-Leija LE, Maldonado-Camargo VM, González-Anaya C, Gutiérrez-Vega R. Mecanismos alternativos de solución de controversias en la prestación de servicios de salud. Rev CONAMED. 2016;17(3):126-9. Mecanismos alternativos de solución de controversias en la prestación de servicios de salud.
- Rodríguez Papic, & Maturana Miquel, C. (2017). Procedimiento civil: juicio ordinario de mayor cuantía (8a. ed. rev. y actualizada/ por Cristián Maturana Miquel.) Edición Jurídica de Chile.
- Pizarro Wilson, C. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* n.31 Valparaíso dic. 2008.

## V. Jurisprudencia

- Corte de Apelaciones de San Miguel, “Elena Larenas Bustamante y otros con Hospital Parroquial San Bernardo y otros”, 30 de Julio 2020, Rol N° 159-2020.
- C.A San Miguel. “Jiménez Jofre Inés Johanna con Hospital Barros Luco-Trudeau”, 21 de Abril 2017, Rol N° 1987-2016

- Corte de apelaciones de Santiago, “Cabrera Soto Alejandra con Carrasco Alonso Manuel”, 9 de mayo 2008, Rol N° 4926-2007.
- Corte Suprema, Anonimizado, 26 de Mayo 2014, Rol N° 11784-2013.
- Corte Suprema, Anonimizado, 14 de Enero 2014, Rol N° 5364-2013.
- Corte de Apelaciones de Concepción, “Videla con Corporación Sanatorio Alemán y otro”, 23 de marzo de 2022, Rol N°474-2020.
- Corte de Apelaciones de Coyhaique, “Arcaya con asociación Chilena de Seguridad”, 18 de noviembre de 2020, Rol n° 118-2020.
- Corte Suprema, “Bahamondes Moreno, Pamela con Ramírez Araya, Hugo Ricardo y otros”, 3 de septiembre de 2012, 3 de septiembre de 2012. Rol N° 5195-2011.
- 2° Juzgado Civil de Talcahuano, “Nidia Zenteno Rivas y otros con Servicio de Salud Talcahuano”. Rol N° C-2464-2017
- 5° Juzgado Civil de Valparaíso, “Guerrero con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio”
- 25° Juzgado Civil de Santiago, “Medina con Pérez”, 29 de Diciembre 2022, rol N°C-16664-2020.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, “Guerrero con Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio”, 16 de abril de 2015, rol 1723-2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago “Castro/BAABOR LTE” 10 de noviembre de 2022. Rol 4932-2021
- T.C ROL 2042-11

- Corte de Apelaciones de Coyhaique “Jeremías con Servicio de Salud Aysén XI Región de Aysén” 29 de mayo de 2020. Rol N° 37-2020
- Corte de Apelaciones de Santiago, “Hernández Muñoz Eliana-Cerda Hernández Jacqueline-Cerda Hernández Juan con Hospital Clínico de la Universidad de Chile”. 23 de mayo de 2014. Rol N° 10276-2013
- Corte de Apelaciones de Santiago, “Echeñique González Eduardo con Clínica Dávila S.A - Rojas Pizarro David y Otros”, 15 de julio de 2008. Rol N° 6035-2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, “Robledo Delgado Gloria/Hospital Clínico Universidad de Chile” 19 de marzo 2018. Rol N° 9550-2017.
- Corte de Apelaciones de Santiago, “Flores Carvajal Victor/Hospital Clínico Universidad de Chile”. 23 de septiembre de 2021. Rol N° 5408-2019.
- Corte de Apelaciones de Santiago, “Flores Carvajal Victor/Hospital Clínico Universidad de Chile”. 04 de enero de 2023. Rol N° 92294-2021.
- Corte de Apelaciones de Arica, “Guillen/Hidalgo” 07 diciembre 2022. Rol N° 326-2022.
- Corte de Apelaciones de Concepción, ANONIMIZADO: 30 de julio de 2021. Rol N° 1621-2020.
- Corte de Apelaciones de Concepción, ANONIMIZADO 14 de junio 2017. Rol N° 12-2017.
- Corte Suprema, “Hernández Cespedes Marcelo y Otros con Fisco de Chile” 7 de agosto 2020, rol N°306-2020
- Corte Suprema,” Fernandez Waidele Ximena con Armari Pineda Jaime, Arinoviche Schenker Roberto, Arriagada Maldini Marina”, 21 de marzo de 2016, Rol 31061-2014.

- Corte de Apelaciones de Santiago, “Contreras con Fisco de Chile”, 26 de junio de 2012. Rol N° 4.227-2011.
- 18° Juzgado Civil de Santiago, “Contreras con Fisco de Chile”, 18/04/2011. Rol C-11854-2010.
- Corte de Apelaciones de Santiago, “Hald Trabuco Juan con Ureta Alamos Luis”, 9 de junio de 2014, rol 2779-2013.
- Corte de Apelaciones de Concepción, “Vega Reyes Luis Ernesto Con Servicio de Salud Concepción”, 3 de diciembre 2009, rol N° 764-2009.
- Corte de Apelaciones de Coquimbo, “Paredes Concha, Maritza/Ilustre Municipalidad de Coquimbo. 31 de octubre de 2023, rol N° 1759-2022.
- Corte Suprema, “Carlos Andrés Villablanca Flores (QEPD) con Ilustre Municipalidad de Paine”. 8 de agosto de 2022 rol N° 82392-2021.
- Corte Suprema, “Muñoz/Hospital Claudio Vicuña, San Antonio”, 27 de febrero de 2024, rol N° 197315-2023.
- Corte Suprema, ANONIMIZADO, 18 de febrero de 2022, rol N° 21916-2021.
- Corte Suprema, ANONIMIZADO, 15 de noviembre de 2016, rol N° 38231-2016.
- Corte Suprema, ANONIMIZADO, 13 de noviembre de 2016, rol 92793-2016.
- Corte Suprema, “Mariana Jaqueline Hinojosa Alarcón y otros con servicio de salud de Arauco”, 22 de marzo de 2023, rol N° 59948-2022.
- Corte Suprema, ANONIMIZADO, 26 de octubre de 2020, rol 37022-2019.
- Corte Suprema, Xiomara con Servicio de Salud Concepción, 6 de noviembre de 2012, rol 9513-2011.

## **VI. Legislación aplicada**

- Ley N°19.966. Régimen de garantías en Salud (2004).
- Ley N°18.575. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (2001).
- Ley N°18.695. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (2006).
- Decreto Ley N°2763. Reorganiza el ministerio de salud y crea los servicios de salud, el fondo nacional de salud, el instituto de salud pública de Chile y la central de abastecimiento del sistema nacional de servicios de salud (1979).
- Decreto N°47. Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos o sus funcionarios y prestadores privados de salud. (2005)
- Resolución exenta N°142. Establece montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la ley n° 19.966. (2005)
- Resolución N°71 exenta. Fija el arancel máximo que pueden percibir los profesionales inscritos en el registro de mediadores. (2018)