

DE LAS MEDIACIONES POR DAÑOS EN SALUD

MEDIATIONS BY HARMS IN HEALTH SYSTEMS

*Benjamín Musso Arratia**

“Qui agit, ante debet rem diligenter
explorare et tunc ad agendum procedere”¹

RESUMEN: Este trabajo tiene por objetivo analizar el régimen de mediaciones por daños en salud establecido por la ley N° 19.966, estudiando sus principios, características y procedimiento, y haciendo un muy breve comentario respecto a la constitucionalidad de dicho procedimiento, con el propósito de contribuir al conocimiento de este.

PALABRAS CLAVE: Mediación - Consejo de Defensa del Estado - Superintendencia de Salud - Ley N°19.966.

ABSTRACT: The purpose of this essay is to analyze the healthcare tort's mediation regime established by the law number 19.966, through the study of its principles, characteristics and the procedure, as well as the analysis regarding the constitutionality of its procedure, with the purpose of contributing to knowledge of it.

KEYWORDS: Mediation - State Defense Council - Superintendence of Health - Law N°19.966.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas U. del Desarrollo; profesor de Introducción al Derecho, U. del Desarrollo. Correo electrónico: bmussoa@udd.cl

¹ GAYO, D. 50, 17, 42.- “El demandante debe antes estudiar diligentemente el asunto y solo entonces proceder a demandar”.

I. INTRODUCCIÓN

El procedimiento de mediación extrajudicial por daños en salud se encuentra regulado en el párrafo II del título III de la ley N°19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud de fecha 3 de septiembre de 2004.

Este procedimiento de mediación no estaba contemplado en el proyecto de ley original, incorporándose este en un segundo trámite constitucional por el Senado. Señala María Soledad Lagos Ochoa, Mediadora del Consejo de Defensa del Estado:

“su propósito fue desjudicializar los conflictos sanitarios, estableciendo una instancia de mediación obligatoria previa a un litigio. Al inicio del sistema (marzo 2005), el monto total demandado por daños sanitarios ascendía a 40 mil millones de pesos, cantidad que, de haberse acogido en los juicios, podría haber puesto en peligro la implementación de las Garantías Explícitas en Salud”².

En el informe de la Comisión de Salud del Senado se consideró

“que ésta [la mediación] constituye una herramienta novedosa y efectiva para alcanzar acuerdos en los conflictos de los afiliados y beneficiarios con los prestadores de Salud”.

En particular, dicha comisión tuvo en consideración que el proyecto de ley otorgaba derechos –como Garantías Explícitas en Salud– que podían ser exigidos a los prestadores y a los aseguradores y cuyo incumplimiento daba lugar a una indemnización de perjuicios; que el AUGE podía incrementar exponencialmente los litigios, produciendo un aumento de la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud; y que la mediación había sido recientemente incorporada en el proyecto de ley sobre Tribunales de Familia³.

Debemos considerar lo afirmado por el Ministro de Salud ante el Senado: “los conflictos en el sector salud no se agotan en el ámbito pecuniario y alcanzan, a menudo, aspectos más personales”⁴.

La mediación, según definen tanto el inciso final del artículo 43° de la ley N° 19.996 (en adelante “la ley”) como el inciso 2° del artículo 1° del decreto supremo N° 47 del Ministerio de Salud, del año 2005 que establece el Reglamento de Mediación en Salud (en adelante “el Reglamento”), es:

“un procedimiento no adversarial, que tiene por objeto propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con la intervención de un mediador, ellas lleguen a la solución extrajudicial de la controversia”.

² LAGOS (2013), p. 8.

³ Historia de la Ley N° 19.966 pp. 796 y 797.

⁴ *Op. cit.*, p. 797.

En estas páginas analizaremos los principios que inspiran la mediación por daños en salud, sus características y su procedimiento; para concluir con un análisis de constitucionalidad de la misma.

Para nuestra empresa hemos ordenado y sistematizado los distintos artículos de la ley y el reglamento de forma orgánica. Haremos comentarios, interpretaciones y críticas cuando resulte procedente, con el objetivo de permitir una comprensión acabada de esta institución, recurriendo, en lo pertinente, a otros cuerpos normativos y regulatorios que la complementen.

II. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD

Conforme a lo prescrito por el artículo 49° de la ley en relación con los artículos 4° y 17°, ambos del Reglamento, se entiende que son principios que inspiran la mediación por daños en salud: igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y probidad.

Veamos cada uno de ellos.

1. Principio de igualdad

Corresponde al principio por el cual el mediador deberá cerciorarse de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos⁵.

El artículo 4° del cuerpo reglamentario señala:

“Para los efectos de este Reglamento y el procedimiento de mediación establecido en la ley N° 19.966, se entenderá por: Principio de Igualdad: El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuere así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio”.

A nuestro juicio, el principio de igualdad es del todo relevante en el proceso de mediación, ya que, además de reflejarse en la bilateralidad de los actos de la mediación, tiene importancia desde un aspecto metajurídico o, incluso, sociológico: deja en igual condición al médico y al interesado, quien habitualmente tiene una actitud de subordinación frente al profesional.

Lo anterior se explica debido a que, desde la entrada en vigor de la ley N° 19.966, se han masificado los reclamos y demandas por daños en salud; no obstante, se mantiene el sesgo social por el cual el ejercicio de la medicina

⁵ Esta definición y las próximas de los principios son de nuestra autoría y las hemos propuesto tomando como base el artículo 4° del Reglamento.

es una ciencia compleja y, por ende, de existir un daño en una prestación de carácter asistencial, el médico de nada debe responder⁶. A este respecto señala López-Muñoz:

“Ya nadie, en esta época, se atreve a predicar la irresponsabilidad del Médico... Hoy resulta perfectamente claro que frente a una conducta profesional médica probablemente culposa o negligente, existen adecuados recursos legales para exigir la reparación, penal, civil o administrativa de las lesiones, daños y/o perjuicios que el paciente haya podido sufrir”⁷.

El simple hecho de sentar en la mesa de mediación al médico y al paciente en un plano de igualdad crea un ambiente propicio para un diálogo sincero entre estos y posibilita que puedan explorarse vías de solución del conflicto que, de no existir aquello, se limitaría a explicaciones médicas de carácter técnico que, en muchos casos, no resolvería las dudas de los pacientes.

El principio de igualdad eleva a la víctima a la misma condición social con que históricamente se han tratado a los médicos y, además, se refleja en la bilateralidad de los actos de la mediación.

Así se ve en el artículo 47° inciso 2° de la ley por el cual “Las partes, en cualquier momento de la mediación, podrán expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento...”. Como se aprecia, cualquiera de las partes puede darla por terminada manifestando su voluntad de no perseverar en la mediación.

Otra manifestación de este principio se encuentra en el artículo 49° de la ley, por el cual

“El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, ya sea en forma conjunta o por separado, de lo cual deberá mantener informada a la otra parte”.

Es decir, nada impide que el mediador pueda decidir sesionar solo con una de las partes, pero, si así lo hiciera, deberá informar a la otra.

Cabe hacer presente la amplia facultad que tiene el mediador para proponer o adoptar todas las medidas que sean necesarias para que se obten-

⁶ Nos dice Gajardo a este respecto: “En el pasado, hubo quienes sostuvieron la irresponsabilidad absoluta del facultativo... la fundaron en el hecho de que la medicina es una ciencia y un arte esencialmente conjetural y, siendo el elemento humano por antonomasia variable en sus reacciones, no se pueden dar reglas absolutas de tratamiento o curación (...) otros autores creen que la irresponsabilidad absoluta del médico se funda en el valor de su diploma (...). Un tercer argumento (...) señaló que sólo el cliente es responsable de la mala atención suministrada por un profesional cuando este último ha sido elegido libremente por el primero, ya que, si se hubiera recurrido a un profesional más docto y preparado, de esa forma no habría tenido que soportar el daño causado”. Véase GAJARDO (2005), p. 18.

⁷ LOPEZ-MUÑOZ (1998), p. 18.

ga tal equilibrio. A nuestro juicio, por la forma en que se estructuran la ley y el Reglamento, en caso de que se pierda el equilibrio, el mediador primero deberá proponer a las partes medidas que tiendan a su restablecimiento y solo si estas fracasan, son desestimadas o no son implementadas, el mediador podrá adoptarlas derechamente.

2. Principio de celeridad

Corresponde al principio por el cual el procedimiento de mediación se impulsará de oficio en todos sus trámites, con excepción de aquellos que corresponden a las partes, debiendo el mediador buscar siempre la forma más expedita de realización de dichos trámites.

Establece el artículo 4° del Reglamento:

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

Este principio se encuentra recogido, además, en el artículo 7° de la ley N° 19.880.

Un reflejo de este principio se encuentra en el artículo 45° de la ley en relación con el artículo 31° del Reglamento, por el cual la mediación por daños en salud es un procedimiento acotado que tiene una duración máxima de sesenta días corridos, contados a partir del tercer día desde la primera citación al reclamado. Este plazo puede ampliarse hasta los ciento veinte días como máximo, previo acuerdo de las partes.

Otra manifestación de este principio se encuentra en el artículo 46° de la ley, en relación al inciso final del artículo 30° del Reglamento, por medio del cual, el mediador podrá citar a tantas audiencias como estime conveniente para arribar a los fines del proceso de mediación.

3. Principio de voluntariedad

Corresponde al principio por el cual cualquiera de las partes podrá, en todo momento, expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento.

Dispone el artículo 4° del Reglamento:

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

Este principio consiste en la facultad discrecional de cualquiera de las partes para poner fin al proceso de mediación, manifestando su intención de no perseverar en ella.

Cabe señalar que la mediación por daños en salud será siempre voluntaria para el reclamado cuando este se trate de un prestador de salud privado, ya que según se desprende del inciso 2° del artículo 13° del Reglamento, en tal evento el reclamado puede dejar pasar el plazo de tres días para aceptar a uno de los mediadores propuestos por el reclamante, debiendo entenderse fracasada *ab initio* la mediación, por falta de acuerdo.

Sin perjuicio de lo anterior, iniciado el proceso de mediación, tanto el reclamante como el reclamado, en cualquier momento del proceso, podrán comunicar al mediador su voluntad de no perseverar en la mediación y, en tal caso, el mediador deberá dejar constancia de ello en acta, la que deberá ser firmada por este y por las partes. Sin perjuicio de lo anterior, cuando son varios los reclamantes, los reclamados, o muchos de ambos, manifestada que sea la voluntad de no perseverar por alguno de ellos, solo producirá efectos respecto de este, levantándose acta de ello y continuando con los demás la mediación.

Precisemos que para el reclamante la mediación es voluntaria desde que esta se ha iniciado, toda vez que es obligatorio al menos comenzarla como presupuesto procesal para incoar cualquier demanda posterior por responsabilidad civil de indemnización de perjuicios, sea contractual o extracontractual o por falta de servicios del Estado en contra de los prestadores establecidos en el artículo 43° de la ley.

Finalmente, a juicio nuestro, si bien la ley y el reglamento aluden a “las partes” este principio de voluntariedad no puede extenderse libremente a los prestadores institucionales públicos ni a sus funcionarios, por aplicación del principio de probidad administrativa, reconocido por el artículo 8° de nuestra Constitución Política, lo cual implicaría que no pueden manifestar su voluntad de no perseverar sin expresión de causa, pudiendo hacerlo sólo cuando hubieran prestado colaboración eficaz en torno a la obtención de los fines de la mediación, conforme a lo prescrito por el artículo 18° del Reglamento.

Por ende, si el Estado es responsable por el daño que cause (artículos 6° y 7° de la Constitución, artículo 4° de la ley N° 18.575 y artículo 38° de la ley N° 19.966), sus funcionarios, en el correcto desempeño del cargo, no podrían, discrecionalmente, retirarse de un proceso que tiende justamente a desentrañar si existe o no responsabilidad, y de determinarse por las partes su existencia, a su reparación. Una manifestación de ello creemos encontrarla en el propio Reglamento, ya que en el inciso 2° del artículo 15° se dispone:

“En la mediación desarrollada ante el mediador designado por el Consejo [de Defensa del Estado], en caso de falta de colaboración de parte de algún organismo de la Administración del Estado, centralizada o descen-

tralizada, o uno de sus funcionarios, tal antecedente será comunicado por el mediador al Consejo, el que deberá poner en conocimiento de la Autoridad correspondiente tal situación a fin de que se tomen las medidas apropiadas para terminar con dicha falta de colaboración”.

Así, creemos que un funcionario público o prestador institucional público no puede hacer uso de esta facultad en forma discrecional, pues solo tras haber prestado una colaboración eficaz para que la mediación pueda alcanzar sus fines podrá pensarse en dar por terminado dicho procedimiento no adversarial. Creemos que, en pos de la probidad, deberá buscarse otras formas de terminación distintas a la voluntad de no perseverar (*v. gr.* acuerdos por explicaciones).

4. Principio de confidencialidad

Corresponde al principio por el cual todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán el carácter de secretas, salvo las expresamente exceptuadas por la ley.

Dice el artículo 4° del Reglamento:

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

Este principio se encuentra recogido en el artículo 51° de la ley, siendo tan relevante que el Reglamento ha destinado todo el párrafo IV del título II a su regulación. Dicho párrafo se denomina “Del Carácter Secreto de la Mediación”, extendiéndose de los artículos 18° al 21°.

Señala el artículo 51°:

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

Si bien el artículo 4° del Reglamento, al definir el principio en comento, solo hace alusión al mediador, lo cierto es que este deber de reserva se extiende a las partes, sus representantes y terceros que participen en el procedimiento, por disposición expresa del inciso 2° del artículo 51° de la ley, en relación con el artículo 19° y la parte final del artículo 28°, ambos del reglamento.

Así, tendrá carácter de secreto todo aquello que las partes, terceros o el mediador hayan conocido con ocasión del proceso de mediación, sea por intervención directa o indirecta en él.

La finalidad del deber de reserva establecido por la ley y el reglamento es permitir una real colaboración de las partes para con el mediador al momento de aportar información al proceso que pueda servirle a este para el

correcto desempeño de su función⁸. Así, las partes podrán expresarse en un ambiente de total libertad sin miedo a estar bajo el peligro de una confesión que pueda usarse en su contra en el evento de un futuro proceso judicial por los mismos hechos.

Se exceptúan de este deber de secreto los documentos e instrumentos, públicos o privados, que sean acompañados al procedimiento, pudiendo usarse y valorarse en un juicio posterior de conformidad a las reglas generales contenidas en el *Código de Procedimiento Civil* y en el *Código Procesal Penal*. Es decir, los documentos e instrumentos obtenidos por las partes durante el proceso de mediación pueden ser usados en un proceso judicial posterior por las mismas partes sin que exista transgresión alguna del deber de reserva.

Es tan relevante este principio, que el artículo 30° del Reglamento establece un deber al mediador de dar lectura en la primera audiencia al artículo 51° de la ley, aclarando toda duda que se suscite, debiendo dejar constancia en acta⁹ e informar acerca del carácter reservado de la mediación a cualquier tercero que se incorpore tras esta primera audiencia¹⁰.

Creemos ver una concordancia con este principio en el artículo 34° del Reglamento en cuanto a la exigencia de que en el acta de acuerdo solo se contenga una descripción suscita de los hechos y de los términos del acuerdo, ya que armoniza la necesidad de tal breve descripción para la correcta inteligencia de la renuncia de acciones judiciales con el secreto de la mediación¹¹.

Otra manifestación de ello se encuentra en el artículo 40° del Reglamento en relación con el artículo 39° del mismo cuerpo regulatorio. Los mediadores tienen el deber de informar semestralmente a la Superintendencia de Salud respecto al ejercicio de sus funciones en los procesos de mediación que tuvieran a su cargo. Para ello deben dar cuenta del número de casos en que ha sido requerida su intervención, con indicación de las materias sometidas a mediación, el número de sesiones realizadas en cada caso, así como la duración de cada sesión y de cada proceso de mediación, y el número de mediaciones terminadas con o sin acuerdos (sean totales o parciales) y, en ambos casos, con indicación de las materias tratadas. En el evento de las mediaciones terminadas sin acuerdo, deberá señalarse, además, los motivos de término en cada caso y todo ello siempre velando por el resguardo al secreto y confidencialidad de la mediación.

Cabe hacer presente que el artículo 4° del Reglamento hace extensivo al mediador expresamente el secreto profesional. En virtud de ello, se les podría aplicar a los mediadores lo dispuesto en el artículo 361° N° 1 del *Código de Procedimiento Civil* y, por ende, no podrían ser obligados a declarar como

⁸ Art. 18° del Reglamento.

⁹ Art 30° inciso 1° Reglamento.

¹⁰ Art 19° inciso Final Reglamento.

¹¹ Artículo 34° del Reglamento.

testigos en un juicio posterior y quedarán sujetos a las penas que el *Código Penal* impone por la violación de secretos.

Finalmente, la transgresión del deber de reserva será sancionada con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, según lo dispuesto en el artículo 247 del *Código Penal*¹².

5. Principio de imparcialidad

Corresponde al principio por el cual el mediador deberá actuar con objetividad en el proceso de mediación, respetando el principio de probidad y estableciéndose los mecanismos que aseguren a las partes tal carácter.

Señala el artículo 4° del Reglamento

“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”.

De lo que se trata es que el mediador mantenga siempre un carácter objetivo en la mediación, por el cual ninguna de las partes pueda sentirse desfavorecida en la misma, puesto que, si bien el mediador no tiene poder de decisión alguna y solo actúa como un facilitador del diálogo, sí podría vulnerarse el principio de igualdad antes analizado.

A fin de velar por la debida imparcialidad del mediador, tanto la ley como el reglamento han establecido procedimientos para declarar la inhabilidad del mediador. Así, el inciso 2° del artículo 50° de la ley establece un derecho a las partes para solicitar al Consejo de Defensa del Estado la inhabilidad del mediador designado por este y el nombramiento de otro en el caso de las mediaciones por daños en salud contra prestadores institucionales públicos o sus funcionarios establecidos en el inciso 1° del artículo 43° de la misma ley. En este evento, el Consejo de Defensa del Estado deberá resolver en única audiencia y, a más tardar, dentro de tercero día hábil¹³, ello en concordancia con el principio de celeridad.

Según lo dispuesto en el artículo 6° del reglamento, en la audiencia antes referida el Consejo de Defensa del Estado escuchará a las partes que asistan y recibirá los antecedentes que aporten antes de resolver. Nombrado el nuevo mediador, si alguna de las partes no se conformara con la decisión, se entenderá fracasado el procedimiento y se deberá levantar el acta correspondiente¹⁴.

¹² Art 51° inciso 3° Ley y 19° inciso 2° Reglamento.

¹³ Según lo dispuesto en el artículo 3° del Reglamento son días hábiles los días lunes a viernes con excepción de los festivos.

¹⁴ Artículo 6° Reglamento.

Podría llamar la atención que la ley circunscriba este derecho solo a las mediaciones establecidas en el inciso 1° del artículo 43° (mediaciones contra prestadores institucionales públicos y sus funcionarios) y no lo haga extensivo al inciso 2° (mediaciones contra prestadores privados de salud), pero ello tiene una razón lógica, ya que los mediadores en este último caso son nombrados de común acuerdo por las partes. Sin perjuicio de ello, si durante el transcurso de la mediación los intervinientes advirtieran una inhabilidad del mediador, deberán hacerlo presente a la Superintendencia de Salud y proceder al nombramiento de un nuevo mediador en la forma establecida por el artículo 13° del Reglamento.

En todo caso, y fuera de la inhabilidad que podrían alegar las partes en el caso anterior, el mismo mediador podría considerar que existe una causal que haga menester su inhabilidad para conocer de la mediación. Ello está regulado en el artículo 7° del Reglamento que dispone:

“Si el mediador considera que existen hechos o circunstancias graves que lo inhabilitan para intervenir en el asunto, tales como interés económico, animosidad, parentesco o amistad con alguna de las personas involucradas directa o indirectamente en los hechos que motivaron el reclamo, deberá declararlo de oficio y comunicarlo al Consejo, procediéndose a designar un nuevo mediador”.

Continúa el inciso 2° señalando:

“si el mediador no considera grave la causal, expondrá la situación a las partes y, si ninguna de éstas se opone, proseguirá el procedimiento ante él. En caso contrario, se designará otro mediador.”

Cabe hacer presente que, a nuestro juicio, las causales establecidas en el artículo 7° del Reglamento (interés económico, animosidad, parentesco o amistad) son meramente ejemplares y no podrían considerarse como taxativas, dado que el artículo utiliza la frase “tales como”. Del mismo modo, sirven para ilustrar la inhabilidad que pueden alegar las partes, a pesar de que el artículo 6° no haga alusión a ellas. Finalmente, creemos que, por aplicación de los principios *a fortiori* y *ubi edem ratio, ibi edem ius* son aplicables como causales de inhabilidad de los mediadores las de implicancia y recusación de los jueces de los artículos 195° y 196° del *Código Orgánico de Tribunales*.

En los casos en que el nombramiento del mediador sea de cargo del Consejo de Defensa del Estado, este deberá velar por la imparcialidad de los nombramientos, como reza el inciso final del artículo 5° del Reglamento.

6. Principio de probidad

Corresponde al principio por el cual el mediador debe observar una conducta intachable y desarrollar un desempeño honesto y leal de su función.

Señala el artículo 4° del Reglamento:

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

Dicho principio ha sido establecido en idéntico sentido que la ley N° 18.575, en su artículo 52° inciso 2° y, por ende, tiene relación con la preeminencia del interés general por sobre el particular del mediador, manteniendo en todo momento una actitud honrada, toda vez que, de lo contrario, “ello resultaría contradictorio con el bien común y la misma idea de democracia”¹⁵.

Respecto a este principio señala Ojalvo:

“no resulta dable describir en la ley todas las posibles conductas que atentan en contra de la probidad, por lo que en la discusión legislativa de ella se estimó pertinente que esta se mantuviera a nivel de principio, por sobre las normas legales que prohíben las conductas impropias más evidentes. La diversidad y complejidad de conductas en que pueden incurrir los funcionarios, podrían implicar una infracción al principio referido. Por lo tanto, en situaciones dudosas, el verdadero sentido y alcance de los pasajes oscuros de una norma administrativa deberá entenderse del modo que más conforme parezca al debido respecto al principio de probidad”¹⁶.

Así, son múltiples las faltas a la probidad en las cuales el mediador o los prestadores institucionales públicos pueden cometer. Por dar algunos ejemplos atinentes, habrá falta a la probidad cuando el mediador acreditado ante la Superintendencia de Salud alargue innecesariamente la mediación a fin de que las partes se vean en necesidad de prorrogarla y con ello obtener honorarios adicionales (la resolución N° 1.215 de la Superintendencia de Salud establece un honorario adicional de \$71.000 en caso de prórroga del plazo), cuando pierda la imparcialidad necesaria (artículo 50° de la ley), cuando exista falta de colaboración por parte de algún organismo de la Administración del Estado –incluimos en ello a los prestadores institucionales públicos– en los términos del artículo 50° de la ley y 15° inciso 2° del reglamento.

Fuera de estos principios expresamente regulados por la ley y el Reglamento, creemos advertir también los principios de protocolización y de control. Digamos algo respecto a ellos.

¹⁵ RAJEVIC (2009), p. 163.

¹⁶ OJALVO (2006), p. 219.

7. Principio de protocolización

De diversas disposiciones de la ley y el reglamento podemos concluir que existe la necesidad de protocolizar ciertas actuaciones orales que pueden ocurrir durante el proceso de mediación, sea levantando acta de ellos, dejando constancia de los mismos o certificando dichos actos.

Así, por ejemplo, si cualquiera de las partes manifiesta su voluntad de no perseverar en la mediación los artículos 47° inciso 2° y 3° del Reglamento establecen que deberá levantarse un acta firmada por las partes y por el mediador, y en caso de que alguna de las partes no quiera o no pueda firmar, el mediador deberá dejar constancia de ello, haciendo las veces de ministro de fe.

Otra manifestación la encontramos en caso de que el procedimiento termine por acuerdo (artículos 53° de la ley y 34° del Reglamento) o por vencimiento del plazo de la mediación (artículos 45° de la ley y 32° del Reglamento), caso en el cual se levantará un acta firmada por el mediador y por las partes.

Además, se refleja dicho principio en lo prevenido por el artículo 47° de la ley en relación con el artículo 30° del Reglamento, por cuanto en la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes acerca de los objetivos y naturaleza de la mediación, su duración, etapas, el carácter voluntario de los acuerdos, su valor jurídico y del deber de reserva, de todo lo cual debe dejar constancia en la respectiva acta de mediación.

Otro caso se da en el evento de no existir acuerdo en el nombramiento de alguno de los mediadores propuestos por el reclamante en una mediación contra prestadores privados, dándose por fracasada la mediación, lo cual deberá ser certificado por la Superintendencia de Salud (artículo 13° inciso 2° del Reglamento).

Finalmente, por solicitud de cualquier parte, el mediador debe dejar constancia de las fechas de inicio y término de la mediación. Recordemos que, respetando el deber de reserva, los hechos que se consignent deben describirse en forma somera.

8. Principio de control

Tal principio se aprecia desde dos puntos de vista: el control de los acuerdos y el control a los mediadores. A fin de no redundar, el control de los acuerdos lo veremos a propósito de la aprobación de los acuerdos cuando estudiemos el procedimiento de mediación.

En cuanto al control de la mediación, el título IV del Reglamento establece diversos controles e, incluso, un procedimiento de imposición de sanciones a los mediadores.

Según el artículo 37° del Reglamento, el Consejo de Defensa del Estado controlará a los mediadores que sean funcionarios públicos, mediante

la aplicación de normas y procedimiento de control de gestión internos que se encuentren vigentes¹⁷.

Respecto de los demás mediadores (designados por el Consejo pertenecientes al registro de la Superintendencia, de una persona que no sea funcionaria pública ni se encuentre registrado en la Superintendencia y de aquellos mediadores privados acreditados ante la Superintendencia y sujetos a registro), el control lo ejercerá la Superintendencia de Salud de acuerdo con las normas de los artículos 38° a 57° del Reglamento.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD

De la propia definición de la mediación por daños en salud, así como de la ley N° 19.966 y del Reglamento, reconocemos como características de esta la no adversariedad, comunicación directa de las partes, colaboración de las partes, intervención de un mediador, brevedad, efecto suspensivo de la prescripción, informalidad, confidencialidad, necesidad y finalidad (solución extrajudicial de la controversia).

1. *No adversariedad*

De la propia definición de la mediación contenida en el inciso 3° del artículo 43° en relación con el inciso 2° del artículo 1° del Reglamento se colige que la mediación es un procedimiento no adversarial. Ello implica que la mediación no es un juicio lo cual se refleja a lo menos en que:

- Las partes no tienen necesidad, ni obligación alguna de probar sus reclamos o explicaciones ante el mediador, sin perjuicio de lo cual, el propio carácter colaborativo de esta implica que los intervinientes aporten toda la información necesaria para la correcta conclusión de la mediación.
- El mediador no tiene facultades resolutivas. No es juez ni arbitro en el proceso y, por ende, su labor es la de canalizar la conversación directa de las partes y propender al arribo de una solución extrajudicial al conflicto. De hecho, el propio artículo 14° del Reglamento establece el papel del mediador, quien

¹⁷ El artículo 55° de la ley hace mención de un reglamento dictado conjuntamente por los Ministerios de Hacienda y de Salud que, entre otros aspectos, regule los mecanismos de control. Creemos que dicho reglamento es el idóneo para establecer dichas normas y procedimientos de control para los mediadores funcionarios públicos. Sin embargo, desconocemos, si dicho reglamento se ha dictado o si por el contrario, tales normas y procedimientos los ha establecido directamente el Consejo de Defensa del Estado vía resoluciones administrativas.

“deberá ayudar a las partes a lograr por sí mismas la solución de su controversia, sin perjuicio de proponer bases para un acuerdo, cuando lo estime pertinente”.

En el mismo sentido, el artículo 49° inciso 2° de la ley dispone:

“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. 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”.

A este respecto señala Gutiérrez que el fin de la mediación

“es más bien lograr solucionar un conflicto extrajudicialmente, a través de un conjunto de prerrogativas que le concede la ley, sin contar con las atribuciones de que goza un juez (imperio, por ejemplo), y sin que por ello se estime que está cumpliendo un rol de tutela de los derechos vulnerados de alguna de las partes, materia que queda a exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia”¹⁸.

- Las partes pueden en cualquier momento de la mediación manifestar su voluntad de no perseverar en esta.

2. Comunicación directa de las partes

La mediación por daños en salud insta a una comunicación directa de las partes, lo cual se desprende de su propia definición y ello tiene relación con los principios de igualdad y con la no controversialidad del procedimiento.

El papel del mediador va encaminado a que las partes lleguen por sí mismas a la solución de su controversia y, para ello, es necesario que exista una comunicación directa entre ellas. Con la finalidad de que tal comunicación se logre, la ley ha establecido el carácter de secreto de la mediación.

3. Colaboración de las partes

Con el propósito de arribar a un acuerdo, las partes deben colaborar para que la mediación se desarrolle en forma propicia a dicho fin. El inciso 1° del artículo 18° del Reglamento establece:

¹⁸ GUTIÉRREZ (2008), p. 132.

“las partes deberán colaborar para el éxito de la mediación y, en especial, aportar toda la información necesaria para que el mediador pueda desempeñar adecuadamente su función”.

A falta de colaboración por algún órgano de la administración del Estado o de sus funcionarios, el artículo 15° inciso 2° del Reglamento establece un deber del mediador de comunicar tal antecedente al Consejo de Defensa del Estado, quien, a su vez, tendrá el deber de dar a conocer dicha falta de colaboración a la autoridad correspondiente a fin de que esta tome las medidas necesarias para ponerle remedio.

4. Intervención de un mediador

El mediador “es la persona o personas designadas por el Consejo de Defensa del Estado, o por las partes en su caso, para efectuar la mediación”¹⁹. Este mediador, como se ha dicho, tiene por finalidad acercar a las partes para que, a través de una comunicación directa, arriben a una solución extrajudicial a la controversia, sin perjuicio de las facultades que la ley y el Reglamento les confiere.

El mediador hace, a su vez, de ministro de fe respecto a las mediaciones que terminen por vencimiento del plazo, según lo dispuesto en el artículo 32° del Reglamento y en el artículo 45° de la ley.

Para ser nombrado mediador habrá que distinguir según se trate de un mediador designado por el Consejo de Defensa del Estado o nombrado de común acuerdo por las partes. Podrán ser mediadores respecto de las mediaciones en contra de un prestador institucional público o sus funcionarios (inciso 1° del artículo 43 de la ley) un funcionario del propio Consejo de Defensa del Estado, otro funcionario público en comisión de servicios cumpliéndose lo preceptuado por la ley N° 18.834²⁰ o cualquier otra persona inscrita en el Registro de Mediadores que lleva la Superintendencia de Salud. Excepcionalmente, en caso de que en la localidad correspondiente no exista un mediador acreditado, se podrá nombrar a otra persona que reúna los requisitos para serlo. El nombramiento se hará por resolución exenta, según lo dispone el artículo 5° del Reglamento.

En el caso de las mediaciones iniciadas en contra de prestadores privados (inciso 2° del artículo 43 de la ley), el mediador será nombrado por acuerdo de las partes, a propuesta del reclamante y aceptación del reclamado, según lo dispuesto en el artículo 13° del Reglamento. Para ello, debe

¹⁹ Artículo 3° del Reglamento.

²⁰ Véanse artículos 67 a 72 de la ley N° 18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo. Dichos artículos corresponden al párrafo III del título III denominado “De las Destinaciones, Comisiones de Servicio y Cometidos Funcionarios”.

cumplir con los requisitos de los artículos 9°, 10° y 11° del Reglamento en relación con el artículo 54° de la ley, esto es: encontrarse acreditado en el Registro de Mediadores que lleva la Superintendencia de Salud, para lo cual deberá tener un 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 este; tener al menos cinco años de experiencia laboral y no haber sido condenado o formalizado por delito que merezca pena aflictiva.

El papel fundamental del mediador, recordemos, según dispone el artículo 14° del Reglamento consiste en “ayudar a las partes a lograr por sí mismas la solución de su controversia”. Por ello parece acertado lo que señala Ruiz:

“otra característica esencial de la mediación es la no obligatoriedad del acuerdo, el mediador carece de imperium del que gozan los tribunales de justicia para hacer cumplir sus resoluciones”²¹.

5. Brevedad

Como hemos señalado a propósito del principio de celeridad, la mediación es un procedimiento acotado en el tiempo teniendo una duración máxima de sesenta días corridos contados a partir del tercer día desde la primera citación al reclamado. Tal plazo puede ampliarse hasta los ciento veinte días, como máximo, previo acuerdo de las partes. Todo ello de conformidad a lo prescrito en los artículos 45° de la Ley y 31° del Reglamento.

6. Efecto suspensivo de la prescripción

Señala el inciso final del artículo 45° en consonancia con el inciso 2° del artículo 31° del Reglamento 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 hubiere lugar”.

La interrogante consiste en determinar si la prescripción se suspende con la sola interposición del reclamo ante el órgano competente o si ella operará con la notificación de la citación personal o por carta certificada a las partes. Como no se trata de la interrupción de la prescripción, no podríamos afirmar, con seguridad, que ella opera desde la notificación de la citación, haciendo un símil con el artículo 2518° del *Código Civil*. Creemos que, por protección

²¹ Ruiz (2003), p. 155.

del más débil, en este caso, del interesado, la suspensión debería comenzar a operar desde la fecha de la presentación del reclamo, pues, desde tal momento, el impulso para citar a las partes lo tiene un órgano del Estado, y siendo la prescripción una sanción a la inactividad, ella no podría seguir corriendo cuando la parte ya ha actuado.

Finalmente, cabe señalar que, en concordancia con lo establecido por el artículo 2509 del *Código Civil*, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo de prescripción de las acciones, el cual se seguirá contando una vez que termine el proceso de mediación.

7. *Informalidad*

A pesar de que el Reglamento en su artículo 15° hable de informalidad, creemos que es más correcto hablar de un procedimiento *desformalizado*, pues no se trata de que no haya ningún tipo de reglamentación del procedimiento, que de hecho lo hay, sino de la existencia de una mayor laxitud en él para establecer todas las audiencias que sean necesarias para la debida conclusión de la mediación, así como de la facultad del mediador de sesionar con todas las partes, o algunas de ellas, informando a las demás, y de la posibilidad de efectuar visitas al lugar de ocurrencia de los hechos, o de requerir antecedentes a las partes o terceros, proponer bases de acuerdo cuando lo estime necesario y de solicitar informes técnicos, a costa de las partes, cuando ninguna de ellas se oponga a tal solicitud.

8. *Confidencialidad*

Para no redundar en lo ya dicho con ocasión del principio de confidencialidad, debemos tener presente que tienen deber de reserva todos los intervinientes en el proceso de mediación (mediador, partes y terceros) respecto de todo lo que han conocido con ocasión del proceso de mediación, de las declaraciones formuladas y de las actuaciones de la mediación, ello con la finalidad de asegurar la colaboración de las partes y la comunicación directa y eficaz de las mismas. Cabe recordar que los documentos e instrumentos públicos y privados acompañados al proceso no quedan afectos al secreto, pudiendo usarse y valorarse según las reglas generales. Recordemos que la violación de tal deber se sancionará según lo prescrito en el artículo 247 del *Código Penal*.

9. *Necesariedad*

La mediación por daños en salud es necesaria como requisito previo para impetrar cualquier acción que busque la reparación de los daños causados con ocasión de una prestación de carácter asistencial, dirigida contra un prestador institucional público de salud que forme las redes asistenciales definidas

por el artículo 16 bis del DL 2.763 de 1979, sus funcionarios o contra un prestador privado de salud. Ello se desprende del artículo 43° de la ley. Por ende, debemos concluir que la mediación será un requisito de procesabilidad de las acciones civiles indemnizatorias que pretendan hacer efectiva la responsabilidad de alguno de dichos prestadores sea esta contractual, extracontractual o por falta de servicios del Estado, intentadas en sede civil o penal, no siéndolo respecto de las acciones cuya finalidad sea la imposición de una pena o de aquellas que busquen una reparación por los daños sufridos como consecuencia de una prestación asistencial por un prestador distinto a los señalados o por una causa distinta al daño sufrido en una prestación de carácter asistencial.

10. Finalidad (solución extrajudicial de la controversia)

De la propia definición de la mediación se entiende que la finalidad de la misma es la solución extrajudicial de la controversia. Para ello, el mediador tiene como papel esencial el ayudar a las partes a lograr por sí mismas la solución del conflicto, pudiendo proponer bases de acuerdos cuando lo estime pertinente.

Si las partes logran establecer un acuerdo que dirima la controversia entre ellas, se levantará un acta que producirá los mismos efectos que una transacción. De todo ello hablaremos más adelante.

Señalamos, por el momento, que en el estudio de “Mediación y desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado”, disponible en la página web del Consejo de Defensa del Estado, se aprecia con claridad que entre los años 2005 y 2010:

“Del total de 4.326 mediaciones terminadas en el período de estudio, 731 reclamantes alcanzaron acuerdo en mediación (renunciando a las acciones jurisdiccionales de carácter civil) y 3.595 no lograron acuerdo. De estos 3.595 reclamantes que no llegaron a acuerdo, 386 (10,7%) han ejercido acciones jurisdiccionales de carácter civil. Ello implica que, de un total de 4.326 reclamantes, 3.940 personas (731 con acuerdo + 3.209 sin él) no han actuado judicialmente en contra del Fisco, servicios de salud, hospitales, establecimientos autogestionados, consultorios municipales y/o sus funcionarios”²².

Otro dato que llama la atención es que:

“A nivel nacional, el 58% de las reparaciones alcanzadas por las partes en mediación (422 casos), no implicó el pago de dinero, habiendo re-

²² LAGOS (2011), p. 8.

nunciado los reclamantes a las acciones legales, aceptando las disculpas, las explicaciones y/o prestaciones asistenciales dadas u ofrecidas por la parte reclamada.

Esto significa, que, del total de mediaciones terminadas con acuerdo, solo en 309 casos (lo que equivale al 42%) se pagó una indemnización de perjuicios²³.

IV. PROCEDIMIENTO NO ADVERSARIAL DE MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD

El procedimiento de mediación por daños en salud se encuentra establecido en el título III del Reglamento, justamente denominado “Del procedimiento de mediación”. Para efectos de su estudio dividiremos el procedimiento en diversas etapas claramente reconocibles: Presentación del reclamo, examen de admisibilidad, designación del mediador, citación a las partes, audiencias o sesiones de mediación y terminación de la mediación. Por tratarse de procedimientos casi idénticos, salvo pequeñas excepciones en el caso de las mediaciones respecto a prestadores privados, trataremos ambos tipos de mediaciones conjuntamente, haciendo las salvedades que sean necesarias.

1. *Presentación del reclamo*

El procedimiento de mediación comenzará siempre por la presentación de un reclamo del interesado²⁴ o su representante ante alguna de las instituciones competentes para conocer del mismo, según lo dispuesto en el artículo 43° de la ley en relación con los artículos 2° y 22° del Reglamento.

Serán competentes para conocer del reclamo, según se trate un prestador institucional público o sus funcionarios, o un prestador privado, el Consejo de Defensa del Estado o un mediador acreditado ante la Superintendencia de Salud, respectivamente.

Dispone el artículo 43° inciso 1°:

“el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que conforman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.723, 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 (...)”.

²³ *Op. cit.*, p. 17.

²⁴ Se entiende por interesado a “toda persona que pretenda haber sufrido perjuicios con ocasión del otorgamiento de prestaciones asistenciales de salud por parte de un prestador institucional público o de sus funcionarios, o de un prestador privado”, según lo dispone el artículo 3° del Reglamento.

Continúa el inciso 2° señalando:

“En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante los mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud (...)”.

Así, lo primero que deberá dilucidarse antes de interponer un reclamo por daños en salud será determinar cuándo se está en presencia de un prestador institucional público o de un prestador institucional privado.

Señala el Reglamento, en su artículo 3°, que prestador institucional público es

“el establecimiento asistencial público que integre las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.723, de 1979 y que de cualquier de cualquier modo intervino en los hechos que motivan el reclamo del interesado. Salvo en el caso de los Establecimientos de Autogestión en Red, tratándose de establecimientos sin personalidad jurídica, será parte el Servicio Público a que este perteneciere (...)”.

Por ende, para ser un prestador institucional público se requiere, copulativamente, que:

- a) se trate de un establecimiento asistencial público y
- b) que forme parte de las redes asistenciales definidas por el artículo 16° bis del DL 2.76, de 1979²⁵.

A su vez, son prestadores privados según la misma disposición

“Los regulados por el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, decreto supremo N° 161, de 1982, del Ministerio de Salud²⁶; y los prestadores individuales reconocidos por el artículo 112 del Código Sanitario”²⁷.

²⁵ Ella establece: “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”.

²⁶ Cabe tener presente el artículo 1° de dicho cuerpo normativo, el cual dispone: “El presente reglamento se aplicará a todos los hospitales, clínicas y demás establecimientos de salud en que se preste atención cerrada para ejecutar fundamentalmente acciones de recuperación y rehabilitación a personas enfermas”.

²⁷ Artículo 112° “Solo podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes poseen el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones.

Asimismo, podrán ejercer profesiones auxiliares de las referidas en el inciso anterior quienes cuenten con autorización del Director General de Salud. Un reglamento determinará las profesiones auxiliares y la forma y condiciones en que se concederá dicha autorización,

Dicho lo anterior, cabe analizar el reclamo propiamente tal.

El reclamo deberá contener, a lo menos: el nombre completo; cedula de identidad; edad; profesión u oficio y domicilio del reclamante y de sus representantes legales, si fuere necesaria su actuación; el motivo del reclamo, individualizando al prestador y peticiones concretas en contra del prestador, si fuere posible. Se permite, además, acompañar los antecedentes que fueren convenientes.

Algunos comentarios:

- Como vemos, las indicaciones anteriores contenidas en el artículo 22° del Reglamento son mínimas. En la práctica y, sobre todo, respecto a los reclamos que se presenten ante el Consejo de Defensa del Estado, se deberá contener, además, la fecha de nacimiento del reclamante, su nacionalidad, su teléfono y correo electrónico, así como de sus representantes legales.
- El reglamento no hace exigencias específicas para individualizar al reclamado (se refiere simplemente al “motivo del reclamo, individualizando al prestador”), sin perjuicio de lo cual los formularios del Consejo de Defensa del Estado y de la Superintendencia de Salud contienen exigencias mínimas como el nombre del establecimiento reclamado, el tipo de establecimiento y el nombre y especialidad del funcionario. A nuestro juicio, a falta de exigencias contenidas en la ley o en el Reglamento debe interpretarse como exigencias del reclamado aquellas exigidas para el demandado del artículo 254° N° 3 del *Código de Procedimiento Civil*.
- A nuestro juicio y, a pesar de que la ley o el Reglamento no lo digan, los reclamos deben dirigirse al presidente del Consejo de Defensa del Estado o al Superintendente de Salud, según sea el caso, por tratarse de los jefes superiores del servicio, cuando estos se presenten por escrito y no por medio de los formularios que los propios organismos poseen.
- A pesar de que el artículo 22° del Reglamento no lo señale, y, pese al plazo de tres días, establecido en el inciso 2° del artículo 13° del Reglamento, en el caso de los reclamos en contra de prestadores privados, es aconsejable en el mismo reclamo incorporar, en orden de prelación, un listado de hasta cinco mediadores inscritos en el ante la Superintendencia de Salud.

la que será permanente, a menos que el Director General de Salud, por resolución fundada, disponga su cancelación.

No obstante lo dispuesto en el inciso primero, con la autorización del Director General de Salud podrán desempeñarse como médicos, dentistas, químico-farmacéuticos o matronas en barcos, islas o lugares apartados, aquellas personas que acrediten título profesional otorgado en el extranjero”.

En el caso de los reclamos contra prestadores institucionales públicos o sus funcionarios, señala el artículo 23° del Reglamento en relación con el inciso 1° del artículo 44° de la ley, que:

“Las reclamaciones deberán interponerse ante cualquier oficina del Consejo de Defensa del Estado que, mediante resolución interna, establecerá sistemas expeditos para su presentación y recepción. Sin perjuicio de lo anterior, mediante convenios de colaboración o encomendamientos de funciones que conforme a la ley puedan acordarse con otros servicios públicos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, se podrán habilitar oficinas o mecanismos para recibir dichas reclamaciones”.

Por otro lado, en caso de los reclamos contra prestadores institucionales privados señala, el artículo 24° del Reglamento en relación con el inciso 2° del artículo 44 de la ley que: “Las reclamaciones deberán interponerse directamente ante la Superintendencia de Salud”. Continúa el mismo artículo estableciendo la posibilidad de interponerlo ante otros organismos públicos, en el mismo sentido del artículo 23°, antes visto.

2. Examen de admisibilidad

Este se encuentra contenido en el artículo 25° del Reglamento, el cual dispone:

“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”.

Continúa en su inciso 2° estableciendo:

“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, la que se notificará al interesado, quien podrá pedir reposición dentro de quinto día hábil”.

Como podemos apreciar, tanto el Consejo de Defensa del Estado como la Superintendencia de Salud se encuentran facultados para realizar exámenes previos de admisibilidad de los reclamos que se les presenten. A nuestro juicio, estos exámenes pueden clasificarse en exámenes formales y exámenes sustanciales.

- Exámenes formales de admisibilidad: son aquellos a que hace alusión el inciso 1° del artículo 25° del Reglamento y que facultan al Consejo de Defensa del Estado o a la Superintendencia de Salud para requerir del reclamante la corrección, complementación o aclaración de ciertos

datos contenidos en el reclamo antes de realizar un examen sustancial del reclamo.

- Exámenes sustanciales de admisibilidad: son aquellos a que hace alusión el inciso 2° del artículo 25° del Reglamento y que facultan al Consejo de Defensa del Estado o a la Superintendencia de Salud para declarar inadmisibles, por resolución fundada, un reclamo interpuesto ante alguno de estos organismos, no dando curso al reclamo y ordenando su archivo. Frente a esta resolución procede el recurso de reposición administrativa dentro de quinto día hábil. Algunos comentarios a este respecto:
 - Pese a que el Reglamento nada diga por aplicación de los artículos 46° y 59° de la ley N° 19.880, se entiende que el plazo de cinco días hábiles para interponer recurso de reposición establecidos en el reglamento comenzarán a correr una vez se haya notificado al reclamante por carta certificada o personalmente.
 - Si bien el Reglamento no hace mención alguna, procede frente al rechazo del recurso de reposición el recurso jerárquico establecido en el artículo 59° de la ley N° 19.880 y el recurso extraordinario de revisión del artículo 60° del mismo cuerpo normativo.
 - Frente a la Superintendencia de Salud no serán admisibles los reclamos dirigidos en contra de los prestadores establecidos en el inciso 1° del artículo 43 de la ley.
 - Ante el Consejo de Defensa del Estado no serán admisibles los reclamos dirigidos en contra de los prestadores establecidos en el inciso 2° del artículo 43 de la ley.
 - A pesar de tratarse de prestadores institucionales públicos, no son admisibles ante el Consejo de Defensa del Estado los reclamos dirigidos contra el hospital clínico de la Universidad de Chile, ni los hospitales institucionales (hospital de Carabineros, hospital de la Fuerza Aérea de Chile, Hospital Militar, Hospital Naval, hospital de Gendarmería, entre otros), ya que estos no forman parte de la red asistencial a que hace alusión el artículo 43° inciso 1° de la ley, salvo en el caso excepcional de que actúen bajo convenio con el respectivo Servicio de Salud; tampoco son admisibles los reclamos contra los consultorios dependientes de una corporación municipal (no así cuando dependen directamente de la municipalidad) por cuanto, pese a su función pública, son entes privados.
 - Son inadmisibles los reclamos cuya materia no sea los daños en salud, tales como negativas a conceder licencias médicas, pensiones de invalidez, coberturas de prestaciones médicas, entre otras. Así lo establece el inciso 1° del artículo 2° del Reglamento al señalar:

“sólo serán susceptibles de mediación los reclamos deducidos por los interesados en contra de los prestadores públicos de salud o sus funciona-

rios o de prestadores privados, cuando ellos se funden en haber sufrido daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial”.

- Del mismo modo, son inadmisibles los reclamos dirigidos contra instituciones que no son prestadoras de salud (aun cuando digan relación en algún aspecto con ésta) como el Fondo Nacional de Salud (FONASA), Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO), Instituto de Previsión Social (IPS) ex Instituto de Normalización Previsional (INP), Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), Instituto de Salud Pública (ISP), por sus decisiones de carácter administrativo²⁸.

3. Designación del mediador

Algo hemos dicho al analizar la intervención del mediador como característica de la mediación por daños en salud. Para no volver sobre lo mismo, cabe recordar que, según se trate de una mediación en contra de prestadores públicos o privados, la designación del mediador la hará el propio Consejo de Defensa del Estado o las partes de común acuerdo.

Precisemos, en este último caso, que, cuando el reclamo se dirija contra prestadores privados, el artículo 13° establece la forma de proceder para su nombramiento. Señala tal disposición que una vez ingresado el reclamo se pondrá a disposición de las partes la nómina de los mediadores acreditados ante la Superintendencia de Salud, a objeto de que lleguen a acuerdo en el nombramiento de uno de ellos.

A fin de procederse al nombramiento, el interesado deberá proponerle al reclamado un listado de hasta un máximo de cinco de los mediadores de aquellos que figuran en la nómina. Este listado deberá hacerse en orden de prelación y dentro de los tres días hábiles siguientes a la interposición del reclamo.

Dentro de igual plazo el reclamado deberá escoger a uno de los mediadores propuestos. De lo contrario, se entenderá fracasada la mediación por falta de acuerdo.

De lo dicho hasta ahora tenemos dos comentarios:

- No se entiende la necesidad de que los mediadores sean enlistados en orden de prelación por el interesado, toda vez que, en caso de inhabilidad del mediador, deberá procederse a su reemplazo atendiendo al mismo procedimiento de nombramiento. Creemos que dicha exi-

²⁸ Esta información ha sido tomada de la página web del Consejo de Defensa del Estado. Disponible en www.cde.cl/mediacion/

gencia se establece para el caso de reasignación temporal o definitiva del mediador del artículo 8° del Reglamento, el cual no establece la forma de proceder a su reasignación²⁹.

- El artículo no es claro en cuanto a la sanción al interesado en el evento de no proponerle mediadores al reclamado dentro del plazo de tres días desde el ingreso del reclamo. La única sanción que se establece en el artículo es la terminación por no acuerdo de la mediación, señalando, en su parte final: “De lo contrario, se entenderá fracasada la mediación por falta de acuerdo entre las partes, lo que será certificado por la Superintendencia”. Sin perjuicio, creemos que tal sanción se establece únicamente en el evento que el reclamado no acepte ninguno de los nombres propuestos por el reclamante. Por ende, en caso de que el interesado no proponga los nombres de eventuales mediadores al reclamando en la forma y dentro del plazo establecido por el artículo, se deberá aplicar el artículo 25° del Reglamento y requerir al reclamante para que lo haga. De otra forma, dicha sanción se erigiría como la forma perfecta de soslayar la mediación y conseguir rápidamente, sin haberse juntado las partes tan solo una vez, un certificado de mediación frustrada que desnaturalizaría la institución y no cumpliría con la idea de la desjudicialización de estas causas.

Como señalamos, en los casos en que el nombramiento del mediador sea de cargo del Consejo de Defensa del Estado, este deberá velar por la imparcialidad en las designaciones y ponderar la carga de trabajo encomendada a cada uno de los medidores, a la luz de lo dispuesto por el artículo 5° inciso final del Reglamento.

Finalmente, cabe precisar que, a diferencia de las mediaciones ante el Consejo de Defensa de Estado, las mediaciones contra prestadores privados no son gratuitas³⁰, fijándose por la Superintendencia de Salud el arancel respectivo de los mediadores de conformidad con el título V del Reglamento³¹.

²⁹ Artículo 8°.- “Reasignación de mediador. Si por razones de fuerza mayor, caso fortuito o situación de salud, el mediador se viera impedido de continuar a cargo del procedimiento por más de 10 días hábiles, a solicitud de las partes o del propio mediador se procederá a la reasignación temporal o definitiva del asunto dentro de cinco días hábiles siguientes”.

³⁰ En los casos en que el mediador no sea funcionario público y sea designado como tal por el Consejo de Defensa del Estado, sus honorarios se pactarán entre él y el Consejo, no pudiendo exceder del máximo fijando por el arancel.

³¹ Los honorarios deberán fijarse de común acuerdo con las partes, sin que pueda excederse del arancel fijado por la Superintendencia de Salud. Tales honorarios serán pagados *a prorrata* por las partes intervinientes en la mediación (artículo 58° del Reglamento). Dicho arancel será determinado anualmente por resolución de la Superintendencia de Salud, el cual deberá ser fijado en un lugar visible de la oficina del mediador (artículo 59° del Reglamento). En relación con ello, la resolución N° 1.215 de la Superintendencia de Salud publicada en el D.O el 29 de octubre de 2015, que fija dicho arancel máximo, establece como arancel máximo la suma de \$214.000.- en caso que el procedimiento termine dentro de los sesenta días a que se refieren

4. Citación a las partes

Ello se encuentra establecido en el artículo 26° del Reglamento, en relación con el inciso final del artículo 44° de la ley, y con el artículo 16° del Reglamento, en relación con el artículo 46° de la ley N° 19.880.

Una vez declarada la admisibilidad del reclamo y designado el mediador, se deberá proceder a la citación a las partes a audiencia de mediación, fijándose día, hora y lugar para ello.

La citación deberá hacerse personalmente o por carta certificada dirigida al domicilio que las partes hayan designado en el reclamo, en su primera gestión o por escrito con posterioridad al inicio de la mediación³².

La citación por carta certificada se entenderá practicada al tercer día hábil siguiente a su recepción en la oficina de correos respectiva.

Por aplicación del artículo 46° de la ley N° 19.880, la citación personal deberá ser hecha por un empleado del Consejo de Defensa del Estado o de la Superintendencia de Salud. Inclusive, podrán hacerse en la oficina o servicio de la administración.

Ahora bien, y según lo prescrito por el inciso 2° del artículo 26° del Reglamento y por el inciso 3° del artículo 44° de la ley, si el mediador advirtiera que existen otras personas distintas al reclamante y al reclamado que pudieran tener interés en un eventual acuerdo al que se pueda arribar o que su participación en el procedimiento es necesaria y estas no han comparecido o no han sido citadas, entonces se les deberá citar igualmente, aun cuando no comparezcan en el reclamo como reclamantes o reclamados, por ejemplo, el cónyuge o conviviente civil del reclamante, sus ascendientes, descendientes o colaterales.

Frente a esta citación, las partes pueden comparecer o no asistir a la primera audiencia de mediación, si comparecen se seguirá adelante con el proceso de mediación en la forma que referiremos.

En el evento de no comparecer alguna de ellas, prescribe el artículo 29° del Reglamento en relación con el inciso 2° del artículo 46° de la ley, que se les citará por segunda vez, personalmente o por carta certificada; en el evento de una segunda incomparecencia, el procedimiento se entenderá fracasado.

En caso de una segunda incomparecencia a la primera audiencia de mediación, las partes tienen el plazo de tres días hábiles contados desde la fecha de la segunda citación para acompañar antecedentes verosímiles que justifiquen la inasistencia. De determinarse que la incomparecencia ha sido justificada, se citará por tercera vez a audiencia de mediación y, si en esta tercera oportunidad la audiencia no se realiza por la ausencia de cualquiera

los artículos 45° de la ley en relación con el artículo 31° del Reglamento. En caso de prorrogar podrá adicionarse la suma de \$71.000.

³² Artículo 27° del Reglamento.

de las partes, entonces la mediación se entenderá fracasada sin establecerse un nuevo derecho a alegar causa justificada.

5. Audiencias o sesiones de mediación

Si, citadas las partes, estas comparecen a la primera audiencia de mediación, se dará por iniciado tal el proceso de mediación.

Según el artículo 28° del Reglamento, la comparecencia a las audiencias deberá hacerse en forma personal, sin perjuicio de las actuaciones que les corresponda a sus representantes legales o a sus apoderados con facultad expresa para transigir. Los prestadores institucionales deberán comparecer a través de sus representantes legales o de apoderado debidamente facultado (con facultad expresa para transigir). Finalmente, cualquiera de las partes puede hacerse acompañar por terceros, bajo deber de reserva.

En la primera audiencia que se celebre, de conformidad con el artículo 47° de la ley en relación con el artículo 30° del Reglamento, el mediador deberá informar a las partes acerca de:

- La naturaleza y objetivos de la mediación: como ya hemos visto, ello corresponderá a informar acerca del carácter no adversarial de la mediación, del papel del mediador, la necesidad de la colaboración de las partes y la búsqueda de soluciones extrajudiciales del conflicto.
- Duración: hemos señalado que la duración de la mediación será de sesenta días corridos, prorrogables por otros sesenta días, previo acuerdo de las partes. Nada impide que la prórroga se haga en el mismo momento de informar acerca de tal posibilidad.
- Etapas de mediación: el mediador informará acerca del carácter desformalizado de la misma y de la forma de citar y fijar nuevas audiencias de mediación.
- Carácter voluntario de los acuerdos: los acuerdos que se adopten serán de la naturaleza y forma que las propias partes acuerden.
- Confidencialidad y secreto: a este respecto el mediador deberá informar acerca del deber de reserva, así como de las sanciones por la violación de dicho deber, dando lectura al artículo 51° de la ley.
- Valor jurídico de los acuerdos: los cuales surtirán efectos de un contrato de transacción, según el artículo 34° del Reglamento.

De todo ello el mediador deberá aclarar las dudas que se susciten, dejando constancia en el acta respectiva. A juicio nuestro, se desprende del inciso final del artículo 32° del Reglamento la necesidad de que el inicio de la mediación, así como su plazo fatal, sea original o prorrogado (inmediatamente en la primera sesión), deberá constar en el acta de la primera audiencia de mediación.

En esta primera audiencia de mediación el reclamante, en la práctica, suele exponer su reclamo a los reclamados de forma tal que estos se inte-

rioricen de este y puedan así dar sus explicaciones técnicas respecto a los hechos que motivaron su presentación.

Señala el artículo 46° de la ley, en igual sentido que el inciso 2° del Reglamento:

“Durante el procedimiento, el mediador podrá citar a todas las audiencias que fueren necesarias para el cumplimiento de los fines de la mediación”.

Ello debe relacionarse con los artículo 15° del Reglamento y 49° de la ley, ya estudiados, en el sentido de que el mediador goza de plena libertad para sesionar con las partes, sean todas o una de ellas, visitar el lugar de ocurrencia de los hechos, requerir antecedentes a las partes o a terceros y solicitar informes técnicos a costa de las partes, salvo oposición de alguna de ellas. Ello, decíamos, caracteriza al procedimiento de mediación por daños en salud como un procedimiento *informal* (como señalamos, nosotros preferimos hablar de desformalizado).

Si el mediador determinase la necesidad de nuevas audiencias (por ejemplo, para oír explicaciones del reclamado, oír a terceros, arribar a acuerdos parciales, firmar transacciones, entre otras), las comunicará en la forma establecida por el artículo 16° del Reglamento, procediéndose, en caso de incomparecencia a estas nuevas audiencias, en la forma establecida en el artículo 29° del mismo cuerpo normativo. Todo ello, según disponen el inciso 2° de dicho artículo y el artículo 46° inciso final de la ley.

Cabe resaltar que todas las sesiones a las cuales sean nuevamente citadas las partes deben hacerse dentro del plazo de la mediación, sea original o prorrogado.

Durante el procedimiento, las partes o terceros podrán acompañar documentos e instrumentos públicos o privados, los cuales, como establece el artículo 21° del Reglamento, quedarán bajo la custodia del mediador, quien deberá registrarlos y devolverlos al término de la mediación a la parte que los requiera, dejando constancia de ello. Si no se requieren los documentos, se deberá proceder a su devolución por medio de su envío por correo certificado al domicilio señalado por las partes y si tal envío fuera devuelto, deberán custodiarse por un plazo mínimo de cinco años.

Respecto a la custodia de los documentos que han sido devueltos al remitente no se precisa ni en la ley ni en el Reglamento quién, en definitiva, deberá guardarlos por al menos cinco años. En el caso de las mediaciones ante el Consejo de Defensa del Estado no es difícil sospechar que será dicho organismo quien deberá custodiarlos, pero en el caso de las mediaciones ante un mediador privado acreditado por la Superintendencia de Salud, la interrogante es mayor: ¿deberá custodiarlo el mismo mediador o la Superintendencia de Salud? Reiteramos que tales instrumentos y documentos no se encuentran sujetos a reserva.

6. Terminación de la mediación

La terminación de la mediación se encuentra regulada en el párrafo III del título III del Reglamento, llamado “De la terminación de la mediación”.

Según el artículo 33° del Reglamento:

“La mediación terminará:

- 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 [del mismo Reglamento];
- 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 [de Defensa del Estado], por no aceptación 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”.

Creemos que este listado, aun cuando pareciera pretenderlo, no es taxativo por cuanto no considera la situación prevista en el inciso 2° del artículo 13° del Reglamento ya revisado a propósito del nombramiento del mediador, en el cual la causal de terminación del procedimiento es la “falta de acuerdo de las partes” que no se encuadra en ninguno de los numerales del artículo 33°.

Estas causales de terminación de la mediación podemos clasificarlas, a nuestro juicio, en causales de terminación existiendo acuerdo entre las partes y causales de terminación sin acuerdo de las partes.

7. Causales de terminación existiendo acuerdo de las partes

Por haberse llegado a acuerdo entre las partes

La finalidad del proceso de mediación, según se desprende de su propia definición, es que las partes lleguen a una solución extrajudicial de la controversia, y, por ende, arribado un acuerdo entre las partes, este pondrá fin al proceso de mediación.

Para alcanzar estos acuerdos, el artículo 35° del Reglamento establece la libertad de las partes para pactar soluciones al conflicto y para establecer la forma de cumplirlos, señalando, a modo de ejemplo, algunas modalidades de acuerdos.

Dice tal disposición:

“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 su 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”.

Es decir, se puede arribar a acuerdos en dinero (pago de una determinada suma de dinero que sea una suerte de indemnización o reparación satisfactiva extrajudicial en torno al perjuicio sufrido por el afectado), apreciables en dinero (realización de prestaciones asistenciales, nuevas intervenciones que busquen reparar el mal causado, tratamientos en caso de que el mal sea irreparable, pero aún pueda aminorarse sus perniciosas consecuencias, asumir el costo de medicamentos o tratamientos futuros que se hagan con un prestador distinto, condonación de deudas, entre otros), o no apreciables en dinero (compromiso de mejorar los protocolos internos del prestador reclamado, explicaciones verbales o por escrito, disculpas públicas o privadas, verbales o por escrito, etcétera).

En caso de que las partes lleguen a acuerdo, el artículo 34° del Reglamento, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 53° de la ley, exige que se levante un acta firmada por las partes y el mediador, en la cual se contenga una breve descripción de los hechos que motivaron el reclamo, de los términos del acuerdo y de las obligaciones que asume cada parte.

Además, tanto la ley como el Reglamento son enfáticos en señalar que debe contenerse en el acuerdo una declaración expresa del reclamante en torno a renunciar a todas las acciones judiciales correspondientes.

Juntamente con lo anterior, la ley y el Reglamento señalan que “el acta del acuerdo surtirá los efectos de un contrato de transacción”. Así, será menester relacionar los artículos 34° del Reglamento y 53° de la ley con el artículo 2446° y ss. del *Código Civil* y, por ende, deberá existir un hecho dudoso, deberán las partes hacerse concesiones recíprocas y tener capacidad para transigir. En cuanto al objeto de la transacción, se entiende que este debe existir al tiempo de la transacción y deberá ser comerciable.

En estas transacciones, una de las concesiones forzosas que deberá hacer el reclamante es la renuncia a todas las acciones judiciales que correspondan. Creemos que tal mención es innecesaria, puesto que la propia definición de transacción del artículo 2446° del *Código Civil* establece que busca con ella “precaerse un litigio eventual”. Además, y según lo dispuesto en el artículo 2460° del mismo *Código*, la transacción “produce efecto de cosa juzgada en última instancia”; por ende, aun cuando no hubiera renuncia se produciría la extinción de tales acciones.

Digamos, a este respecto, que, justamente, uno de los argumentos que se dan para establecer que el hospital clínico de la Universidad de Chile Dr.

José Joaquín Aguirre no requiere de mediación previa para perseguir por vía judicial la indemnización de los perjuicios que pudiera haber causado, es que este carece de capacidad para transigir³³.

Finalmente cabe señalar que, en determinados casos, los contratos de transacción en que sea parte algún prestador institucional público deberán estar sujetos a aprobación, lo cual veremos a continuación.

Por no haber sido aprobado el acuerdo, cuando ello procediere, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36° de este reglamento

Como señalábamos, el acta de los acuerdos que se suscriban por las partes hará las veces de contrato de transacción.

Como decíamos, los contratos de transacción en que sea parte un prestador institucional público deberán ser sujetos a aprobación.

A este respecto, el artículo 36° del Reglamento establece quien será llamado a aprobar dichos contratos dependiendo de la cuantía de la transacción.

Así, dichos contratos serán sujetos a la aprobación del Consejo de Defensa del Estado cuando se trate de sumas superiores a 1.000 Unidades de Fomento. Por otro lado, quedarán sometidos a la aprobación del Ministerio de Hacienda los contratos de transacción en que la suma a pagar sea superior a 3.000 Unidades de Fomento.

Algunas consideraciones:

- Conforme se aprecia del artículo 36° del Reglamento, debe entenderse que los contratos de transacción estarán sujetos a revisión por el Consejo de Defensa del Estado los acuerdos en que se establezca el pago de una suma de dinero por sobre las 1.000 Unidades de Fomento, como los acuerdos apreciables en una suma superior a ella, como, por ejemplo, acordar una serie de prestaciones cuya evaluación exceda de dicho monto.
- El Consejo de Defensa del Estado deberá aprobar dichas transacciones por acuerdo de tres cuartas partes de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Ello de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento en relación con el inciso 1° del artículo 7° del DFL N°1 de 1993 del Ministerio de Hacienda, que establece la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado.

³³ El Hospital Clínico de la Universidad de Chile comparte la naturaleza jurídica de dicha universidad y, por ende, tiene carácter estatal. Así, no encontrándose autorización expresa para transigir en ninguna disposición del decreto con fuerza de ley N° 3, de 2007, del Ministerio de Educación (fija el texto del decreto con fuerza de ley N° 153, de 1981, del Ministerio de Educación) que establece el Estatuto de la Universidad de Chile y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución, se debe entender, forzosamente, que carece de facultades para hacerlo.

- El inciso 2° del artículo 36° del Reglamento, en idéntico sentido al inciso 3° del artículo 53° de la Ley, establece:

“Los montos que se acuerde pagar como resultado de la mediación obligarán única y exclusivamente los recursos del prestador institucional público involucrado”.

Sin perjuicio del derecho a repetir en contra del funcionario y la obligación de iniciar a su respecto un sumario administrativo o una investigación sumaria dentro del plazo de diez días posteriores a la total tramitación de la transacción (inciso final del artículo en comentario).

- Se establece en el inciso final del artículo 36° y en el inciso 4° del artículo 53° de la ley que

“una resolución conjunta de los Ministerios de Salud y de Hacienda establecerá los montos máximos que, en virtud del procedimiento reglado en este párrafo (‘del procedimiento de mediación’ –dice el Reglamento–) podrán pagar los prestadores institucionales públicos”.

Dicha resolución es la resolución exenta 142 del 8 de abril de 2005 del Ministerio de Salud, la cual dispone que, en caso de muerte, el monto máximo a pagar será de hasta 3.500 Unidades de Fomento; en el evento de gran invalidez, de hasta 3.300 Unidades de Fomento; en el de invalidez total, de hasta 2.500 Unidades de Fomento, si fuera invalidez parcial de hasta 2.000 Unidades de Fomento; y por otros daños (incapacidad temporal) se podrá pagar una suma de hasta 1.000 Unidades de Fomento. Señala, además, que los criterios establecidos en la propia resolución deben interpretarse según lo dispuesto en el título v de la ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales³⁴.

- Mencionemos que el Consejo de Defensa del Estado, en casos de muertes intrauterinas, ha hecho primar el principio de existencia natural de las personas por sobre el principio de existencia legal, aprobando transacciones de hasta 3.500 Unidades de Fomento en estos casos, por estimar que dicha interpretación es más acorde con la Constitución.

³⁴ El artículo 34° de dicha ley señala: “Se considerará inválido parcial a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanente, igual o superior a un 15% e inferior a un 70%”. A su vez, el artículo 39° establece: “Se considerará inválido total a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanentemente igual o superior a un 70%”. Por gran invalido, señala el artículo 40°, “Se considerará “a quien requiere del auxilio de otras personas para realizar los actos elementales de su vida”; cabe mencionar que en este título no se define la incapacidad temporal ni la muerte, estableciéndose solo el derecho a percibir pensiones en el primer caso, por ende, debemos interpretar que el incapacitado temporal es aquel que “ha sufrido una disminución en su capacidad de ganancia, inferior a un 15%”. Por muerte debemos entender la “cesación irreversible de todas las funciones tronco-encefálicas”.

En suma, cuando alguno de estos órganos del Estado llamados a aprobar las transacciones que tuvieren lugar dentro del proceso de mediación cuando concurra en ella un prestador institucional público, manifieste su rechazo a tales acuerdos, se entenderá haber fracasado el proceso de mediación, terminando por la causal establecida en la letra f) del artículo 33° del Reglamento.

8. Causales de terminación sin acuerdo de las partes

Por decisión voluntaria de cualquiera de las partes de no perseverar en el procedimiento

Como ya hemos señalado, a propósito del principio de voluntariedad, las partes pueden en todo momento expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento, dándose por concluido, debiendo dejarse constancia en un acta que será firmada por las partes y por el mediador.

Cabe recordar las apreciaciones que hemos formulado con anterioridad en cuanto a la forma en que los prestadores institucionales públicos, a nuestro entender, pueden hacer uso de esta facultad.

Por expiración del plazo de la mediación

Como vimos, el plazo de la mediación establecido en la ley y el Reglamento será como máximo de sesenta días, prorrogables por única vez por un máximo de sesenta días más, dentro del cual debe desarrollarse el proceso de mediación antes visto. Este plazo, por disposición expresa de los artículos 45° de la ley y 31° del Reglamento, se contabiliza en días corridos.

Disponen el inciso 2° del artículo 45° de la ley y artículo 32° del Reglamento que:

“Si dentro del plazo original o prorrogado no hubiere acuerdo, se entenderá fracasado el procedimiento y se levantará un acta, que deberá ser firmada por ambas partes. en caso de que alguna no quiera o no pueda firmar, dejará constancia de ello el mediador, quien actuará como ministro de fe”.

El plazo original o prorrogado en su caso, será fatal, por tanto, aunque exista una buena comunicación entre las partes y ánimo de solucionar el conflicto, si no se establece un acuerdo dentro del plazo, este deberá entenderse fracasado, no existiendo posibilidad alguna de hacerlo revivir.

De ello se levantará un acta debiendo procederse en la forma antes referida.

Por falta de comparecencia de las partes a las audiencias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29° del mismo Reglamento

Ello ya lo hemos referido al analizar la citación a las partes. Recordemos que, según prescribe el artículo 29° del Reglamento y el inciso 2° del artículo 46

de la ley, si alguna de las partes no comparece a alguna de las audiencias a que ha sido citado por segunda vez sin expresar motivo justificado para ello dentro de tercero día, la mediación se entenderá haber fracasado.

Cuando la designación del mediador corresponda al Consejo de Defensa del Estado, por no aceptación de la decisión recaída en la solicitud de inhabilidad del mediador

Algo ya dijimos respecto al nombramiento del mediador al analizar el principio de imparcialidad. Si las partes estiman que existe inhabilidad del mediador propuesto por el Consejo de Defensa del Estado, podrán pedir al Consejo el nombramiento de un nuevo mediador, quien deberá resolver dicha solicitud dentro de tercero día hábil, en única audiencia. Nombrado el nuevo mediador, si alguna de las partes no se conformara con la decisión se entenderá fracasado el procedimiento y se deberá levantar el acta correspondiente.

Por falta de acuerdo de las partes en el caso del inciso 2° del artículo 13° del Reglamento

A juicio nuestro, ella se configura como una causal de terminación distintas a las establecidas en el artículo 33° del Reglamento. Tendrá lugar en las mediaciones contra prestadores privados cuando el reclamado no acepte ninguno de los mediadores propuestos por el reclamante dentro del plazo de tres días, debiendo certificarse dicha situación.

V. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIACIONES POR DAÑOS EN SALUD

El Tribunal Constitucional, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad³⁵ del artículo 43° de la ley, ha establecido que no existe vicio de inconstitucionalidad en la mediación por daños en salud, por cuanto no se estarían estableciendo diferencias para accionar fundadas en una discriminación arbitraria, ni se vulnera el libre e igualitario acceso a la justicia, ya que, de fracasar la mediación, las acciones indemnizatorias quedan a salvo y, de prosperar, se habrá obtenido un equivalente jurisdiccional y, por último, no se ha detectado por dicho Tribunal una vulneración al derecho de propiedad sobre los derechos y acciones del requirente por cuanto la mediación no lo priva, agota ni limita el derecho a accionar si la mediación fracasa.

Ello fue acordado con el voto en contra de los ministros Vodanovic, Navarro y Aróstica, quienes estimaron que se estarían vulnerando los derechos a la igualdad ante la ley y ante la justicia y se estaría infringiendo lo

³⁵ STC, rol N° 2042-11.

dispuesto en el artículo 76° de la Constitución, por el hecho de ser la mediación obligatoria y fuera del Poder Judicial. A juicio de estos ministros, se estaría vulnerando la igualdad ante la ley y ante la justicia por cuanto con la entrada en vigencia de la ley N° 19.966 se intercaló una previa mediación forzosa que antes no existía para estos negocios que debe desarrollarse en una esfera administrativa y con vocación proclive a que las partes

“lleguen a una solución extrajudicial de la controversia, merced de la suscripción de un acta final que surtirá efectos de un contrato de transacción”,

todo lo cual supondría predisponer al afectado a declinar en alguna de sus reclamaciones y a hacer ciertas concesiones³⁶. Además:

“Señalan que –como ya se ha manifestado en numerosos fallos de esta magistratura– el derecho consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Carta Magna constituye una garantía insustituible e irremplazable que tiene como correlato el artículo 76 del mismo texto, el cual establece que conocer y resolver conflictos de relevancia jurídica corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia”³⁷.

Así, al ser el único requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del cual el Tribunal Constitucional ha conocido a este respecto³⁸, debemos concluir que dicho procedimiento de mediación se encuentra conforme con la Constitución, sin por ello dejar de advertir que el voto disidente fue acordado por un alto número de ministros, por lo cual, frente a nuevos requerimientos y mediando un cambio en la integración de tal Tribunal, podría llegar a imperar, eventualmente, la tesis contraria.

VI. CONCLUSIONES

1. El procedimiento no adversarial de mediación por daños en salud no estaba contemplado en la idea original de la ley N° 19.966 sobre Régimen de Garantías en Salud, incorporándose en un segundo trámite legislativo, toda vez que el establecimiento de las garantías explícitas de salud hacía temer una mayor judicialización de los conflictos en la materia.
2. Tanto la ley como el Reglamento reconocen como principios de la mediación por daños en salud los de igualdad, celeridad, voluntariedad,

³⁶ ZUÑIGA (2012), p. 335.

³⁷ VARGAS (2013), p. 311.

³⁸ En agosto de 2011 se presentó un segundo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (STC, rol N° 2049-11) el que fue declarado inadmisibile por cuestiones de forma.

- confidencialidad, imparcialidad y probidad. Nosotros además creemos advertir como principios el control y la protocolización.
3. A propósito de la voluntariedad en relación con la probidad, planteamos que les esta vedado, a nuestro juicio, a los prestadores institucionales públicos y a sus funcionarios hacer uso de la facultad de manifestar su voluntad de no perseverar en la mediación.
 4. Hemos propuesto, como características de la mediación por daños en salud la no adversariedad, la comunicación directa de las partes, la colaboración de las partes, la intervención de un mediador, la brevedad, el efecto suspensivo de la prescripción, la informalidad, la confidencialidad, la necesidad y la solución extrajudicial de la controversia como finalidad de la mediación.
 5. Del título III del Reglamento que regula el procedimiento de mediación, hemos distinguido como etapas de dicho procedimiento la presentación del reclamo, los exámenes de admisibilidad (formales y sustanciales), la designación del mediador, la citación a las partes, las audiencias o sesiones de mediación y la terminación de la mediación.
 6. En cuanto a la terminación de la mediación, a nuestro entender las causales contenidas en el artículo 33° del Reglamento se pueden agrupar en causales de terminación, existiendo acuerdo de las partes, y causales de terminación sin acuerdo de las partes, siendo las primeras el arribo del acuerdo y la no aprobación de los acuerdos cuando se sujetan a aprobación. Son causales de término sin acuerdo por la decisión voluntaria de cualquiera de las partes en no perseverar en el procedimiento, por la expiración del plazo de mediación, por falta de comparecencia de las partes y por la no aceptación del mediador nombrado por el Consejo de Defensa del Estado. Sostenemos que tal enumeración no es taxativa de momento que el artículo 13° del Reglamento pareciera contemplar otra causal por falta de acuerdo de las partes en cuanto al mediador propuesto.
 7. Respecto a la constitucionalidad de la mediación, se ha planteado un único requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 43° de la ley, estimándose constitucional el procedimiento, con un voto en contra alcanzado por un alto número de ministros, por lo que, de cambiar la integración del Tribunal Constitucional, frente a nuevos requerimientos, podría primar la tesis de la inconstitucionalidad del procedimiento de mediación por daños en salud.

BIBLIOGRAFÍA

- GAJARDO CARRASCO, Baltazar (2005): *Aspectos de la responsabilidad civil médica* (Segunda Sdición, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia).

- GUTIERREZ ARANQUE, María José (2008): "La mediación en salud y el acceso a la justicia", en *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, N° 20: pp. 111-137.
- LAGOS OCHOA, Soledad (2013): "Impacto de la mediación en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes: un análisis en base a la experiencia chilena de mediación por daños en salud", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 18: pp. 83-110.
- LAGOS OCHOA, Soledad y Paola HENRÍQUEZ NANJARÍ (coord.) (2011): *Mediación y desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado (CDE)* (Santiago de Chile, ediciones del Consejo de Defensa del Estado). Disponible en www.cde.cl/mediacion/wp-content/uploads/sites/16/2016/01/ESTUDIO-DESJUDICIALIZACION-nov-2011.pdf [Fecha de consulta: 8 de octubre de 2017].
- LOPEZ-MUÑOZ Y Gustavo LARRAZ (2008): *En defensa del paciente*. (Madrid, Editorial Dykinson).
- OJALVO CLAVERÍA, Raúl (2006): *Ley de bases generales de la administración del Estado, concordada, comentada e interpretada*. (Santiago, Ediciones del Diario Oficial de la República de Chile).
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2009): "Las agendas de probidad de los gobiernos de la Concertación: entre la realidad y el deseo." en Juan José ROMERO GUZMAN, Nicolás RODRIGUEZ GARCÍA *et al.* (ed.): *Buen gobierno y corrupción. Algunas perspectivas* (Santiago, Ediciones Derecho UC): pp. 163-186.
- RUIZ GURIDI, Lorena (2003): "La mediación", en *Revista de Derecho. (Universidad Católica de la Santísima Concepción)*, XI N° 11: pp. 145-162.
- VARGAS PAVEZ, Macarena (2013): "Caso Pamela de las Mercedes Bahamondes Moreno. Tribunal Constitucional. Sentencia de 10 de julio de 2012", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°20: pp. 309-316. Disponible en www.scielo.cl/pdf/rchdp/n20/art18.pdf [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2017].
- ZUÑIGA URBINA, Francisco (2012): "Comentario a la Sentencia sobre Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de los incisos primero y segundo del art. 43 de la ley N° 19.966, que establece el Régimen de Garantías en Salud. STC 2042-11, de fecha 10 de julio de 2012", en *Gaceta Jurídica*, Vol. 384 N° 384.

Normas

Constitución Política de la República de Chile.

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Código Orgánico de Tribunales.

Código Penal.

Código Sanitario.

Ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, *Diario Oficial*, 1 de febrero de 1968.

Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley N° 18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo, *Diario Oficial*, 23 de septiembre de 1989.

Ley N° 19.880 De Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.

Ley N° 19.966 Del régimen de Garantías en Salud, *Diario Oficial*, 3 de septiembre de 2004.

Estatuto de la Universidad de Chile, decreto con fuerza de ley N°3 del Ministerio de Educación de 10 de marzo de 2006 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 153 del Ministerio de Educación de 1981, *Diario Oficial*, 2 de octubre de 2007.

Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o de sus funcionarios y prestadores privados de salud, decreto supremo N° 47 del Ministerio de Salud de 1 de febrero de 2005, *Diario Oficial*, 23 de junio de 2005.

Reglamento de hospitales y clínicas privadas, decreto supremo N° 161, del Ministerio de Salud de 6 de agosto de 1982, *Diario Oficial*, 19 de noviembre de 1982.

Resolución N°1.215 de la Superintendencia de Salud de 28 de septiembre de 2015 que Fija el Arancel Máximo a Profesionales Inscritos en el Registro de Mediadores, *Diario Oficial*, 29 de octubre de 2015.

Resolución exenta N°142 del Ministerio de Salud de 29 de marzo 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, *Diario Oficial*, 8 de abril de 2005.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2011): Rol N° 2042-2011, 10 de julio de 2012.

Tribunal Constitucional (2011): Rol N° 2049-11, 16 de agosto de 2011.