

Sergio Arellano Iturriaga

Árbitro Arbitrador

Fecha de Sentencia: 10 de agosto de 2011

ROL: 1251-2010

MATERIAS: Se demandó el cumplimiento de contratos de seguro de desgravamen por crédito hipotecario y crédito de consumo por los valores devengados al fallecimiento de la asegurada, los que fueron contratados por un banco en póliza colectiva - Se pide declaración de prescripción extintiva de la acción rescisoria relativa al contrato de seguro de desgravamen de crédito hipotecario - Aseguradora demandó reconventionalmente la nulidad de ambos contratos de seguro por haber presentado la asegurada declaraciones erróneas que la indujeron a contratar.

RESUMEN DE LOS HECHOS: Con ocasión de un mutuo hipotecario otorgado por el banco BO, doña C.A. contrató en calidad de asegurada -en una póliza colectiva tomada por dicha institución financiera- un seguro de desgravamen por el valor correspondiente al crédito obtenido. Asimismo, en la misma modalidad de colectivo, contrató un seguro de desgravamen por un crédito de consumo otorgado por el mismo banco. Al fallecimiento de la asegurada, la compañía aseguradora ZZ, invocando el Artículo 5° de las condiciones generales de ambas pólizas, rechazó el pago de las indemnizaciones solicitadas por los demandantes de autos por haber existido reticencia u omisión en las declaraciones de salud de la asegurada, aduciendo que ella no informó su dolencia de asma bronquial que habría sido la causa de su deceso.

En el curso del juicio la demandada presentó la ficha clínica de la occisa, así como una certificación médica sobre causa de muerte que daba cuenta que ella registraba asma bronquial desde su adolescencia, la que era asintomática en su edad adulta. La demandante presentó en calidad de testigos a dos médicos tratantes que coincidieron en señalar que la paciente no presentaba síntomas de asma bronquial. Otros testigos no aportaron antecedentes relevantes.

El Tribunal designó como perito (PE) a un médico profesor de la Escuela de Medicina de la Universidad Católica, con especialidad broncopulmonar, a quien se proporcionaron los antecedentes médicos disponibles y, adicionalmente, requirió documentación adicional a dos centros clínicos. El informe evacuado por este perito indicó que de ellos no se desprende que la asegurada y causante haya padecido de asma y que lo único concluyente es que previo a su fallecimiento tuvo un cuadro de obstrucción bronquial, el que pudo tener su origen en diversas causas ajenas al asma bronquial, las que son referidas en su informe.

LEGISLACIÓN APLICADA:

El DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, que en su Artículo 190 N° 6 define y regula las enfermedades preexistentes para efectos de los seguros de salud contratados en Isapres.

Artículo 822 del Código de Comercio, que dispone un plazo de prescripción de cuatro años para la extinción de acciones relacionadas con contratos de seguro.

Artículo 1.691 del Código Civil, conforme al cual el plazo de prescripción debe contarse desde la fecha de celebración del contrato respectivo.

DOCTRINA: En un juicio originado por el no pago de la indemnización derivada del fallecimiento del titular de un seguro de vida, la carga de la prueba destinada a establecer una preexistencia no declarada corresponde a la empresa aseguradora.

A efectos de definir las enfermedades preexistentes en relación a un seguro de salud, corresponde aplicar lo dispuesto en la Ley de Isapres, DFL N° 1 de Salud de 2005, que entiende como tales aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario.

El plazo de prescripción para acciones rescisorias vinculadas a un contrato de seguro es de cuatro años, según lo dispuesto por el Artículo 822 del Código de Comercio. De conformidad al Artículo 1.691 del Código Civil, el cuadrienio se cuenta desde el día de la celebración del acto o contrato.

DECISIÓN: Mediante sentencia de 10 de agosto de 2011, la demanda fue acogida en razón de no haberse acreditado que el fallecimiento de la asegurada se haya debido a asma bronquial, enfermedad invocada por la aseguradora para denegar el pago de la indemnización por considerar que hubo reticencia en la declaración de salud. Asimismo se acogió la acción de prescripción extintiva deducida por la demandante. Consiguientemente se rechazó la acción reconvenzional interpuesta por la demandada, en la que planteara la nulidad de ambos contratos de seguro. No se condenó en costas.

RECURSOS: La sentencia fue recurrida de casación en la forma por la demandada ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que, en sentencia de 5 de junio de 2013, confirmó el fallo respecto del cumplimiento forzado de los contratos de seguro relacionados, revocándolo en cuanto el Tribunal arbitral acogió la acción de prescripción de acciones rescisorias.

La demandada recurrió de casación en la forma y la demandada de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia. En sentencia de 10 de septiembre de 2013 la Corte Suprema declaró inadmisibles la casación en la forma y rechazó el recurso de casación en el fondo, declarando que, "aún en el evento de que esta Corte no compartiera los fundamentos por los cuales el Tribunal de alzada consideró que la acción de prescripción de las acciones rescisorias no se encontraba prescrita, los demandantes obtuvieron el fin perseguido por su acción al haberse obtenido la declaración que ordenaba el pago de los referidos seguros de desgravamen". (Sergio Arellano Iturriaga, Juez Árbitro, Santiago, 20 de enero de 2014).

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago, 10 de agosto de 2011.

VISTOS:

1. Con fecha 28 de enero de 2010, mediante escritura pública otorgada ante el notario público señor NT, ZZ, representado por don AB, y don XX1, representado por don AB1, suscribieron un convenio de designación de Juez Árbitro para conocer y resolver "las controversias jurídicas y actuales que existieren entre ellas y que emanen del contrato de seguro de desgravamen suscrito por doña C.A., fallecida el día 6 de julio del año 2008, madre de los menores de edad XX2 y XX3, siendo la cónyuge de don XX1, por una parte y por la otra, la sociedad ZZ, que consta en las pólizas de seguro de desgravamen N° 6 y 22", acordando asimismo que "el Árbitro será designado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, de la lista de Árbitros registrados en éste".

2. A fs. 1 rola la solicitud de arbitraje presentada al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. por ZZ, en tanto que a fs. 10 consta la resolución del presidente de dicho Centro Arbitral, de 5 de julio de 2010, en que designa al suscrito como Árbitro Arbitrador para abocarse a conocer y resolver la controversia existente en torno a la aplicación del contrato antes mencionado. Se asignó a la causa el Rol 1251-10.

3. A fs. 13 consta la notificación al suscrito de 27 de julio de 2010, así como la aceptación del cargo y el juramento de desempeñarlo fielmente y en el menor tiempo posible, ante el notario público suplente doña NT1.

4. Previa citación a las partes, con fecha 17 de agosto de 2010, que rola a fs. 21, se llevó a cabo la audiencia de constitución y fijación de normas de procedimiento. En esa oportunidad se designó como actuario a la abogada señora AC, otorgándosele el carácter de ministro de fe para todos los efectos de este juicio.

Las partes del juicio son: por una, don XX1, por sí y en representación de sus hijos menores de edad XX2 y XX3, quien actúa representado por su abogado don AB1; y por la otra, ZZ, representada por el abogado don AB, quien a su vez confirió patrocinio y poder a don F.S. y poder a doña L.R. Todos ellos han sido debidamente individualizados en el juicio.

5. Con fecha 6 de septiembre de 2010, a fs. 31, la parte de don XX1 deduce, en lo principal, demanda de prescripción extintiva de la acción rescisoria relativa a los contratos de seguro de desgravamen, así como de crédito de consumo, contratados por el banco BO, en una póliza colectiva en la cual era asegurada doña C.A., con la demandada ZZ. En otrosí demanda el cumplimiento de los contratos de seguro de desgravamen por crédito hipotecario de la póliza N° 6, por el monto adeudado a la fecha de fallecimiento de la causante de 4.850 unidades de fomento, y por crédito de consumo estipulado en la póliza N° 22, por el monto adeudado de \$ 3.793.339, ambos contratados en la compañía demandada, teniendo como asegurada a doña C.A.

6. En la demanda deducida en lo principal, que rola a fs. 31 y siguientes, el actor da cuenta que el fallecimiento de doña C.A., ocurrido en clínica TR1, Santiago, el 6 de julio de 2008, consta en certificado de defunción que se ha acompañado en autos, siendo su cónyuge don XX1 y sus hijos matrimoniales los menores XX2 y XX3.

7. Expresa que la demandada se ha negado a cumplir sus obligaciones relacionadas con los seguros de desgravamen, mediante el pago de los créditos hipotecarios y de consumo al acreedor de los mismos, el banco BO, invocando el Artículo 5° del condicionado general de ambas pólizas, por haber existido reticencia u omisión, así como en el Artículo 557 del Código de Comercio, conforme informara a TR en carta de 9 de febrero de 2009.

8. Agrega que la reticencia que la compañía de seguros atribuye a la asegurada se encuentra prescrita, por lo que procede sea declarada extinta para efectos de una acción de nulidad que se pudiese fundar en ella, invocando al efecto los Artículos 2.492 y 2.514 del Código Civil. Señala que “en orden al plazo de prescripción extintiva de acciones rescisorias o nulidad relativa debe tenerse presente además el Artículo 822 inciso primero del Código de Comercio, que especialmente dispone...” que las acciones en cuestión durarán cuatro años, en concordancia con los Artículos 2 del Código de Comercio y 22 y 1.691 del Código Civil. A continuación señala definiciones de

reticencia y cita la obra *“La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”*, del profesor Avelino León Hurtado, en que se sitúa a la reticencia en el plano del dolo negativo o por omisión, que se manifiesta al guardar deliberadamente silencio sobre algún hecho o circunstancia que la otra parte necesite conocer para formarse un juicio verdadero de la realidad, expresando que no existe dolo *“si el silencio proviene del desconocimiento de la realidad o si el error se provoca involuntariamente”*.

9. La demandante agrega que ZZ ha incurrido en mora en el pago al banco acreedor BO de los créditos objeto de los contratos de seguro contratados por la asegurada, a partir de la fecha de su deceso, el 6 de julio de 2008.

10. Luego precisa que la señora C.A. actuó con sinceridad y conforme al conocimiento que tenía de su estado de salud y que, en todo caso, el dolo debe ser probado por aquel que lo afirma en contra de otro. Añade que, según lo dispone el Artículo 1.459 del Código Civil, el dolo no se presume, sino en los casos especialmente previstos por la ley y que en los demás debe probarlo quien lo alega, según las reglas generales. Precisa que ello es aún más relevante en contratos de seguro, “puesto que el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito, aunque el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias según la convención o la ley, lo cual se dispone del Artículo 539 del Código de Comercio”.

11. Conforme a lo expuesto, el actor pide dar lugar a la demanda y, consecuentemente, ordenar a la demandada el cumplimiento efectivo de los contratos de seguro de desgravamen de crédito hipotecario y de crédito de consumo, pagando efectivamente al banco BO el monto de los dividendos que corresponden a los respectivos créditos, a partir de la fecha de fallecimiento de la asegurada, con reajustes e intereses pertinentes, condenándose además a la demandada al pago de costas.

12. A continuación acompaña diversos documentos, con citación o bajo el apercibimiento del Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, entre los cuales incluye certificado de defunción de la señora C.A.; certificación del doctor A.F. acerca de la causa de muerte de la anterior; examen de espirometría, practicado a la señora C.A. en el año 2004 en clínica TR1, que concluye que se encuentra dentro de límites normales; declaración personal de salud de la señora C.A. al contratar los seguros con la demandada, de 19 de mayo de 2006; dos cartas de la compañía aseguradora a TR, informando el rechazo a indemnizar por los contratos de seguro antes referidos; certificación médica denominada epicrisis, de clínica TR2, de 8 de enero de 2004, que da cuenta del alta de la señora C.A. después de una cirugía de by pass gástrico; certificado del doctor P.F., de febrero de 2009, quien expresa que la señora C.A. fue operada de obesidad mórbida, que se efectuó un by pass gástrico y que “en el preoperatorio no hubo problemas de hiperactividad bronquial ni anestésicos”.

13. Con fecha 30 de septiembre de 2010, a fs. 53, ZZ contesta en lo principal la demanda de prescripción extintiva. Señala al efecto que el plazo para pedir la rescisión que el Artículo 1.691 del Código Civil no es aplicable al contrato de seguros, puesto que en este caso debe computarse el plazo de cuatro años desde la fecha en que la aseguradora tomó conocimiento de la circunstancia omitida por el asegurado en su declaración personal de salud. Respalda su aseveración en los Artículos 822, 556 y 557 N° 1 del Código de Comercio, con relación al inciso 2° del Artículo 2.514 del Código Civil.

14. Manifiesta que la obligación del asegurado de formular una declaración exacta es una carga del mismo, que “una carga se impone a un sujeto de derecho, pero a su vez no existe sujeto activo que tenga acción para exigir el cumplimiento exacto de esa obligación, no es exigible”, citando al efecto una obra de Manuel Vargas Vargas. Luego cita a Sergio Baeza Pinto, que en su libro *El Seguro* dice “...las obligaciones serían deberes impuestos a un sujeto para la tutela de un interés de la otra parte, a la cual correspondería un derecho subjetivo y, por tanto, una acción para su resguardo; las cargas en cambio, imponen deberes impuestos a un sujeto como tutela de un interés propio, cuya observancia es necesaria si se quiere alcanzar un determinado resultado y cuya transgresión provocaría la pérdida o menoscabo del resultado”. El mismo autor, continúa la demandada, sostiene que “...al igual que en cualquier otra situación de transgresión de deberes contractuales, es necesario que la parte que tenga interés en alegar la infracción conozca el incumplimiento”.

15. La demandada reafirma su tesis señalando que el Artículo 557 N° 1 del Código de Comercio utiliza la expresión ‘conocidas por el asegurador’, introduciendo así “el punto de partida para establecer una correcta sistematización de la nulidad del seguro”.

16. Agrega que el inciso 2° del Artículo 1.691 del Código Civil, “se aplica solamente a los casos de error, fuerza y dolo contemplados en el Código Civil y no a la nulidad por declaración inexacta contemplada en el 557 N° 1 del Código de Comercio”. Afirma que “los errores regulados por el Código Civil recaen sobre la especie del acto o contrato, sobre la substancia de la cosa, sobre los elementos no substanciales de la cosa que sean determinantes para una de las partes y sobre la identidad de uno de los contratantes siempre que esta sea causa principal del contrato”; que ninguna de estas hipótesis de error es a la que se refiere el Artículo 557 N° 1, ya que en este caso no está en discusión el contrato de seguro, no podría haber error substancial en la materialidad de la persona asegurada y no hay controversia sobre la identidad de la asegurada.

17. Destaca como una diferencia con las normas sobre dolo contempladas en el Artículo 1.458 del Código Civil, que esta disposición exige que el dolo sea determinante, es decir que incida en la celebración o no del contrato respectivo, lo que no ocurre con las reticencias, puesto que ellas podrían implicar que el contrato se celebre en condiciones distintas, añadiendo que el dolo incidental no vicia el consentimiento y solamente da acción para indemnizar perjuicios.

18. Para la demandada el inicio del cómputo del plazo de prescripción se cuenta desde la fecha en que recibió el respectivo certificado de defunción emitido por el Registro Civil, el cual dice “Estado Asmático/Asma Bronquial Severa”.

19. Subsidiariamente la compañía aseguradora solicita el rechazo de la demanda de prescripción de la acción rescisoria en lo referente al seguro de desgravamen, póliza N° 22, correspondiente a un crédito de consumo con un saldo insoluto, a la fecha del fallecimiento de la asegurada, de \$ 3.793.339. Ello por cuanto dicho seguro fue contratado con fecha 13 de noviembre de 2006, por lo que no ha transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años invocado por la demandante.

20. En primer otrosí de la misma presentación, ZZ contesta la demanda de cumplimiento forzado de contrato planteando su rechazo, por cuanto la señora C.A. abandonó el tratamiento de asma bronquial, pasando así su dolencia de asma bronquial leve a severa, conforme se describe en su certificado de defunción. Agrega que de la propia demanda se desprende que al momento de su

fallecimiento ella no se encontraba en tratamiento del asma bronquial, no obstante ser ésta una enfermedad crónica que mantenía desde la adolescencia. Por tal motivo, indica, la asegurada incumplió lo dispuesto en el Artículo 556 N° 3 del Código de Comercio, que establece que el asegurado debe emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro. Por tal motivo, considerando que hubo un agravamiento del riesgo, solicita se rechace la demanda en todas sus partes y se condene a los demandantes en costas.

21. En el segundo otrosí la aseguradora interpone en contra de los demandantes acción de nulidad de los seguros ya individualizados, aduciendo que el certificado de defunción de la causante señala que su muerte se debió a “Estado Asmático / Asma Bronquial Severa”, en circunstancias que en su declaración personal de salud ella solamente declaró haber sido operada en 2004 por un by pass gástrico, con lo cual incurrió en la causal de nulidad del contrato contemplada en el Artículo 557 N° 1 del Código de Comercio.

22. Agrega a continuación que no intenta presumir su mala fe, por lo que precisa que la nulidad se debe a la existencia de una declaración errónea de la asegurada.

23. Considerando que durante el proceso de liquidación del siniestro se obtuvieron antecedentes que demostraron que la señora C.A. omitió declarar la existencia de asma bronquial que padecía desde su adolescencia, para la demandada ello significó que al contratar se le privó de información relevante, por contravenir el deber de declarar exactamente las enfermedades que la afectaban. Agrega que las condiciones generales de la póliza, en su Artículo 5º, disponen: “La veracidad de las declaraciones hechas por el asegurado en la solicitud de seguro, en sus documentos accesorios y/o complementarios y en el reconocimiento médico, cuando éste corresponda, constituye condición de validez de este contrato de seguro”. “Cualquiera reticencia, declaración falsa o inexacta relativa al estado de salud, ocupación, actividades y/o deportes riesgosos del asegurado que pudiera influir en la apreciación del riesgo o de cualquiera circunstancia que, conocida por el asegurador, pudiera retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones, faculta al asegurador para demandar la nulidad del contrato, en cuyo caso se devolverá al asegurado o a sus herederos el valor de las primas percibidas sin intereses y con deducción de los gastos originados por la emisión de la póliza, estimándose éstos en la primera prima anual, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 558 del Código de Comercio”.

24. Expresa asimismo que la asegurada no cumplió con lo prescrito en el Artículo 556 N° 1, que la obligaba a declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos, toda vez que al momento de contratar estaba en conocimiento de la enfermedad que la aquejaba y que omitió en su declaración.

25. En virtud de dicha infracción, señala que los contratos de seguro deben ser anulados en conformidad al Artículo 557 N° 1 del Código de Comercio, que dispone la rescisión del seguro “por las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudiera retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones”. Agrega que esta es la aplicación práctica del principio de la buena fe que debe inspirar toda relación contractual y en especial tratándose de seguros, en el que se aplica la obligación de máxima buena fe.

26. En atención a lo expuesto, la compañía de seguros solicita que se declare que los contratos de seguro individualizados son nulos, por haberse presentado declaraciones erróneas por parte de la asegurada que habrían retraído al asegurador de celebrar el contrato o suscribirlo en condiciones sustancialmente distintas; que se disponga la restitución de las primas pagadas por tal concepto y que la demandada reconvenional pague las costas de la causa.

27. Conforme se le facultó en el numeral 4., letra b) de las normas de procedimiento, el Tribunal confirió en su momento traslado para evacuar los trámites de réplica y dúplica.

28. A fs. 66 la parte demandante evacúa, en lo principal, el trámite de réplica, reiterando que la acción rescisoria relativa al seguro de desgravamen, póliza N° 6, se encuentra prescrita conforme a las reglas del derecho común. El, o conforme lo previsto en el Artículo 822 del Código de Comercio, que está en consonancia con el artículo que contempla el inciso 1° de, Artículo 1.681 (sic) del Código Civil y los incisos 2° y 3° del Artículo 169° de, Mismo Código, en cuanto a que el plazo se cuenta desde el día de la celebración del acto o contrato.

29. Expresó el replicante que no se debe confundir la carga probatoria del contenido específico de la declaración de voluntad de la parte asegurada, que contempla el Artículo 556 N° 1 del Código de Comercio, con la naturaleza jurídica de vicios de dicho Consentimiento que se enumeran en el Artículo 557 N° 1 del mismo cuerpo legal. Agrégase que “defectos que al menoscabar el consentimiento de uno de los contratantes en el mismo momento de constituirse el contrato, sirven de causa a la sanción legal de la anulabilidad del mismo acto o contrato viciado” y que se trata de “regulaciones complementarias, que se refieren una a un contenido específico que debe llevar la manifestación de la voluntad contractual de la parte asegurada, y la otra norma a la sanción legal, la rescisión del seguro en razón a defectos también específicos. La norma legal del Art. 556 N° 1 del Código de Comercio no es óbice en absoluto a la categoría de vicios del consentimiento que regula la del siguiente Art. 557 N° 1 del mismo Cuerpo Legal”.

30. Argumenta luego que los referidos Artículos 556 y 557 deben ser adecuadamente interpretados y contextualizados según lo señalado y que el Artículo 96 del Código de Comercio, en materia de obligaciones y contratos en general, se reenvía a las normas del Código Civil, salvo excepciones, pero no establece un plazo especial de prescripción extintiva.

31. Luego la replicante expresa que el inciso 1° del Artículo 2.514 del Código Civil da una definición legal de la prescripción extintiva de las acciones aplicable a la generalidad de los casos y que su inciso 2° alude a la prescripción de las acciones que protegen derechos personales, lo cual es sin perjuicio de otros casos, por vía excepcional contemplados en la ley, uno de los cuales es la acción de nulidad relativa o rescisoria de los actos y contratos que contempla la norma del Artículo 1.811 del Código Civil, entre varias otras y que ninguna norma del Código de Comercio establece una forma especial de cómputo del cuadrienio. Así, es así, añade, que el Artículo 822 de este último dispone que “las acciones que precedan de las obligaciones que establece el presente libro y que no tengan señalado un plazo especial de prescripción durarán cuatro años”.

32. Indica que en las normas del contrato de seguro concerniente a la acción rescisoria se presenta un vacío legal, por lo cual cabe recurrir al derecho común, de aplicación general a todo caso no especialmente previsto por la ley; que en el mismo sentido opera el Artículo 96 del Código de Comercio: “Las prescripciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contrato en general

son aplicables a las operaciones mercantiles, salvo las modificaciones p5e estaBlece este Código”. Así entonces, los Artículos 1.437 y siguientes, y el Artículo 1.691 del Código Civil resultan ser de aplicación general también al contrato de seguro, en tanto ello no sea especialmente modificado por el Código de Comercio.

33. A continuación cita los Artículos 63, 154, 214 y 1.246 del Código de Comercio, que regulan plazos en materia de prescripción extintiva, aseverando que ello demuestra que en esta laguna legal aparente dicho cuerpo legal obliga a aplicar las normas comunes, esto es el inciso 2º del Artículo 1.691 del Código Civil, siendo entonces un argumento errado y sin base legal el de contar el período de cuatro años a partir de la fecha en que la compañía tomó conocimiento del error o la reticencia.

34. En base a lo anterior, la parte de don XX1 reitera su petición en orden a que se acoja la demanda de prescripción extintiva de la acción de nulidad relativa al contrato de seguro de desgravamen contenido en la póliza 6, cuya asegurada es la señora C.A., correspondiente a un crédito hipotecario, con saldo pendiente a la fecha de su deceso de UF 4.850, teniendo en consideración que el plazo de prescripción de tal acción se inicia a la fecha de celebración del contrato de seguro respectivo.

35. En el primer otrosí de su presentación esa parte se desiste de la demanda de prescripción extintiva de la acción de nulidad del contrato de seguro de desgravamen de crédito de consumo, por cuanto expresa que, coincidiendo con la demandada, efectivamente éste fue celebrado el 10 de noviembre de 2006, no habiéndose cumplido el plazo de cuatro años necesario para declarar la prescripción de la acción.

36. En el segundo otrosí del escrito de fs. 66 la parte del señor XX1 evacúa el trámite de réplica respecto de la demanda de cumplimiento forzado de los contratos de seguro de desgravamen ya individualizados, reiterando los fundamentos de hecho y de derecho antes expuestos.

37. Refuta el fundamento de hecho de la contestación de demanda, expresando que en ningún instante de su vida doña C.A. padeció de asma bronquial, ni leve ni severa, pese a lo dicho en el certificado de defunción como causa de su fallecimiento, por lo que la afirmación de haber abandonado un tratamiento o desatendido indicaciones médicas, agravando así el riesgo asegurado, carece de sustento fáctico. Por ello la señora C.A. cumplió cabalmente la obligación de emplear todo el cuidado y celo de un buen padre de familia en prevenir el riesgo de su fallecimiento, agregando que después del by pass gástrico -destinado a reducir los riesgos derivados de la obesidad mórbida que sí padecía desde su adolescencia- informó este hecho a la compañía, como lo reconoce la demandada.

38. Agrega que la obesidad patológica que la asegurada sufría “era causa de una disnea leve, esto es de dificultad respiratoria, síntoma similar en determinado momento a los del asma bronquial, que empero jamás padeció, por lo cual tampoco estuvo sujeta a tratamientos médicos en este sentido. De forma tal que se colige de los antecedentes médicos el hecho que doña C.A. fallece a raíz de una causa imprevista e irresistible del riesgo asegurado, lo cual ocasiona el siniestro contra toda voluntad, cuidado y celo de la asegurada y el de su familia. El lamentable e indeseado siniestro entonces ocurre por caso fortuito”.

39. Se refiere a continuación al certificado de causa de muerte entregado por el doctor A.F., quien la atendió con ocasión de la crisis bronquial que le ocasionó la muerte, en el que a la pregunta “¿Conocía el difunto la enfermedad que le causó la muerte?” respondió: “No”. Manifiesta que ante este desconocimiento por parte de la asegurada no corresponde afirmar que en su declaración personal de salud ella omitió mencionar el asma bronquial, enfermedad que no tenía.

40. Señala asimismo que ante una pregunta (Nº 2) el mismo médico respondió que la señora C.A. era asintomática. Agrega que la mención sobre asma en su adolescencia no fue hecha por ella, sino por su cónyuge cuando ella se encontraba en estado grave, falleciendo al día siguiente por un paro cardiorrespiratorio.

41. Cita el Artículo 539 del Código de Comercio, que pone de cargo de la aseguradora el peso de la prueba de sus excepciones, al establecer que “el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito, pero el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias, según la convención o la Ley”.

42. Por lo expuesto, pide acoger la demanda de cumplimiento del contrato de seguro de desgravamen contenido en la póliza Nº 6, correspondiente a crédito hipotecario, cuyo saldo pendiente a la fecha del fallecimiento asciende a la suma de UF 4.850, ratificando su solicitud de condena en costas a la demandada.

43. En el tercer otrosí de la presentación de fs. 66, la parte del señor XX1 procede a contestar la demanda de nulidad de los contratos de seguro, reiterando que si bien se ha desistido de la demanda de prescripción de la acción de nulidad en lo concerniente al seguro de desgravamen de un crédito de consumo, la interpuesta respecto del crédito hipotecario debe ser declarada extinguida por prescripción extintiva, según las normas del inciso 1º del Artículo 822 del Código de Comercio e incisos 2º y 3º del Artículo 1.691 del Código Civil. Al efecto reproduce argumentos de derecho entregados en el principal del mismo escrito y que han sido expuestos en los considerandos 28 y siguientes de esta sentencia.

44. Sostiene que la demanda reconvenzional de nulidad carece de los fundamentos que invoca, como es el caso del error (y también la reticencia y la falsa declaración), por cuanto la asegurada nunca padeció en su vida de asma bronquial, ni recibió diagnóstico médico de tal patología, lo que tampoco implica la certificación médica de la compañía aseguradora como causa determinante y directa de su deceso.

45. Reitera que los antecedentes médicos de la señora C.A. tienen especial relación con su patología de obesidad mórbida y sus consecuencias, como es la disnea, con su consiguiente dificultad respiratoria, circunstancia que fue ratificada por los exámenes médicos broncopulmonares que se le practicaron con ocasión de la instalación de un by pass gástrico en el año 2004. A este respecto expresa que en esa oportunidad en la clínica TR1 se le practicó el examen respiratorio denominado espirometría, suscrito por el Doctor D.P., en el que se concluyó: “Espirometría dentro de límites normales, se observa modificación con 400 ug de SL”. Señala que “la espirometría es un examen médico cuyo objeto es el estudio del estado de la salud respiratoria de una persona, en el cual en el caso de la asegurada... indica que su salud era normal y no afectada por el asma bronquial; por lo contrario, de haber asma bronquial, necesariamente (abra) concluido que no estaba dentro de los límites normales que concluye”. Añade que la “modificación con 400 ug de SL” contenida en la

certificación del examen “se explica porque dicho fármack es usado habitualmente como parte integrante del procedimiento médico propio del examen \$e EspiroMeTría y no indica tipo de enfermedad alguno”.

06. Expr%sa la pa2te del señor XX1 que la certificación médica sobre causa de m5erte prueba la cauSa del fallecimiento de la paciente, “ej formulario ZZ, in&ormado a ésta por médi#o que la 3Uscribe: Doctor A.F.”. Señala a continuación que, en la certificaCió. médica de causa de muerte, el \$octor A.F. Responde a la pregunta N° 1: “Antecedentes del fallecimiento: 1.- Indicar la enfermedad o afección determinante directa de la muerte ¶indicar¶duración aproximada entre la iniciación y la muerte): Crisis bronquial obstructi6a grave 2 daria a -edibaclón (sic). Paro Cardiorrespiratorio, 24 horas”. Concluye a este respec4o que la causa de muerte certificada médicamente el \$ía del faLlecimiento fue una crisis bronq5ial obstructiva derivada de medicaciÓN, la cual produ*o un paro cardiorrespira4orio que duró 24 horas desde el inicio de la afección, y que no se indica que la causa fuese asma bron1uial.

47. Asevera después que el certificado de defunción emitido por El Registro Civil prueba el hecho de la muerte, p%ro no Su causa; que ésta fue¶probada por “el certifi)cadk médico de¶causa de muerte ZZ”, que suscribió el doctor ¶.F., quD fue quien asistió a la 3eñora C.A. el día de su fallecimiento, y que da como causa determinante directa una crisis búonquial obStructiva, que indujo un paro clrdiorrespiratorio; y 1ue esta grave obstrucción bronquial se desencadenó por la ingesta de medicac)ón, según se expresa en la misma certificación¶médica. Que sería un analgésico llamado T¶ y no por la preexistencia de asma bronquial.

48. Agre'a que, conforme al Articul/ 1.698 del Código Civil, el actor de nulidad debe acreditar los vicios del consentimiento que pretende en contrè de la otra parte, no siendo suficiente que acred)te la existencia de la carga legal d% inforiar por parte de, asegurado.

49. En¶base a lo anterior, solacita se rechace la demanda de nulidad `el co.trato de seguro de desgravamen del crédito hiPotecario¶ya singularizado, pidiendo se declare prescrita dicha acaión. En subsidio, se rechace las acci/nes de nulidad deducidas respecto de a-bos contratos, por infundadas o improcedentes, condenándose en costas a la demandante reconvenzional.

50. A fs. 88 rola escrito de dúplica, en que, en lo principal, la demandada expresa que el actor ha reconocido: a) que el contrato de seguro tiene el carácter de máxima buena fe; b) que la obligación del asegurado de entregar una declaración exacta tiene la naturaleza legal de carga y, por tanto, no concede acción para exigir el cumplimiento íntegro de esa obligación; que existe un vacío legal en el Artículo 822 del Código de Comercio, por cuanto no establece fecha o época desde la cual se cuenta el plazo de prescripción; d) que el inciso 2° del Artículo 2.514 del Código Civil es el principio general de cómputo de prescripción; e) que el inciso 2° del Artículo 1.691 del Código Civil es norma especial, de excepción, aplicable a casos excepcionales.

Agrega que la doctrina considera que la obligación del asegurado de declarar exactamente las circunstancias que permitan apreciar los riesgos asegurados reviste el carácter de carga legal, lo que implica que la aseguradora carece de acción para exigir su cumplimiento íntegro, por lo que no corresponde contabilizar el plazo de prescripción desde la fecha de celebración del contrato, toda vez que no tiene posibilidad de conocer el estado de salud de la persona. Lo contrario supone que las compañías debieran, sin información, demandar de nulidad de contrato a todos los asegurados

con el fin de no perder su derecho, ello antes de vencer el plazo de cuatro años desde la fecha en que ocurre el siniestro, lo que es absurdo. Aduce asimismo que no puede ser que empiece a correr el plazo para que prescriban sus derechos si carece de acción.

51. Respecto del vacío legal que presenta el Artículo 822 del Código de Comercio, considera necesario recurrir a elementos de interpretación formal distintos del Artículo 19 del Código Civil, tales como los elementos histórico, lógico y sistemático. Si bien no hay antecedentes para pronunciarse sobre el primero, expresa que en virtud del elemento lógico se pesquisa el significado recurriendo a su intención manifestada (Artículo 19 inciso 2º) o en el contexto general de cada una de sus partes (Artículo 22 inciso 2º), lo que permite desentrañar la finalidad de la ley, de la norma, pues lo que éstas hacen es proteger intereses relevantes, los que obviamente deben propender al desarrollo de la buena fe, en tanto que la interpretación de la contraria es un camino a la destrucción de la buena fe. Así, con un sentido de coherencia, si la naturaleza jurídica de la obligación de declaración exacta es una carga que no da acción a la compañía para demandar el cumplimiento íntegro, por lógica ello conduce a entender que la exigibilidad de la petición de nulidad nace desde la fecha en que la aseguradora tomó conocimiento de la falsedad, error o reticencia.

52. Sobre el elemento sistemático manifiesta el duplicante que para interpretar las leyes no sólo se deben considerar las normas de la misma ley, sino también otras que versan sobre el mismo asunto. Sin embargo, añade que este elemento aporta poco a este caso, puesto que entre las normas del Código Civil se presenta la contradicción que las partes han tratado de salvar, por lo que para superar la contradicción se deben privilegiar los resultados que arroja el elemento lógico ya expuesto, el que conduce al inciso 2º del Artículo 2.514 del Código Civil y no al 1.691 de dicho cuerpo legal. Agrega a lo anterior que el derecho de seguros ha solucionado sus muchos vacíos legales recurriendo al principio informante del ordenamiento jurídico que es la buena fe, en este caso la máxima buena fe.

53. Aduce luego que, en estricto rigor formal, el actor carece de acción para entablar la demanda de autos, puesto que las respectivas pólizas fueron suscritas entre el banco BO y ZZ, y no la sucesión de la asegurada. Así, ésta debiera demandar a dicho banco para que éste exija a la aseguradora el cumplimiento forzado del contrato, como igualmente ocurriría con cualquier persona amparada por un seguro colectivo. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que los herederos son beneficiarios de hecho y titulares de esa acción, precisamente por el principio de la máxima buena fe.

54. En primer otrosí, la empresa aseguradora acepta el desistimiento de la acción de prescripción en contra de la acción de nulidad del contrato de seguro de desgravamen del crédito de consumo.

55. En el Segundo otrosí, la compañía ZZ duplica en la demanda de cumplimiento forzado del contrato de seguro, expresando que:

- a) será asunto de prueba si la causante padecía asma bronquial, alegando que dispone de antecedentes médicos que lo acreditan;
- b) la demanda reconoce la existencia de una disnea leve, lo que deberá acreditar y constituye una confesión espontánea de la existencia de una dificultad respiratoria.
- c) se ha confesado espontáneamente que don XX1 reconoció al doctor A.F. la existencia de asma en la adolescencia, lo que se atribuyó a una opinión improvisada, que sorprende en un químico farmacéutico.

d) lo anterior sea en claro que la causante nunca se trató médicamente el asma bronquial que padecía, por lo que agravó los riesgos, infringiendo así la norma legal establecida en el Artículo 556 N° 3 del Código de Comercio.

56. En tercerosí la aseguradora evacúa el trámite de réplica de la demanda reconvenzional de nulidad respecto de ambos seguros, reiterando lo antes expresado sobre la excepción de prescripción, que da por reproducido. En cuanto a la ausencia de los hechos pretendidos como constitutivos de vicios del consentimiento del contrato de seguro, consistentes en error y reticencia, argumenta que ello no ha sido alegado en forma subsidiaria a la prescripción. Las acciones, excepciones, alegaciones o defensas deben ser alegadas todas, pero planteadas lógicamente sobre la base del principio de la no contradicción, puesto que las decisiones contenidas en la sentencia requieren no contar con contradicciones lógicas. Ello obliga a que, cuando las anteriores son contradictorias entre sí, deban expresarse en forma subsidiaria una de otras. Señala que en este caso la defensa que se alega es contradictoria con la excepción de prescripción, pues ésta reconoce la existencia del hecho y la defensa esgrimida no lo hace, siendo así incompatibles, lo que lleva a que la defensa esgrimida respecto de la ausencia de los elementos fácticos deba ser desatendida por no haber sido interpuesta en forma subsidiaria.

57. Agrega que la señora C.A. padecía de asma bronquial, que es una enfermedad crónica, lo que será probado. Señala que coincide con la contraria en el sentido que el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito, pero que la discusión es sobre si existía o no el asma bronquial al momento de contratar el seguro.

58. A fs. 96 el Tribunal tuvo por evacuado el trámite de duplica de lo principal y segundo otrosí, tuvo presente el desistimiento y confirió traslado para duplicar.

59. A fs. 97 rola la duplica de la parte del señor XX1 respecto de la acción de nulidad de los contratos, en que reitera su petición de rechazo, tanto por encontrarse legalmente prescrita como por carecer de fundamento fáctico o real. Al efecto expresa que el argumento de que el inicio del plazo de prescripción sería cuando la aseguradora toma conocimiento de los vicios del consentimiento de error, dolo o reticencia carece de fundamento legal, que aunque el Código de Comercio ofrece un vacío legal en su Artículo 822, cuando ha establecido un plazo especial de prescripción consigna específicamente su cómputo. Que en relación al Código Civil, de derecho común y supletorio, la compañía olvida el criterio de especialidad de aplicación de las normas de una misma ley, según lo dispone el Artículo 13 del Código Civil y el régimen legal de la prescripción, de corto tiempo y de carácter especial, que se reglamenta para las acciones de nulidad en el título respectivo, en términos del Artículo 2.524 del Código Civil. Transcribe el Referido Artículo 13 en cuanto a que las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecen sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición, y que el Artículo 1.961 (sic) inciso 2° del Código Civil es la norma especial que regula la prescripción de la acción de nulidad relativa en caso de error o de dolo o reticencia (dolo negativo). Según dicha norma legal especial, el plazo de prescripción se inicia desde el día de la celebración del acto o contrato.

60. Continúa el duplicante aseverando que, siguiendo la doctrina sistematizada de René Abeliuk y que estamos ante una prescripción extintiva de corto tiempo de carácter especial, es aplicable, según el citado Artículo 13 del Código Civil, el Artículo 1.691 inciso 2° del mismo código en relación a la disposición general del inciso 2° del Artículo 2.524. Agrega que el Código Civil debe aplicarse en

forma subsidiaria al Código de Comercio ante un vacío legal como el que presenta el Artículo 822 de este último sobre el cómputo del plazo de prescripción. Basándose en los autores Abeliuk, Alessandri y Somarriva, expresa que el mensaje del Código de Comercio se refiere a la aplicación supletoria del Código Civil en obligaciones y contratos, cita al primero en cuanto a que las prescripciones de corto tiempo hacen excepción a la regla general del Artículo 2.515 de la prescripción extintiva ordinaria con un plazo de cinco años, con un término inferior a éste, que es la regla general. En esa línea argumental concluye que es aplicable el Artículo 1.691 en prescripción propia de las acciones de nulidad y rescisión de contratos, que en este caso contempla un cuadrienio que, para error, dolo o reticencia se inicia el día de la celebración del acto o contrato y no cuando se toma conocimiento del vicio de nulidad, recordando que la *ratio legis* de la institución de la prescripción reside en la necesidad social y jurídica de certeza y seguridad jurídica. Agrega que, para Alessandri y Somarriva en materias comerciales, si la costumbre no es aplicable se aplica el Artículo 2º del Código del ramo, que establece que en los casos que no estén especialmente resueltos en dicho cuerpo legal se aplican las disposiciones del Código Civil.

61. Cita el Artículo 96 del Código de Comercio: “Las prescripciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que establece este Código”, disposición que relaciona con los Artículos 1.437 y siguientes del Código Civil, que distingue entre obligaciones por un lado y contratos en general por otro, en tanto que la norma del Artículo 922 (sic) del Código de Comercio se refiere únicamente a las obligaciones. Se refiere luego a una sentencia de la Excm. Corte Suprema que, entre otros aspectos, establece que “el Código Civil es la legislación común, que está llamada a ser considerada de no existir legislación especial que rija la materia o, existiendo, no regula un aspecto concreto, por lo que corresponde tenerlo presente de modo subsidiario...”.

62. En lo referente a no haber planteado la subsidiariedad de los fundamentos de la contestación de la demanda reconventional responde que sí lo hizo, citando párrafos de dicha presentación.

63. En cuanto al *onus probandi*, asevera que esa parte nada tiene que probar, puesto que ha negado categóricamente la existencia de asma bronquial en la señora C.A. cuando efectuó su declaración de salud y que, con ocasión de la cirugía de by pass, el doctor A.F. informó que la paciente no conocía tal dolencia y que la causa determinante de su deceso no fue asma bronquial sino “obstrucción bronquial grave secundaria a medicación, paro cardiorrespiratorio” y que la crisis mortal duró 24 horas, en circunstancias anteriores de asintomaticidad. Finaliza aduciendo que es contrario al Derecho presumir la mala fe, sea en la causante como en su cónyuge y que ningún título profesional sirve para dar certeza ante esta muerte, súbita, secundaria a la ingesta de un medicamento.

64. Mediante resolución de 29 de octubre de 2010, que rola a fs. 110, el Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación conforme lo previsto en el punto 4., letra c) de las Normas de Procedimiento, la que se llevó a cabo el 12 de noviembre, sin que se produjese acuerdo. Posteriormente, al cabo de conversaciones separadas con los apoderados de ambas partes, se efectuó una segunda audiencia de conciliación, con fecha 7 de diciembre de 2010, en la que tampoco hubo acuerdo.

65. A fs. 122, con fecha 27 de diciembre de 2010, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes, que no fueron objeto de reposición:

- 1) Si al contratar los seguros relacionados doña C.A. padecía de asma bronquial crónica y, en caso afirmativo, si tenía o debía tener conocimiento de dicha dolencia;
- 2) Si al contratar las pólizas referidas en el punto N° 1, la titular de las mismas incurrió en declaraciones falsas o erróneas o en reticencias acerca de circunstancias que, de haber sido conocidas por el asegurador, lo hubiesen podido retraer de la celebración de los contratos o producido una modificación sustancial en sus respectivas condiciones.
- 3) Si respecto de la póliza de desgravamen contratada por la señora C.A. en relación con un crédito hipotecario concurren las condiciones y circunstancias propias de la prescripción extintiva de acciones.

66. La demandante presentó la siguiente lista de testigos: señor P.F., señor R.T., señora S.X., señora V.X., señora V.P., señor G.L., señora S.T. y señor C.P.

67. Por su parte la demandada presentó la siguiente lista: señor A.R., señor P.F., señor N.J., señora F.B., señor B.G. y señora G.M.

68. A fs. 126 la demandante presentó, con citación o bajo el apercibimiento del Artículo 346 N° 3 del CPC según correspondiere, los siguientes documentos:

- 1) certificado médico "ZZ" de causa de la muerte de la señora C.A., suscrito por el doctor A.F.;
- 2) certificado de defunción de la señora C.A., emitido por el Servicio de Registro Civil;
- 3) declaración personal de salud suscrita por la señora C.A. para optar a los seguros materia de la causa;
- 4) examen médico de espirometría, suscrito por el doctor D.P., de 20 de junio de 2003;
- 5) examen anual de Procedimiento en Espirometría, de la sociedad TR5 (año 2002);
- 6) certificado médico suscrito por el doctor P.F., fechado en febrero de 2009, sobre la cirugía de bypass gástrico de la señora C.A.;
- 7) certificado médico emitido por la doctora E.L., de junio de 2009, sobre las condiciones broncopulmonares de la señora C.A.;
- 8) carta de ZZ, de 9 de febrero de 2009, dirigida a don P&E., del TR, que comunica el motivo del rechazo de la indemnización correspondiente al seguro de desgravamen por el crédito hipotecario;
- 9) certificado del Hospital TR3, denominado Epicrisis, referido a la cirugía de Bypass practicada a la señora C.A. en enero de 2004; y
- 10) relación circunstanciada de los hechos coetáneos al fallecimiento de la señora C.A., suscrita por su cónyuge don XX1.

En la misma presentación la demandante solicita cita a audiencia de designación de perito médico con especialidad broncopulmonar para que informe, al tenor de los antecedentes acompañados al juicio, sobre la existencia o ausencia de asma bronquial en doña C.A., pidiendo que a falta de acuerdo lo decida el Tribunal, el que quedó de resolver.

69* A fs. 132, la demandada objeta los siguientes documentos referidos en el considerando anterior: el signado con el N° 3 por falta de integridad de la declaración personal de salud, por faltar partes de la misma; el N° 6, emitido por el doctor P.F., por emanar de un tercero que no lo ha reconocido en juicio; el N° 7, suscrito por la doctora E.L., por no haber sido reconocido en juicio por su autora y haber sido emitido con posterioridad al deceso de la señora C.A.; certificado Epicrisis de TR2, por ser

sólo una parte de una ficha Clínica que no ha sido acompañada en autos; d/cumento N° 10, por Ser una confesión extrajudicial del demandante que no puede consthuirse en prueba en su favor. El Tribunal los tuvO por objetados.

70. A fs. 1s6 el actor reitera petición de pericia médica y precisa solibitud de ofici/ al banco BO y Superintendencia de Va./res y Seguros requiriendo la remisión o exhibición de las pólizas relacionadas. Solicita en sendos otrosíes que TR y la demandada exhiban ante el Tribunal la referida póliza N° 6.

71. En el cuarto otrosí del mismo escrito pide rechazar la objeción formulada a la declaración personal de salud que la señora C.A. entregara a la demandada con fecha 17 de mayo de 2006, señalando que no adolece de falta de integridad y que fue aprobada por la aseguradora el 19 del mismo mes, según consta en timbre estampado en el documento, no habiendo otras declaraciones o documentos adicionales.

72. A fs. 141 el Tribunal dio lugar y fijó fecha para audiencia de designación de perito médico, dispuso los oficios solicitados y fijó fecha para exhibición de la póliza referida, dejando la resolución de las objeciones documentales para la sentencia definitiva.

73. A fs. 145 la demandada acompaña con citación los siguientes documentos:

- 1) declaración personal de salud de la señora C.A. de 5 de mayo de 2006;
- 2) ficha médica de la clínica TR2 de la señora C.A. con Epicrisis de enero de 2004; hoja universal, con antecedente de asma leve y uso del medicamento SL; e ingreso médico, con anamnesis que indica antecedentes de asma bronquial;
- 3) ficha clínica de cirugía del Hospital de TR3, de enero de 2004;
- 4) carta de ZZ a TR, de 9 de febrero de 2009, en que se comunica el rechazo de la indemnización por la póliza N° 22;
- 5) carta de igual fecha entre las mismas empresas, en que consta rechazo de la indemnización por la póliza N° 6; y
- 6) declaración personal de salud, de 10 de noviembre de 2006, de la señora C.A., relativa a crédito de consumo por \$ 5.810.547.

Se dispuso que todos los documentos acompañados por las partes se archivasen separadamente.

74. A fs. 148 rola el acta de la audiencia testimonial de 9 de marzo de 2011. Ante el Tribunal y los apoderados de las partes declara don G.L., presentado por la demandante. No se formularon tachas y declaró al punto 1: que conoció a doña C.A. en un grupo de padres de alumnos del mismo curso y colegio, que nunca observó en ella ningún problema respiratorio, que su vida era normal y se veía saludable. Que la primera vez que escuchó de un problema respiratorio a su respecto fue el día en que murió, que su marido XX1 sabe mucho por su profesión de químico farmacéutico y siempre tenía un buen consejo para los chicos enfermos; él nunca mencionó algún problema de ese tipo. Repreguntado, señala que a su entender ella no padecía asma bronquial crónica, que ella, como ingeniero comercial, trabajaba en la administración de TR6, que tenía algún grado de obesidad y que sabe que se le colocó un by pass antes que la conociera.

Contrainterrogado, responde que es ingeniero civil industrial y que, no siendo médico, conoce algunos síntomas del asma porque su hijo menor padeció de obstrucción respiratoria, que los médicos pensaron que podía tratarse de asma.

75. A fs. 151, con la misma fecha, rola la declaración de la testigo de la demandante doña S.T., cónyuge del anterior, quien no fue tachada. Declara al punto 1 que no tuvo conocimiento que la señora C.A. tuviese asma bronquial crónica o similar. Repreguntada, agregó que se veían semanalmente y que ella jamás mencionó que tuviese esa patología o que tuviese que atenderse por un médico bronquial, que se veía siempre saludable y no recuerda haberla visto enferma. Que sabe de los síntomas de asma bronquial porque su hijo tuvo esa enfermedad hasta los seis años y que se mantiene informada al respecto por si le ocurre algo a su hijo. Contrainterrogada expresa que su hijo tiene ocho años y que esa es una enfermedad que vuelve.

76. En esa misma fecha, a fs. 153, rola la declaración del testigo de la demandante don A.T. que no fue tachado y fue presentado al punto 1. Expuso ser médico cirujano, especialista en obstetricia y ginecología, que nunca en su historia clínica la paciente refirió tener asma bronquial y que durante los controles ginecológicos durante su embarazo no presentó ningún cuadro respiratorio alto de ninguna índole, ni bacteriano ni asmático, que falleció cuando su bebé tenía ocho meses y la atendió durante Los años 2007 y 2008. RePreguntado declara que ,a paciente, al no tener antecedentes de hiperreactividad bronq5ial ni de alergia Estacional, no precisó de exámenes es0ecífic/s en el campo de su especialidad y que nunca 2egistró un cuaDro clínico Agudo. Ella tenic antecede.tes de un` cirugía bariátrica (by pass gástrico) en que rutinariamente se debe exaoinar median4e una espirometrâa, la que no demostró patología bronquia, obstructiva; que conoció ese examen, que era normal. ÉSte consiste en sopla2 en un tubo estaNdariz!dO toda ,a capacidad pulmonar de exhalación, el que Está conectado a una máquin! qud realiza un gráfico que determ)na el volumen total y el tiempo e. que este volumen de aire demora en ser exhalado. Durante el exAmen se adminm!tran al paciEnte diversos fármacos, y qu% es considerado un examen predictivo de alto impacto. Reconoce el documento N° 4 de fs. 126 como la espirOmetría practicada ! la paCiente, la que demues4ra que es normal; que según el mi3mo c/nsta que a la fecha en que fue realizado no padecía de asma bronqu)al crónica, lo que Puede ratificar po2que en el período en que la atendió no fue nebesario pedir tales exámenes o intercon3u,tas a un espe#ialispa broncopulmonar, ya que no tenía cuadrms respiratorios. AgrEga que el examen que se le exhibe esta"e d%ntro de los límites norma,es, obsdrvjndose un! modificación con 400 ug de SL, y que en él se habría deteatado un asma bronquial Crónica, que ula cngndición de anorMalidad habría arrojado una respuesta diferente al SL y que los pacientes de asma bronquial usan fárMacos en forma crónica y deben entregar este an4ecedente al practicaRSe e3te examen para evitar efectos contraproduCentes. Señala que la condición de enfermeda\$ crónica significa que tiene larga data o que a pesar de los tratamientos se mantendrá esa condición de enfermedad. Que un 0aciente puede confundir una dificultad respiratoria con asma brOnQuial y que generalmente, en casos de sobrepeso\$ atribuye. mome.tos de tos y secreción alta reSpiratoria a un asma, siendo realmente el or)gen un reflujo gastroesofágico nocturno que irrita la laringa; 15e la señora C.A. nunca manifestó tEner algUn tipo de cuadr/ respirat/rio o similar. Contrainterrogado mani&iesta que los exámenes médicos indican cómo está el paciente a la f%cha del mismo y que exámenes de espirometría podrían variar, pero no Así l` cronicidad. Agrega que aunQUe una enfermedad crónica puDiera tener períodos en que no se manifieste, para eso se han diseñado exámenes como dalespirometría, para ddetectarlos sometiéndose ll paciente a diferentes &ármacos, momentos o perjuicios según el caso para ha#erl/s evidentes, como sucede con el test de esfuerzo. Que en uNa anamnesis para ciRugía bariátrica,

entendida como historia clínica conversada con el paciente. Se debiera señalar el antecedente de asma. Sobre los medicamentos que se deben suministrar en caso de cirugía bariátrica sí está el antecedente de asma, expresando que los fármacos se utilizan sólo cuando hay un diagnóstico y una indicación médica de usarlos, por lo que la paciente debería haberlo estado tomando antes de su cirugía para tener su cuadro bronquial compensado; durante la cirugía depende de la tolerancia y la respuesta individual de cada paciente, determinación que hace el anestesiólogo en la visita preanestésica, quedando consignado en ella. Anteriormente pregunta asevera que la sigla SBT puede depender de cada centro, pero prefiere corresponder al uso de SL sólo si el paciente lo requiriera. Preguntado por el Tribunal, responde que una condición de obesidad unida a un embarazo no incide en una patología bronquial obstructiva, que esa situación crea patologías restrictivas y no obstructivas de los bronquios; que lo más probable es que una patología restrictiva bronquial no hubiese influido en la crisis bronquial señalada como causa del fallecimiento de la paciente, porque su vientre es mucho más pequeño después que se da a luz, lo que implica un descenso del diafragma con mayor capacidad respiratoria.

77. A fs. 159 rola el acta de la audiencia de 10 de marzo de 2011 para designar perito médico, conforme lo solicitado por la demandante, con lo que la demandada manifiesta coincidir. No se llega a acuerdo en el nombre de un especialista, por lo que el Tribunal queda en designarlo para que informe al tenor de lo solicitado a fs. 136 y del punto 1 del auto de prueba.

78. A continuación, en la misma audiencia, el Árbitro da cuenta de haber recibido, vía correo electrónico, de don P.E., de TR, las condiciones particulares y generales de la póliza de seguro colectivo de desgravamen N° 6. Luego el apoderado de la demandada exhibe y hace entrega de copia de endoso de modificación de la póliza de seguro colectivo de desgravamen N° 6. Ambos documentos son examinados por el apoderado de la demandante e incorporados al juicio en cuaderno separado.

79. A fs. 160, rola audiencia testimonial de 11 de marzo de 2011, en que depone el testigo de la actora don P.F., que no es tachado y declara, sobre el punto 1 de prueba, que en su calidad de médico cirujano atendió a la señora C.A. en relación a la cirugía para bajar de peso en enero de 2004, sin hacerlo después de esa época. Agrega que descarta el diagnóstico de asma porque sus exámenes preoperatorios fueron normales, en particular la espirometría. Durante la anestesia los pacientes asmáticos tienen tendencia a presentar crisis obstructivas inducidas por algunas drogas anestésicas y en el protocolo respectivo no se consignó ninguna alteración bronquial. Señala que el asma bronquial es una patología crónica, ya que corresponde a una característica de respuesta del árbol bronquial de la persona con broncoconstricción frente a algunos estímulos, lo que sólo es modificable con tratamientos y mientras éste se mantenga.

80. Repreguntado, asevera que la espirometría es un examen que mide los volúmenes de aire capaz de movilizar el pulmón y velocidad (flujo) de este aire en su paso por los bronquios y que permite detectar la presencia del asma bronquial en el paciente; que conoció ese examen practicado a la señora C.A. y suscrito por el doctor D.P. en junio de 2003, la que estaba dentro de límites normales y, si hubiese habido alteración habría concluido otro diagnóstico; que el SL es parte del procedimiento en ese examen. Sobre la anamnesis dice que es una narración que hace el paciente de sus molestias, que es transcrita y estructurada por el médico, pero no constituye un diagnóstico médico. En tal sentido considera que la señora C.A. incurrió en confusión, y más bien en error, al referirse a síntomas de dificultades respiratorias.

81. Contrainterrogado, expresa que fue uno de los cirujanos que participó en la operación de by pass y en su evolución postoperatoria; que los exámenes preoperatorios para este tipo de operaciones son hemograma, perfil bioquímico y lipídico, hormonas tiroideas, test de esfuerzo, endoscopía digestiva alta, ecografía abdominal, test de Homa (metabolismo del azúcar), radiografía de tórax, dentro de lo habitual. Se agregan otros exámenes según los síntomas que pueda mencionar el paciente. El equipo médico toma conocimiento de las enfermedades o síntomas que afectan al paciente preguntándole a éste y evaluando los exámenes de laboratorio practicados para descartar patologías relevantes. En cuanto a indicaciones en la ficha clínica, precisa que ello corresponde a una prescripción, lo que requiere un diagnóstico previo; no basta que el paciente lo mencione para efectuar una indicación. Sobre el SL señala que es una droga que produce broncodilatación, por lo que se usa en el tratamiento de las condiciones que determinan broncoconstricción, asma bronquial, daño bronquial por tabaco dentro de lo más importante. Reconoce como ficha clínica de la operación la que se acompañó a fs. 145 y se le exhibe, en la que se menciona como antecedente asma leve, cesárea y obesidad mórbida. No se dieron indicaciones de tratamiento de asma al alta en la epicrisis. En cuanto al antecedente de ingreso de la página 4 del documento, que refiere un diagnóstico de asma bronquial, afirma que se trata de un error porque el examen y la evolución intrahospitalaria no apoyan tal diagnóstico. Añade que no es posible que la Espirometría sostenga un resultado de rango normal y a pesar de ello la persona tenga o sufra una enfermedad. El diagnóstico de asma lo realiza un médico tratante, que une todos los elementos del diagnóstico { que la espirometría es uno de esos elementos, sin duda el más importante.

82. A fs. 164 rola declaración de la misma fecha del testigo de la demandada don B.G., quien no es tachado y declaró al punto 1. Señala que es médico asesor de varias compañías de Seguro, que no es médico clínico y se dedica a la medicina del seguro, viendo a pacientes, que en esa calidad revisó los antecedentes de la señora C.A. Expresa que en la declaración personal de salud de esta Asegurada se informó a la compañía de la operación de by pass y no de otra enfermedad relevante como el asma, de lo que se enteró cuando llegaron nuevos antecedentes relacionados con el siniestro, como fue la historia clínica y la anamnesis, en que figuraba que padecía asma bronquial. Repreguntado, manifiesta que con ocasión de su cirugía ella declaró que padecía asma y se realizó la espirometría, que es un examen de control que se hace a los asmáticos. Este examen concluyó que estaba dentro del rango normal y que luego de aplicarle SL mejoraba notablemente el espasmo bronquial. Precisa que la normalidad en medicina es muy especial porque tiene siempre rango, hay parámetros porque va de esto a aquello y cuando se sobrepasa viene la anomalía; por otro lado cuando se aplicó el broncodilatador SL mejoró la ventilación, lo que no se produce en una persona sin asma. La espirometría es equivalente al Holter de presión arterial en un hipertenso, el hecho de la normalidad del examen no es indicativo de sanidad y los portadores de enfermedades crónicas lo son de por vida. La paciente respondió al anestesista que padecía de asma bronquial, y que este profesional debe hacer firmar al paciente un consentimiento informado para que sepa los riesgos que acarrea un acto anestésico.

83. Contrainterrogado, afirma que no recuerda la fecha, laboratorio, clínica o médico que elaboró el examen de espirometría, pero sí que el asma era preexistente a la vigencia de la póliza.

84. Al punto 2 indica que el asma bronquial es una enfermedad relevante, que conforme a la medicina del seguro no permitió a la compañía conocer el real estado de salud de la contratante, siendo ésta la enfermedad que causó su muerte. Agrega que “si hubiéramos sabido el real estado de salud la tasa de sobremortalidad habría sido diferente, pudiendo llegar al resultado incluso”.

85. Repreguntado señala que para el seguro/ el asegurado nunca tiene tasa 0, va desde +25 a rechazo, y además “existía el antecedente de una obesidad tratada con by pass porque ésta se produce dificultad respiratoria (sic) y sabemos que existe un 30% de rebote en esta cirugía y como la medicina del Seguro tiene que evaluar el riesgo en vida por todo el crédito debemos ser rigurosos en la suscripción del riesgo, que es sumatorio de asma - obesidad x por eso se asignó una tasa de +75 por la obesidad operada y no tasa normal porque el riesgo puede persistir en el tiempo”. Agradece que “existe una tasa base que obra la compañía, ya que todos los seres humanos vamos a morir y la sobremortalidad genera un recargo de esta tasa. Yo pertenezco dentro de la compañía al departamento médico técnico en que existen otro tipo de personas que se preocupan de este tema y es la subgerencia de operaciones del ZZ”.

86. Contrainterrogado, expresa que no recuerda otros antecedentes y los dos Expuestos solo a su juicio suficientes para demostrar que había obstrucción bronquial. La espirometría no fue solicitada por la compañía, pues no está en los requisitos de asegurabilidad, venía entre los antecedentes entregados al departamento médico. Precisa que “la medicina del seguro no solicita antecedentes clínicos complementarios, usa la medicina clínica para evaluar el riesgo. La medicina del seguro no examina a los pacientes”. En la compañía los antecedentes entregados por el asegurado son evaluados en una reunión periódica con todo el estamento que forma del departamento médico técnico. Reconoce el examen de espirometría acompañado en escrito de fs. 126 N° 4.

87. En la misma fecha, a fs. 169, la demandante objetó, en lo principal, los documentos acompañados por la demandada en escrito de 8 de marzo por tratarse de instrumentos privados emanados de terceros extraños al juicio, y que no han sido reconocidos en él. Se trata del documento “Cuestionario sobre procedimientos pulmones (sic) presentado bajo el numeral 1”; “los documentos signados bajo numeral 3: ficha médica de clínica TR2, en orden a: a) hoja universal, b) ingreso médico y c) hoja universal”. Asimismo “el documento signado con el numeral 4 “Ficha clínica del servicio de cirugía, anestesia de TR2”.

88. En primer otrosí pide rechazar la objeción de falta de integridad de la “Declaración Personal de Salud para optar a los seguros de desgravamen ZZ”, señalando que con esta fecha la demandada ha entregado otra que “sin lugar a dudas, viene a consistir en aquella parte que echa de menos la objetante”, y que el documento objetado complementa y entera la declaración personal de salud de la asegurada, careciendo la objeción de sustento. En segundo otrosí formula reserva de la facultad de demostrar cómo se obtiene la información sobre el estado de salud.

89. En la misma fecha, a fs. 172, la demandada solicita exhibición de los siguientes documentos en poder de terceros: a) ficha clínica de la señora C.A. de la clínica TR1 y b) ficha anestésica, ASA, rellena por la doctora B.B., confeccionada en virtud de su operación de by pass gástrico de 9 de enero de 2004 de la señora C.A., de la clínica TR2.

90. En esa fecha, 11 de marzo de 2011, se proveyó escrito de fs. 169: A lo principal, por objetados los documentos; al primer otrosí, se resolverá en definitiva; al segundo téngase presente. El escrito de fs. 172 se proveyó como se pide, en fecha que se fijará en su oportunidad.

91. En lo principal de fs. 173 la demandada alega entorpecimiento por no haber concurrido a declarar los testigos citados judicialmente señores A.R., N.J. y F.B., por lo que pide se conceda un término especial de prueba para rendir dicha testimonial, solicitando al juez ordinario que practique

la diligencia. En otrosí solicita exhortar al Tribunal de turno en lo civil para que tome la declaración de dichas personas.

92. A fs. 175, rola resolución de 23 de marzo de 2011, en la que el Tribunal designa para evacuar el informe médico ya dispuesto al doctor P.R. (PE), médico cirujano en enfermedades respiratorias, que se desempeña como profesor titular de medicina en TR4 y es académico en el Departamento de Enfermedades Respiratorias de la Facultad de Medicina de TR4, disponiendo se le tome juramento si no hubiere objeciones dentro de tercero día. Proveyendo a fs., 172 se resuelve como se pide, disponiendo la exhibición solicitada y oficiar a los establecimientos clínicos señalados. Al escrito de fs. 173 provee conceder un término especial de prueba de 23 días hábiles para recibir las declaraciones de los tres testigos mencionados y se accede a lo solicitado en otrosí, ordenando exhortar al juzgado civil de turno.

93. A fs. 176, rola el acta de aceptación de cargo y juramento del doctor P.R. (PE), de 5 de abril de 2011, quien declara haber sido informado que le corresponderá determinar, a la luz de los antecedentes que obran en el juicio, si la señora C.A. padecía a la fecha de su fallecimiento de asma bronquial crónica y, en caso afirmativo, si esta dolencia pudo o debió ser conocida por ella y si debió o pudo causar su deceso. Juró desempeñar el cargo fielmente y en el menor tiempo posible.

94. A fs. 177 rola carta suscrita por el Director Médico de clínica TR1, en que se responde, al previo oficio del Tribunal, que una ficha clínica de una persona fallecida sólo puede ser entregada previa solicitud de sus herederos y en copia simple.

95. A fs. 180 se incluye respuesta a oficio similar del Contralor Jefe del Hospital TR3, en que envía al Tribunal copia de los antecedentes médicos y protocolo operatorio (8 de enero 2004) correspondiente a la señora C.A.

96. A fs. 192 la demandada solicita se reitere oficio a clínica TR1 para que envíe copia de fichas médicas pedidas en oficio anterior, a lo que el Tribunal accedió, oficiándose.

97. Con fecha 26 de abril de 2011 el doctor P.R. (PE) remitió al Tribunal el informe pericial solicitado, que rola a fs. 196. Al efecto, después de enumerar los antecedentes tenidos a la vista, el facultativo expresa que con los antecedentes disponibles es imposible afirmar o descartar fehacientemente si la paciente padecía de asma bronquial a la fecha de su fallecimiento. De lo expuesto al respecto en su momento por la señora C.A., señala que a su juicio se puede inferir que presentaba disnea (dificultad respiratoria), que puede haber sido secundaria a la hiperreactividad bronquial del asma. Sin embargo precisa que la hiperreactividad bronquial no se presenta exclusivamente en el asma y que la disnea puede deberse a múltiples causas, entre ellas a la obesidad mórbida de la paciente. No se indica en la documentación revisada si ella tenía antecedentes familiares de asma, si los síntomas tenían variación estacional o características y circunstancias de los síntomas, como tampoco si se efectuó otros exámenes, por lo que no es posible establecer fundadamente el diagnóstico de asma. Agrega que si bien el anestesista consigna asma leve, no efectuó una anamnesis exhaustiva para confirmar o descartar el diagnóstico.

Asevera el perito que, examinados los antecedentes disponibles en el proceso, llama la atención que “si la paciente fuera efectivamente asmática en la etapa adulta, no tuviera manifestaciones clínicas de asma: disnea por obstrucción bronquial durante los embarazos, en que aumenta la demanda

ventilatoria, como tampoco durante el acto quirúrgico en que las maniobras asociadas al acto anestésico pueden exacerbar la hiperreactividad bronquial del asma. A mayor abundamiento, en el protocolo operatorio la paciente fue calificada como ASA I, lo cual significa que se considera sana y sin riesgos especiales para el acto anestésico”.

En relación a la declaración en juicio del testigo doctor B.G., asesor de la demandada, en cuanto a que lo expuesto por el anestesista y la espirometría que mostraba la existencia de obstrucción bronquial son suficientes para probar la existencia de asma, expresa que “una espirometría puede confirmar el diagnóstico de asma en un paciente cuya historia clínica es compatible, si el examen en condiciones basales muestra una limitación ventilatoria obstructiva (fundamentada en una relación VE1/CVF bajo el límite inferior de lo normal) y ésta se corrige después de la inhalación de broncodilatador (p.e. SL). Este no es el caso de la paciente”. “La espirometría de la señora C.A., efectuada el 20.06.03 era normal. Una espirometría normal no descarta el diagnóstico de asma, por cuanto el asma es una enfermedad que se caracteriza por episodios de obstrucción bronquial reversible cuya frecuencia y severidad dependen de la gravedad del asma. En un asma leve, la persona suele presentar períodos intercrisis en que está asintomática, sea en forma espontánea o por efecto de tratamiento, e incluso tener exámenes de función pulmonar, como es la espirometría, normales. Por otra parte, el cambio con el aerosol broncodilatador (SL) que experimentó la paciente, tampoco permite confirmar el diagnóstico de asma”.

Más adelante el informante expresa: “La cirugía de by pass gástrico se efectúa en pacientes con obesidad mórbida, los que sólo por este motivo pueden presentar mayor riesgo de complicaciones respiratorias en el preoperatorio. De ahí que la evaluación preoperatoria de estos pacientes debe incluir una espirometría. La solicitud de este examen no significa necesariamente que la paciente sea portadora de asma bronquial u otra enfermedad primariamente respiratoria”.

En cuanto a si, de existir tal dolencia, ella pudo o debió ser conocida por la paciente, manifiesta que pudo haberlo sido “si cuando presEnta”a episodios de dificultad respirato2ia en relación a actividad fis)ca en su a)lolescencia, un médico ,e hubiEra efectuado una anamnesis ex(austiva, ...exámenes de funció. pulmonar para confirmar / descartar el diagnóstico y señalado a ella los fundamentos del diaglóstico dE lSma”, antecedentes qu% no conoce. “Por otrc parte, es dable suponer que dado el tiempo transcurrido con ausencia d% síntomas respiratorios durante su vida adulta, no recuerde d%talles Y asuMa se ha mejorad/. No es inhabitual que parte de los sujetos que presentan asma en la infancia sean asintomáticos en IA vida !dulta por los efectos del crecimi%nto en el diámetro de la vía Aérea; ello explic` qte la prevalencia de asma sea mayor en los niños que e. los adultos”.

Respecto de la causa de muerte indicada en el ceRtificad/ de defunción (“Estado asmático, asma bronquia, severa”), señala el pe2ito: “Los pacientes con asma bro.quial severa se caracterizan por tener sintomar frecuentds, requerir medicAmEntos a permanececia y re&arir múltiples consultas y hospitalizacinnes por crlsis de asma, lo que esta paciente no refería. As5mo que durante la hOspitalizaclón en la clínica TR1 la paciente presentaba signos `e o"strucchón bronquiah difusa, lo que -otivó el diagnóstico consignado En el certific`do De dEfunción. Al respecto debo señalar que existen otras causas de muerte asociadas ! obstrucción bro.quial grave, como por ejemplo un tromboembolismo pulmonar, o el deceso ser causado]por secuelas del paro]cardioprespira4orio que presentó en El domicilio. La única manera de demostrar aon certeza que la cau3a de muerte fue una crisis]de aSma grave es mEdiante una autopsi!, que en eSte caso no se efectuó”.

98. A fs. 201 la demandada alega entorpecimiento en relación a la prueba testimonial frente de su parte y pide ampliar el término especial de prueba para tal efecto, a lo que se dio lugar en resolución de fs. 207.

99. Mediante escrito que rola a fs. 208, en lo principal la Demandada interpone incidente de nulidad procesal, #on s/lijitud de condena en costas, respecto de la actuación de Acdptación y juramento de, perito médico, en mérito a lo dispuesto en el inciso 1º del Artículo 417, Artículos 61 y 62 del Código de Procedimiento Civil. En otrosí, en subsidio de lo anterior,)nterpone incidente de nulidad procesal del mismo informe por no haberse efectuado audiencia de reconocimiento conforme a los Artículos 417 y 419 del Código de Procedimiento Civil. A fs

210 se confirió traslado en relación a lo principal y otrosí.

100. fs. 211 El demandante deduce, en lo principal, recurso de reposición de la resolución de fs. 210 que confirió traslado de los incidentes de nulidad. En otrosí evacúa en subsidio los traslados, planteando que en la aceptación del cargo y juramento del perito no se ha infringido ninguna norma jurídica que regule las diligencias probatorias en un juicio seguido ante Arbitrador, conforme a los fundamentos que expone a continuación. Agrega que para que prospere el incidente falta además un requisito esencial, como es el de trascendencia del supuesto vicio, conforme lo dispuesto en el Artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, así como en doctrina y jurisprudencia, bajo la fórmula no hay nulidad sin perjuicio, por lo que debe tratarse de un perjuicio reparable sólo con la invalidación del acto. Aporta argumentos similares, así como citas doctrinarias pertinentes, en relación al incidente de nulidad interpuesto subsidariamente.

101. Con fecha 17 de mayo de 2011, a fs. 222, el Tribunal dictó una resolución que en sus aspectos principales dice lo siguiente:

La fecha de la resolución que puso el informe en conocimiento de las partes, cuando no confiere traslado, da inicio al término de cinco días hábiles para alegar la nulidad procesal, debiendo, antes de interponer el recurso de reposición, expresarse

considerarse como inhábiles los días sábados. Interpretar las citadas normas de otro modo involucraría entender que en un mismo juicio pudieran coexistir múltiples modalidades de cómputo de plazos, lo que pugna con el buen sentido y la correcta praxis procesal. Por ello no se hace lugar al recurso de reposición deducido en lo principal de fs. 211, sin costas.

Respecto del otro sí de fs. 211 se tuvo por evacuado el traslado.

Agrega textualmente la resolución:

El Árbitro suscrito tiene el carácter de Arbitrador en cuanto al procedimiento. Al efecto el Artículo 636 del Código de Procedimiento Civil dispone: “El arbitrador no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso. Si las partes nada han dicho a este respecto, se observarán las reglas establecidas en los artículos que siguen”. El resto del articulado siguiente no contiene referencias directas a los peritajes. No obstante, el Artículo 639 prescribe: “El arbitrador practicará solo o con asistencia de un ministro de fe, según lo estime conveniente, los actos de substanciación que decrete en el juicio...”.

Así entonces, no se divisa cómo podría el procedimiento general de toma de juramento a los concurrentes del Artículo 62 prevalecer sobre las disposiciones legales especiales contenidas en el mismo cuerpo legal para la sustanciación de un juicio ante un Árbitro Arbitrador en cuanto al procedimiento. Más aún si en las Normas de Procedimiento contenidas en el acta de fs. 21 se acordó -en términos análogos a los del citado Artículo 639- que la firma de la actuario “no será necesaria en las resoluciones de mero trámite, circunstancia que será calificada por el Árbitro”. En el contexto de esta prerrogativa este Juez Árbitro considera que la diligencia de recepción del juramento del perito corresponde a una actuación procesal de mero trámite. En cualquier caso -aún en la desechada hipótesis de aceptar la procedencia de aplicar a esta materia el citado Artículo 62- nada impediría considerar al propio Árbitro como funcionario autorizante conforme a la referida norma de procedimiento.

En cuanto a la imputación hecha al perito de haber “emitido su informe transgrediendo los preceptos legales que regulan la materia, ya que no consta en estos autos que las partes hayamos sido citadas a audiencia de reconocimiento, como lo establecen el Artículo 417 inciso final y 419 del Código de Procedimiento Civil”; a juicio de este Árbitro, el incidentista ha hecho una equivocada lectura del Artículo 417. Hemos visto que su inciso final se refiere al “perito encargado de practicar un reconocimiento”, no a que todo perito deba necesariamente practicarlo. Las disposiciones legales, al igual que las contractuales, obedecen a un criterio, un espíritu, en definitiva a una razón de ser. Es de toda lógica que un perito que por mandato judicial debe emitir su opinión especializada respecto de un bien mueble o inmueble, de la contabilidad de una persona natural o jurídica, etc. o -tratándose de seguros de vida o salud- de la integridad o condición clínica de una persona, efectúe un reconocimiento previo y en tal caso debe antes citar a las partes “para que concurran si quieren”. Pero cuesta entender qué tipo de reconocimiento echa de menos la demandada, toda vez que en el caso que nos ocupa la titular de los seguros falleció y que el informe solicitado al profesor doctor P.R. (PE), eminencia en enfermedades respiratorias, se debía limitar, como efectivamente lo hizo, a “determinar, a la luz de los antecedentes que obran en el juicio, si doña C.A. padecía a la fecha de su fallecimiento de asma bronquial crónica y, en caso afirmativo, si esta dolencia pudo o debió ser conocida por la señora C.A. y si la misma debió o pudo ser causante de su deceso”.

Así entonces, no procedía que el perito (PE) citara a una audiencia de reconocimiento de la persona o cosa sobre la cual se llevaría a cabo el peritaje, porque no había tal. El doctor P.R. (PE) sólo recibió, analizó y evaluó los documentos y fichas médicas que obran en el expediente, además de las piezas procesales que tuvo a la vista, ni más ni menos. No había nada ni nadie sobre lo cual hacer el reconocimiento y en modo alguno la norma legal invocada obliga a una diligencia innecesaria y carente de sentido. El perito revisó y analizó los antecedentes documentales y argumentaciones aportados por las partes en litigio y luego, en el ámbito de su especialidad, entregó la opinión que se le solicitó, por lo que no le era exigible la conducta ni actuación.

Por último, aun cuando la demandada ha aseverado que la omisión de la toma de juramento por la actuario y de la audiencia de reconocimiento le han ocasionado perjuicio, nos resulta imposible distinguirlos, y tampoco la incidentista ha intentado explicarlos, más allá de aducir la falta de observaciones o constancia de hechos y circunstancias, que por tratarse de piezas procesales no habrían excepcionado el poder exhibir lo que profusamente han expuesto ambas partes en el curso del juicio.

El Artículo 83 del Código de Procedimiento Civil establece: “La nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que produzca alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad”. La incidentista no ha indicado en qué norma legal, expresa basa su solicitud de nulidad procesal y, como se ha dicho, tampoco se divisa cómo las supuestas e inexistentes infracciones procesales pudieron causar algún perjuicio. En palabras de la demandante, tal planteamiento no se comprende en el principio de trascendencia de, pretendido vicio y con el aforismo “no hay nulidad sin perjuicio”. Se resuelve: No se hace lugar a las solicitudes de nulidad procesal formuladas en lo principal y, subsidiariamente, en otrosí a fs. 208, con costas.

102. A fs. 227 el Juez Árbitro, en uso de sus facultades, citó a las partes a audiencia de conciliación, la que se llevó a cabo con fecha 9 de junio de 2011. En ella el Árbitro formuló una proposición que las partes quedaron de estudiar para reunirse con posterioridad, lo que no sucedió porque tal propuesta no fue aceptada, según informaron al Tribunal los respectivos apoderados mediante sendos correos electrónicos.

103. A fs. 229 la demandada acompañó exhorto diligenciado e informa nuevo domicilio. Dicho exhorto fue tramitado y cumplido por un Juzgado Civil de Santiago y el expediente respectivo consta de 82 fojas. A las citaciones judiciales comparecieron los testigos señores A.R. y N.J., en tanto que el testigo doña F.B. declaró a fs. 79, al punto 1, en presencia de los apoderados de ambas partes. No se le formularon tachas y expuro que ignora cua

do la paciente contrató el seguro ni cuando fue diagnosticada. Preguntada expresamente que la señora C.A. declaró tener asma al momento de la visita preanestésica, agregando luego que no puede explicarse, ya que esa visita la realizó una colega y no ella. A la pregunta de Por qué los pacientes deben declarar las enfermedades que padecen previa a una operación, responde que así durante la cirugía se toman las precauciones del caso para no agravar las condiciones preexistentes y manejarlas si fuese necesario. Sobre la medicamentación con SL responde que sólo puede asumir que se lo dejó su médico tratante. Contrainterrogada sobre si la señora C.A. presentó un diagnóstico de asma bronquial o respondió la pregunta respectiva a su personal criterio, afirma que no puede responder porque no fue desprendido de la ficha.

104. En resolución de 23 de junio de 2011, que rola a fs. 221, conforme al mérito de autos y a lo dispuesto en el artículo 4. letra e) de las normas de procedimiento acordadas, y sin perjuicio de la salvada expresada en el punto 4. letra e) de las mismas, el Juez Árbitro declara que la prueba ofrecida por las partes ha sido rendida, otorgando un plazo de diez días para formular observaciones.

105 A fs. 232 la demandante presenta escrito de observaciones a la Prueba, señalando que no hay discusión sobre la fecha de celebración de los contratos de seguro, ni de las declaraciones personales de salud del año 2006. Agrega que la carta remitida el 8 de febrero de 2009 por RZ a TR también determina que el 15 de mayo de 2006 es el de la celebración del acto / contrato de seguro de agravamiento de la póliza N° 6 por UF 4.850, por lo que a la fecha de notificación de la demanda de autos, en septiembre de 2010, la acción de nulidad del contrato respectivo se encontraba prescrita. A este respecto, luego de desarrollar argumentaciones jurídicas sobre prescripción de acciones no relacionadas con la prueba rendida, por lo que no se hace referencia a ellas, señala que la demandada no ha acreditado el hecho que invoca para accionar de nulidad, toda vez que tanto el informe pericial como las declaraciones de los doctores P.F.; R.T. y A.T. han confirmado la veracidad de las declaraciones de salud, así como que la pretensión de asma bronquial no tiene fundamento probatorio.

Agrega que se ha acreditado que la anamnesis no constituye un diagnóstico y que, si bien la señora C.A. pudo tener molestias respiratorias con mucha anterioridad a la contratación de los seguros, éstas cesaron luego de la cirugía de by pass gástrico, puesto que derivaban de su eliminada obesidad mórbida, posibilidad que expresamente considera el perito (PE) doctor P.R. En cuanto al examen denominado espirometría, practicado previamente a la cirugía de by pass, éste da un resultado normal, con modificación de SL, usado en el procedimiento del examen. Su condición de normalidad fue confirmada por los testigos G.L. y S.T. Concluye en tal sentido que no es posible hacer el diagnóstico que nunca existió y que fue descartado en vida de la paciente.

Agrega que no hay prueba en contrario de asma bronquial, que el testigo de la compañía, doctor B.G., declara no haber conocido a la señora C.A. y que vio sólo dos documentos, que fueron la espirometría y la anamnesis; y que dicho médico es testigo de oídas, no presencial, al igual que lo es doña F.B., que se refirió a una visita preanestésica a la paciente que fue realizada por otra persona. Descarta por todo ello que haya habido vicio en los contratos.

106. A fs. 250 rola escrito de la demandada de observaciones a la prueba. En relación al punto 1 expresa haber acreditado la existencia de asma bronquial crónica en la señora C.A., información obtenida, entre otras fuentes, de la propia asegurada. Destaca al respecto la certificación médica

sobre causa de muerte emitida por el doctor A.F., en que señala que “fue diagnosticada de asma bronquial el día 5 de julio de 2008”. Asimismo se refiere a la ficha médica de la clínica TR2 con ocasión de la cirugía de by pass que se llevara a cabo en enero de 2004, en que ella declaró padecer asma leve y tomar SL, relacionando esto con lo declarado por el testigo de la actora doctor A.T. a fs. 156 en cuanto a que “los fármacos sólo se utilizan cuando hay un diagnóstico y por ende una indicación médica, por lo que la paciente debería haberlo estado tomando antes de su cirugía para tener su cuadro bronquial compensado”. En la información entregada por la paciente se confirmó en la anamnesis, y en la página de ingreso médico se señala como diagnóstico de ingreso obesidad mórbida y asma bronquial, dolencia esta última que la asegurada no declaró al contratar el seguro. Agrega que el certificado de defunción, presentado en otrosí de la demanda, indica que la señora C.A. falleció por “Estado Asmático / Asma Bronquial Severa”.

Por lo anterior concluye que a la fecha de contratación de los seguros la señora C.A. tenía pleno conocimiento, o bien no podía sino saber, del asma bronquial que padecía y que no declaró.

Destaca asimismo las declaraciones de los testigos de la demandante doctores R.T. y A.T. -en lo antes transcrito- y doctor P.F., quien afirmó que la espirometría es un elemento más del asma bronquial, pero sin duda el más importante. Cita pasajes de la declaración del testigo de su parte doctor Jorge B.G., en cuanto expresa que la espirometría decía que estaba dentro del rango normal y que luego de aplicarle SL mejoraba notablemente el espasmo bronquial; y que “en una persona sin asma no hay modificación de la ventilación”. Por último menciona las declaraciones de la doctora F.B. relativas al reconocimiento de padecer de asma cuando se efectuó la visita preanestésica y que asume que el SL se lo pudo dejar su médico tratante.

En lo referente al informe pericial elaborado por el doctor P.R. (PE), asevera que dicho documento “fue elaborado en términos hipotéticos, potenciales, por lo que intrínsecamente no puede tener la facultad de probar ningún hecho discutido en autos, careciendo de elementos que permitan concluir algo de él”.

Sobre el punto 2 de prueba, ratifica lo antes dicho y concluye que habría reticencia acerca de circunstancias que eran conocidas por la asegurada y no fueron declaradas, como fue su asma bronquial, en las declaraciones personales de salud. Cita al doctor B.G. en orden a calificar de error relevante no haber informado la existencia de una enfermedad también relevante para evaluar el riesgo que la compañía asumía al contratar, así como fue, de saberlo el asegurador, la tasa hubiese sido diferente, pudiendo incluso llegar al rechazo.

En relación al punto de prueba N° 3, expresa que la prueba instrumental acompañada en autos, en los documentos que presentara en escrito que rola a fs. 146, tiene por finalidad acreditar que la compañía sólo tomó conocimiento de, vicio de nulidad que demanda después del fallecimiento de la asegurada, cuando solicitó los antecedentes que se recopilaban en el proceso de liquidación del seguro, lo que fue corroborado por el testigo señor B.G.

Con#luye de ello que el plazo de prescripción de la acción de rescisión se debe contar con posterioridad al 6 de julio de 2008, fecha del deceso.

En otrosí de la misma presentación solicita se pida nuevamente cuenta al Director Médico de clínica TR0 En relación a la solicitud de envío de copia de la ficha clínica de la señora C.A., formulada en el oficio de 18 de abril de 2011, a lo que se dio lugar y remitió oficio, facultando al solicitante para su tramitación.

107. A fs. 260, con fecha 13 de julio de 2011, se citó a las partes a oír sentencia, resolución que fue notificada con esa misma fecha.

108. Con fecha 18 de julio la demandante presentó escrito que fue estimado atendido el mérito de autos.

CONSIDERANDO:

Primer. Con fecha 27 de julio de 2010 el suscrito aceptó en cargo de Arbitrador para sustanciar el presente causa, bajo Rol N° 1251-10, conforme a designación hecha por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, procediendo en ese mismo acto al juramento de rigor. Considerando una suspensión de procedimiento y el feriado Judicial, el plazo estipulado de seis meses debía vencer el 15 de marzo de 2011, siendo prorrogado por igual término a partir de esa fecha, mediante resolución de fs. 135 de 12 de enero de 2011, la que fue notificada por cédula a ambas partes.

Segundo. El banco BO, contrató en ZZ, en la modalidad de colectivo, una póliza de seguro de desgravamen, signada con el N° 6, en relación con un crédito hipotecario, para doña C.A.; y una póliza de similares características para la misma asegurada, signada con el N° 22, vinculada a un crédito de consumo. La señora C.A. falleció, a la edad de 39 años, el 6 de julio de 2008. A esa fecha el saldo del crédito hipotecario ascendía a 4.850 Unidades de Fomento, en tanto que el saldo para el crédito de consumo era de \$ 3.793.339. En el respectivo certificado de defunción se indicó como causa del deceso "Estado agónico. Asma bronquial severa". Informado el fallecimiento a la aseguradora, ésta denegó las indemnizaciones requeridas en carta dirigida a TR con fecha 9 de febrero de 2009, por haberse incurrido en retención u omisión, conforme lo establece el Artículo 5° de las condiciones generales de los respectivos contratos de seguro y los Artículos 556 y 557 del Código de Comercio.

Tercero. El cónyuge sobreviviente de doña C.A., don XX1, por sí y en representación de sus hijos menores de edad XX2 y XX3, dedujo demanda en contra de ZZ, solicitando el pago de dichos valores, más reajustes, intereses y costas. Al efecto planteó en el OrinCipal la acción de prescripción extintiva de la acción rescisoria de ambas pólizas mencionadas, conforme a los Artículos 2.492 y 2.514 del Código Civil, y 822 inciso 1° del Código de Comercio en concordancia con los Artículos 22 del mismo cuerpo legal y 1.691 del Código Civil, constituyendo ésta una prescripción especial de cuatro años, que se habrían cumplido el 17 de mayo de 2010. En presentación posterior el actor se desistió de esta acción sólo en lo referente a la póliza N° 22, relativa a un crédito de consumo, por no haber transcurrido a su respecto los cuatro años, desistimiento que fue aceptado por la aseguradora.

Cuarto. En otrosí demanda el cumplimiento de los contratos de seguro y el pago de las consiguientes indemnizaciones, aduciendo que la señora C.A. no padecía de asma bronquial, la que

nunca le fue diagnosticada y por la que no recibió tratamiento. La respuesta entregada por ella antes de una cirugía de by pass gástrico practicada en el año 2004, en orden a que padecía de asma, no estaba respaldada en ningún diagnóstico y en presentaciones posteriores la demandante afirma que tales dichos pudieron tener relación con deficiencias respiratorias derivadas de la condición de obesidad mórbida de la paciente, las que precisamente fueron superadas con dicha operación.

Quinto. La demandada contestó la demanda planteando el rechazo de la acción de prescripción de la acción rescisoria, señalando que para tal efecto es aplicable el Artículo 2.514 del Código Civil, que establece que el plazo de prescripción se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible, por cuanto el Artículo 1.691 se refiere a casos de error, fuerza y dolo contemplados en el Código Civil y no a la nulidad por declaración inexacta contemplada en el 557 N° 1 del Código de Comercio. Asimismo pidió el rechazo de la demanda de cumplimiento forzado de los contratos porque la causante incurrió en reticencia al no informar que padecía de asma bronquial crónica, enfermedad cuyo tratamiento había abandonado, incurriendo así, adicionalmente, en agravamiento del riesgo asegurado.

Sexto. ZZ demandó también la nulidad de ambos contratos de seguro, fundándose en la reticencia u omisión por parte de la asegurada al no haber indicado la existencia de asma bronquial en sus declaraciones de salud -a pesar de haberla reconocido con ocasión de una cirugía previa- infringiendo con ello el Artículo 556 del Código de Comercio, por lo que es aplicable al efecto el Artículo 557 N° 1 del mismo Código, en que basa su acción rescisoria. Pide se disponga la restitución de primas y se condene a la demandante en costas.

Séptimo. El auto de prueba de fs. 122 estableció como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

- 1) Si al contratar los seguros relacionados doña C.A. padecía de asma bronquial crónica y, en caso afirmativo, si tenía o debía tener conocimiento de dicha dolencia;
- 2) Si al contratar las pólizas referidas en el punto N° 1 la titular de las mismas incurrió en declaraciones falsas o erróneas o en reticencias acerca de circunstancias que, de haber sido conocidas por el asegurador, lo hubiesen podido retraer de la celebración de los contratos o producido una modificación sustancial en sus respectivas condiciones.
- 3) Si respecto de la póliza de desgravamen contratada por la señora C.A. en relación con un crédito hipotecario concurren las condiciones y circunstancias propias de la prescripción extintiva de acciones.

Octavo. De los documentos acompañados por la actora en su demanda, la aseguradora objetó las declaraciones de salud por falta de integridad, siendo las mismas acompañadas posteriormente por esa parte; un certificado del doctor P.F., por emanar de un tercero -que posteriormente compareció y lo reconoció en el juicio-; un documento suscrito por la doctora E.L., por emanar de un tercero que no lo ha reconocido en juicio y haber sido emitido con posterioridad al fallecimiento de la asegurada; el certificado llamado Epicrisis de la clínica TR2 por ser parte de una ficha clínica no acompañada en autos -y que posteriormente fue enviada a este Tribunal por dicho centro clínico-; y un documento emanado del propio demandante, por constituir una confesión judicial del mismo que no puede considerarse prueba en su favor. De las anteriores objeciones serán acogidas en su mérito las

relacionadas con los documentos de la doctora E.L. y de don XX1, acompañadas a fs. 126 con los números 6 y 10 respectivamente.

Noveno. De los documentos acompañados por la demandada a fs. 145, la demandante formuló objeciones al “Cuestionario sobre procedimientos pulmones presentado bajo el numeral 1” (sic); así como a “Los documentos signados bajo numeral 3: ficha médica de clínica TR2, en orden a: a) hoja universal, b) ingreso médico y c) hoja universal”

Asimismo “el documento signado con el numeral 4 “Ficha clínica del servicio de cirugía, Inestesia de TR2”. La objeción al cuestionario, que suscribe como médico tratante el doctor A.F. no será acogida por no haberse indicado el motivo y formar parte de la declaración de salud de la occisa, además de haber sido reiteradamente citada por el propio objetante. Tampoco lo serán las restantes, que forman parte de la ficha clínica enviada en copia por el referido centro hospitalario y que no fue objetada por ninguna de las partes.

Décimo. Las declaraciones de los testigos no tachados señores G.L. y S.T., relativas a la falta de síntomas de asma bronquial de la señora C.A. en los años previos a su fallecimiento serán consideradas en su mérito conforme al Artículo 384 N° 2 del Código de Procedimiento Civil. De igual modo serán apreciadas las declaraciones de los testigos no tachados doctores A.T. y P.F., ambos en cuanto acreditan la falta de síntomas de tal dolencia en la señora C.A., que fuera paciente de ambos, teniéndose a su respecto en consideración su condición profesional y el conocimiento médico personal de la causa.

Undécimo. La deposición judicial del doctor B.G. será evaluada al tenor de sus propios dichos, teniendo en consideración que no tuvo conocimiento previo personal de la señora C.A. y que examinó sus antecedentes después de su fallecimiento para los fines que indicara. En cuanto a la doctora F.B., cuya declaración sobre la existencia de asma bronquial señalada por la Paciente emanaría de lo informado por quienes llevaron a cabo la visita preanestésica, aun cuando se trate de un testigo no tachado contribuyente, como expuesto en otros antecedentes referidos, a la convicción de este Juez Arbitro en cuanto a que la señora C.A. habría manifestado tener o haber tenido tal enfermedad. Ninguno de los testigos presentados por las partes fue tachado*

Duodécimo. EL informe pericial elaborado por el doctor P.R. (P) será particularmente tenido en cuenta por el Tribunal, considerando su especialidad broncopulmonar, así como sus títulos médicos y académicos. La calificación de su informe por la demandada en orden a que fue elaborado en términos hipotéticos y potenciales, no siendo posible concluir nada de él, no es compartida por este Arbitro, el que considerará además que se trata del único especialista en la materia que nos ocupa que ha aportado su opinión científica al tenor de los antecedentes disponibles e autos

habiendo conocido asimismo las declaraciones prestadas con anterioridad por l/s médicos presentados en autos como testigos, a excepción de la brindada Ante un Juzgado Civil de Santiago por la doctora B.B.

Decimotercero. En conformidad a lo Prescrito en el Artículo 539 de, Código de Comercio, el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito, pudiendo el asegurador acreditar que ha sido causado por un hecho, situación o accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias. Corresponde entonces a la compañía de seguros la carga de la prueba en orden a demostrar que la asegurada efectivamente padecía de asma bronquial a la fecha en que suscribió su declaración personal de salud. A este respecto no resulta suficiente que la paciente haya señalado en una o dos oportunidades en las respectivas anamnesis que tuvo o tenía asma, que tuvo / tenía problemas respiratorios. Este Árbitro se ha formado convicción en cuanto a que la señora C.A. efectivamente tuvo síntomas de tal dolencia en su adolescencia, pero que -en palabras del doctor A.F. en el formulario de ZZ denominado "Certificación médica sobre causa de muerte", entregado a la aseguradora y que rola a fs. 43- era "asintomática cuando adulto". Si la información sobre una condición asmática en su adolescencia -coincidente con lo que expresara su cónyuge en otra oportunidad- emanó de la propia paciente, debemos entender que fue ella misma quien señaló que desde entonces no tenía síntomas de la enfermedad, lo que permite entender que la hubiese dado por superada. En cualquier caso, al contrario de lo aseverado por la demandada, la certificación del doctor A.F. no constituye un diagnóstico sino una referencia, basada probablemente en información entregada por la propia paciente.

Decimocuarto. Las declaraciones en calidad de testigos de los doctores A.T. y P.F. tampoco evidencian que ellos u otro facultativo hayan realizado un diagnóstico de asma bronquial. Por el contrario, ambos médicos atendieron a la occisa en diversas circunstancias, con ocasión de un embarazo y de una cirugía. El primero declaró que nunca en su historia clínica la paciente refirió tener asma bronquial y que durante los controles ginecológicos durante su embarazo no presentó ningún cuadro respiratorio alto de ninguna índole, ni bacteriano ni asmático. Por su parte, el doctor P.F. descartó de plano el diagnóstico de asma, fundado en que sus exámenes preoperatorios fueron normales, en particular la espirometría. Ellos son los únicos médicos que atendieron personalmente a la señora C.A. y depusieron en autos, siendo sus declaraciones contestes en lo expuesto, no habiendo motivos para ponerlas en duda. Al respecto las declaraciones de los doctores B.G. y B.B., por las circunstancias ya expuestas en considerando undécimo, no desvirtúan en modo alguno las conclusiones que se desprenden de las declaraciones de los dos primeros.

Decimoquinto. Como se ha dicho previamente, el informe pericial del especialista broncopulmonar (don PE), doctor P.R., es para este Árbitro un elemento fundamental para comprender y asignar valor a los antecedentes médicos y los testimonios de los profesionales que han comparecido en autos. Para este profesional, en base a los antecedentes disponibles no es posible afirmar o descartar fehacientemente si la paciente padecía de asma bronquial a la fecha de su fallecimiento. Agrega que se podría inferir que presentaba disnea (dificultad respiratoria), que puede haber sido secundaria a la hiperreactividad bronquial del asma, pero precisando que tal hiperreactividad no se presenta exclusivamente en el asma y la disnea pudo deberse a múltiples causas, entre ellas a la obesidad mórbida de la paciente. Expresa que al no haber en el expediente información suficiente y necesaria a este efecto, no es posible establecer fundadamente el diagnóstico de asma.

Para el perito, si la paciente hubiese sido asmática en la etapa adulta debió haber presentado manifestaciones clínicas de asma, tales como disnea por obstrucción bronquial durante los embarazos y el exacerbamiento de la hiperreactividad bronquial durante las maniobras asociadas al acto anestésico previo a la cirugía. El (PE) doctor P.R., concede especial importancia al hecho que en el protocolo operatorio la paciente fuese calificada como “ASA I, lo cual significa que se considera sana y sin riesgos especiales para el acto anestésico”.

El perito desvirtúa lo planteado por el testigo doctor B.G., asesor de la demandada, en orden a que lo expuesto por el anestesista y la espirometría que mostraba la existencia de obstrucción bronquial son suficientes para probar la existencia de asma. Al respecto expresa que “una espirometría puede confirmar el diagnóstico de asma en un paciente cuya historia clínica es compatible, si el examen en condiciones basales muestra una limitación ventilatoria obstructiva -fundamentada en una relación VE1/CVF bajo el límite inferior de lo normal- y ésta se corrige después de la inhalación de broncodilatador (p.e. SL). Este no es el caso de la paciente”. “La espirometría de la señora C.A., efectuada el 20.06.03 era normal. Una espirometría normal no descarta el diagnóstico de asma, por cuanto el asma es una enfermedad que se caracteriza por episodios de obstrucción bronquial reversible cuya frecuencia y severidad dependen de la gravedad del asma. En un asma leve, la persona suele presentar períodos intercrisis en que está asintomática, sea en forma espontánea o por efecto de tratamiento, e incluso tener exámenes de función pulmonar, como es la espirometría, normales. Por otra parte, el cambio con el aerosol broncodilatador (SL) que experimentó la paciente, tampoco permite confirmar el diagnóstico de asma”.

Más adelante el informante expresa: “La cirugía de bypass gástrico se efectúa en pacientes con obesidad mórbida, los que sólo por este motivo pueden presentar mayor riesgo de complicaciones respiratorias en el preoperatorio. De ahí que la evaluación preoperatoria de estos pacientes debe incluir una espirometría. La solicitud de este examen no significa necesariamente que la paciente sea portadora de asma bronquial u otra enfermedad primariamente respiratoria”.

En cuanto a si, de existir tal dolencia, ella pudo -debió ser conocida por la paciente, el perito (PE) doctor P.R., manifiesta que pudo saberlo si hubiese tenido diagnóstico, pero que es dable suponer que “dado el tiempo transcurrido con ausencia de síntomas respiratorios durante su vida adulta no recuerda detalles y asuma se ha mejorado. No es inhabitual que parte de los sujetos que presentan asma en la infancia sean asintomáticos en la vida adulta por los efectos del crecimiento en el diámetro de la vía aérea; ello explica que la prevalencia de asma sea mayor en los niños que en los adultos”.

Respecto de la causa de muerte indicada en el certificado de defunción (“Estado asmático, asma bronquial severa”), señala el perito que los pacientes con asma bronquial severa se caracterizan por tener síntomas frecuentes, requerir medicamento a permanencia y referir múltiples consultas y hospitalizaciones. Por crisis de asma, lo que esta paciente no debería. E, informalmente asume que durante la hospitalización en la clínica TR1 la paciente presentaba signos de obstrucción bronquial difusa, lo que pudo motivar que en el certificado de defunción se señalase el asma como causa del fallecimiento. Al respecto señala que existen otras causas de muerte asociadas a obstrucción bronquial grave, como podría ser un tromboembolismo pulmonar o secuelas del paro cardiorespiratorio que presentó en el domicilio. Añade que la única manera de demostrar con certeza que la causa de muerte fue una crisis de asma grave es mediante una autopsia, que en este caso no se efectuó.

Decimoséxtimo. En lo referente a legislación de Isapres, que ciertamente se relaciona con seguros de salud, el Artículo 190 N° 6 del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, establece que se entiende por enfermedades preexistentes aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato / a la Incorporación del beneficiario. La misma disposición señala que, “no obstante la existencia de una enfermedad preexistente no declarada en el contrato al momento de su suscripción, la Isapre está obligada a cubrir la enfermedad según el plan de salud si se acredita que la omisión se debió a justa causa de error o cuando haya transcurrido un plazo de cinco años, contado desde la suscripción del contrato o desde la incorporación del beneficiario, en su caso sin que el beneficiario haya requerido atención médica por la patología o condición de salud preexistente”.

Decimoséptimo. Conforme al mérito de autos y a los considerandos previos, este Tribunal Arbitral concluye que, siendo su prueba carga de la compañía aseguradora, ésta no acreditó en autos que la asegurada señora C.A. hubiese sido diagnosticada de asma bronquial severa y/o crónica, como tampoco que estuviese o hubiese estado bajo tratamiento en relación a dicha dolencia. Por lo mismo no es verosímil que ella pudiese haber conocido -y consiguientemente ocultado- la existencia de una enfermedad de la que probablemente no padecía. Por otra parte, es contrario a toda lógica, así como a la condición de esposa y madre de la joven mujer fallecida, que haya incurrido en una reticencia deliberada en un aspecto tan delicado, y más aún que, como demandada, conociendo su grave enfermedad, en forma intencional haya omitido someterse a tratamiento. Esta imputación de actuación dolosa a una persona que falleció por una Causa que no ha sido médicamente establecida y respecto de la cual, en todo caso, no hay evidencia que haya sido diagnosticada, no resulta ajustada a Derecho ni a las reglas de la sana crítica que este Arbitro debe tener en consideración al momento de fallar.

Decimosexto. En lo que respecta a la forma de computar el plazo de cuatro años para la rescisión de las acciones rescisorias, esta materia incide finalmente en un aspecto de Derecho, que este Arbitro resolverá al tenor de lo prescrito en la Ley, incluyendo lo establecido en ella en relación a seguros de salud como son los cubiertos por Isapres, teniendo en consideración, en cuanto a su calidad de Arbitrador. En lo esencial, las partes coinciden en que el plazo de prescripción de la acción rescisoria para contratos de seguro es de cuatro años, conforme lo dispone el Artículo 822 del Código de Comercio. También hay coincidencia en que el Artículo 2 del mismo cuerpo legal hace aplicables las disposiciones del Código Civil para aquellos aspectos no resueltos en el anterior. La discrepancia surge respecto de la fecha en que se computa el inicio de plazo, que para el actor se desprende del Artículo 1611 y para la demandada del Artículo 2.514. La primera establece el inicio del cuadrienio, en caso de violencia, desde el día en que ésta hubiese cesado; en caso de error o dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. El segundo artículo cuenta el tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

Se comprende la posición del asegurador, que regularmente desconoce, al contratar y dar curso a la declaración personal de salud del asegurado, la veracidad de ésta. Pero, por otra parte (es claro que la institución de la prescripción tiene por objeto una suerte de contribución al orden social, en cuanto tiende a establecer certezas jurídicas, las que resultan de lógica estén vinculadas a la consolidación por el transcurso del tiempo de los efectos de las convenciones. Dicho lo anterior, cabe observar que el Artículo 2.514 es de aplicación general, se refiere a la prescripción que

extingue acciones y derechos; en tanto que el Artículo 1.691 está contenido en el Título XX, "De la nulidad y la rescisión" y consecuentemente regula En forma específica la prescripción de acciones de nulidad y rescisión, por lo que se procede a su respecto aplicar el principio de especialidad de la norma, conforme se desprende del Artículo 13 del mismo Código Civil. Ahora bien, no hay duda que no estamos ante un caso atípico de violencia, sino de error o dolo, porque en esa categoría corresponde ubicar a La Reticencia. Así entonces, deberá concluirse que el término legal para la extinción de tales acciones se debe contar desde la fecha en que el respectivo contrato se celebró, esto es, para el seguro de desgravamen relacionado al crédito hipotecario -póliza N° 6- el 17 de mayo de 2006 (habiendo transcurrido entonces el cuadrienio con relación a, inicio de este juicio y de la acción rescisoria deducida en el mismo.

Decimoveneno. Vale para este tópico lo dicho en el considerando décimo sexto sobre el tratamiento de las preexistencias en la Ley de Isapres, en cuanto a que, no obstante la existencia de una enfermedad preexistente no declarada en el contrato al momento de su suscripción, la institución de salud previsional está obligada a cubrir la enfermedad según el plan de salud contratado, si se acredita que la omisión en cuestión se debió a justa causa de error o cuando haya transcurrido un plazo de cinco años, contado desde la suscripción del respectivo contrato o desde la incorporación del beneficiario en su caso, sin que el beneficiario haya requerido atención médica por la patología o condición de salud preexistente. De haber tenido asma bronquial severa y/o crónica -lo que no se acreditó y concluimos no sucedió-, ésta sería exactamente la situación de la asegurada doña C.A., toda vez que no hay prueba o constancia que ella haya requerido o recibido atención médica por tal patología con anterioridad a la contratación del seguro. Es pertinente aquí el aforismo que dice que donde concurre la misma razón debe existir la misma disposición. En el caso que nos ocupa no hablamos de cinco, sino de cuatro años, los que como se ha dicho transcurrieron, estando por ello prescrita la acción de nulidad.

SE RESUELVE:

Primero: Se acogen las objeciones formuladas a fs. 132 por la demandada a los documentos acompañados por la actora bajo los numerales 7 y 10 de fs. 126, conforme se expresó en considerando octavo. Se rechazan las restantes objeciones formuladas en esa presentación.

Segundo. Se rechazan las objeciones formuladas por la demandante a fs. 169 respecto de los documentos acompañados por la demandada a fs. 145, conforme se señaló en considerando noveno.

Tercero. No hubo tachas a los testigos que declararon en autos.

Cuarto. Se acoge la acción de prescripción de acciones rescisorias deducida por la demandante en lo principal de fs. 31, sólo en lo que dice relación con la póliza de seguro de desgravamen de crédito hipotecario, signada con el N° 6, declarándose prescrita dicha acción a su respecto.

Quinto. Se acoge la demanda de cumplimiento forzado de los contratos ya individualizados de seguros de desgravamen N° 6, relacionado con el crédito hipotecario, y N° 22, relacionado con el crédito de consumo. Por consiguiente, la demandada ZZ deberá pagar al contratante de ambas pólizas, banco BO, el monto total de los dividendos devengados respecto de tales créditos a contar

de la fecha de fallecimiento de doña C.A., el 6 de julio de 2008, más intereses corrientes desde la misma fecha, debiendo enterarse estos últimos directamente a los demandantes.

Sexto. Como consecuencia de lo anterior, se rechaza la acción reconvencional de nulidad de los contratos de seguro antes individualizados, deducida por ZZ en segundo otrosí de fs. 53.

Séptimo. No se condena en costas a la compañía de seguros demandada y demandante reconvencional por haber tenido motivos plausibles para litigar. Consecuentemente, cada parte pagará sus propias costas y por mitades los honorarios del Árbitro y del perito, así como la tasa de administración del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Se fija el monto de las costas a que la demandada fue condenada por resolución que rola a fs. 222 en la suma de \$ 300.000.

Notifíquese esta sentencia personalmente o por cédula a las partes, haciéndose entrega a cada una de ellas de copia autorizada de la misma.

Sergio Arellano Iturriaga, Juez Árbitro. Actuario y Ministro de Fe, doña AC.