

Taller n° 6: Análisis jurisprudencial.

1. Responsabilidad civil institucional: indemnización de daño.

Fritz con Mutual de Seguridad (2010): Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia recurso de apelación y casación en la forma, revocación en parte y rechazo, respectivamente, 18 de noviembre de 2010, rol n° 242-2010.

2. Responsabilidad civil institucional: relación de causalidad.

Parra con Asociación Chilena de Seguridad (2009): 1° Juzgado Civil de Concepción, sentencia 30 de enero de 2009, rol n° 4441-2006. **Se adjunta archivo en pdf**

Parra con Asociación Chilena de Seguridad (2010): Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia recurso de apelación, confirma sentencia 1ª instancia, 10 de agosto de 2010, rol n° 811-2009.

3. Responsabilidad Civil institucional: responsabilidad extracontractual.

Peña y Torres con Servicio de Salud Araucanía Sur (2006): 1° Juzgado Civil de Temuco, sentencia, 4 de marzo de 2006, rol n° 106.123, *Legal Publishing Chile* 47519.

Peña y Torres con Servicio de Salud Araucanía Sur (2008): Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia en recurso de casación en la forma y apelación, rechazado y confirmado parcialmente, respectivamente, 17 de septiembre de 2008, rol n° 712-2006, *Legal Publishing Chile* 47519.

Peña y Torres con Servicio de Salud Araucanía Sur (2010): Corte Suprema, sentencia en recurso de casación en la forma, rechazado, 17 de diciembre de 2010, rol n° 6989-2008, *Legal Publishing Chile* 47519.

4. Responsabilidad civil personal e institucional. Se adjunta archivo en pdf

Cox con Mutual de Seguridad (2011): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia, recursos de casación en la forma y apelación, rechazo y confirmación, respectivamente, 25 de enero de 2011, rol n° 546-2009.

5. Responsabilidad civil personal e institucional.

Pastor con Goñi y Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia recurso de apelación, 6 de agosto de 2009, Rol N° 10.569-2005.

6. Responsabilidad médica contractual y la responsabilidad por hecho ajeno: relación entre la responsabilidad del profesional médico y la del centro asistencial en el que se desempeña.

De Widts con Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile (1998): Corte Suprema, sentencia de recurso de casación en la forma y en el fondo, 29 de septiembre de 1998. En: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. XCV (3): 157-165, sept.- dic., 1998.

1. RESPONSABILIDAD CIVIL INSTITUCIONAL: INDEMNIZACIÓN DE DAÑO.

Fritz con Mutual de Seguridad (2010): Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia recurso de apelación y casación en la forma, revocación en parte y rechazo, respectivamente, 18 de noviembre de 2010, rol n° 242-2010.

Concepción, dieciocho de noviembre de dos mil diez.

Visto:

En lo concerniente a los recursos de casación en la forma de fojas 626 y 670

1° Que a fs. 626 la parte demandada ha deducido recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de 12 de septiembre de 2008, escrita a fs. 606, basándose en las siguientes causales:

a) Artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, por haber sido dada *ultra petita*, ya que pese a no haber sido demandados, el fallo dispone el pago de una indemnización con reajuste según IPC más intereses, causal que no puede ser acogida, pues, en razón de lo que se dirá en lo dispositivo, el supuesto vicio pasa a ser intrascendente, aparte que la demanda fue ampliada en tal sentido en el escrito de réplica, según se manifiesta en el razonamiento 15 de la sentencia de primer grado.

b) Artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 170 N° 4 del mismo texto. Dice que la testimonial de su parte no fue valorada en la forma dispuesta por la ley, no obstante la calidad profesional de sus testigos, y sí le otorgó valor a testigos de la actora, que ni siquiera fueron presenciales de los hechos, y corresponden a testimonios de oídas que han conocido los sucesos a través de la demandante. De haber valorado legalmente tales testimonios la conclusión debió ser diversa.

Tampoco este vicio puede ser acogido, ya que, bien o mal, los asertos de estas personas fueron ponderados, aun cuando en un sentido diverso al del recurrente, y en todo caso, la supuesta irregularidad puede ser enmendada por la vía del recurso de apelación interpuesto.

c) Artículo 768 N° 5 en relación al 170 N° 6, ambos del Código de Procedimiento Civil, dado que el fallo no se pronunció sobre el caso fortuito hecho valer, omitiendo decidir el asunto controvertido.

Si bien inicialmente se dio esta realidad procesal, lo cierto es que la omisión fue obviada con la sentencia complementaria de fs. 667, ordenada por esta Corte y que desechó tal alegación.

d) Artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, al contener decisiones contradictorias, puesto que, pese a los reconocimientos realizados en los motivos 7, 8 y 13, de carencia de responsabilidad de la demandada en la afección médica de la demandante, enseguida la hace responsable de un daño moral originado en la falta de tratamiento o terapia psicológica, incurriendo con ello en una contradicción que hace configurar el vicio.

Este vicio no puede ser acogido, pues, la contradicción que pudiere existir, se puede subsanar por la vía del recurso de apelación deducido.

2° Que también a fs. 670 la parte demandada ha deducido recurso de casación en la forma en contra de la sentencia complementaria de fs. 667 que no hizo lugar a la excepción de caso fortuito, fundándose en las causales y hechos detallados en las letras a), b) y d) de la primera reflexión, y que deben ser rechazadas por las mismas argumentaciones consignadas en esa motivación.

En cuanto a los recursos de apelación de fojas 626 y 670

Se introducen las siguientes modificaciones de texto a la sentencia de fs. 606.

En el motivo 8 se prescinde del párrafo final, y en el penúltimo, se elimina todo el segmento iniciado con las expresiones “sin embargo” y termina con “la demandante”.

En la reflexión 15, se excluyen las palabras “en todo caso”, y se borran los considerandos 11, 12, 14 y 16, como también los párrafos 2 y 3 de la sentencia de fojas 667.

Se reproducen en lo demás los referidos fallos, teniéndose también presente:

3° Que los hechos establecidos en la sentencia apelada y que han adquirido el carácter de firmes, se señalan en la octava reflexión, y que, en síntesis, consisten en el accidente laboral sufrido por la demandante el 16 de julio de 2003 con la atención médica adecuada que recibió de parte de la demandada y el diagnóstico inicial de “fractura colles de muñeca izquierda”, reducción y yeso, radiografía del 1 de agosto, retiro de yeso el 20 de agosto, nuevas muestras radiográficas, descubriéndose signos de atrofia ósea con el aspecto de sudeck, tratamientos de bloqueos, kinésicos, reunión clínica de 10 septiembre, continuándose los tratamientos con kinesiólogos, medicamentos, ratificándose el 29 de septiembre de 2003 la existencia de una distrofia simpático refleja; hubo dos controles médicos en octubre, otros dos en noviembre, nueva reunión clínica el 26 de noviembre de 2003, decidiéndose infiltraciones que se hacen en diciembre de 2003, utilización de una férula en enero de 2004, interconsulta a Santiago y continuación de los tratamientos kinésicos y con fármacos durante 2004, hasta decidirse su alta médica en agosto de 2004 y envió a la Comisión de Evaluación de Incapacidad por accidente del trabajo. Agregaremos que esta comisión, por resolución 2004-0867 de 21 de octubre de 2004, le fijó un 30% de pérdida de ganancia. Concluye esta reflexión que hubo un diagnóstico y tratamiento oportuno de la fractura y del síndrome de sudeck, sin que pueda imputarse culpa o descuido a la demandada en la atención brindada a la demandante, por su lesión y aparición posterior del síndrome indicado, llamado también distrofia simpática refleja.

4° Que con posterioridad a los hechos consignados, y en un nuevo ingreso hospitalario de la actora, se le diagnosticó un cuadro adaptativo ansioso depresivo, respecto del cual, no está acreditado que la demandada le haya proporcionado el tratamiento psicológico correspondiente, si es que alguno procedía.

5° Que para la procedencia de la indemnización solicitada, el daño sufrido por la víctima tiene que ser una consecuencia directa y necesaria del ilícito civil o conducta negligente del obligado a prestar la asistencia médica, en nuestro caso, la Mutual de Seguridad de Concepción, y no solo eso, debe determinarse si el perjuicio cuya reparación se pretende, proviene de una causa principal y única, o bien de otra u otras causas que coadyuvan en la producción del resultado dañino, y que se han presentado después de la principal, evento en el cual surge la interrogante de establecer si la demandada debe responder de estos otros daños posteriores y relacionados con aquellos.

Este problema de la concausa, es el que ahora debemos dilucidar, ya que primero hubo una fractura con síndrome de sudeck tratados en forma adecuada por la Mutual, pero, con bastante posterioridad, y ante la imposibilidad de una curación completa de todas las secuelas invalidantes producidas, la actora habría presentado un “cuadro adaptativo ansioso depresivo”, que no habría sido tratado por la parte demandada.

6° Que el problema no ha merecido solución unánime en la doctrina ni en la jurisprudencia judicial, pero creemos que en el caso de ahora no pesa sobre la demandada el deber de indemnizar el pretendido daño moral, ya que éste no es la consecuencia de ningún actuar ilícito de la Mutual, y, muy por el contrario, el

organismo de salud actuó con diligencia en el cuidado de la fractura y síndrome de sudeck, y si después de un año de tratamientos aparece una secuela psicológica, no puede aspirarse a la indemnización de ese daño moral, relacionado con la lesión física que sí fue debidamente tratada desde el punto de vista médico.

“Sólo es indemnizable el daño directo, sea inmediato o mediato y se entiende por tal el que es una consecuencia cierta y necesaria del hecho ilícito. Para saber si un daño es directo o indirecto, y por lo mismo indemnizable o no, no debe atenderse a su mayor o menor proximidad con el hecho ilícito, sino únicamente a si entre este ilícito y el daño hay o no relación de causa a efecto, a si el daño es o no consecuencia lógica, cierta y necesaria. Claro está que mientras más alejado es el daño menos probabilidades tiene de ser directo”. (Responsabilidad Extracontractual, A. Alesandri, N° 149).

“No todas las condiciones necesarias para un resultado son equivalentes. Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, esta es la causa. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente este efecto, son solamente condiciones o antecedentes o factores concurrentes” (De la Responsabilidad Extracontractual, René Ramos pág. N° 90)

7° Que, como corolario de los razonamientos precedentes, no puede acogerse el daño moral impetrado, maxime que lo normal y corriente es que una lesión, no obstante la pertinencia y bondades del tratamiento a que ha sido sometida, origine una aflicción, que por cierto va a ser mayor si a través del tiempo, la enfermedad ha significado incapacidad parcial, como ocurre en la especie. Pero, si no ha existido una conducta ilícita, ninguna indemnización es procedente por ese daño.

Agregamos respecto del síndrome de sudck, y reiterando conceptos vertidos, esta dolencia fue descubierta y tratada oportunamente, sin que se tuviera la más mínima sospecha de su aparición en el proceso de curación de la fractura, pero igual surgió, de modo que frente a esta realidad, tal afección viene a constituir un caso fortuito para la Mutual, que la exime de toda responsabilidad civil, máxime que la afectada igual fue sometida al tratamiento reparatorio correspondiente, sin resultados totalmente satisfactorios.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad además a lo prevenido en el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

a) Que **SE RECHAZAN**, sin costas, los recursos de casación en la forma deducidos a fs. 626 y 670 por la parte demandada, en contra de las sentencias de 12 de septiembre de 2008, escrita de fs. 606 a 620, y de 30 de septiembre de 2009, escrita a fs. 667, respectivamente.

b) Que **SE REVOCA** en su parte apelada la sentencia de 12 de septiembre de 2008, con la complementaria de fs. 667, antes referidas, sin costas de los recursos, y en su lugar se declara que se rechaza la demanda indemnizatoria interpuesta en lo principal del escrito de fs. 1, sin costas, por estimar esta Corte que la actora tuvo motivos plausibles para litigar.

Regístrese y devuélvase con su custodia.

Redacción del Ministro señor Freddy Isidoro Vásquez Zavala.

Rol N° 242-2010.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL INSTITUCIONAL: RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

Parra con Asociación Chilena de Seguridad (2010): Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia recurso de apelación, confirma sentencia 1ª instancia, 10 de agosto de 2010, rol n° 811-2009.

Dos Mil Cuatrocientos Veintitrés

Concepción, diez de agosto de dos mil diez

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con las siguientes modificaciones: Se eliminan los motivos 9° y 17°; en el motivo 10°, se elimina la frase “*por lo que “a confesión de parte, relevo de prueba”, reza el famoso adagio jurídico,*” ; en el motivo 11° se sustituye el término “*marras*” por “*autos*”; en el motivo 16° se elimina su párrafo 3°; en el motivo 18° se elimina la frase con que comienza y que dice “*establecida la falta de diligencia que se traduce en un cumplimiento imperfecto del contrato hospitalario*”; en el motivo 19°, segunda línea, se elimina la palabra “*que*”, en sus líneas 7 y 8 se elimina la frase “*no obstante el referido incumplimiento*” y en su último párrafo se reemplaza la expresión “*inoficioso por innecesario*”; y en el considerando 22 se sustituye el término “*web*” por “*página web*”.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

I.- En cuanto a la tacha:

1°.- Que la parte demandante en la primera parte de su escrito de apelación de fojas 2346, indica que la sentencia rechazó la tacha que opuso en contra del testigo Rolando Reinbach, lo que le resulta agravante por la razón que aduce; y termina expresando que: “*en consecuencia, la sentencia debió acoger la tacha deducida en contra del testigo referido*”.

2°.- Que en la relación de la causa y en la audiencia de rigor, al advertirse la posible existencia de una causal de inadmisibilidad de la apelación, en cuanto a la falta de peticiones concretas respecto de la tacha rechazada por el juez a quo, se invitó a los abogados de las partes a alegar sobre el punto aludido.

3°.- Que conforme a lo dispuesto en el artículo 189 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de apelación debe cumplir, entre otras exigencias, la de contener “*las peticiones concretas que se formulan*”, esto es, la solicitud de revocación, modificación o enmienda de la resolución apelada o de alguna parte de ella y la petición de qué decisión se dicte en su reemplazo.

En la situación en estudio, conforme lo dicho en el motivo 1° precedente, queda en evidencia que el apelante no cumplió con su obligación de formular peticiones concretas, lo que basta para declarar inadmisibile el recurso de apelación interpuesto, sólo en lo que a la tacha antes referida respecta.

II.- En cuanto al fondo:

4°.- Que atendido el mérito de los antecedentes del proceso, esta Corte concuerda con los fundamentos y conclusiones a que arribó la juez a quo en la sentencia apelada, especialmente con el análisis y valoración de todas las pruebas aportadas, efectuadas en los motivos 6° a 8°, 10° a 16° y 18° a 22°, en los que se precisa los fundamentos y razones por las cuales se rechazó la demanda, de fojas 1, de indemnización de perjuicios por la responsabilidad contractual alegada en contra de cada uno de los demandados.

5°.- Que, además, es necesario consignar, como se deja establecido en el motivo 18° y consta del certificado de defunción de fojas 2093, de Rodrigo Eduardo Parra Morales, ocurrido el 6 de octubre de 2006, que el menor falleció siendo su causa de muerte “*enfermedad de inserto contra huésped hepática. Transplante de médula ósea*”.

alogénico. Rbdomiosarcoma alveolar” por lo que no consta, entonces, que dicha muerte haya provenido del incumplimiento del contrato médico celebrado entre el padre del menor y el Hospital del Trabajador de Concepción, como bien se concluye en el motivo 19° del fallo en alzada.

6°.- Que, por otra parte, cabe establecido que, respecto de un eventual contrato con cada uno de los demandados, en el considerando 6° de la sentencia de primer grado quedaron consignados como hechos del pleito y en los que las partes están contestes, que el menor Rodrigo Parra ingresó enfermo al Hospital del Trabajador de Concepción el 26 de julio de 2005, llevado por sus padres, lugar donde permaneció trece días con los tratamientos y exámenes que en dicho motivo se indican y que sus padres, por propia iniciativa, pidieron su “alta médica”, decidiendo terminar el tratamiento y atención en este Hospital y trasladarlo, el día 8 de agosto de 2005, al Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile, en Santiago, lugar en donde continuó su tratamiento y se le practicó un trasplante de médula ósea, causa de su posterior muerte el 6 de octubre de 2006.

7°.- Que de los hechos relacionados en los motivos precedentes se evidencia que, en el caso de que trata, no se acreditó de manera fehaciente y objetiva la existencia de una relación de causalidad entre el supuesto o eventual incumplimiento contractual por parte del Hospital del Trabajador de Concepción alegado por el actor y el daño producido, esto es, la muerte del menor Rodrigo Parra Morales. Refuerza esta conclusión, la consideración de que aún en el evento de no haberse realizado un diagnóstico certero en el referido hospital, la causa de la muerte antes señalada -según consta del certificado de defunción antes aludido- fue por una complicación derivada del trasplante de médula ósea practicado al menor en Santiago, en el Hospital de la Universidad Católica de Chile y no por la enfermedad por la que originariamente fue internado en el Hospital del Trabajador de Concepción. Por otra parte, cabe considerar que el deceso del menor ocurrió después de transcurrido más de un año contado desde el 8 de agosto de 2005, fecha en que sus padres pidieron su alta del Hospital del Trabajador de Concepción.

8°.- Que, finalmente, en cuanto a la adhesión a la apelación, cabe señalar que no se acogerá tal recurso por cuanto no contiene petición concreta alguna relativa a la parte resolutive del fallo en orden a enmendar alguna otra decisión del juez a quo, limitándose, como consta de su escrito de adhesión de fojas 2366, a formular planteamientos en relación con determinados considerandos de la sentencia, sin indicar la decisión que se pretende en su reemplazo. Por lo demás, sabido es que la institución en comento es una verdadera apelación adhesiva y, como tal, resulta improcedente apelar en contra de considerandos de la sentencia, puesto que lo que la ley determina al respecto es que debe recurrirse de lo resolutive o decisorio del fallo.

Por estas consideraciones, y en conformidad a lo dispuesto en los artículos 186, 189, 201, 216 y 217 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que es **inadmisible** la apelación sobre la tacha opuesta por el actor contra el testigo Reinaldo Reinbach Hofmann.

II.- Que se **rechaza** la adhesión a la apelación en la forma solicitada.

III.- Que se **confirma**, sin costas, la sentencia de treinta de enero de dos mil nueve, escrita de fojas 2271 a 2340.

Regístrese y devuélvase con sus agregados y custodia.

Redacción del Ministro señor Juan Rubilar Rivera.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, integrada por los Ministros señores Claudio Gutiérrez Garrido, Juan Rubilar Rivera y Jaime Solís Pino. Rol N° 811-2009.-

3. RESPONSABILIDAD CIVIL INSTITUCIONAL: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

Peña y Torres con Servicio de Salud Araucanía Sur (2006): 1° Juzgado Civil de Temuco, sentencia, 4 de marzo de 2006, rol n° 106.123, *Legal Publishing Chile* 47519.

Temuco, cuatro de marzo de dos mil seis.

Vistos:

A fojas 8 se presenta don Leonardo Valderrama Pacheco, Abogado Habilitado, para el ejercicio de la profesión, patente al día de la Municipalidad de Padre Las Casas, inscripción número 597 del Colegio de Abogados de Temuco, domiciliado en calle Balmaceda 396, de la ciudad de Temuco, en representación de doña Nancy Oriana Peña Araneda, casada dueña de casa, y don Richard Sebastián Torres Astorga, casada, Agricultor, ambos domiciliados en Sector Dos, comuna de Saavedra, según Mandato Judicial que acompaña y expone; Que viene en Interponer demanda de Indemnización de Perjuicios por Responsabilidad Extra contractual en contra, del Hospital de Carahue Rut: 61.602246 6, ubicado en calle Almagro N° 602 de la ciudad de Carahue, cuyo representante legal es don David Esteban Vargas Castillo, Médico Cirujano, del mismo domicilio, y en contra del Hospital Regional de Temuco, ubicado en Manuel Montt N° 115 de la ciudad de Temuco, cuyo representante legal es don Mauricio Osorio Ulloa, Médico Cirujano Infantil, del mismo domicilio y como solidariamente responsable en contra del Servicio de Salud Araucanía Sur, ubicado en Vicuña Mackenna N° 597 de la ciudad de Temuco, cuyo representante legal es don Ricardo Celis Araya, Médico Ginecólogo, del mismo domicilio, fundando esta demanda según los fundamentos de Hecho y de Derecho que pasa a exponer: 1. El 25 de enero del dos mil, el hijo de mis representados el menor Ricardo Edgardo Torres Peña, de un año y dos meses de edad, cayó accidentalmente sobre un brasero, quemándose su mano derecha, por lo que los padres del menor lo trasladaron de inmediato a la Posta de la Sierra, donde fue atendido por el funcionario de turno don Florencio Painequeo, auxiliar paramédico, que al realizarle la curación aplicó "Furasin y "Yonolet", que es una especie de gasa son sustancias que humedecen las quemaduras y posteriormente le dio un analgésico. Luego realizó la hoja de referencia para el Hospital de Carahue, registrada con el N° 515, que indica: "Quemadura 2° grado mano derecha, Análisis: Aparentemente mucho dolor, difícil hacer bien el limpiado en la parte afectada, Signos vitales no se apreciaron, indicaciones: Metamisol mientras se trate en el Hospital, fecha 25/01/2000.

2. Al ingresar al Hospital de Carahue, con la hoja de referencia de la posta de la Sierra o interconsulta, el menor fue atendido por el doctor Marcelo Zarzar, quien estaba de turno en ese momento el cual lo derivó de inmediato a pediatría del mismo Hospital, donde quedaría internado. Para ser enviado a la mañana siguiente, al Hospital Regional de Temuco, La enfermera jefe de Servicio de Pediatría la Señora Patricia Arend Oyaneder, que fue quien recibió al menor, después de ser atendido por el doctor Zarzar, le indicó a su madre más tarde que realizara el trámite del Some y le dijo que tenía que regresar más tarde con útiles de aseo para el niño. La señora Patricia realizó la curación al menor, con ayuda de la enfermera Rosa Fierro Guerrero, curación realizada no fue en presencia de mis representados Ellos debieron concurrir a su domicilio, a recoger los útiles necesarios para el menor. Al regresar al Hospital de Carahue el menor se había quedado dormido y le indicaron a su madre que debía volver más tarde, al regresar su madre al Hospital, el menor había despertado y lloraba desconsoladamente llamando a su madre, la enfermera de turno doña Miriam Bárrales García, le indicó a la madre que lo tomara en brazos, que

tratara de tranquilizarlo y que lo hiciera dormir, luego le pasaron una mamadera para alimentarlo, el menor logró quedarse dormido y su madre quedó cuidando de él un momento. Luego se retiró para poder volver al día siguiente, con el objeto de vestir al menor y acompañarlo en la ambulancia, que los trasladaría al Hospital Regional de Temuco, pensando que el menor tendría una curación más adecuada y una opinión especializada de su infortunado accidente.

3. Regresando su madre al día siguiente, aproximadamente a las 6:40 am, ingreso al Servicio de Pediatría del Hospital de Carahue y doña Miriam Bárrales García, quien era la enfermera de turno, le dijo que el niño había dormido bien toda la noche, pero su representada al llegar y ver al menor, que ya se encontraba vestido, se percató que tenía su rostro amarillento; sus labios de color azul oscuro; y sus ojos cerrados; sin reacción alguna a los estímulos y caricias de su madre. Solicitando explicaciones su representada con relación al estado del menor. La señora Miriam enfermera de turno, se contradijo diciendo que el menor vomitó y tuvo diarrea toda la noche, señalando que su aspecto podía ser falta de alimentos, no dándose cuenta del estado grave de la salud del menor e insistiendo en que su madre se apresurara para alcanzar la ambulancia. En ese momento llegó la jefe de enfermería de pediatría la señora Patricia Aranda Oyaneder, a la cuál mi representada le insistió que le explicara el estado de salud del menor, señalando la misma respuesta, que podría ser falta de alimentos. Las respuestas que recibió su representada no eran las más adecuadas, para que ella se tranquilizara con respecto al estado de salud de su hijo, con rapidez ambos se retiraron del Hospital de Carahue y así se fueron en la ambulancia, con otros pacientes que fueron designados al Hospital Regional de Temuco.

4. Llegando al centro asistencial de destino, el auxiliar que manejó la ambulancia, don Juan Delfín de la Cruz Lavín Veja realizó el ingreso del menor al Hospital Regional de Temuco, el niño fue asistido por el médico doña Eloísa del Carmen López, Vidal médico cirujano Pediatría, quien le realizó la curación en el pabellón central, curación que debería haber sido con anestesia general, pero dada la extensión y el tipo de lesión ella no lo consideró necesario, no dándose cuenta de los síntomas que el menor presentaba en ese momento, razón que es injustificada teniendo años de experiencia y trayectoria, una vez finalizada la curación se le informó a su representada que respecto a la quemadura el menor se encontraba bien y que debería concurrir al centro asistencial dentro de dos días, para así poder ver la evolución de su quemadura, el alta debería realizarla el Hospital de Carahue, decisión con la que su representada quedó sorprendida, ya que el semblante del menor, cada vez empeoraba más, por lo que su madre solicitó remedios para la fiebre y diarrea del menor que cada vez era más abundante, pero no le fueron asignados, ya que esa función le correspondía que la realizara el Hospital de Carahue.

5. Una vez atendido el menor en el centro Hospitalario de Temuco, debieron esperar ambos en el centro asistencial, aproximadamente tres horas, para que fueran atendidos los demás pacientes que iban en la ambulancia designados a dicho Hospital, solo así podían regresar al Hospital de Carahue. Durante el viaje de regreso el menor empeoró, tenía más fiebre y la diarrea era incontrolable sobrepasando los pañales del niño. Al llegar al Hospital de Carahue, la enfermera jefe de pediatría doña Patricia Arend Oyaneder, persona a la que mi representada le solicitó asistencia, ya que el menor estaba sucio y su representada no contaba con ropa para poder cambiarlo, a lo que la Señora Patricia se negó. Su representada pensando en la incomodidad del menor, limpio al menor con lo que tenía a su alcance y lo abrigó con su chaqueta, también su representada solicita medicamentos para la fiebre y diarrea del menor, a lo que le Señora Patricia respondió que el Hospital no era una farmacia y que eso perfectamente lo podía comprar fuera del Hospital.

6. Mi representada, al no encontrar una respuesta favorable a sus demandas, se retiró con el menor del Hospital de Carahue ya que el alta le fue otorgada por el médico

General don Nelson Rudy Gómez Gaete, que en ese momento era el profesional encargado de otorgarla, ordenando el alta sin ni siquiera examinar al menor, solo valiéndose de la palabra de la enfermera jefe doña Patricia Arend Oyaneder situación que generó una negligencia por ambos, ya que acarreo un desenlace fatal. Mi representada al verse totalmente desesperada y no tener una opinión de las personas, que se supone que están para prestar un servicio a la sociedad, se retiró con el menor a su hogar preocupada y desesperada ya que el niño no presentaba estímulo alguno en su recuperación, esperanzada en la opinión que recibió pensaba en que si lo alimentaba, el menor se recuperaría.

7. Ya sin alternativa y al ver el precario estado de salud de menor, su representada, se dirigió nuevamente, al Hospital de Carahue; siendo atendida por el médico de turno don Claudio Andrés de la Hoz Norambuena, Médico General, quien le aplicó suero y oxígeno, preguntándole cual había sido el estado de salud del menor anteriormente, ella le narró todo lo que en realidad el niño había vivido ese día, el doctor llamó de inmediato a la Señora Patricia Arend Oyaneder, jefe de Pediatría, consultándole por el estado de salud del niño, a lo que ella contestó que el niño no había presentado ninguna complicación, lo cual su representada debatió, ya que fue una de las primeras personas que vio al menor en mal estado de salud y le indicó que era por falta de alimentación. El menor fue nuevamente enviado con urgencia al Hospital Regional de Temuco, en el cual permaneció internado por cinco días en la unidad de cuidados intensivos de pediatría; días que estuvo en estado de coma, pues al quinto día de ingresado a dicho lugar el menor falleció.

8. Como se puede entender, mi representada recurrió a los servicios que están destinados para brindar ayuda a la comunidad y a toda persona que lo necesite, sin embargo, es necesario tener presente que la ayuda brindada al niño no fue la más adecuada, ya que existiendo síntomas anómalos en el menor, que a la vista de cualquier persona que sin tener un conocimiento mayor en la materia, se presentía que era grave. El diagnóstico que obtuvieron de la muerte del menor, fue un Shock Séptico, que se pudo haber evitado, si las curaciones que se realizaron al menor hubiesen sido las más adecuadas y con más profesionalismo, se hubiese evitado aquel desenlace fatal y el dolor de sus padres.

9. Es necesario mencionar que existe un procedimiento criminal en contra de estas instituciones, ya individualizadas, el cual es llevado ante el Tribunal de Carahue, encontrándose actualmente vigente, sobre autos por el delito de Cuasidelito de Homicidio, Rol N° 26.505, causa en la que consta un informe evacuado por el Departamento de Responsabilidad Médica, del Servicio Médico Legal de la ciudad de Santiago, donde queda claramente demostrado en su conclusión que el Hospital de Temuco no cumplió con la lex artis médica, en donde correspondía dejar al menor hospitalizado por tres razones (patología grave, presencia de especialistas y ruralidad del paciente) también se faltó a la lex artis médica, durante el alta de Carahue, sin advertir señales de complicación en un paciente no evaluado médicamente, basada o no en opiniones erradas de otros profesionales de la salud, (enfermera de Carahue, doña Patricia Arend Oyaneder y el médico de Temuco doña Eloisa del Carmen López Vidal), que determinaron la pérdida de oportunidad de manejo de una patología grave; no previniendo sus fatales consecuencias.

Perjuicios:

a) Daño Emergente: Teniendo claro que estos hechos incurren en los gastos que mi representada tuvo que realizar, comprendidos estos en movilización en las curaciones posteriores síntomas del niño, los funerales del menor, los tratamientos psicológicos de sus padres, gastos que hasta hoy en día se realizan, ya que para la familia el fallecimiento del menor, acarreo muchas consecuencias, todo lo cual se avalúa en la suma de \$ 5.000.000. (Cinco millones de pesos).

b) Lucro Cesante: Entendiendo que es lo que deja de percibir la familia sobre la base de su trabajo, pues la única fuente de ingreso en ese momento, era la del padre del menor, el cual tuvo que dejar su trabajo para poder preocuparse del menor durante todo el tiempo que padeció grave en el hospital, y ser la compañía absoluta de su esposa, luego que su hijo murió culpa de la negligencia manifiesta de los profesionales que atendieron al menor, lo cual transcurrió un tiempo aproximado a doce meses, dineros que se dejaron de percibir totalmente los que eran absolutamente necesarios para la familia, pues si sus representados hubiesen depositado estos dineros en el Banco, los dineros hubiesen ascendido a la suma de \$ 10.000.000., (Diez millones de pesos), esto por concepto de intereses y reajustes. Estos dineros no se hubiesen dejado de percibir, si la atención de los profesionales a los cuáles sus representados recurrieron en ayuda, para que asistieran al menor, hubiese sido la adecuada.

c) Daño Moral: Se debe considerar que el daño moral producido a los padres del menor es irreparable, además es necesario tener presente que se extinguió la vida de un niño de tan solo un año y dos meses de edad, un ser que recién comenzaba a vivir y que por negligencia, descuido, falta de profesionalismo, de ética y de valores, ese dolor no se podrá borrar jamás de la memoria de quienes lo aman, es inexplicable el dolor que ambos padres sienten por la pérdida de su hijo, ya que se encuentran sumidos en la depresión en el desconsuelo y desconformismo, que se presenta en ambos padres por la muerte del ser más importante de sus vidas, producido por las razones anteriormente mencionadas. Por todo ello, demanda que se indemnice a doña Nancy Oriana Peña Araneda y don Richard Sebastián Torres Astorga, para compensar el daño ocasionada a ambos, razón por la que vengo en solicitar la suma de \$ 300.000.000. (Trescientos millones de pesos).

El derecho:

Artículo 2314: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena, que le impone las leyes por el delito o el cuasidelito.

Artículo 2317: “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito. Artículo 2320: “Toda persona es responsable no tan solo de sus propias acciones, si no del hecho de aquellas que estuvieron a su cuidado.

Artículo 2322: “Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; Y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista Artículo 2329: “Por regla general todo daño que pudieran imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta.

Artículo 2330: “La apreciación del daño está sujeta reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. Artículo 2333, “Por regla, general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente, que por imprudente o negligencia de alguien amenace, a personas indeterminadas Artículo 2334, “Las acciones populares a las que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas y se le pagará lo que valga el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de lo indemnizado de todas las costas y se le pagara lo que valga el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados.

Doctrina y Jurisprudencia: En la responsabilidad extracontractual la ley no ha establecido solamente la obligación genérica de no causar daño a otro. Si se transgrede ésta, nace la necesidad de indemnizar, sin que haya habido entre el autor y la víctima, un vínculo de derecho específico cuyo incumplimiento de lugar a la reparación.

1.1 En materia de responsabilidad cuasi delictual, la cual no tiene grado, ni admite deferencias; hay culpa o no la hay, pues lo único que importa para los efectos del pleito, es el monto de los daños, y esto es lo que regula la indemnización, con estera prudencia de la culpa. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo L. Sección Primera, Pág. 289).

1.2 Es de observar por último, en esta materia lo siguiente. La culpa generadora de un cuasidelito puede consistir no solo en la infracción de disposiciones no solo en la infracción de disposiciones legales o reglamentarias, sino también en aquellas faltas de diligencia o cuidado que consiste el artículo 44 del Código Civil. O sea en error de conducta que revela descuido, imprudencia, negligencia, etc. Solo que a diferencia de la contractual, la culpa Extracontractual no admite graduación, (Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LI. Sección Primera. Pág. 509). Todo daño debe ser indemnizado, sea que se haya producido por la acción u omisión de un tercero, sea que emane de un acto u omisión de las autoridades legislativas, políticas, administrativas judiciales. (Sección 106 del 13 de marzo de 1975, Pág. 20). Para que nazca el derecho a la reparación o la responsabilidad correlativa el ilícito no requiere, calificación especial alguna; Solo que cause daño. (En este sentido Domínguez Puig, María Gabriela. Las acciones civiles en el Proceso Penal Editorial Carlos E. Gibbs A., Santiago Chile, Pág. 13 y siguiente).

1.3 El daño moral consiste, en el pesar, dolor o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias, o afectos. (Revista de derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, Segunda parte, Sección Cuarta, Pág. 195).

1.4 Señalan los autores, que las conductas culposas de los facultativos pueden provenir de tres factores o condiciones como: La Imprudencia: los estudiosos del derecho han expresado que consiste en el afrontamiento de un riesgo, en una temeridad o ligereza, en la falta de previsión inexcusable, comportamiento que, por regla general si cometerán por vía de acción, esto es, con una actividad positiva de hombre. La Negligencia: Expresan los tratadistas que consiste en el incumplimiento de un deber en una falta de precaución, una omisión de la atención y de la diligencia debida, un desprecio del cuidado, una pereza volitiva, todas estas conductas que usualmente se cometerán por vía de omisión; es decir con una actividad pasiva del ser humano. La Impericia: Indica escasez de aquellos conocimientos que se suponen en un individuo que ha hecho estudios determinados. Puede indicar, también falta de práctica o de experiencia, a pesar de que pudiera tenerse los conocimientos necesarios. Se expresa en conductas activas o pasivas del ser humano. (La responsabilidad médica de carácter culposos en la Legislación y Jurisprudencia. Sr. Jaime A. Campos Quiroga. Artículo especial) Pide, en mérito de lo expuesto y en conformidad a lo dispuesto en los artículos 2314, 2317, 2320, 2322, 2329, 2330, 2333, 2334 del Código Civil y 254 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Tener por interpuesta Demanda de Indemnización de Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual, en contra del Hospital de Carahue, cuyo representante legal, es don Esteban Vargas Castillo, Hospital regional de Temuco, cuyo representante legal es don Mauricio Osorio Ulloa, y como solidariamente responsable al Servicio de Salud Araucanía Sur, cuyo representante es don Ricardo Celis Araya, todos ya individualizados, acogerla en todas sus partes y en definitiva aclarar que se le adeuda la suma de \$ 315.000.000., (Trescientos quince millones de pesos) o lo que el Tribunal determine en la sentencia en que se le condene, desde la fecha en que se desarrollaron los hechos mencionados en este escrito, hasta la fecha del pago efectivo, mediante liquidación que deberá ser practicada por el Señor Secretario del Tribunal o lo que US., se sirva fijar, más intereses y costas de la causa.

A fojas 15, Ricardo Celis Araya por Servicio de Salud de la Araucanía Sur, opone excepciones dilatorias; A fojas 17, la parte demandante contesta las excepciones; A fojas 25, se resolvió la excepción dilatoria; A fojas 28, don Oscar Exss Krugmann, abogado Procurador Fiscal de Temuco en representación del Servicio de Salud Araucanía Sur, contéstala demanda y expone que ésta está dirigida en contra del Hospital de Carahue, del Hospital Regional de Temuco y como solidariamente responsable en contra de servicio de Salud Araucanía Sur. Por regla general únicamente responde quien ha cometido el delito o cuasidelito, o del cometido por una persona de quien se es heredero, según lo dispone el artículo 2316 del Código Civil. Solo por excepción hay casos en que se remonde por el delito o cuasi delito ajeno, conforme se establece el artículo 2320 inciso primero, del Código Civil. Por cierto, desde ya debe descartarse que en la especie el demandado servicio de Salud Araucanía pudiera ser responsable por encontrarse en alguna de las dos hipótesis a que se refiere el citado artículo 2316 del Código Civil con todo, tratándose de responsabilidad indirecta, esto es, por el hecho ajeno, es requisito esencial de esta acción que el demandante la dirija en contra de quien él estima autor del daño, ya que de otro modo nunca podría establecer si éste actuó o no culposa o dolosamente. Los hechos expuestos evidencian la diligencia con que actuó el personal del Hospital de Carahue y del Hospital Regional de Temuco. No se advierte falla alguna que haya sido la causa de la muerte del menor. Por el contrario, es patente la preocupación y constante esmero de todos los funcionarios que intervinieron en la atención del referido menor. Lo anterior queda demostrado con el hecho de que después de haber sido dado de alta el día 26 de enero de 2000, a las 15,00 horas aproximadamente, es reingresado una hora y media después y trasladado de inmediato al Hospital Regional de Temuco donde fue internado hasta su fallecimiento. Incluso ni siquiera de los hechos que se afirman en la demanda de autos se puede colegir que entre estos y el lamentable fallecimiento del menor exista relación de causalidad. En suma es innegable que el menor fue atendido en forma oportuna y eficaz. Tan pronto como llegó al hospital de Carahue fue atendido, realizadas las atenciones necesarias, diagnosticado y hospitalizado hasta el día siguiente, en que se le derivó al Hospital de Temuco para que fuera atendido por un especialista en quemaduras de niños, siendo aquí atendido y tratado por la doctora Eloísa López Vidal, médico cirujano infantil. De vuelta al Hospital de Carahue, se le da el alta con indicación de que al día siguiente debía volver al Hospital Regional de Temuco para una nueva curación. Luego del alta, una hora y media después, es reingresado y derivado en forma inmediata al Hospital Regional de Temuco. Todo lo anterior demuestra que la muerte del menor no fue consecuencia de culpa ni dolo de funcionario alguno del Servicio de Salud Araucanía Sur, por lo que la demanda de autos no puede prosperar. Cabe señalar, por último, que, como consecuencia de la naturaleza de obligación de medio que tiene la que incumbe al médico, es el paciente quien, en todo caso, debe acreditar la culpa del profesional en el desarrollo del tratamiento o en la realización de una intervención quirúrgica. Esa culpa no puede, pues, presumirse. Por otra parte, pese a que son dos los demandantes, en la demanda no se indica el monto de la indemnización que cada uno reclama para sí, sino que se solicita a título de indemnización de perjuicios la suma de \$ 315.000.000. sin señalar la forma en que se encuentra distribuida para cada uno dicha cantidad. Por otro lado la indemnización por daño moral no constituye una pena. La imposición de penas es propia de la responsabilidad penal, pero no de la civil. La sanción penal persigue el castigo del culpable mediante la aplicación de la pena, en tanto que la sanción civil tiene por objeto exclusivamente la indemnización de los daños. En cuanto al monto demandado, se debe señalar que es exorbitante la suma de dinero en que aprecia la indemnización, atendido los aspectos en que se aprecia consistir este daño, y los montos que han fijado los Tribunales Superiores de Justicia por este concepto. Dicho

monto cae de lleno en el área de lucro sin causa y no guarda relación alguna con la idea de compensar algún agravio en el plano extra patrimonial. Por último en la demanda se solicita que las sumas que se fijen por concepto de indemnización de perjuicios devenguen intereses. Dichos intereses son improcedentes, porque tratándose de una obligación líquida, como lo es precisamente indemnizar perjuicios, cuya existencia y monto se encuentran sub lite y viene a determinar sólo en la sentencia que se dicta en juicio, ella no devenga intereses mientras no se determine su monto por sentencia ejecutoriada o que causa ejecutoria, ya que solo en el momento en que esto ocurra y, además, se requiera legalmente su cumplimiento, el deudor puede quedar constituido en mora. Mientras la deuda sea líquida no puede haber mora, ya que no cabe sostener que el deudor haya retardado culpablemente el pago de la cantidad debida, que es lo que constituye la mora, si no sabe todavía el monto de lo que debe, ni tampoco si va a ser o no condenado al pago de la indemnización. Solicita en mérito de lo expuesto precedentemente y de lo dispuesto en el artículo 2314 y siguientes del Código Civil, tener por contestada la demanda y en definitiva desecharla en todas sus partes, con costas; en subsidio, para el caso en que se condene a su parte al pago de alguna suma de dinero por concepto de indemnización de perjuicios, solicita que ella sea sustancialmente inferior a la demandada en autos.

A fojas 42, rola replica; A fojas 46 y 47, rola, duplica; A fojas 159, se recibió la causa a prueba; De fojas 68 a 151, la demandante acompañada documentos; A fojas 157, rola comparendo de conciliación; De fojas 16 a 168 la demandante acompaña documentos; A fojas 174, la demandante acompaña lista de testigos; A fojas 176, la demandada Servicio de Salud de la Araucanía acompaña lista de testigos; A fojas 182, rola testimonial ofrecida por la demandante; A fojas 192, rola testimonial ofrecida por la demandada Fisco de Chile; A fojas 218 rola audiencia de designación de peritos; A fojas 231 rola testimonial de la demandada Fisco de Chile (ampliación de término probatorio), A fojas 238 y siguiente, rola absolución de posiciones pedida por la demandante; A fojas 274 vta. Se citó a las partes para oír sentencia.

Considerando:

I. En cuanto a las tachas formuladas por la demandada.

Primero. Que a fojas 185 la parte demandada tachó a la testigo doña Vanesa Valeria Isla Lucas y a fojas 187 a la testigo doña Beatriz Espinoza Robles por la causal del artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, esto es, carecer de imparcialidad necesaria para declarar en el juicio y se le privó de valor probatorio, por tener interés a lo menos indirecto por haber sido requerida por el abogado demandante para realizar una evaluación psicológica a una de las partes, en el caso de la primera y dado que realizó un informe social a petición del abogado demandante para quien trabaja y para quien realiza otros informes de la misma naturaleza en el caso de la segunda.

Segundo. Que el actor solicitó el rechazo de la tacha formulada en contra de doña Beatriz Espinoza fundada en que la demandada no ha expuesto cual es el interés directo o indirecto que pueda tener la testigo toda vez que ella misma ha expresado que nunca se le ha pagado por el informe y que lo hizo sólo por caridad y razón de justicia; tampoco ha expresado que tenga una relación de dependencia o subordinación respecto de quien solicitó el informe; además no se puede poner en tela de juicio el profesionalismo y ética de un profesional solo por que presta asesoría externa para el abogado que lo solicitó; además no se ha probado la subordinación o dependencia, el interés o la falta de imparcialidad a que se refiere la tacha.

Tercero. Que respecto de la Sra. Isla el actor evacuando el traslado, solicitó su rechazo, con costas, dándole pleno valor probatorio dado que el interés directo o indirecto debe ser pecuniario y la testigo expresó que la atendió en forma gratuita y en cuanto a su declaración, corresponde su calificación al tribunal y no a las partes.

Cuarto. Que la tacha formulada respecto de la Sra. Espinoza será acogida puesto que el actor y la testigo han reconocido que ella presta servicios en el estudio del Sr. Valderrama, donde realiza asesoría externa y se le paga por cada informe, lo que a juicio de esta sentenciadora le resta imparcialidad, aún cuando sostiene en este caso no recibirá remuneración.

Quinto. Que la tacha formulada respecto de la Sra. Isla se rechazará, con costas, dado que no se divisa el interés de una profesional en los resultados del juicio, menos aún un interés de tipo pecuniario.

II. En cuanto a las tachas formuladas por el actor.

Sexto. Que el actor formuló tacha respecto de las testigo Andrea Cánovas Savignone, enfermera del Servicio de Salud, y de don Andrés de la Hoz, médico cirujano, funcionario de Hospital de Galvarino por la causal del artículo 358, N° 5 y 6, esto es por ser trabajador o dependiente de quien exige su testimonio y carecer de la imparcialidad necesaria por tener un interés directo o indirecto; dado que su empleador, el Servicio de Salud, es demandada en estos autos. Porque además está directamente vinculado con uno de los dos demandados, el Hospital de Carahue, lo que consta de los procesaos administrativos y criminales acompañados en autos y su desempeño en aquel siendo llamado como testigo en el sumario administrativo. Que el actor formuló tacha respecto de la testigo doctora Eloísa López por las mismas causales anteriores además por la establecida en el artículo 358, N° 7, por tener enemistad contra las personas por ser procesada en la causa criminal por el delito que se investiga de la muerte de Richard Torres.

Séptimo. Que evacuando el traslado conferido demandado solicitó el rechazo de las tachas formuladas a los de primeros testigos por cuanto no se configura ninguna de las causales, que la relación con el Servicio de Salud no es a simple dependencia sino a través de un vínculo de derecho público sujetos además al Estatuto Administrativo por lo que goza de absoluta libertad respecto de su empleador y no puede estimarse que por este hecho carezca, de la imparcialidad; que tampoco se ha probado que tenga algún interés en el juicio. Respecto de la tacha formulada respecto de la Dr. Eloísa López solicitó su rechazo dado que la testigo es una profesional que trabaja para un ente público bajo un vínculo jurídico que le otorga estabilidad en el empleo; el hecho del procesamiento en su contra en el juicio criminal tampoco demuestra que tenga algún interés por ser causas absolutamente distintas, el auto de procesamiento es eminentemente transitorio y puede ser dejado sin efecto en cualquier momento.

Octavo. Que se rechazará la tacha formulada respecto de los tres testigos mencionados fundada en el artículo 358, N° 5 dado que efectivamente por ser funcionarios públicos, su designación atribuciones, deberes y hasta su permanencia en el cargo se sujetan en conformidad a la ley. Que respecto de la tacha formulada por la causal del artículo 358 N° 6, se rechazará la tacha respecto de los testigos, el médico Andrés de la Hoz y la enfermera Andrea Cánovas Savignone, dado que el interés directo o indirecto que inhabilita al testigo ha de ser pecuniario, estimable en

dinero, cierto y material, lo que no ocurre en la especie, hecho que fluye de las propias declaraciones de los mismos.

Noveno. Que se ha formulado tacha a la testigo Dra. López por la causal del artículo 358, N° 7, fundada en el hecho de ser procesada en una causa criminal relativa a los mismos hechos sin que las circunstancias que rodean la situación y la propia actitud de la profesional permiten concluir la existencia de la enemistad en que funda la causal, razón por la cual se rechazará por ese concepto. Sin embargo y teniendo presente todo lo expuesto y específicamente el hecho que motivan esta causa, es dable concluir que la testigo carece de la imparcialidad necesaria, para deponer por lo que acogerá la tacha por la causal del artículo 358, N° 6.

En cuanto a la objeción de documentos.

Décimo. Que el actor objetó la copia del sumario administrativo acompañado por la demandada en relación con lo que pretende que se acredite, es decir impugnó los documentos con los cuales se pretende acreditar, a su juicio la exención de responsabilidad funcionaría. El representante del Servicio de salud de la Araucanía solicitó su rechazo por no fundarse en causa legal alguna; que la objeción se rechazará, con costas, dado que no se funda en causa legal y apunta al valor probatorio de los documento, labor que es privativa del sentenciador.

En cuanto a la objeción de peritaje.

Undécimo. Que a fojas 269 el actor objetó el informe del perito médico Claudio Matus Osses acompañado a fojas 256, a razón de que: este debía realizarse acerca de la causa de la muerte del menor Richard Torres y de la actuación profesión del Hospital de Carahue que lo asistió y, a su juicio, adolecen clara precisión técnica en relación con los objetivos solicitados denotando mucha ambigüedad en las conclusiones y no ilustra sobre lo que realmente ocurrió.

Duodécimo. Que a fojas 265 contesta el traslado el representante del Servicio de Salud, solicitando su rechazó, con costas, dado que fue designado por el tribunal es un médico cirujano infantil por lo que posee los conocimientos especializados para pronunciarse sobre la materia del informe y no fue cuestionado por las partes, una vez hecha su designación por resolución de 17 de noviembre de 2003. Que a fojas 246 consta que el perito citó a las partes que concurrieran al reconocimiento que fue aceptado por resolución de 9 de diciembre siendo notificado el por cédula el día y hora del reconocimiento, concurriendo un apoderado del actor. La objeción no se funda en vicio alguno de que pudiera adolecer el peritaje.

Decimotercero. Que de las actuaciones de fojas 196 y 196 vta. 218, 228, 245, 246 y 256 y 256 vta. consta que el peritaje se realizó conforme, a las normas establecidas en la ley, y correspondiendo sólo al tribunal la apreciación del mérito probatorio en conformidad a las normas de la sana crítica, se rechazará la objeción.

En cuanto al fondo.

Decimocuarto. Que don Leonardo Valderrama Pacheco, Abogado en representación de doña Nancy Oriana Peña Araneda, casada dueña de casa, y don Richard Sebastián Torres Astorga, casado, Agricultor, ambos domiciliados en Sector Dos, comuna de Saavedra interpone demanda de Indemnización de Perjuicios por Responsabilidad Extracontractual en contra del Hospital de Carahue, cuyo representante legal es don David Esteban Vargas Castillo, Médico Cirujano, del mismo domicilio, y en contra

del Hospital Regional de Temuco ubicado en Manuel Montt N° 115 de la ciudad de Temuco, cuyo representante legal es don Mauricio Osorio Ulloa, Médico Cirujano Infantil, del mismo domicilio y como solidariamente responsable en contra del Servicio de Salud Araucanía Sur, ubicado en Vicuña Mackenna N° 597 de la ciudad de Temuco, cuyo representante legal es don Ricardo Celis Araya, Médico Ginecólogo, del mismo domicilio Solicita que se acoja en todas sus partes y se declare que se adeuda la suma de \$ 3.15.000.000. , más intereses y costas desde la fecha en que se desarrollaron los hechos y hasta el pago efectivo.

Decimoquinto. Que funda su demanda en que su representados son padres del menor Richard Edgardo Torre, Peña, quien falleciera el día 1 de febrero del mismo año a causa de un Shock Séptico, luego de haber sufrido una quemadura en la mano derecha al caer sobre un brasero y de haber sido atendido en forma negligente a su juicio, en los hospitales de Temuco y Carahue. Que en la réplica el apoderado de los actores precisó que ampliando y reforzando sus argumentos anteriores solicita tener presente que el hecho que provocó la muerte del menor se debe única y exclusivamente a una falta de servicio imputable al propio Estado.

Decimosexto. Que, don Oscar Exss Krugmann, abogado, Procurador Fiscal de Temuco en representación del Servicio de Salud Araucanía Sur, contesta la demanda y expone que ésta está dirigida en contra del Hospital de Carahue, del Hospital Regional de Temuco y como solidariamente responsable en contra del Servicio de Salud Araucanía Sur. Que por regla general únicamente responde quien ha cometido el delito o cuasidelito, o del cometido por una persona de quien se es heredero, según lo dispone el artículo 2316 del Código Civil. Solo por excepción hay casos en que se responde por el delito o cuasi delito ajeno, conforme lo establece el artículo 2320 inciso primero, del Código Civil. Con todo, tratándose de responsabilidad indirecta, esto es, por el hecho ajeno, es requisito esencial de esta acción que el demandante la dirija en contra de quien él estima autor del daño, ya que de otro modo nunca podría establecer si éste actuó o no culposa o dolosamente debiendo para ello haberse emplazado. Que los hechos expuestos evidencian la diligencia con que actuó el personal del Hospital de Carahue y del Hospital Regional de Temuco y no se advierte falla alguna que haya sido la causa de la muerte del menor. Por el contrario, es patente la preocupación y constante esmero de todos los funcionarios que intervinieron en la atención del referido menor. Que es innegable que el menor fue atendido en forma oportuna y eficaz.

Decimoséptimo. Que de los escritos de la demanda y contestación del Fisco de Chile, y del escrito de fojas 210 resulta que debe resolverse en primer lugar, acerca de la legitimación pasiva de los demandados. En efecto el actor dirige la demanda en contra del Hospital de Carahue, Hospital de Temuco y solidariamente contra el Servicio de Salud Araucanía Sur. En la contestación de fojas 28 realizado por el abogado procurador Fiscal, da cuenta que el Honorable Consejo de Defensa del Estado de conformidad a su Ley Orgánica acordó asumir la representación del demandado Servicio de Salud Araucanía Sur; sostiene al mismo tiempo que los referidos hospitales son servicios públicos y por lo tanto carecen de legitimación pasiva para ser objeto de una acción de esta naturaleza. Que en conformidad a las normas que rigen la administración del Estado, el Hospital de Carahue y el Hospital de Temuco, demandados en estos autos, no existen como persona jurídicas administrativas, dado que son órganos dependientes de Servicio de Salud Araucanía Sur; que de conformidad al D.L. N° 2763 de 1979 que creó los servicios de Salud esos son los encargados de la ejecución de las acciones integradas de fomento protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas , y

bajo cuya personalidad jurídica se amparan los hospitales y actúa por ellos, siendo el director del servicio el jefe superior y tiene su representación judicial, y extrajudicial. Que los hospitales están regulados en el D.S. N° 42 de 1986 del MINSAL y son parte integrante como un órgano más del Servicio de Salud en cuya área jurisdiccional se encuentra demandado; y cada hospital tiene a su cargo un área geográfica determinada fijada por la Dirección del servicio del que dependa; el área del Servicio de Salud Araucanía Sur es la provincia de Cautín de acuerdo al D.L. 2763.

Decimoctavo. Que de lo precedentemente expuesto es posible concluir que habiendo sido demandado el Servicio de Salud Araucanía Sur, quien es defendido por el Consejo de Defensa del Estado, actúa en defensa de sus órganos como son el Hospital de Temuco y el Hospital de Carahue, no pudiendo éstos últimos actuar validamente en forma independiente, y debe entenderse que no pueden ser demandados por lo que la demanda y la sentencia debe dirigirse sólo respecto del Servicio de Salud Araucanía Sur.

Decimonoveno. Que la demandada Servicio de Salud, representada por el abogado Procurador Fiscal, solicitó su rechazo por las siguientes razones:

- A. Que en la responsabilidad por el hecho ajeno es requisito esencial que el demandante dirija la acción en contra de quien se estima autor del daño ya que de otro modo nunca podría establecerse si actuó o no dolosa o culposamente.
- B. Que se requiere que exista un vínculo de dependencia entre dos personas que sea de derecho privado, que el subordinado haya cometido un hecho ilícito, que ambas personas sean capaces de delito o cuasidelito y que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado o dependiente; que en este caso falta el vínculo de derecho privado.
- C. Que ningún funcionario del Servicio de Salud Araucanía Sur incurrió en dolo o culpa que haya sido la causa de la muerte de Richard Torres Peña, según los hechos que relata en relación con la atención que se le brindó. Que al respecto se instruyó un sumario administrativo para determinar eventuales responsabilidades administrativas comprometidas en los hechos, referidos sin que se haya establecido alguna.
- D. Que en el campo de la actividad médica la obligación que contrae el médico en el ejercicio de su profesión es una obligación de medio y no de resultado, por lo que el fracaso no importa incumplimiento ni compromete su responsabilidad.

Vigésimo. Que son hechos de la causa, por no haberlo controvertido las partes en sus escritos de discusión y acreditada además, con los certificados de nacimiento, defunción, agregados a fojas 1 y 2, el sumario administrativo instruido por el Servicio de Salud Araucanía Sur y acompañado y guardado en custodia, copia autorizadas de piezas del expediente criminal N° 26.505, tramitado en el Juzgado del Crimen de Carahue en que fueron sometidos a proceso por el delito de Negligencia médica, con resultado de muerte del menor Richard Torres Peña, algunos funcionarios enfermera y médico del Hospital de Carahue y Temuco, acompañado en forma legal de fojas 64 a 151, detalladas a fojas 152, pericia médico legal del departamento de clínica forense de la Unidad de Responsabilidad Médica fojas 105 a 111, que tienen el mérito probatorio pleno que le asigna el artículo 1700 del Código Civil, por ser instrumentos públicos, los siguientes:

- a. Que el lactante mayor Richard Torres Peña, falleció el día 1 de febrero de 2000 a las 22.25 horas en el Hospital de Temuco de un cuadro compatible a un shock séptico.
- b. Que el menor fue atendido en los hospitales de Carahue y Temuco, donde fue derivado desde las Posta de la Sierra por una quemadura palmar a raíz de un accidente doméstico.

- c. Que el accidente que dio origen a la quemadura ocurrió el 25 de enero aproximadamente a las 11.40 siendo atendido de urgencia en el Hospital de Carahue a las 13.40 horas diagnosticándosele “quemaduras AB B más o menos 1.5% de superficie corporal, se le hace curación por enfermera a las 14 horas, se le deja hospitalizado para ser derivado en horas posteriores al Hospital de Temuco, para ser evaluado y atendido por especialistas.
- d. Que a las 13 horas a.m. tenía 37.5° de temperatura, vomitó se consignó positivo para deposiciones y orina, con rechazo parcial de alimentación, dejándose en ayunas desde ese momento para enviarlo al día siguiente a Temuco en esas condiciones.
- e. Que a las 8 horas ingresó al pabellón de quemados en Temuco y se consigna en esa como diagnóstico “quemadura 2° grado superficial palmar.....superficial profunda en evolución. Indicación: enviar viernes 10.30 horas a policlínico Dra. López para curación sin anestesia.
- f. Que el menor regresa en ambulancia hacia Carahue permaneciendo en ayunas hasta ese momento, lo que motivó la reiterada solicitud de la madre de que se diera de alta a su hijo, para conseguir medicamentos.
- g. Que el menor es dado de alta por el Dr. Nelson Gómez sin examinarlo directamente y basado en la declaración de la enfermera Arend y en la hoja de interconsulta de Temuco.
- h. Ese mismo día 26 a las 15 horas es sacado de Hospital por su madre, en taxi a la farmacia, encontrándose este decaído y sugiriéndole quien la trasladó (auxiliar paramédico) retomar al hospital dadas las condiciones del niño. (fs. 107).
- i. Que ese mismo día ingresa nuevamente al hospital de Carahue (fs. 107), una hora y media más tarde, en estado grave derivado inmediatamente al hospital de Temuco ingresando a esa a las 17.30 horas con diagnóstico: de Lactante mayor eutrófico shock séptico, observación bronconeumonía y quemadura de mano derecha.
- j. El menor es objeto de manejo médico intensivo no obstante el cual fallece el 1 de febrero de 2000, al 6° día de evolución desde el accidente.
- k. Que el informe de autopsia establece que la causa precisa y necesaria de la muerte fue debida a shock séptico, cuyo único foco conocido probable es la quemadura de la mano (informe histológico de fojas 101).
- l. Que la pericia médico legal realizada por el Servicio Médico Legal de la Unidad de Responsabilidad Médica concluyó que la atención brindada, en el Hospital de Temuco no cumplió con lo recomendado por la Lex Artis en donde correspondía hospitalizar por 3 razones: patología grave, presencia de especialistas y ruralidad del paciente; que también se faltó a la Lex Artis durante el alta desde Carahue, sin advertir signos de complicación en un paciente no avaluado médicamente, basado o en opiniones erradas de otros profesionales de la salud que determinaron la pérdida de oportunidad de manejo de una patología grave, no previniendo sus fatales consecuencias.
- m. Que en el sumario administrativo acompañado en cuaderno de documentos en su parte considerativa recomienda “que el ejercicio profesional del equipo de salud se de en condiciones de eficiencia y confianza lo que no ocurre en el hospital de Carahue; que recomienda absolver de responsabilidad funcionaría, sin embargo recomienda normar el procedimiento del alta de los pacientes ya que no se cuenta con la confianza entre los distintos participantes del equipo de salud.

Vigésimo primero. Que con la prueba documental rendida por la parte demandante, especialmente el expediente criminal rol criminal Rol N° 26.505, del Juzgado del Crimen de Carahue en que fueron sometidas a proceso por el delito de Negligencia médica con resultado de muerte del menor Richard Torres Peña, algunos funcionarios enfermera y médico del Hospital de Carahue? Temuco, acompañado en forma legal de fojas 64 a 151, el sumario administrativo ordenado instruir por el Servicio de

Salud Araucanía Sur, la pericia médico legal N° 145.2000, realizada por el Servicio Médico Legal de la Unidad de responsabilidad Médica, acompañada en forma legal de fojas 106 a 111, con el mérito probatorio pleno que le asigna el artículo 1700 del Código Civil, así como la testimonial aportada por la misma parte. Consistente en las declaraciones de Juan Modesto Sánchez, Rosalía del Carmen Rivas Oñate, María Inés Pacheco Soto, que depusieron a fojas 182 y siguientes, que reúne las condiciones señaladas en el artículo 384, N° 4 del Código Civil, se acreditó en autos que la muerte del menor Richard Torres se debió a un shock séptico, producido por una quemadura de la mano derecha infectada y no manejada adecuadamente por funcionarios de los hospitales de Carahue y Temuco, sin el cuidado necesario que requería la potencial gravedad que representa la quemadura, una lesión grave y evolutiva con riesgo potencial, de mortalidad, agravada por la edad del menor, origen rural, el estado general del niño. Que este actuar negligente de dichos funcionarios impidió advertir, y por lo tanto revertir las señales de complicación que determinaron la pérdida de oportunidad de manejo no previniendo sus fatales consecuencias.

Vigésimo segundo. Que en relación con la responsabilidad indirecta del Estado sostenida por el actor en su demanda, es importante tener presente que en todos los casos en que la ley hace responsable a una persona por los hechos de otra, supone que existe entre ellos una dependencia muy estrecha y personal, como la que hay entre el padre y el hijo. Esa relación de dependencia no existe entre el Estado y sus agentes por la complejidad y amplitud de los servicios públicos, y porque el Estado, al regular la conducta de sus funcionarios, ha dictado las modalidades de cada uno de los servicios, normas, reglamentos y ordenanzas que rigen la dependencia de este con aquel, por lo que no corresponde acoger esa alegación. Que la responsabilidad del Estado hay que encontrarla en este caso en la concepción de falta de servicio consagrada en el artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ley N° 18.575 y en el artículo 141 de la ley N° 18.695. Ha de entenderse por falta de servicio toda deficiencia o mal funcionamiento de un servicio público, y ocurrido esto, el órgano de la Administración se hace responsable de todo daño que se cause por tal motivo. Los hechos ocurridos entre el accidente doméstico que sufrió el lactante mayor Richard Torres el día 25 de enero de 2000 y su muerte el 1 de febrero del mismo año no puede quedar comprendido dentro de los límites del buen servicio que se espera del personal de los hospitales. Al contrario el análisis de las pruebas que se han allegado a los autos llegan a concluir que en el caso de que se trata hubo negligencia culpable por parte de funcionarios profesionales de los hospitales de Carahue y Temuco, falta que aparece constituida por no haber hospitalizado, al menor en el Hospital de Temuco para tratarse de una patología grave, existencia de especialistas y ruralidad del paciente y por otra parte haber dado de alta al menor en el Hospital de Carahue sin haber sido evaluado médicamente que impidió advertir señales de complicación, hechos que determinaron la pérdida de oportunidad de manejo de una patología grave, no previniendo sus fatales consecuencias.

Siendo así, carece de importancia determinar la persona del o los funcionarios que actuaron en la forma que se ha descrito, porque la relación entre el órgano público, que debe resarcir, y las víctimas, tiene derecho a pedir indemnización nace como consecuencia de un obrar colectivo, de diversas personas, pero todas ellas funcionarios del servicio. Como ha señalado la doctrina, para que se configure la falta de servicio es irrelevante la participación del funcionario, y por eso suele llamársele anónima. En lo que dice relación con el resarcimiento mismo la relación de los demandantes con el Fisco es directa esto es, el patrimonio del órgano público queda comprometido cada vez que el Servicio no actuó en la forma que la ley lo señala.

Vigésimo tercero. Que precisando lo anterior, se debe consignar que la persona que ha sufrido un daño por un hecho o acto de la administración, al demandar la indemnización debe acreditar que efectivamente ha sufrido un perjuicio cierto, real y efectivo, avaluable en dinero, provenir de una situación legítima.

Vigésimo cuarto. Que el actor para acreditar los fundamentos de su acción aportó los siguientes medios de prueba:

A. Prueba documental Sumario administrativo realizado por el Servicio de Salud Araucana guardado en custodia, copia autorizada del expediente criminal, Rol N° 2650, causa instruida en Carahue por el delito de negligencia médica con resultado de muerte del menor Richard Torres Peña, acompañados ambos en forma legal y agregado a los autos (fs. 68 a fojas 151); informe psicológico evacuado por la psicóloga Vanesa Isla Lucas sobre la evaluación practicada a doña Nancy Oriana Peña Araneda, madre del menor y demandante en estos autos que en síntesis concluye que esta presenta una sintomatología de tipo depresiva intensa, la que tiene su origen en la reciente muerte de su hijo, y se ve incrementada por las múltiples implicancias y consecuencias que suceso ha tenido en la vida de la evaluada y familia; que lo anterior ha provocado un intenso malestar clínicamente significativo a nivel social, laboral y familiar en la Sra. Peña. Finalmente sugiere que se someta a terapia psicológica con la finalidad de disminuir su malestar emocional, expresar y reconocer emociones y asumir y elaborar la situación de duelo.

B. Prueba confesional. Absolución de posiciones de don Mauricio Osorio Ulloa, en representación del Hospital de Temuco y don Esteban Vargas, en representación de Hospital de Carahue, la que se detalla de fojas 235 a 243.

C. Prueba Testifical consistente en la declaración de don Juan Modesto Sánchez Colillán, Rosalía del Carmen Rivas Oñate, María Inés Pacheco Soto y Vanesa Valeria Isla Lucas, (fojas 182 a 190) quienes legalmente examinados, sin tacha (excepto doña Vanesa Isla quien fue tachada pero cuya tacha se desechó): dieron razón de sus dichos por lo que se le otorga el valor que le confiere el artículo 384, N° 2 del Código de Procedimiento Civil, de los siguientes hechos; que el daño moral que sufrieron los actores es muy grande por la pérdida del único hijo que tenían, que estos daños son muy difíciles de evaluar, ni toda la plata del mundo compra la vida de un hijo, es una pérdida irreparable; que estos se encontraban desechos, el padre tuvo que dejar de trabajar. Respecto del daño moral los evalúa el primer testigo en \$ 450.000.000., agregando que es difícil de evaluar por la pérdida de su único hijo y agrega que tuvieron muchos gastos desde el traslado del menor, los propios para visitar a su hijo al hospital, donde permanecían todo el día, abandonaron su trabajo porque no dejaron a nadie que los ayudara en el campo. El segundo testigo indica la suma de \$ 600.000.000. , y la tercera lo evalúa en \$ 400.000.000. aproximadamente. La cuarta testigo, psicóloga que realizó la evaluación a la actora, confirma lo expresado en su informe y agrega que se encuentra en un estado general de agotamiento físico y mental profundo que la llevan a sentirse desesperanzada frente al futuro. Que su situación conlleva otras implicancias derivadas a nivel familiar, dificultades en la relación de pareja, nivel laboral, incapacidad o inhabilidad para realizar un trabajo por la inestabilidad y malestar emocional con las consecuencias económicas que conlleva.

Vigésimo quinto. Que con la prueba rendida y detallada en el considerando precedente, valorada en conformidad a la ley, la actora no acreditó, a juicio del tribunal, el daño emergente y lucro cesante demandados, razón por la cual procede rechazar la demanda por ese concepto. Sin embargo la muerte de Richard Torres Peña, de un año y dos meses de edad, hijo único entonces de los actores, ha tenido

necesariamente que producir a sus padres daño moral consecuente del intenso dolor que lógica y racionalmente han tenido que soportar. Y no cabe duda alguna que este es de los mayores que ha de soportar el ser humano por cuanto transgredí las leyes de la naturaleza, los padres han de terminar su vida antes que a los hijos. El dinero no es capaz de resarcir el daño moral pero, sin duda, dentro de la realidad la vida, puede aminorar sus ineludibles y dolorosas consecuencias.

Que el daño moral demandado por doña Nancy Oriana Peña Araneda y don Richard Sebastián Torres Astorga, se deriva de la naturaleza misma de los hechos y resulta acreditado, además con la prueba testimonial y el informe de la perito sicóloga, la primera prueba por reunir las exigencias del artículo 384, N° 2, y la segunda apreciada conforme a la sana crítica. Que en cuanto la apreciación pecuniaria del mismo, como reiteradamente lo ha dicho la Jurisprudencia, por la naturaleza de eses daño es inconcuso que su monto queda entregado a la apreciación discrecional del sentenciador. Conforme con ello y analizados los antecedentes de autos se regulan en la suma de \$ 50.000.000. los que deberán ser pagados por el Fisco de Chile.

Vigésimo sexto. Que la suma ordenada pagar a título de daño moral deberá reajustarse en conformidad al reajuste experimentado por el Índice de Precios al Consumidor experimentado entre la fecha de la sentencia y el mes anterior a su efectivo pago más el interés máximo legal de igual período.

Vigésimo séptimo. Que la demandada, por su parte rindió. Prueba documental: a fojas 256 se acompañó el peritaje realizado por el doctor Claudio Matus, que en su conclusión señala que las atenciones realizadas en el Hospital de Temuco, a su juicio se encuentra apegada a los estándares actuales de manejo y acorde a lo que se espera en un caso de esta envergadura; en relación con la primera atención en el Hospital de Carahue cumple con todos los criterios de calidad y oportunidad pero en la segunda lo estima parcialmente cuestionable en relación al alta, pero imposible de precisar por falta de información objetiva si tuvo o no incidencia en el desenlace final de los hechos que provocaron la muerte del menor.

Prueba testifical: declaración de Sergio Francisco Puebla Molina, declara a fojas 231, médico pediatra quien era Jefe de la Unidad de Cuidados Intensivos y auditor desde el punto de vista administrativo en relación con los hechos y señala que pudo comprobar que todos los estamentos actuaron debidamente; que no debió ser hospitalizado por la superficie quemada, y no presentaba síntomas de alguna otra enfermedad, que no hubo negligencia administrativa no profesional; reconoce el sumario administrativo que se le exhibe como el que realizó y por el conoce los hechos de la causa.

Declararon también Andrea Cánovas Savignone, enfermera y Claudio de la Hoz, médico cirujano. La primera declara que es enfermera en el Pabellón de Quemados y recibió al menor en el Hospital de Temuco, siendo curado por la Dra. López, no se le dio anestesia ni ningún medicamento; se veía un niño sano y que la atención que se le dio fue la adecuada. El segundo recibió al menor en el Hospital de Carahue luego que había sido dado de alta en ese mismo hospital con un cuadro de insuficiencia respiratoria y afirmó que la atención recibida ante el cuadro que le correspondió atender fue la adecuada para la patología que presentaba el niño.

Vigésimo octavo. Que la prueba descrita en el considerando anterior no altera lo precedentemente razonado.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 1700, 1712, del Código Civil, 144, 254, 346, 358, N° 6, 384, N° 2, 426 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

- I. Que se rechaza la tacha formulada a fojas 185 por el demandado en contra de la testigo Valeria Isla Lucas.
 - II. Que se acoge la tacha formulada a fojas 187 por la parte del demandado en contra de la testigo Beatriz Espinoza Robles.
 - III. Que se rechazan las tachas formuladas a fojas por el actor en contra de los testigos Andrés de la Hoz y Andrea Cánovas Savignone a fojas 192.
 - IV. Que se acoge la tacha formulada por el actor a fojas 193, en contra de la Dra. Eloísa López Vidal.
 - V. Que se rechaza la objeción al peritaje formulada a fojas 261 por la parte de los actores.
 - VI. Que se acoge la demanda deducida a fojas 8 por doña Nancy Oriana Peña Araneda en contra de Fisco de Chile, tan solo en cuanto se condena a este último a pagarle la suma de \$ 25.000.000. a título de indemnización por daño moral, suma que deberá reajustarse conforme a la variación que experimente el Índice de precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y del pago efectivo, devengado en igual periodo e interés máximo convencional para operaciones de crédito reajustables.
 - VII. Que se acoge la demanda deducida a fojas 8 por don Richard Sebastián Torres Astorga en contra de Fisco de Chile tan solo en cuanto se condena a este último a pagarle la suma de \$ 25.000.000. a título de indemnización por daño moral, suma que deberá reajustarse conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y del pago efectivo, devengado en igual período el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha de esta sentencia y del pago efectivo, devengado en igual período el interés máximo convencional para operaciones de crédito reajustables.
 - XIX. Que cada parte pagará sus costas.
- Regístrese y notifíquese. Dictada por doña Vivianne Berthelet Campos, Juez Subrogante del Primer Juzgado Civil de Temuco. Autoriza diña Odiaba Blanc Candia, Secretaria Subrogante. Rol N° 106.123.

Peña y Torres con Servicio de Salud Araucanía Sur (2008): Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia en recurso de casación en la forma y apelación, rechazado y confirmado parcialmente, respectivamente, 17 de septiembre de 2008, rol n° 712-2006, *Legal Publishing Chile* 47519.

Temuco, diecisiete de septiembre de dos mil ocho.

Vistos:

En cuanto al recurso de casación.

1°. Que conjuntamente con la apelación, en lo principal de su presentación de fs. 299, la parte demandada, Servicio de Salud Araucanía Sur, interpuso recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 04 de marzo de 2006, escrita, fs. 275, a fs. 296, fundando el recurso en que el fallo referido adolecería del vicio contemplado en el numeral 4° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido dada *ultrapetita*, otorgando más de lo pedido por las partes o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal.

2°. Que el recurrente sostiene que de la sola lectura del fallo se aprecia que incurrió en el vicio que se le achaca, puesto que la demanda se funda en los presupuestos de responsabilidad extracontractual del derecho común, sin embargo la sentencia recurrida cambia dicho factor de imputación de responsabilidad por el de “falta de servicio, el cual está sometido a un régimen normativo diferente, modificándose la causa de pedir que es lo que finalmente determina la acción.

Agrega el recurrente que el Servicio de Salud Araucanía Sur se defendió y litigó sobre la base que enfrentaba una acción de responsabilidad civil fundada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil para terminar condenando a dicha institución por una supuesta responsabilidad por falta de servicio.

Solicita que esta Corte acoja el recurso de casación formal, se invalide la sentencia mencionada y sin nueva vista, pero separadamente, se dicte una sentencia de reemplazo rechazando la demanda en todas sus partes con costas.

3°. Que el legislador no obliga a invalidar la sentencia si, como ocurre en la especie, la deficiencia denunciada puede corregirse mediante la apelación formalizada también en esta instancia, sobre todo si, a juicio de estos sentenciadores, de un simple análisis del fallo impugnado se demuestra que éste puede ser enmendado a través del recurso de apelación planteado.

4°. Que, por consiguiente, esta Corte desestimaré el recurso de casación formal deducido por la demandada, sin perjuicio de lo que se resolverá más adelante al pronunciarse sobre el recurso de apelación.

En cuanto al recurso de apelación.

Se reproduce la sentencia apelada en sus considerandos y citas legales, con excepción de su motivo vigésimo sexto, que se elimina, y se tiene, además, presente:

5°. Que contrariamente con lo sostenido por la parte del Servicio de Salud Araucanía Sur en su escrito de apelación, estos sentenciadores mantendrán lo resuelto por el sentenciador de primer grado en cuanto acoge la demanda, pues concordando con los presupuestos del fallo se han acreditado los fundamentos de la responsabilidad extracontractual alegada, toda vez que la conducta de los funcionarios de los hospitales de Carahue y; Temuco que intervinieron en la atención del menor Ricardo Edgardo Torres Peña es generadora de la responsabilidad que se le atribuye al Servicio demandado.

6°. Que el demandado en su apelación sostiene que es improcedente se ordene aplicar reajuste e interés máximo convencional ya que en la demanda de autos no se pidió reajuste alguno ni tampoco un interés en la forma cómo fue decretado en el fallo. Agrega que dichos intereses son improcedentes porque tratándose de una obligación líquida, como lo es precisamente la de indemnizar perjuicios, cuya existencia y monto se determina recién en la sentencia, no se devengan, intereses mientras no se determine su monto por sentencia ejecutoriada y requerido el deudor de su pago éste quede constituido en mora.

7°. Que efectivamente la demanda sólo se limita a solicitar el pago de las sumas que reclama como indemnización con intereses, por lo que no procede la reajustabilidad de las sumas demandadas, y en cuanto a los intereses serán los corrientes para operaciones de crédito reajustables de dinero desde que se constituya en mora el deudor.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 186 y 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

I. Que se rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto en lo principal del escrito de fs. 299 por el Abogado Procurador Fiscal, señor Osear Exss Krugmann, en representación del Servicio de Salud Araucanía Sur en contra de la sentencia de fecha 04 de marzo de 2006, escrita de fs. 275 a fs. 296.

II. Que se revoca la referida, sentencia en cuanto por sus decisiones VI y VII ordena pagar las sumas allí indicadas como indemnización por daño moral con reajuste de acuerdo con la variación, que experimente el índice de Precios al Consumidor entre la fecha de la sentencia y la del pago efectivo, devengando en igual período el interés máximo convencional para operaciones de crédito reajutable, decidiéndose, en cambio, que esas sumas de dineros se pagarán en la forma que se indicó en el considerando 7° de esta sentencia.

III. Que se confirma en lo demás la sentencia apelada.

Acordada contra el parecer del Ministro señor Julio César Grandón Castro, quien fue de parecer de acoger el recurso de casación formal planteado por la parte demandada y en definitiva no dar lugar a la demanda en mérito de los siguientes razonamientos:

Uno. Que efectivamente el fundamento legal de la demanda indemnizatoria de fs. 8 y siguientes, o los fundamentos legales en que apoya la acción indemnizatoria son los artículos 2314, 2317, 2320, 2322, 2379, 2330, 2333 y 2334, todos del Código Civil, y que dicen relación con la responsabilidad extracontractual del derecho común.

Dos. Que, sin embargo, al sentenciadora de primer grado en el fundamento vigésimo segundo de su sentencia señala que no corresponde acoger la alegación pretendida por los actores, sino que, indica, la responsabilidad del Estado hay que encontrarla en este caso en la concepción de “falta de servicio consagrada en el artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ley N° 18.575, y en el artículo 141 de la ley N° 18.695.

Tres. Que como se advierte, la sentencia atacada de nulidad no decide sobre la cosa pedida, expresando que la responsabilidad que sanciona tiene su origen en una fuente distinta de aquella elegida por el actor, al exponer que dicha fuente es “la falta de servicio”, lo que no fue alegado por el demandante, y no puede la sentencia una vez que fue trabada la litis y la discusión versó sobre un punto específico de la pretensión del actor, modificar la causa o fundamento de la acción deducida sin causar perjuicio a la contraparte, la que quedó indefensa al no poder plantear una defensa acorde con lo que en definitiva fue acogido por la sentenciadora.

Cuatro. Que lo anteriormente expuesto permite al disidente sostener que al fundarse el fallo recurrido en una causa de pedir distinta a la que adujo el actor en su libelo ha incurrido en un error de derecho que influyó, indudablemente, en lo dispositivo del fallo.

Cinco. Que no es óbice aló razonado precedentemente que el actor en el punto 6º de su escrito de fs. 42 haya expresado que la muerte del menor se debió única y exclusivamente a una falta de servicio imputable al propio Estado, cuando no dio ningún fundamento para ello, sino los propios de su demanda, como quiera que la responsabilidad civil del Estado que emana del artículo 4º del DFL 1 19.653, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, ya mencionada, tiene fundamentos, exigencias, sujetos activos y pasivos y consecuencias distintas a las de la responsabilidad civil extracontractual del derecho común y que fueron motivos de la demanda.

Regístrese, notifíquese y devuélvase Redacción del Ministro señor Julio César Grandón Castro. Pronunciada por la Segunda Sala.

Presidente Ministro Sr. Héctor Toro Carrasco, Ministro Sr. Julio César Grandón Castro y Fiscal Judicial Sra. Tatiana Román Beltramin.

En Temuco, diecisiete de septiembre de dos mil ocho, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

Rol N° 712-2006 Civil.

Peña y Torres con Servicio de Salud Araucanía Sur (2010): Corte Suprema, sentencia en recurso de casación en la forma, rechazado, 17 de diciembre de 2010, rol n° 6989-2008, *Legal Publishing Chile* 47519.

Santiago, diecisiete de diciembre de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos Rol N° 6.989 08, juicio ordinario de indemnización de perjuicios, la parte demandada Servicio de Salud Araucanía Sur ha interpuesto recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de segunda instancia que en lo que interesa confirma el fallo que acoge la demanda deducida por doña Nancy Peña Araneda y don Richard Torres Astorga y condena a pagarle la suma de veinticinco millones de pesos a cada uno a título de indemnización de perjuicios por concepto de daño moral.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en primer término, el recurso de nulidad formal se funda en la causal del artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido dada ultrapetita, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal.

Explica que la sentencia condenó a la demandada por haber incurrido en responsabilidad por “falta de servicio, no obstante que la demanda de autos no tuvo por fundamento tal tipo de responsabilidad, sino que la regulada por el derecho común, esto es, por los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, concretamente la denominada responsabilidad por hecho ajeno y por tal motivo se defendió sobre la base que se enfrentaba a una responsabilidad fundada en los preceptos recién señalados.

Por otra parte, sostiene que la responsabilidad por el hecho ajeno de que tratan los artículos 2320 y siguientes, del Código Civil no podía prosperar por cuanto la acción se dirige contra el Servicio de Salud Araucanía Sur, quien no podría responder por el hecho de los Hospitales de Carahue o Temuco, ya que éstos no son personas jurídicas y tampoco por algún funcionario del Servicio pues no incurrieron en dolo o culpa que haya sido la causa de la muerte del menor. Asevera que son errados los considerandos que establecen los supuestos por los cuales se condena a la demandada, esto es, la falta de hospitalización en el Hospital de Temuco y el alta otorgado por el Hospital de Carahue.

Segundo: Que, en segundo lugar, el recurrente sostiene que la sentencia en estudio no contiene las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la misma, incurriendo en el vicio contemplado en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 N° 4 del mismo cuerpo legal.

Explica que el vicio se produce puesto que el fallo carece de consideraciones de hecho y de derecho para establecer la relación de causalidad entre la actuación del Hospital de Carahue y lo ocurrido con el menor. Expresa que el informe evacuado por el perito designado por el tribunal concluye que es imposible precisar si la atención en el Hospital referido tuvo incidencia en el desenlace que provocó la muerte del menor. Hace presente que en dicho informe se asentó que en la primera atención

otorgada en el citado establecimiento de salud se cumplió con los criterios de calidad y oportunidad que aconseja la *lex artis* para el manejo de una quemadura. Asimismo, que la atención brindada en el Hospital de Temuco se apegó a los estándares de manejo y acorde con lo que se espera en un caso de esta envergadura. Finaliza indicando que la sentencia recurrida expresa que los funcionarios de los Hospitales mencionados que intervinieron en la atención del menor es generadora de responsabilidad, pero nada señala respecto de la relación de causalidad entre dichas actuaciones y el deceso del menor.

Tercero: Que para resolver la causal de nulidad fundada en el vicio de *ultra petita* conviene tener presente los siguientes antecedentes del proceso: a) Que los actores solicitaron como prestaciones las sumas de cinco millones de pesos por concepto de daño emergente, diez millones de pesos a título de lucro cesante y trescientos millones de pesos por daño moral. Fundamentaron la demanda en la responsabilidad extra contractual en que incurrió el Servicio de Salud demandado y especificaron que los basamentos de derecho se encontraban en los artículos 2314, 2317, 2320, 2322, 2329, 2330, 2333 y 2334 del Código Civil. b) En el escrito de réplica los actores señalaron: "...debe tener presente que el hecho que provocó la muerte del menor, se debe única y exclusivamente a una falta de servicio imputable al propio Estado... c) La sentencia de primer grado estableció en la motivación vigésimo segunda: "Que la responsabilidad del Estado hay que encontrarla en este caso en la concepción de falta de servicio consagrada en el artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ley N° 18.575 y en el artículo 141 y de la ley N° 18.695. Ha de entenderse por falta de servicio toda deficiencia o mal funcionamiento de un servicio público y ocurrido esto el órgano de la Administración se hace responsable de todo daño que se cause por tal motivo... Cuarto: Que el vicio de *ultra petita* se produce cuando la sentencia, apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones o excepciones, altera el contenido de éstas, cambiando de objeto o modificando su causa de pedir; ocurre también cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes en sus respectivos escritos que fijan la competencia del Tribunal o cuando emite un pronunciamiento en relación a materias que no fueron sometidas a la decisión del mismo.

Quinto: Que sin embargo en cuanto al derecho aplicable el Juez se encuentra vinculado por el principio *iura novit curiat*, en el sentido que es el Juez quien conoce y aplica el derecho, sin que ello afecte la causa de pedir, esto es, no se encuentra limitado u obligado por los razonamientos jurídicos expresados por las partes, aspecto que no costa a la exigencia que el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones, alegaciones y defensas que las partes sostienen en el pleito.

Sexto: Que en el presente caso el Juez de la causa al aplicar la noción de falta de servicio como criterio de atribución de responsabilidad extracontractual ninguna contravención ha cometido, pues se advierte que existió adecuación entre el objeto del proceso, a saber si la parte demandada incurrió en falta de servicio o culpa, en el servicio y lo decidido en la sentencia. No existe, en consecuencia, la infracción denunciada porque precisamente se resolvieron los puntos objeto de la litis sobre las situaciones de hecho en que se apoyó el litigio, aun cuando los basamentos del pronunciamiento jurisdiccional no convengan al recurrente, sin que constituya esa sola circunstancia la causal invocada.

Séptimo: Que a mayor abundamiento, las consideraciones reprochadas por el recurrente no han influido en lo dispositivo del fallo, en cuanto la acción ha sido

entablada con fundamento en las normas sobre responsabilidad extracontractual básicamente por culpa del servicio hospitalario, según las disposiciones de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, mientras que la causa ha sido fallada basada en los preceptos que establecen la responsabilidad por falta de servicio de un órgano del Estado.

Tal aserto encuentra fundamento en lo ya esbozado en la sentencia dictada por esta Corte en causa Rol N° 371 2008 al señalar que la noción de falta de servicio es aplicable en las normas de derecho común, reflexión al partir de la cual a su vez es posible concluir que es irrelevante que dicho criterio de atribución de responsabilidad se aplique directamente por medio del artículo 44 de la ley N° 18.575 o, en su caso, por el artículo 2314 del Código Civil, porque el concepto de falta de servicio es invariable, por tal circunstancia lo que interesa es que se establezca como se colige en la sentencia censurada que el comportamiento del servicio público fue distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal, o sea basta con probar una falta de servicio.

Octavo: Que como es sabido, la calificación jurídica de los hechos le corresponde al juez y no a las partes, lo que ha venido reiterando la jurisprudencia, desde hace varios años, así se estableció en el célebre fallo “Bernales y otros con Convento de la Recolectación Dominicana Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de julio de 1941, publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo XXXIX, marzo a diciembre de 1942, “12. Que las calificaciones que las partes litigantes hagan en los escritos fundamentales del juicio de las instituciones jurídicas, no caracteriza, sustancialmente, la acción, sino que, conforme a lo que se ha expresado, es el hecho jurídico o material, los únicos que no pueden alterarse, los que constituyen las acciones y excepciones principales del pleito, como quiera, que, en lo que respecta al derecho, las partes son libres para hacer las apreciaciones que crean convenientes, hasta en este punto pueden ser suplidas por el Juez .

En virtud de las motivaciones desarrolladas el primer defecto atribuido al fallo impugnado debe descartarse.

Noveno: Que en relación con la segunda causal invocada, consistente en la falta de consideraciones de hecho y de derecho, procede tener en consideración que, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, aquel vicio sólo concurre cuando la sentencia carece de las argumentaciones fácticas o jurídicas que le sirven de sustento, pero no tiene lugar cuando aquellas existen pero no se ajustan a la tesis postulada por el reclamante, cual es el caso de autos. En efecto, en la especie, la parte recurrente hace descansar la causal en análisis en una falta de motivaciones para dar por establecida la relación; causal entre las actuaciones brindadas en los Hospitales de Carahue y de Temuco y la muerte del menor.

Décimo: Que, sin embargo, se advierte que el fallo impugnado sí contiene los razonamientos que llevaron a los sentenciadores a motivar de la forma en que ellos lo hicieron, aunque a la parte demandada no le satisfagan aquellos fundamentos. En efecto, la juez de la causa reflexiona en la motivación vigésimo primera que la muerte del menor Richard Torres se debió a un shock séptico producido por una quemadura de la mano derecho infectada y no manejada adecuadamente por funcionarios de los Hospitales de Carahue y Temuco sin el cuidado necesario que requería la potencial gravedad que representaba la quemadura, una lesión grave y evolutiva con riesgo potencial de mortalidad, agravada por la edad del menor, su origen rural y el estado general del niño. De lo señalado no cabe duda que el sentenciador dio por establecido el vínculo causal entre la falta de servicio y el daño y aunque sin decirlo

expresamente aludió a la relación natural de causalidad, que se expresa en un nexo de causa a efecto, esto es, que un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido.

Undécimo: Que en virtud de las motivaciones anteriores, el recurso de casación en la forma será desestimado por no configurarse los vicios alegados.

Por estas consideraciones, y lo dispuesto en los artículos 764, 766 y 806 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en la forma interpuesto en lo principal de fojas 346 contra la sentencia de diecisiete de septiembre de dos mil ocho, escrita a fojas 342.

Regístrese y devuélvase con sus agregados. Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y los Abogados Integrante Sr. Luis Bates y Sr. Jorge Medina. No firman no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo los Abogados Integrantes señor Bates y señor Medina por estar ausentes. Santiago, 17 de diciembre de 2010.

Autorizada por la Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a diecisiete de diciembre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el estado diario la resolución precedente.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL PERSONAL E INSTITUCIONAL

Pastor con Goñi y Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia recurso de apelación, 6 de agosto de 2009, Rol N° 10.569-2005.

Santiago, seis agosto de dos mil nueve.

A fojas 557: al otrosí, estése al mérito de autos; al otrosí, a sus antecedentes.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada de fecha veintinueve de agosto de dos mil cinco, escrita de fojas 310 a 380.

Y se tiene, además, presente:

Primero: Que la sentencia en alzada condena al doctor Ignacio Goñi Espildora a pagar a la actora la indemnización que en lo resolutivo de ella se indica, por los perjuicios derivados de una intervención quirúrgica que se estima practicó apartándose de la Lex Artis, con la consecuencia de una parálisis facial que le generó a la paciente.

Segundo: Que, en concreto, el fallo apelado da por establecido que el facultativo – apartándose de las reglas de la Lex Artis- no detuvo la cirugía para obtener exámenes que le permitieran determinar la extensión del tumor que afectaba a la paciente; que los especialistas coinciden que los schwannomas son en su mayoría benignos –como en definitiva se acreditó era el que se encontraba alojado en el nervio facial de la actora- y, además, son de lento crecimiento; y que la justificación que el demandado dio, para explicar su accionar, indicando que los schwannomas son de rápido crecimiento, quedó desvirtuada con la explicación del procedimiento que aconseja seguir la literatura especializada acompañada a estos autos.

También se censura al doctor Goñi no haber informado a la paciente y recabar su autorización o la de algún familiar para extraer el schwannoma que durante la intervención advirtió se encontraba situado en el nervio facial, asumiendo así el riesgo de parálisis asociado que tal extracción supone.

Luego se le imputa que, en cualquier circunstancia, enfrentado a la decisión de resección del tumor, el procedimiento seguido no fue el adecuado, pues este consiste en reconstruir el nervio, en la misma cirugía, para incrementar las posibilidades de éxito y, por el contrario, el médico tratante, no encontrándose preparado para realizar un injerto en la misma operación, prosiguió con ésta, causando el efecto de la parálisis facial en la paciente.

Se le reprocha igualmente que advirtiendo que para la reconstrucción del nervio facial dañado debía efectuarse un injerto, lo dejó trazado con hilo vicril, que el cuerpo reabsorbe, dificultando la localización posterior donde debía hacerse el injerto.

Por último, se sostiene que faltó a la Lex Artis al no informar a la paciente de la conveniencia de que se sometiera a una cirugía reconstructiva en el mas breve plazo, limitándose sólo a enviarla a kinesiología, tratamiento ineficaz para la recuperación de la parálisis facial que ya se había producido, lo que se tradujo en que el efecto de la operación que hubo de serle practicada meses después solo le permitió una recuperación menor del movimiento y sensibilidad perdidas en el área de la cara comprometida.

Tercero: Que el demandado señor Goñi ha sostenido que no ha faltado a los deberes que le impone la Lex Artis, toda vez que ajustó su conducta a los procedimientos que demanda el tratamiento de patologías como las que motivan la presente litis. Así lo expresa en su escrito de apelación que rola a fojas 386 y lo reiteró la abogada que lo asiste en estrados.

Aduce que la configuración de las prácticas y procedimientos que se le reprocha debió seguir, han sido establecidos en estos autos solo en referencia a literatura extranjera y, en todo caso, sin que su infracción haya sido acreditada en este

juicio. Más todavía si la conclusión a la que se arriba en esta causa dista de aquella que fluye del expediente criminal Rol N° 166.432-2001 seguido en su contra ante el 7° Juzgado del Crimen de esta ciudad, hoy 34ª Juzgado del Crimen de Santiago, por el cuasidelito de lesiones graves.

Cuarto: Que aún cuando la sentencia en alzada se apoya, entre otras pruebas, en literatura y estudios extranjeros para determinar cuáles eran las actuaciones exigidas al médico tratante para el diagnóstico, cirugía y tratamiento posterior de la patología que debió enfrentar, lo que el fallo apelado analiza pormenorizadamente en sus motivos décimo noveno y vigésimo para dar por establecida la Lex Artis infringida, esta Corte no ve en ello censura alguna, si se tiene en cuenta que el propio demandado, lo que razona la sentencia en alzada en el motivo vigesimosegundo, le ha reconocido plena idoneidad profesional al Dr. Schaitkin cuyos estudios han servido para el propósito indicado, tanto más si aquél los ha invocado en su favor, lo que prueba que conocía cabalmente las directrices que de ellos fluyen, de modo que no puede afirmarse, como lo sugiere la defensa, que se hubiere forjado, sin base científica, un parámetro de Lex Artis desconocido a esa fecha, más exigente, para atribuirle responsabilidad.

Quinto: Que, de otra parte, tampoco es efectivo que el juez a quo no hubiere ponderado los antecedentes reunidos en la causa criminal a la fecha en que dictó la sentencia. De ello da cuenta lo que se razona en el considerando trigésimo quinto, donde el sentenciador se hace cargo de las apreciaciones del doctor Carlos Ferrada Valenzuela, Presidente de la Sociedad Chilena de Cabeza y Cuello, del doctor Miguel González Prado, Jefe del Departamento de Cirugía de Cabeza-Cuello y Plástico Máximo Facial, como también del informe elaborado por el Departamento de Medicina Legal de la Universidad de Chile (fs. 128). Además, porque se hizo cargo de los Informes Médicos Legales evacuados en la citada causa criminal, concluyendo que no resultan definitivos para exonerar de responsabilidad al facultativo demandado, “por cuanto sólo contienen afirmaciones, sin mayor explicación”, y no desvirtúan “las opiniones contrarias señaladas en los estudios singularizados en el considerando décimo noveno”. Incluso más, añade el juez a quo que los referidos Informes Médicos Legales contienen “una justificación subjetiva” que “no aparece de los hechos del proceso, cual es, que la paciente habría exigido garantías de la reparación del nervio que el especialista no podía asegurar”.

Sexto: Que accediendo a una solicitud de la defensa, esta Corte dispuso, como medida para mejor resolver, traer a la vista la causa criminal seguida en contra del demandado en estos autos, a fin de apreciar si en ella, luego de dictada la sentencia de primer grado se habían reunido probanzas que pudieren demostrar que el facultativo se ajustó a la Lex Artis.

Séptimo: Que examinados los autos criminales referidos, es posible observar que, si bien en ellos no se ha dictado resolución inculpatória alguna en contra del doctor Goñi, tampoco obran en dicho proceso probanzas que lo exoneran de responsabilidad y que puedan llevar a esta Corte a la convicción de que no infringió la Lex Artis como lo establece la sentencia apelada que se revisa.

Octavo: Que, en efecto, de la declaración del doctor Sergio Javier González Bombardiere, de fojas 762, que realizó el examen preliminar de la muestra del tumor extraído durante la operación, queda confirmado que aquel no exhibía “signos histológicos de malignidad”. Lo que deja en evidencia que no era necesaria su extracción total. De lo que se sigue que al proseguir la intervención el demandado asumió un riesgo adicional asociado de compromiso del nervio facial, cuyo efecto natural, nadie discute, se tradujo en una parálisis facial para la paciente.

Luego, interrogado el doctor Augusto León Ramírez, a fojas 747, reconoce que al evacuar su informe de fojas 59 y 60 solo tuvo a la vista la ficha clínica de la paciente. También que el cirujano decidió “no intentar una reparación primaria del

nervio con microcirugía, sino esperar el resultado de la biopsia diferida”, y que “el cirujano dejó marcados los cabos del nervio facial, con miras a una reconstrucción futura”, confirmando que dejó la marca con hilo “vicril”. Se ratifica así que para revertir el efecto dañoso de la parálisis facial provocada, debió el facultativo responsable, en breve plazo, practicar a la paciente una cirugía reconstructiva de injerto del nervio dañado u ordenarla, y quedó establecido que el doctor Goñi solo se limitó a derivar a la paciente a tratamiento de kinesiología y que el hilo “vicril” no resultaba idóneo para el propósito referido.

Por su parte, el doctor Carlos Roberto Ferrada Valenzuela, a fojas 768, reconoce también que no se entrevistó con la paciente al evacuar su informe de fojas 61 a 63; que desconoce las ventajas y desventajas del hilo vicril, y que solo tuvo a la vista los antecedentes que le proporcionó el médico tratante, lo que resta todo mérito a su testimonio para exonerar de responsabilidad al demandado.

En igual sentido declaró el doctor Manuel Gerardo Alvarez Zenteno, a fojas 740, en cuanto señala no conocer a la paciente, aunque agrega que “en esta primera etapa la reparación inmediata no estaba indicada, debiéndose dejar para un segundo tiempo operatorio”, lo que prueba que al postergar la opción de efectuar un injerto reconstructivo en la primera intervención por no haberse ésta planificado, se incrementó el riesgo del efecto dañoso previsible de la parálisis facial que, al extraer todo el tumor, era inevitable.

Respecto del testimonio de José Miguel González Pino, de fojas 673, este no explica razonablemente por qué no se postergó la extracción total del tumor que implicaba el corte del nervio facial con el alto riesgo asociado, cuando en su declaración de fojas 66 había señalado que existía un 75% de probabilidades de que ese tumor fuera benigno y, además, cuando se conocía ya el resultado de una biopsia preliminar que indicaba que era benigno. También ratifica que no entrevistó a la paciente para evacuar su informe y que solo se basó en su ficha clínica.

Finalmente, a fojas 782 y 783 de la causa criminal, rola informe evacuado por el doctor Barry Schaitkin, profesor de Otorrinolaringología de la Universidad de Pittsburg, que atendió a la actora en el proceso de reimplante de injerto en el procedimiento de cirugía reconstructiva destinado a mitigar el efecto causado por la primitiva intervención, quien explica que en “pacientes que presentan tumores en la parótida puede ser difícil dictaminar pre-operatoriamente si estos son schwannomas o no. Una vez que se diagnosticó el schwannoma, el paciente debe ser despertado, sometido a una imagen de resonancia magnética e informado sobre la lesión y riesgo, y luego analizar los beneficios y alternativas de resección versus observación. Si se planificó una resección, el nervio debe ser unido nuevamente tan pronto sea posible para lograr un resultado de nervio facial ideal”, demostrándose así que el demandado no ajustó su intervención a la regla de la Lex Artis que aconseja que debió practicar el injerto reconstructivo -en la operación o en el más breve plazo-, sin que además hubiere probado que advirtió a la paciente de la necesidad de una segunda operación con tal objeto y que esta se negó a ello, pues la alegación de que ésta exigió garantías en su resultado no tiene asidero con las probanzas allegadas al proceso.

Noveno: Que, como se ve, la causa criminal no arroja elementos de prueba suficientes que desvirtúen el hecho de que el doctor Goñi faltó a la Lex Artis en la intervención que practicó a la actora, por lo que habiendo quedado establecido que a causa de ello se produjo el efecto de quedar ésta con parálisis facial, y concurriendo las demás exigencias para atribuirle responsabilidad, la sentencia que lo condena a indemnizar el daño moral provocado tendrá que ser confirmada.

Décimo: Que, por su parte, la Pontificia Universidad Católica de Chile alegó, en su escrito de adhesión al recurso de apelación de fojas 394, no ser legitimada pasiva en la presente causa, toda vez que la litis se dirigió en contra del Hospital Clínico de la

Pontificia Universidad Católica de Chile que carece de personalidad jurídica y patrimonio propio.

Décimo primero: Que tal excepción, sin embargo, no puede ser acogida, si se considera que quien contestó la demanda fue precisamente don Pedro Rosso Rosso en su calidad de Rector de esa Casa de Estudios Superiores, salvándose de ese modo cualquier efecto que pudiera generar confusión en torno a la entidad demandada, quedando claro así que la litis se trabó con la Pontificia Universidad Católica de Chile por hechos acaecidos en una entidad de su dependencia, como lo es el Hospital Clínico de esa Universidad.

Décimo segundo: Que, en lo que atañe a la pretensión de la actora, de que la Pontificia Universidad Católica de Chile debiese responder por los perjuicios sufridos por ella a consecuencia del obrar del doctor Goñi sobre la base de que existiría una responsabilidad por hecho ajeno de la primera por las acciones del segundo, tal alegación no tiene asidero.

Décimo tercero: Que, en efecto, para que pueda atribuirse a un tercero responsabilidad por el hecho de su dependiente, es menester acreditar no solo la existencia de una acción u omisión culpable, en este caso del médico demandado, sino además que éste desempeñaba sus funciones en régimen de dependencia con el Hospital Clínico de la Universidad Católica, circunstancias que no han sido probadas por la víctima.

Décimo cuarto: Que tal es así porque son hechos establecidos en este proceso que la actora concurrió a la consulta particular del demandado y que allí le fue diagnosticada la existencia de un tumor y sugerida la necesidad de intervención en el centro hospitalario referido donde ingresó a efectuarse el tratamiento, pero no está probado que esa entidad haya tenido ingerencia alguna en la elección del médico y en el equipo de médicos o personal sanitario que participó en la cirugía; y los documentos agregados en esta instancia no resultan aptos para arribar a la conclusión de que el demandado prestó sus servicios en régimen de dependencia con una entidad hospitalaria, lo que supone que el paciente acude al centro médico, quien le designa un facultativo concreto que lo atiende.

Décimo quinto: Que se sigue de lo expuesto, que no puede considerarse civilmente responsable a la Universidad demandada, respecto de acciones que ejecuten médicos contratados directa y personalmente por el paciente, sin intervención alguna del Hospital que de ella depende.

Así, por lo demás lo reconoce la doctrina autorizada, entre otros, Zelaya Echeagaray Pedro, “Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)”, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 201, pp. 11-58 y en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, N°2, 1997, pp. 47-90. En igual sentido se pronuncia Corral Talciani, Hernán, Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Ed. Jurídica de Chile, 1° Ed., 2003, p. 283); y Pizarro Wilson, Carlos: La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 1, diciembre 2003, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago, 2003, pp. 181-205).

Décimo sexto: Que corrobora la conclusión que antecede, lo sostenido recientemente por el profesor Enrique Barros Bourie, quien afirma que una clínica u hospital puede responder cuando hay “culpa en la organización” por no haber dispuesto de los medios necesarios para prestar los servicios: “no haberse observado los deberes de cuidado en la administración de los equipos de trabajo, infraestructura e instalaciones”, lo que no ha sido probado en autos. (Barros Bourie, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1° Ed., 2007, pp. 688-692).

Décimo séptimo: Que, finalmente, esta Corte estima que no existen fundamentos suficientes, ni tampoco prueba adicional que pudiera justificar el incremento del

monto del daño moral a que viene condenado el demandado por la sentencia que se revisa, ni menos para dar lugar a una indemnización por concepto de daño emergente y lucro cesante, atendido que comparte los fundamentos que se contienen en la sentencia que se revisa los que no han sido desvirtuados en el escrito de apelación por la actora ni tampoco por las alegaciones escuchadas en estrados.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código civil, **se confirma** la sentencia apelada de fecha veintinueve de agosto de dos mil cinco, escrita a fojas 310 y siguientes.

Devuélvase al 34° Juzgado del Crimen de esta ciudad, el expediente criminal Rol N° 166.432-2001 con sus tomos I y II, tenidos a la vista, según consta a fojas 554 vuelta.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción del Abogado Integrante señor Emilio Pfeffer Urquiaga.

Rol N° 10.569-2005.-

6. RESPONSABILIDAD MÉDICA CONTRACTUAL Y LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO: RELACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL MÉDICO Y LA DEL CENTRO ASISTENCIAL EN EL QUE SE DESEMPEÑA.

De Widts con Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica de Chile (1998): Corte Suprema, sentencia de recurso de casación en la forma y en el fondo, 29 de septiembre de 1998. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia. XCV (3): 157-165, sept.- dic., 1998.

DOCTRINA: De acuerdo con lo que previene el artículo 2320 del Código Civil que regula “la responsabilidad por el hecho ajeno”, para que surja dicha responsabilidad se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que exista un vínculo de subordinación o dependencia de dos personas; b) que este vínculo sea de derecho privado; c) que ambas personas sean capaces de delito o cuasidelito; d) que el subordinado o dependiente haya cometido un ilícito y e) que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado o dependiente. En el caso de la responsabilidad médica contractual es preciso que se trate de un contrato válido y, por lo tanto, que exista perfecta coincidencia de voluntades, debiendo recaer el consentimiento sobre un objeto lícito y tener causa lícita, que el contrato se haya celebrado entre la víctima del daño y el autor de éste y que el daño sufrido por la víctima provenga del incumplimiento del contrato médico. Tratándose de la responsabilidad extracontractual, el peso de la prueba recae en la víctima, de manera que debe acreditar cada uno de los presupuestos de hecho necesarios para que ésta surja. En el caso de pretender hacer efectiva la responsabilidad contractual, basta que el contratante diligente acredite que su contraparte incumplió las obligaciones que le fueron impuestas por el contrato y para liberarse de dicha responsabilidad, es éste quien deberá acreditar que fue diligente y cuidadoso o que no pudo cumplir por caso fortuito o fuerza mayor.

La sana crítica es una forma de apreciar la prueba que conduce al descubrimiento de la verdad, por los medios que aconseja la recta razón basada en la experiencia racional puesta en juicio.

Conforma al mérito de prueba de la presunción, el hecho desconocido es deducido de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas; valga decir, se infiere sobre una cosa porque se cuenta con señales o indicios para ello. Para que el juez pueda dar por probado un hecho mediante este medio de prueba, es menester que en el proceso se proporcionen y acrediten antecedentes suficientes y de tal entidad, que le permitan suponer, barruntar o intuir el hecho desconocido.

Por sentencia de 29 de septiembre de 1995, escrita a fojas 302, el juez de primera instancia acogió en parte la demanda interpuesta en lo principal de fojas 1, condenando a la demandada a pagar la suma de \$ 10.000.000, más intereses y reajustes, como indemnización de los perjuicios de orden moral que sufrió la actora. Apelada dicha sentencia por las partes del juicio, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la revocó por resolución de veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y siete, escrita a fojas 415, en cuanto hacía lugar en forma parcial al libelo de fojas 1, desestimándolo íntegramente y confirmó en lo demás el fallo recurrido.

En contra de la referida sentencia, la parte demandada dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo. En el primero, invoca las causales de nulidad formal previstas en los números 5 y 6 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil; esto es, afirma que la sentencia no se extendió en la forma prevista por la ley y, además, que se dictó en contra de otra pasada en autoridad de cosa juzgada, la que fue alegada oportunamente en el juicio, según señala. En el de casación en el fondo, sostiene que se infringió lo que disponen diversas normas legales que indica. Como estima que las causales de nulidad formal se configuraron y que las infracciones denunciadas

influyeron substancialmente en lo dispositivo del fallo, solicita su anulación; para que, dictándose por esta Corte sentencia de reemplazo, se proceda a acoger íntegramente la demanda interpuesta en los autos.

Se trajeron los autos en relación.

LA CORTE

Considerando:

I. En cuanto al recurso de casación en la forma:

1° Que, en primer lugar, el recurrente invoca como causal de nulidad formal que lo autoriza, aquella prevista en el número 5 del artículo 768, en relación a lo que disponen los números 4 y 6 del artículo 170, ambos del Código de Procedimiento Civil; valga decir, sostiene que la sentencia no contiene las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento y, además, que no resuelve el asunto controvertido. Afirma que en la sentencia de primera instancia y en la de segunda se negó valor a la cosa juzgada, que emana de la resolución que dispuso el sobreseimiento definitivo de la causa, en materia penal, en la que se investigaba el delito de maltrato infantil que se imputó a la madre de la menor, analizándose solamente los efectos que, en el juicio civil, produjo la resolución que fue dictada en sede penal, por la cual se dispuso el sobreseimiento temporal de la causa en la que se investigaba la muerte de la menor Gabriela.

2° Que la referida causal de nulidad formal, se configura cuando la sentencia no contempla los razonamientos necesarios referentes a los hechos sobre que versa la cuestión sometida a la consideración del tribunal y también cuando no se desarrollan los argumentos jurídicos que determinan el fallo, pero no cuando estos no se ajustan a la tesis que sustentan el recurrente y ni aun cuando estos resultan equivocados y, asimismo, cuando no se resuelve el asunto que fue sometido a su consideración. En el caso de autos, basta la lectura del fallo impugnado para concluir que cumple adecuadamente con las exigencias establecidas en los números 4 y 6 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que, de acuerdo a lo que dispone el artículo 769 del cuerpo legal citado, para que pueda ser admitido a tramitación el recurso de casación en la forma, es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de la falta ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos en la ley. Como el vicio que el recurrente imputa a la sentencia recurrida, se habría producido también en la de primer grado, en contra de la cual no interpuso un recurso de nulidad formal, el que ahora se analiza no puede prosperar por falta de la preparación que exige la ley.

3° Que, como segunda causal de nulidad formal, el recurrente invoca aquella establecida en el número 6 del artículo 768 del código del ramo, que, a la letra, señala: “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: En haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio”. Al respecto, expresa que produce cosa juzgada en materia civil, la resolución que sobreseyó definitivamente la causa en la que se investigó el delito de maltrato infantil, que se imputó a la madre de la menor, según lo prescriben los artículos 179 número 1 y 180 del Código de Procedimiento Civil. Afirma que en dicho proceso penal, fue determinante para disponer el sobreseimiento definitivo de la causa, el hecho de que en el informe por el cual se amplió el de autopsia, que se practicó a la menor, se concluyó que el golpe que le provocó la lesión necesariamente mortal, lo recibió entre

24 y 48 horas antes de su muerte. Como esa lesión no quedó registrada en el scanners que se le tomó a la menor en el Instituto de Neurocirugía, luego de que cayó en estado de coma, el día 10 de marzo a las 22 horas, ni en el que se le tomó en el hospital del demandado, al día siguiente a las 15.30 horas, significa que el referido golpe lo sufrió la menor después de habersele tomado dichos exámenes. Por lo expuesto, estima que debió considerarse el mérito que emana de la resolución que dispuso el sobreseimiento definitivo de la causa, que se incoó en contra de la madre de la menor y, con ello, concluirse que al demandado le cupo responsabilidad en el deceso de Gabriela.

4° Que, para un adecuado análisis de la causal que se examina, se debe tener presente que en esta causa se pretende hacer efectiva la responsabilidad extracontractual de la Pontificia Universidad Católica de Chile y, en forma subsidiaria, la que emana del contrato de prestación médica que las partes celebraron. En el libelo de fojas 1, se afirma, en síntesis, que los médicos que se desempeñaban en el Hospital Clínico de la Universidad Católica, y que atendieron a la menor Gabriela Francisca Fritzt de Vidts, hija de la actora, actuaron en forma negligente y, además, no dieron fiel cumplimiento a las obligaciones que emanaban del contrato de salud, lo que en definitiva causó la muerte de aquella. Para los mismos efectos, se debe tener presente que ante el

Duodécimo Juzgado del Crimen de Santiago, se incoó la causa número de rol 24.1431, para investigar la muerte de la menor y la denuncia de maltrato infantil efectuada a fojas 265, en la que se le imputaba participación en dicho maltrato a doña Solange de Widts Urrutia, madre de Gabriela. Mediante resolución de 8 de febrero de 1994, escrita a fojas 394, aprobada por la de 17 de marzo del mismo año, escrita a fojas 397, se dispuso respecto de la denuncia que se formuló a fojas 265, el sobreseimiento total y definitivo de la causa, en conformidad a lo que dispone el número 2 del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal y, en cuanto a la investigación de la muerte de la menor, se decretó el sobreseimiento temporal, de acuerdo a lo que previene el número 2 del artículo 409 del mismo cuerpo legal.

5° Que, según lo prescribe el número 1 del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias que ordenen el sobreseimiento definitivo producen cosa juzgada en materia civil, cuando se fundan en la no existencia del delito o cuasidelito que ha sido materia del proceso, no pudiendo comprenderse los casos en que dicha resolución se funda en la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal. Sin embargo, como la resolución que dispuso el sobreseimiento definitivo sólo afecta a la causa en que se investigaba la denuncia de maltrato infantil y, por lo mismo, sólo beneficia a la madre de la menor, que no tiene la calidad de parte demandada en estos autos; debe concluir que los efectos que emanan de dicha resolución no pueden ser invocados en la presente causa, en la forma como lo pretende la parte recurrente y, con su mérito, estimar que se encuentra acreditada la responsabilidad que se le imputa a la demandada en los hechos materia del juicio. Por lo mismo, al desestimarse el libelo de fojas 1, porque no se acreditaron los presupuestos de hecho necesarios para que surja la obligación de indemnizar los perjuicios, que la actora sufrió por la muerte de su hija, no se ha configurado la causal de nulidad formal que se examina.

6° Que, atendido lo expuesto, el recurso de casación en la forma debe ser rechazado.

II. En cuanto al recurso de casación en el fondo:

7° Que, en primer lugar, el recurrente sostiene que los sentenciadores de segundo grado, al desestimar la demanda, infringieron lo que disponen los artículos 160, 180, 179 número 1 y 425 del Código de Procedimiento Civil; pues, en el expediente criminal en el que se investigaron los mismos hechos que sirven de fundamento a la actual pretensión indemnizatoria, se dictó una resolución que dispuso el sobreseimiento definitivo de la causa, declarándose la inexistencia del delito de maltrato infantil que se le imputó a la madre. Afirma que dicha resolución implica, que se dio por establecido como hecho de la causa, que la menor recibió el segundo golpe durante el tiempo en que estuvo hospitalizada por segunda vez y no antes de su ingreso al hospital, lo que por lo demás quedó corroborado con la ampliación del informe que practicó el Instituto Médico Legal, que se fundó en la autopsia y en los dos scanners que se le efectuaron a la menor.

8° Que, asimismo, señala que la decisión del tribunal de alzada se dictó contra el mérito del proceso, al decidirse que no cabe imputar dolo o culpa a algún subordinado o dependiente de la demandada, por dar el alta a la niña el día 8 de marzo, no obstante que de los antecedentes aparece que fue otorgada por el doctor Larrea, becado de primer año; quien, si bien afirma haber consultado al neurólogo doctor Schlack, éste niega tal hecho. Agrega que tampoco se consideró la declaración dada por testigos que deben ser considerados como calificados, como lo son los doctores Sra. Bartolotti, Sra. Ortúzar y Sr. Merello, quienes están contestes en señalar que la menor no debió ser dada de alta en las condiciones en que se encontraba y, por lo tanto, que dicho acto fue imprudente o negligente. Indica que lo anterior importa infringir la norma contenida en el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, en relación a lo que dispone el artículo 1712 del Código Civil, pues no se ponderaron las situaciones que se acreditaron en el proceso como fundamentos de presunciones, no obstante que reúnen las calidades de gravedad, precisión y concordancia suficientes, como para estimar que el hospital demandado no cumplió con el deber de vigilancia que le impone el contrato y su posición de garante. También señala que en la sentencia se dio el trato de testigos a los médicos dependientes del hospital, no obstante que éstos no declararon en el proceso civil, sino que sólo en el penal, donde depusieron “bajo promesa de decir verdad” como inculpados eventuales y, en consecuencia, no pudieron ser examinados legalmente. Lo anterior, estima que importa violar las normas contenidas en los artículos 320, 366 y 340 del Código de Procedimiento Civil. Afirma que cuando en la sentencia se expresa que la demandada no incurrió en ningún incumplimiento a sus obligaciones contractuales, se viola lo que dispone el artículo 1698 del Código Civil, que impone el peso de la prueba al que alega la extinción de cualquier obligación. Señala que, en la especie, la demandada alegó haber dado perfecto cumplimiento a sus obligaciones contractuales para con su paciente y, analizándose parcialmente las probanzas rendidas que aparentemente avalan los dichos de la demandada, se decidió en forma injustificada desestimar la demanda. Sostiene que hubo hechos que fueron materia de prueba y no fueron resueltos en la sentencia, como la sobredosis de barbitúricos a que fue sometida la menor en su primera hospitalización; la petición de hacer la autopsia a la menor en el hospital demandado, cuando esta aún vivía, la extraña fractura de brazo, de la cual sólo existe un informe radiológico y la falta de una placa “extraviada” e inexistente en la autopsia. Expresa, que tampoco se consideró la declaración de la señora Ilma Cruz y de la “nana” Patricia Berrocal, que declararon en el proceso penal y que son coincidentes con los dichos de la pediatra señora Ortúzar, en cuanto a que la menor en ningún momento presentó signos de fractura en el brazo. Señala que todos esos antecedentes, de conformidad a lo que dispone el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 1712 del Código Civil, “producen plena prueba, por ser graves, precisas y concordantes las presunciones que emanan de las

mismas y debieron llegar al sentenciador a la convicción de que la fractura de brazo jamás existió” (sic).

9° Que el recurrente agrega en su recurso, que el razonamiento contenido en el considerando signado con el número 6 del fallo de segundo grado, ha sido motivado precisamente por la no apreciación de la prueba rendida, pues estima que diferentes probanzas acreditan la responsabilidad de los doctores Cerda, Larrea y Schalack en el tratamiento y alta de la paciente; como lo son las declaraciones testimoniales del doctor Donoso, el informe evacuado por la Policía de Investigaciones, la propia confesión del doctor Larrea y las declaraciones del doctor Schalack y de la doctora Cruz Balboa, pruebas rendidas en el proceso penal. Señala que de todas estas probanzas se deduce que los profesionales eran dependientes de la demandada y que el alta del día 8 de marzo fue dada por el doctor Larrea, sin la evaluación del doctor Schalack y que la crisis convulsiva sufrida por la menor no fue un diagnóstico presuntivo, sino un hecho real no ponderado como tal en la sentencia. Concluye que, por lo expuesto, la decisión de los jueces de segundo grado importa contravenir lo que disponen los artículos 2320 y 2322 y del Código Civil, “en tanto los médicos mencionados son evidentemente dependientes del hospital demandado...” (sic).

10° Que, además, señala que se omitió valorar la declaración testimonial de la doctora Blanca Ortúzar, que permite dar por acreditado que los médicos que trataron a la menor, omitieron solicitar los antecedentes clínicos a los otros hospitales en que fue atendida, y que dicha omisión fue negligente y causante del daño; en la medida que no se tuvo conocimiento de que la paciente había sufrido crisis convulsiva y baja de peso, explicable por los continuos vómitos, los que fueron causados a su vez y reconocibles de inmediato, como parte de la sintomatología de TEC complicado. Afirma que a causa de la referida omisión, que debe ser calificada como negligente, se dio el alta a la paciente con un errado diagnóstico de cuadro respiratorio. Teniendo presente lo anterior, manifiesta que se contravino lo que dispone el artículo 1546 del Código Civil, pues se prescindió de los antecedentes clínicos que obraban en otros centros hospitalarios, no obstante que estaban obligados a requerirlos para dar fiel cumplimiento a las obligaciones que emanan del contrato de prestación de asistencia de salud, que el hospital demandado celebró con su paciente; omisión que constituye una negligencia, conforme a lo que dispone el artículo 1547 del mismo cuerpo legal.

11° Por último, expresa que se omitió ponderar como prueba el hecho de que el TAC que se le practicó a la menor en el Instituto de Neurocirugía, el día 10 de marzo de 1991, a las 20:55 horas, arrojó un resultado normal; que por la ampliación del informe pericial practicado por el Servicio Médico Legal, se estableció que las lesiones cerebrales que recibió la menor eran necesariamente mortales, siendo imposible que no se detectaran en su scanner y que se infirieron a la menor entre 24 y 48 horas antes de su fallecimiento; que el scanner tomado el 11 de marzo, a las 15:30 horas, en el hospital demandado, reveló el edema causado por la asfixia y aire en el espacio subaracnoideo, provocado por la punción lumbar y, dado que no reflejó hemorragia subaracnoidea, ni la protusión de las amígdalas cerebelosas, ni la dislaceración de los tejidos; no puede sino concluirse que hasta ese momento, la menor no había sufrido el golpe necesariamente mortal. También señala que se omitió considerar como presunciones graves, precisas y concordantes, las demás pruebas existentes en el proceso, como es la existencia de una sentencia ejecutoriada por la cual se sobreseyó la investigación penal de acuerdo a lo que dispone el número 2 del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal. Todo lo cual lleva a la conclusión de que la menor recibió un golpe necesariamente mortal en las dependencias del hospital demandado. Por lo señalado, concluye que se violó lo que disponen los artículos 160

y 426 del Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código Civil.

12° Que, como se indicó en el fundamento signado con el número 4° de este fallo, la parte demandante pretende que se le indemnicen los perjuicios que sufrió a raíz de la muerte de su hija, basándose para ello en las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, establecidas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil y en especial en las que regulan la responsabilidad por el hecho ajeno, artículos 2320 y 2322 del referido código. En forma subsidiaria, formula su pretensión indemnizatoria, fundándose en las disposiciones contenidas en los artículos 1545 y siguientes del Código Civil, que regulan la responsabilidad contractual.

13° Que, para que surja la responsabilidad médica extracontractual, es menester que el causante del daño sea médico; que el hecho se haya ejecutado intencionalmente o con imprudencia o negligencia, lo que se expresa a través de la infracción a la *lex artis*; que se haya producido un daño o más bien que se haya provocado una agravación, mantenimiento de la enfermedad, lesiones o la muerte del paciente y que exista la relación de causalidad, valga decir, que el daño se haya producido u ocasionado por el hecho ilícito del médico. De acuerdo a lo que previene el artículo 2320 del Código Civil, que regula lo que la doctrina nacional sobre la materia ha denominado “la responsabilidad por el hecho ajeno”, para que surja dicha responsabilidad se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

1° que exista un vínculo de subordinación o dependencia entre 2 personas; 2° que este vínculo sea de derecho privado; 3° que ambas personas sean capaces de delito o cuasidelito; 4° que el subordinado o dependiente haya cometido un hecho ilícito, y 5° que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado o dependiente. En el caso de la responsabilidad médica contractual, es preciso que exista un contrato válido y, por lo tanto, que exista perfecta coincidencia de voluntades, debiendo recaer el consentimiento sobre un objeto lícito y tener causa lícita; que el contrato se haya celebrado entre la víctima del daño y el autor de éste y que el daño sufrido por la víctima provenga del incumplimiento del contrato médico. Tratándose de la responsabilidad extracontractual, el caso de la prueba recae en la víctima, de manera que debe acreditar cada uno de los presupuestos de hecho necesarios para que ésta surja. En el caso de que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad contractual, basta que el contratante diligente acredite que su contraparte incumplió las obligaciones que le fueron impuestas por el contrato y para liberarse de la responsabilidad que de ello emana, es éste quien deberá acreditar que fue diligente y cuidadoso o que no pudo cumplir por caso fortuito o fuerza mayor.

14° Que se encuentran establecidos en la sentencia, como hechos de la causa, los siguientes: que el día 18 de febrero de 1991, a las 12:00 horas, Gabriela, de 1 año y 8 meses, sufrió una caída que le provocó diferentes lesiones que fueron diagnosticadas en la Unidad de Emergencia del Hospital Calvo Mackenna, como traumatismo craneo encefálico (TEC), servicio al que ingreso a las 14:40 horas; que la caída la tuvo en el jardín posterior de su casa, cuando estaba acompañada únicamente con el conviviente de su madre y era conducida sobre los hombros de éste, cuya altura es de 1,80 cm, el que a causa de un tropezón, la soltó, cayendo los dos al piso de cemento; que el mismo día, entre las 16:40 a 18:50 horas se le practicó a la menor un examen en el Servicio de Radiología del Hospital Instituto de Neurocirugía A. Asenjo, en el que se expresa: “extenso rasgo de fractura lineal con diastasis de fragmentos en fosas cerebrales y cerebelosa de la escama del occipital en el lado izquierdo. Otro rasgo de fractura pequeño en hueso frontal del lado izquierdo” que el mismo día, a las 19:05 horas, la menor fue hospitalizada en el Hospital Calvo Mackenna con diagnóstico

TEC cerrado, fractura occipital y dada de alta el día 20 de febrero; que después que se le dio el alta volvió al referido hospital por vómitos, siendo derivada al Instituto de Neurocirugía el día 4 de marzo de 1991, retornando al hospital el mismo día a las 15:40 horas y posteriormente a su domicilio; que el día 5 de marzo de 1991 a las 9:10 horas ingresó al Hospital Calvo Mackenna por presentar la menor vómitos con pérdida de conocimiento, siendo ingresada el mismo día, a las 17:50 horas, al Servicio de Pediatría del Hospital Clínico de la Universidad Católica; que el día 8 de marzo de 1991 a las 12:00 horas se le da el alta por los médicos señores Larrea y Acuña, evaluando en forma previa el doctor Luis Schalack el estado neurológico de la menor; que el día 10 de marzo de 1991 la menor, en la casa de una vecina, jugó sin demostrar dolor o impedimento, presentando ánimo alegre y confiado y, como a las 19:30 horas, presentó vómitos mientras comía, la madre salió, dejando acostada a la menor y al cuidado de su conviviente, como el estado de la niña se agravó éste la llevó al Consultorio de Ñuñoa, a donde llegó la demandante; que ese mismo día, a las 21:00 horas, ingresó la menor en coma al Instituto de Neurocirugía, lugar al que fue enviada desde el Hospital Luis Calvo Mackenna, siendo conducida por decisión de la madre al Hospital Clínico de la Universidad Católica, al que ingresó a las 23:10 horas, con diagnóstico de: 1) coma profundo sin función cerebral. 2) TEC cerrado complicado antiguo. 3) D.C.P.G.II, confirmándose la muerte cerebral de la menor mediante diagnóstico que se efectuó el 11 de marzo de 1991 a las 15:00 horas, falleciendo el día 13 de marzo del mismo año a las 15:07 horas; que en el certificado de defunción se consignó como causa de la muerte “traumatismo cráneo encefálico” y en el informe por el cual se amplió el de autopsia, se dejó constancia de la siguiente conclusión: “muerte se debió a un traumatismo cráneo encefálico que posteriormente se complicó con bronconeumonía bilateral”, TEC que se produjo después del alta dada el 8 de marzo de 1991, sin que se pudiera establecer el día, la hora y el hecho que lo causó; que los médicos que atendieron a la menor no requirieron los antecedentes producidos en el Hospital Calvo Mackenna y en el Instituto de Neurocirugía, pero coincidieron sus observaciones clínicas y los diagnósticos, especialmente en lo neurológico y neuroquirúrgico con los de aquellos centros, efectuando a la menor múltiples exámenes de laboratorio que no se le habían practicado antes; que no se acreditó que el TEC, principal causante del deceso, haya sido producto de un acto doloso o culposo de persona determinada o indeterminada por quien responde la demandada, ni que reúna las características adecuadas para ocultar negligencia médica; que no se acreditó que la lesión de fractura fuera inexistente, ni que se hubiese simulado para justificar imputación de maltrato infantil y ocultar negligencia y, en cambio, que se probó que las atenciones brindadas a la menor fueron oportunas y adecuadas y que corresponden a acciones realizadas conforme a la “Lex Artis” Médica, en todas las diversas etapas de tratamiento de la menor.

15° Que, para fijar dichos hechos, los sentenciadores de segundo grado analizaron y apreciaron toda la prueba rendida en los autos por los litigantes. Como la parte recurrente sostiene que los jueces en dicho proceso racional, conculcaron leyes reguladoras de la prueba, cuya infracción de ser efectiva permitiría a este Tribunal modificar los hechos señalados en el razonamiento anterior, se analizaran en primer lugar dichas infracciones.

16° Que, de acuerdo a lo que dispone el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, los tribunales deben apreciar la fuerza probatoria del dictamen de peritos, en conformidad a las reglas de la sana crítica. La sana crítica es una forma de apreciar la prueba que conduce al descubrimiento de la verdad, por los medios que aconseja la recta razón basada en la experiencia racional puesta en juicio. En el caso de autos, el

Instituto Médico Legal evacuó un informe médico legal, ampliando el de autopsia que en su oportunidad se le practicó a la menor. Además, rolan en el expediente el resultado de los scanners efectuados a la misma. Como en el informe practicado por el Instituto Médico Legal, sólo se expresa que la hija de la demandante falleció a consecuencia de un traumatismo cráneo encefálico, que después se complicó con una bronconeumonía bilateral, conforme a las reglas de la sana crítica no puede arribarse a la conclusión que pretende el recurrente; esto es, que la lesión causante del traumatismo es imputable a algún dependiente de la demandada, que se la infirió cuando fue hospitalizada por segunda vez en las dependencias del demandado, más aún si la menor ingreso en el hospital con diagnóstico de “coma profundo, sin función cerebral” y, por lo mismo, el hecho de que el traumatismo no haya figurado en los scanners que se le practicaron a la menor, no es suficiente por sí sólo para concluir en la forma como lo hace el recurrente. Por lo expuesto, los jueces del fondo no han conculcado lo que dispone el artículo 425 del código citado.

17° Que, en lo que dice relación con la prueba testifical, se debe tener presente que los artículos 320, 340 y 366 del Código de Procedimiento Civil, sólo son normas que regulan la forma en que debe rendirse dicha prueba. Por consiguiente, su eventual infracción no puede ser denunciada mediante la interposición de un recurso de casación en el fondo. Sin perjuicio de lo anterior, como del examen del expediente aparece que la demandante, a fojas 170, solicitó que el expediente criminal en que se investigó la muerte de la menor, se tuviera como acompañado en parte de prueba, a lo que el juez de la causa accedió por resolución que rola a fojas 171, los sentenciadores estaban autorizados para analizar toda la prueba que se produjo en la etapa de sumario de dicho proceso penal, como lo hicieron. En lo relativo al resto de la prueba testifical rendida en estos autos, se debe tener presente que de la lectura del escrito que contiene el recurso, aparece que el recurrente impugna, en definitiva, la ponderación que los jueces de la instancia hicieron respecto de dicho medio probatorio, aplicando para ello las reglas que están contenidas en el artículo 384 del código del ramo. Como la apreciación de la prueba es una facultad privada de los jueces de la instancia, que escapa al control que debe efectuar este Tribunal Supremo, el recurso en este aspecto tampoco puede prosperar.

18° Que respecto de la infracción a las normas contenidas en los artículos 426 y Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código Civil, se debe tener presente que conforme al medio de prueba de la presunción, el hecho desconocido es deducido de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas; valga decir, se infiere sobre una cosa porque se cuenta con señales o indicios para ello. Según lo dispone el artículo 1712 del Código Civil, las presunciones son legales o judiciales, reglándose las primeras por el artículo 47 del mismo código y, tratándose de las segundas, la norma legal exige que sean graves, precisas y concordantes. En consecuencia, para que el juez pueda dar por probado un hecho mediante este medio de prueba, es menester que en el proceso se proporcionen y acrediten antecedentes suficientes y de tal entidad, que le permitan suponer, barruntar o intuir el hecho desconocido; en el caso de autos, la negligencia o imprudencia en que incurrieron los dependientes del demandado, que se traduce en la infracción de la *lex artis* y/o el incumplimiento por parte de aquellos de las obligaciones que emanan del contrato médico. Sin embargo, como los antecedentes acreditados en autos no permiten arribar a la conclusión que pretende el recurrente, más aún si se probó que la menor ingresó a las dependencias del Hospital Clínico de la Universidad Católica, con diagnóstico de muerte cerebral; los jueces de la instancia no han incurrido en la infracción que se analiza.

19° Por último, tampoco se ha violado lo que dispone el artículo 1698 del Código

Civil, en la medida que ambas partes tuvieron la posibilidad de acreditar sus asertos. Además, no constituye infracción a la norma señalada, la circunstancia de que la prueba rendida por la actora se haya estimado insuficiente para acreditar los hechos materia del juicio y, además, que por la proporcionada por la demandada, se haya concluido que ésta no incurrió en imprudencia o negligencia, o en el incumplimiento de las obligaciones que le impuso el contrato médico, sino que, por el contrario, la atención médica dada a la hija de la demandante estaba acorde a la *lex artis*, pues dicha conclusión fue el resultado del proceso racional que efectuaron los jueces de la instancia, en conformidad con las normas legales que lo regulan.

20° Que, en esas condiciones, los hechos que se han dado por establecidos por los jueces de la instancia, que se consignaron en el fundamento signado con el número 14 del presente fallo, resultan inamovibles para este Tribunal Supremo. En consecuencia, como no se acreditaron los presupuestos fácticos que hacen surgir la obligación de resarcir los perjuicios, ya en sede extracontractual o contractual, resulta innecesario entrar al análisis de las normas substanciales que se denuncian como infringidas por la parte recurrente.

21° Que, a mayor abundamiento, atendida las alegaciones vertidas en estrados por la parte recurrente, se debe considerar que la demanda planteada en estos autos tampoco puede prosperar, en la medida que los argumentos que la actora ha esgrimido, tanto en el curso del juicio como en el libelo que se ha analizado en el presente fallo, para obtener que se le resarzan los perjuicios que sufrió por la muerte de su hija; resultan contradictorios e incongruentes. En efecto, por una parte expone que los dependientes del demandado, al otorgar el alta a Gabriela, incurrieron en conductas que hacen surgir la obligación de indemnizar los perjuicios que indica, lo que implica que en ese hecho hace radicar la responsabilidad del demandado y, por lo mismo, en su pretensión no tienen incidencia aquellos que acaecieron con posterioridad, en los que también imputa responsabilidad a los médicos que en esa época se desempeñaban en el Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile. Por otra parte, como también afirma que la responsabilidad de la demandada surgió por la participación que le cupo a sus dependientes, en los hechos que ocurrieron en la oportunidad en que su hija fue internada por segunda vez en el referido hospital; entonces ello significa que en su pretensión indemnizatoria carecen de importancia, aquellos hechos relacionados con la autorización que se le dio a Gabriela para que fuera conducida a su hogar por su madre.

22° Que, por lo expuesto, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo que disponen los artículos 764, 766 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se declaran sin lugar los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en contra de la sentencia de 23 de septiembre de 1997, escrita a fojas 415, con costas.

Redacción del Abogado Integrante señor Fernando Castro. *Oscar Carrasco A., Eleodoro Ortiz S., Jorge Rodríguez A., Franklin Geldres A. y Fernando Castro.*