

FOJA: 300 trescientos .-

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 27° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-10563-2012
CARATULADO : CORTIS / COMPLEJO HOSPITALARIO SAN
JOSE

Santiago, veinte de Junio de dos mil dieciocho

VISTOS:

A fojas 1 y siguientes, 32 y 41 comparece doña **Ester del Rosario Cortés Moya**, dueña de casa, domiciliada en Los Maitenes #1288, Conchalí, quien viene en deducir demanda en juicio ordinario de **indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato de salud contra el Hospital San José**, Rut.61.608.002-4, representado legalmente por su Director Subrogante, don Raúl Vásquez Cataldo, domiciliado en calle San José N°1196, comuna de Independencia, que fundamenta en razón de los hechos que expone y sufriendo los daños que indica, a objeto de que en definitiva acogiendo la demanda de indemnización de perjuicios, se condene a la demandada a que le pague la suma de **\$21.884.419.-** más reajustes, todo ello con costas, indemnización que indica en el cuerpo de su demanda que corresponde a daño emergente por la suma de \$1.090.579 más \$793.840.-, y daño moral por la suma de \$ 20.000.000.-

A fojas 39, y previas búsquedas positivas, consta notificación personal subsidiaria de la demanda a don Raúl Hernán Vásquez Cataldo, en representación del Hospital San José.

A fojas 60 se presenta doña Irma Soto Rodríguez, Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile, ambos domiciliados en Agustinas N°1687, Santiago, quien **contesta la demanda**, y controvierte expresa y formalmente los hechos en la forma en que han sido expuestos en la demanda, precisando el marco jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado en materia sanitaria, alegando la improcedencia de la acción deducida, la inconcurrencia de los presupuestos fácticos para configurar la responsabilidad del Hospital San José, y la improcedencia de los daños reclamados, para solicitar que por lo expuesto y las normas legales que invoca, tener por contestada la demanda y rechazarla en todas y cada una de sus partes, todo ello con costas.



A fojas 73 la demandante evacúa el trámite de **réplica**, solicitando el acogimiento en todas sus partes de la demanda interpuesta., expresando que respecto a lo señalado por la parte demandada reitera que existe un contrato de prestación de servicios médicos, que genera obligaciones para el hospital, haciendo presente que los contratos son por regla general, consensuales. Agrega que la responsabilidad por falta de servicio, requiere la presencia de elementos subjetivos como la culpa; y si hay culpa hay falta de servicio, y si hay falta de servicio, hay responsabilidad. Añade asimismo que el daño si esta determinado, lo cual consta en la documentación acompañada, que se refiere a los desembolsos económicos efectuados por la demandante.

A fojas 75 la parte demandada evacúa el trámite de la **dúplica**, ratificando íntegramente lo sostenido en la contestación de la demanda, y exponiendo una serie de refutaciones al escrito de réplica, remitiéndose a la ley 19.996, que en su Título III “De la responsabilidad en materia sanitaria.”, y luego a la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

A fojas 86, complementada a fojas 98, consta que se **recibe la causa a prueba**, fijándose los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, rindiéndose por las partes la prueba que obra en autos.

A fojas 173, consta escrito de **observaciones a la prueba** de la parte demandada.

A fojas 264 se **citó a las partes para oír sentencia**.

A fojas 265 se dictaron **medidas para mejor resolver**, agregándose documentos guardados en la custodia del tribunal bajo el número 395-2016, y se ordenó oficiar al Ministerio Público-Fiscalía Centro Norte a fin de solicitar remisión al tribunal de la carpeta investigativa R.U.C.N°0800466191-6, al Servicio Médico Legal a efectos de concluir la pericia N°355-2010 y al Hospital Mutual de Seguridad solicitando remisión al tribunal de la ficha clínica de la demandante, medidas que se tuvieron totalmente por cumplidas a fojas 279, a fojas 280, y por no cumplida por haber sido recepcionada extemporáneamente oficio del Ministerio Publico, segun se dsprende de resolución escrita a fojas 284.

CONSIDERANDO:

I.- EN CUANTO a LAS TACHAS.-

PRIMERO.- Que, en audiencia que consta a fojas 185 la parte demandante tacha a la testigo presentada por la parte demandada doña Carla Paz Pellegrin Friedmann en primer lugar por el **artículo 357 numeral**



noveno, los que hagan profesión en testificar en juicio, expresando que se justifica porque como la testigo indicó ha prestado declaración en al menos dos procedimientos aparte del presente, conducentes a establecer la responsabilidad médica, presumiendo por ello que hace de su profesión testificar en juicio. Agrega que además tacha a la testigo en virtud del artículo **358 N°4** del Código de Procedimiento Civil por ser la testigo dependiente de la parte que la presenta, por tener la calidad de empleado público, dependiente del Fisco, configurándose la definición contemplada en el inciso segundo del numeral cuarto, que indica que es dependiente aquel que presta habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo aunque no viva en su casa, lo cual se configura por la modalidad de contratación en el sentido que como la testigo indicó mantendría dos vínculos como funcionaria pública de 33 y 11 horas cada una, desempeña por tanto una función pública que en el criterio de la Contraloría General de la Republica no importa el título ni la relación contractual sino la sola existencia de que representa al Estado en procura del interés general. Señala que por la misma causal funda el artículo **358 N° 5** por ser la testigo trabajador de la persona que exige su testimonio siendo requerida por el Consejo de Defensa del estado en representación del Fisco siendo ella empleada como ya ha indicado. Señala que funda la tacha del artículo **358 N° 5**, es decir por carecer de imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto, en **primer lugar** en su calidad de empleado público, y en virtud de los artículos 52 y 53 de la Ley 18.575, la testigo está obligada a cautelar los recursos del Fisco y el uso racional y eficiente de los recursos públicos siendo su testimonio necesario a juicio de la parte demandada para impedir el desembolso patrimonial fiscal ; en **segundo término** la testigo tiene a lo menos interés indirecto en el pleito por cuanto puede ser objeto de demanda de repetición por parte del Fisco o de que se sienta jurisprudencia en causa similar a la de autos, por lo que solicita tener por tachadas a la testigo por las causales invocadas, y solicita sin perjuicio de lo que se resuelva, el ejercicio de la facultad de oficio de no permitir su declaración, conforme al artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, por ser un hecho público y notorio su calidad de empleado público constando su relación contractual en el sitio web del servicio conforme con el artículo 7 de la ley 20.285.

SEGUNDO.- Que, evacuando el traslado conferido al efecto la parte demandada solicita que la inhabilidad planteada en primer término y las tachas del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, sean rechazadas por



carecer de fundamento, explicando al efecto en relación a la tacha del artículo **357 N° 9** que el argumento planteado por la demandante respecto que ha comparecido a declarar en juicios similares no puede transformar esa circunstancia, ese antecedente, que la testigo comparezca a hacer testimonio en forma habitual y/o remunerada, como ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia que debe ocurrir para que se configure la inhabilidad. Además, precisa, la testigo señaló que había comparecido a declarar en procesos de Mediación anteriormente y cuando es llamada a dichos procesos a comparecer por obligación legal, lo mismo cuando es llamada a declarar como testigo en virtud de su desempeño como médico del Hospital San José. Expresa que tal circunstancia no la hace una testigo que oficia en tal calidad a modo de profesión.

En cuanto a las tachas planteadas del **artículo 358** del Código de Procedimiento Civil hace presente que se ha planteado las tachas de los **numerales 4 y 5** en forma simultánea como si la testigo fuera dependiente en los términos del Código Civil del Fisco de Chile y a su vez tuviera un vínculo de subordinación y dependencia. Señala que esa circunstancia no puede ocurrir en el caso en análisis. Reitera que la testigo como ha declarado tiene la calidad de funcionario público, aparentemente como de funcionario de planta y de contrata, se rige de acuerdo a las normas del Estatuto Administrativo en lo que respecta a su relación con el Fisco de Chile , por lo que esta sujeta a una carrera profesional como funcionario público, no pudiendo de tal manera ser dependiente y aun en su calidad de profesional contratado y funcionario de planta del Estado de Chile, tampoco tiene vinculo de subordinación con el Estado de Chile ni como contrata ni como planta, no configurándose las causales de los numerales 4 y 5. Agrega que la jurisprudencia en el punto es profusa tanto laboral como civil, los tribunales de primera instancia, Corte de Apelaciones, y la Corte Suprema no han estimado en fallos recientes que un funcionario público no pueda ser llamado como testigo por el Fisco de Chile, ni siquiera cuando ha actuado como fiscalizador en materias controvertidas.

En tanto en relación a la **causal del artículo 358 N° 6** señala que tampoco se configura puesto que el interés que alude la norma procesal es un interés pecuniario y patrimonial y directo como lo ha entendido por regla general la jurisprudencia, y en este caso la testigo no comparece en interés de esa naturaleza y tampoco se funda la tacha por ese argumento, sino en virtud de la norma de la Ley de Bases de Administración del Estado N° 18.575, es decir, en el interés de todo funcionario público de ejercer sus funciones con el



cuidado que corresponda respecto de los medios con que el Estado cuenta y de ejercer adecuadamente su función.

Concluye que ninguna de las tachas tiene fundamento alguno, afirmando que la testigo fue llamada por haber participado en la operación en que la demandante indica es el origen del daño por el que reclama, y debe deponer informado al tribunal de lo que vio en dicha operación, por lo que cree no se le debe privar de declarar ante el tribunal.

TERCERO.- Que, en relación a la testigo ya individualizada, cabe tener presente que al tenor del mérito de los antecedentes que figuran en la presente causa, se desprende que efectivamente se trata de un médico que se desempeña como anestesista, calidad profesional que la obliga a participar en las intervenciones quirúrgicas de muy variada índole que se llevan a cabo diariamente en el recinto hospitalario demandado, establecimiento público de Salud respecto al cual es un hecho público y notorio que atiende a miles de pacientes durante el año, calidad en la cual **indudablemente ha presenciado incontables cirugías**, en las que claramente se encuentra en la obligación impuesta por el legislador de concurrir a los tribunales a declarar en las causas en que se le cita al efecto, por lo que no se configura en la especie la causal contemplada en el numeral **9 del artículo 357** del Código de Procedimiento Civil, esto es, “Los que hagan profesión de testificar en juicio.”

CUARTO.- Que, en relación a la causal de inhabilidad contenida en los numerales **4 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil**, efectivamente como se señalara en el motivo precedente la testigo se desempeña como médico anestesista en el Hospital público demandado, calidad de funcionario público que no la coloca en la situación de inhabilidad que plantea en su hipótesis el legislador, por tratarse de una profesional que va desarrollando su carrera en el sector público, sin estar sujeta a los límites de relación dependencia contemplados en el Código del Trabajo, sino dentro de los parámetros del Estatuto Administrativo y de los principios de ética y buen cometido profesional contenidos en lo que se conoce como “lex artis”, por lo que su situación en el desempeño de su cometido como médico no la inhabilita para declarar en la presente causa.



Finalmente en cuanto a la inhabilidad contemplada en el numeral 5 del artículo 357 en relación al primer punto en cuanto en su calidad de empleado público está obligada a cautelar los recursos del Fisco y el uso racional y eficiente de los recursos públicos, solo cabe entender dicha premisa en el ámbito en que se desempeña como funcionaria pública, esto es, como médico anestecista sin que se pueda extrapolar dicha exigencia hasta el extremo de sostener que tiene un interés de contenido pecuniario en la causa. En igual forma en relación al interés a lo menos indirecto que tenga la testigo en el pleito por cuanto pueda ser objeto de demanda de repetición por parte del Fisco, según expresa la demandante, ello no se desprende de los antecedentes que obran en autos toda vez que en la demanda se deduce una pretensión de indemnización de perjuicios por los daños sufridos en su pierna a causa del incumplimiento del contrato de prestación de salud a raíz de una intervención quirúrgica realizada por un equipo de traumatología, sin que de los hechos referidos en la causa se desprenda alguna responsabilidad para la testigo y menos se ha deducido pretensión alguna a este respecto, por lo que del mérito de los antecedentes no es posible establecer alguna circunstancia que permita desprender la existencia de algún tipo de interés en el resultado del presente juicio, razón por la cual la inhabilidad descrita precedentemente será desestimada en definitiva.

II.- EN CUANTO AL FONDO.-

QUINTO.- Que, a fojas 1 se presenta doña Ester del Rosario Cortés Moya, e interpone demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato de salud contra el Hospital San José, por los fundamentos de hecho y de derecho que señala.

Manifiesta que el día 25 de Abril del año 2007, aproximadamente a las 15:30 horas, mientras caminaba por calle Doctor More, en el centro de Santiago, y tras tropezar con unos pastelones que se encontraban sueltos en la vereda, cae con el tobillo de la pierna derecha doblado y, según expone, sufre fractura de tibia y peroné. Inmediatamente se le traslada a la Posta Central donde le enyesaron e hicieron los primeros exámenes. Desde ese centro asistencial la derivaron al Hospital Salvador, pero no recibió atención por no corresponder a su domicilio, de modo que se fue por sus propios medios a su casa, y al día siguiente, 26 de Abril, acudió al Hospital



San José con la esperanza de ser intervenida de urgencia. Relata que se agendó la operación para el día 8 de Mayo, postergándose luego para el día 14 del mismo mes, fecha en la que sí se lleva a cabo la intervención a manos del equipo encabezado por el médico traumatólogo Pablo Ignacio Besser Jirkal y la anestesista Carla Pellegrin Friedmann, para ser dada de alta 3 días después, yéndose a su casa a seguir con su recuperación.

Agrega que ya en el segundo control médico posterior a la operación, el médico Besser le señaló que debía ser enyesada, porque producto de la operación su pie se encontraba torcido, procediendo inclusive a manipular con sus manos su pie para enderezarlo y así poner el yeso en la posición adecuada, y que finalmente en el tercer y último control se le retira el yeso, pero su pierna no presentaba mejoría alguna, cuestión que le hacía imposible siquiera pisar en forma normal.

Dadas las circunstancias, expresa, se dirigió a una consulta privada llamada "Vida Íntegra", donde el traumatólogo que le atendió le señaló que la torcedura de su pie se debía al mal resultado de la operación, prescribiéndole trabajo kinesiológico previo a considerar una nueva intervención quirúrgica, por lo que se realizó las sesiones de kinesiología y con fecha 22 de Diciembre de 2007 se somete a una nueva operación en el Hospital de la Mutual de Seguridad con el médico Luis Bahamondes, para así corregir las lesiones que se le produjeron en el Hospital San José, con lo cual se vio obligada a desembolsar una alta cantidad de dinero siguiendo el tratamiento prescrito por los médicos particulares, que no hubiese sido necesaria si el Hospital San José hubiese actuado como correspondía.

En relación al **daño emergente**, expresa que desde la fracasada operación quirúrgica a la que fue sometida en el Hospital San José ha debido pagar más de veinte bonos de atención ambulatoria, someterse a nuevas cirugías, comprar medicamentos, elementos ortopédicos, etc, gastos que ascienden a la suma de \$1.884.419.-, incluyendo en dicha suma, además de lo efectivamente desembolsado, un presupuesto para la próxima intervención, ascendente a la \$793.840.-

En relación al **daño moral**, agrega que los perjuicios económicos no fueron los únicos que ha sufrido a consecuencias de la inobservancia del Hospital San José en la ejecución de la prestación medica y hace presente que desde la operación no ha podido llevar a cabo una vida normal, la negligencia que determinó sus lesiones le ha provocado un constante malestar físico que se traduce en dolor, sufrimiento, además de un



desgaste emocional que se ha plasmado en diagnósticos de depresión producto del martirio y la impotencia que provoca verse obligada a depender de terceros para la realización de actividades cotidianas. Sostiene que en resumen, los daños morales se traducen desde luego en dolor físico, depresión, pérdida de tiempo, incomodidad, dependencia de terceros, daño estético, etc, todos ellos elementos que se han prolongado por ya varios años, daños que existen y no pueden soslayarse estimando dicho daño en la suma de \$20.000.000.-.

Esgrime, como fundamento legal, la existencia innegable en toda clase de prestaciones médicas, de un contrato de salud, aún en aquellas atenciones que son de urgencia y donde el contrato pareciera pasar desapercibido. La relación entre el Hospital y el paciente no puede sino estar vinculada a un contrato que genera deberes y obligaciones para ambas partes, y que si se incumple o si se cumple defectuosamente genera, desde luego, las consecuencias propias del efecto de las obligaciones, siendo la infracción culpable de la prestación médica la causa y fundamento jurídico de la responsabilidad civil, invocando al efecto los artículos 1546, 1553 N°3 y 1556 del Código Civil.

Analiza luego la doctrina agregando que para efectos de esquematizar la procedencia de la indemnización 4 requisitos fundamentales para que pueda exigirse esto es: incumplimiento imputable al decidor, perjuicio al acreedor, relación de causalidad entre ambos y que el deudor se encuentre en mora.

Señala que el incumplimiento esta determinado por lo defectuoso de la ejecución, que la dejó con el pie torcido y que esta siendo corregido, por tratamiento particular. Agrega que por otra parte el perjuicio consta de las lesiones físicas provocadas que la mantienen aun caminado con muletas. Indica que es impropio, absurdo y carece de toda lógica atribuirle a una fractura común, con un tratamiento bien ejecutado, un desenlace como el de ella con casi 5 años de consecuencias físicas. En cuanto a la relación de causalidad sostiene que no cabe duda que las lesiones no son sino atribuibles al mal proceder del equipo medico encabezado por el medico Pablo Besser del Hospital San José, cuyos perjuicios y lesiones producidas están siendo corregidos paulatinamente por la institución privada de salud ya señalada.

Finalmente respecto del daño moral hace presente que el prestador, esto es, el Hospital San José, debió prever al tiempo de la celebración del vínculo contractual daños que van más allá de los



estrictamente patrimoniales. Precisa que en ese sentido, todo contrato de prestación médica, a diferencia de la generalidad de los contratos, lleva consigo la obligatoriedad de proteger la integridad física de las personas a las cuales los médicos, deudores, someten a tratamiento.

Por lo expuesto, y lo dispuesto en los artículos 1545 y siguientes del Código Civil, 253 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, solicita se tenga por interpuesta demanda de indemnización de perjuicios en contra del Hospital San José, acogerla a tramitación, y, en definitiva, condenarla a que le pague la suma de \$21.884.419.- más reajustes, todo ello con ejemplar condena en costas.

SEXTO.- Que, por su parte doña Irma Soto Rodríguez, abogado Procurador fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, **contesta la demanda**, remitiéndose en primer lugar a los antecedentes expuestos por la demanda, y en el acápite II Contesta la misma, controvirtiendo expresa y formalmente los hechos en la forma en que han sido expuestos en la demanda, teniendo por ciertos sólo aquellos que se reconocen como efectivos en su contestación.

Precisa que la legislación aplicable al caso de autos es la especial contenida en la **Ley N°19.966** que establece un Régimen de Garantías en Salud, cuyo Título III, artículo 38 y siguientes, regula la responsabilidad en materia sanitaria, artículo que, previa cita legal, señala que establece una acción indemnizatoria especial y preferente para los órganos del Estado en materia sanitaria, pues si bien dicho artículo 38 hace suya la doctrina de la falta de servicio, en los artículos siguientes ella es modulada por una serie de consideraciones especiales que justifican su tratamiento específico en la Ley N°19.966, adquiriendo un carácter especial y que la distingue de los artículos del Código Civil citados por la demandante.

Agrega que, supletoriamente, cabría aplicar el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado de Chile, establecido de manera general en el artículo 42 de la Ley 18.575 de 1986 Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, que incorpora los conceptos de falta de servicio y falta personal.

En el numeral **3)** del acápite II titulado “Improcedencia de la acción deducida” manifiesta que la acción planteada por la demandante es claramente improcedente, pues ejerce la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual, y no la acción de responsabilidad extracontractual del Estado dispuesta en la normativa atinente al caso, ya



señalada, que es la que procede en el caso de una supuesta negligencia médica, dado que se demanda por el supuesto incumplimiento de un contrato de “prestaciones médicas”, pero del análisis de los hechos invocados se desprende que no ha existido incumplimiento a contrato alguno, no existiendo la responsabilidad contractual aludida, ni encontrándose tampoco su parte en mora que permita justificar la acción de indemnización de perjuicios intentada. Añade que por la naturaleza de los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria, y por la especial normativa que los rige, la relación jurídica que se traba entre una ciudadana y el Complejo Hospitalario San José no es de carácter contractual, puesto que dicho complejo no desarrolla una actividad económica o mercantil sino que, por el contrario, realiza una actividad de Servicio Público siendo ajena a cualquier consideración privatista o de mercado, naciendo, por lo mismo, un vínculo de Derecho Público que justifica un régimen de responsabilidad extracontractual para el caso de un defectuoso funcionamiento del mencionado Hospital en materia de salud, pero en ningún caso, un vínculo contractual.

En el numeral **4)** y bajo el título “Inconcurrencia de los presupuestos fácticos para configurar la responsabilidad del Hospital San José”, y **en subsidio de lo anterior**, alega que no concurren los presupuestos o requisitos para la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues afirma que no existe un actuar culpable del Complejo Hospitalario San José, tampoco existe una relación de causalidad entre el daño alegado y el actuar de su parte. Analiza al efecto doctrina nacional. Bajo la letra **a)** Ausencia de Culpa, señala que para que pueda existir responsabilidad del demandado es necesario que exista un nexo de causalidad entre el perjuicio y una acción u omisión culposa imputable, vale decir, que las afecciones de la demandante tras las operaciones a las que fue sometida, sea consecuencia directa y necesaria de la actuación culpable o dolosa de los profesionales del Hospital, requisito que en la especie no se cumple, pues la demandante recibió un adecuado tratamiento a su dolencia.

Indica que al respecto resulta necesario examinar la secuencia de hechos del caso, manifestando que tras sufrir una caída en la vía pública y luego de una primera atención de urgencia en un centro asistencial público, la demandante acudió de urgencia al Centro Hospitalario San José, el día 26 de abril de 2007, donde se le diagnosticó una fractura de pierna derecha que requería operación. Señala que la operación fue programada para el día 8 de mayo, fecha en que no se pudo practicar,



programándose para 6 días después, fecha en que se efectuó sin mayor novedad, dándole el alta el día 17 de mayo, tres días después de la operación. Añade que se le efectuó un control a las dos semanas, y luego se le indicó que debía volver el **17 de junio para control radiológico y kinesioterapia**, siendo ésta la última fecha en que la demandante acudió al Centro Hospitalario San José, pues tras un mes de la operación y recién tras el segundo control post operatorio, dejó de acudir al centro asistencial.

Añade que desde la primera atención la demandante manifestó conductas que hablaban de problemas emocionales, lo que sin lugar a dudas dificultó su tratamiento y su recuperación. La demandante, según expresa, no siguió el tratamiento prescrito entre la fecha de la lesión y la operación, cual era reposo absoluto, y presentaba cuadros de angustia y descontrol que llevaron a que se le derivara a consulta siquiátrica, tras la cual se le diagnosticó trastorno de personalidad limítrofe con aspectos histeroides. El día 8 de mayo, primera fecha en que se le iba a efectuar la operación, al enterarse de que ésta no se practicaría, debió ser tratada con tranquilizantes, pues intentó dejar el recinto hospitalario, y señaló que no quería que la operaran, pues había perdido confianza en el personal médico, lo que, de acuerdo al diagnóstico médico psiquiátrico, se debería a un problema de control de impulsos, y ello –explica– resulta relevante porque la actitud poco cuidadosa de la demandante consigo misma, y su falta de cooperación con las prescripciones médicas permiten inferir que el tratamiento indicado difícilmente fue seguido. Hace presente la última fecha de tratamiento que aparece en su ficha, cual es la del 17 de junio de 2007, ello porque según señala el propio libelo, la segunda operación practicada a la demandante, cirugía de corrección efectuada en el Hospital de la Mutual de Seguridad, se efectuó a fines de diciembre de 2007, es decir, habiendo transcurrido más de 6 meses desde la fecha en que por última vez compareció al Centro Hospitalario San José.

Continúa exponiendo que las fracturas de la severidad de la de la demandante no se consolidan en forma inmediata, es decir, es necesario un tiempo de reposo, tratamiento de kinesioterapia y controles periódicos que permitan observar la evolución de la lesión y los resultados de la operación, lo que no pudo practicarse en este caso por la propia falta de cuidado de la demandante. Agrega que carecen de antecedentes de lo que ocurrió en ese lapso de tiempo, pero que debe colegirse que no existió tratamiento alguno y que no hubo adecuados controles radiológicos en un tiempo prolongado. De tal forma, señala, no puede atribuirse culpa o negligencia alguna a la demandada,



la que actuó con la mayor celeridad posible considerando sus medios, y que proporcionó adecuada y suficiente atención.

Relacionado con lo anterior, señala que es necesario determinar si en la actuación de los profesionales del centro hospitalario existió dolo o culpa que sirva de suficiente fundamento a la acción, y que para la determinación de ello en los profesionales intervinientes en la actividad médica, debe estarse a las regulaciones relativas a su profesión, esto es, las leyes del arte de su profesión (*lex artis*). Apreciada así la cuestión en el caso particular, no se entiende cómo la acción de los médicos hubiere podido ser negligente o culposa, ya que se atendió oportunamente a la demandante, se le proporcionó tratamiento de urgencia, se le diagnosticó y se prescribió su necesaria operación, la que se practicó sin problemas ni novedades, y se efectuaron al menos dos controles tras la operación. De tal modo, señala que resulta forzoso concluir que no existió culpa por parte de los médicos tratantes, ni en la adopción de las medidas producto de complicaciones post operatorias, las que fueron atendidas y resueltas por los profesionales, entregándose a la demandante instrucciones necesarias para el cuidado domiciliario, de tal forma que no hubo culpa ni negligencia alguna de la demandada.

Bajo la letra **b)** intitulada “Inexistencia de relación de causalidad entre el actuar del Complejo Hospitalario San José y el daño invocado por la demandante” expone que de los hechos relatados resulta claramente que no existe vínculo de relación entre los daños invocados y los hechos a que se refiere la demanda, pues por un lado, no hay antecedente alguno de complicaciones en la operación practicada y sí aparece el abandono de los controles y tratamientos post operatorios por parte de la demandante.

Expone que debe tenerse en cuenta que parte de las posibilidades médicas tras una operación por fractura es una consolidación viciosa de la fractura, justamente lo que ocurre en este caso, complicación que es atribuible a diversos factores como la calidad ósea del paciente, al cumplimiento estricto de las indicaciones del post operatorio, pero sobretodo al reposo y la descarga del peso mediante el uso de bastones y apoyos.

Asevera que, en este caso, la complicación sufrida por la demandante, y que la llevó a una nueva operación, no proviene de una negligencia médica, es un resultado posible tras una fractura, y cuyas probabilidades aumentan en la medida que no se sigue el tratamiento adecuado. Señala, por otro lado, que entre el hecho que se estima como causal del daño y el resultado dañoso hay otro hecho significativo y vinculado



al daño: la demandante señala que se habría practicado una segunda operación de carácter correctivo. Le atribuye buenos resultados, y estima como origen del daño que sufre al hecho indirecto, o al menos anterior, que es la primera operación. Luego, indica que un médico (no lo especifica) le habría dicho que su complicación provenía de la primera operación errada, pero no aporta antecedente alguno que sustente su afirmación, no existiendo, por tanto, el requisito de causalidad entre la acción imputada al Complejo Hospitalario San José y el perjuicio causado.

Bajo el numeral **5)** “Daños demandados e indemnización reclamada”, manifiesta que la demandante pretende obtener una indemnización ascendente a la desmedida cantidad de \$21.884.419.- desglosado como: a) \$1.884.419.- por daño emergente, b) \$20.000.000.- por daño moral, agregando reajustes y las costas. Respecto del daño emergente, expone que los gastos correspondientes a prestaciones médicas deberán ser acreditados por la demandante, y en cuanto a los gastos futuros no deberían ser indemnizados. Respecto del daño moral, señala que no aparece suficientemente fundado, y parece no vincularse al hecho que se estima como dañoso, sino que parece ser la consecuencia propia del accidente sufrido y de una recuperación larga y dificultosa. Respecto de los reajustes reclamados, sostiene que la obligación al pago de reajuste sobre una indemnización judicialmente determinada es una obligación accesoria o auxiliar en relación al pago del capital, por lo que no puede tener una existencia anterior al nacimiento de la obligación principal a la cual accede, cuya fuente sería la sentencia ejecutoriada, siendo la conclusión natural que sólo puede aplicarse reajustabilidad desde la fecha en que la indemnización por daño moral haya quedado establecida por sentencia firme, pues, con anterioridad a tal evento, no existe jurídicamente suma alguna susceptible de ser reajustada. Por tanto, en atención a las consideraciones expuestas, solicita rechazar la demanda en todas y cada una de sus partes, con costas.

SEPTIMO.- Que, en el trámite **de réplica** evacuado por la demandante, reitera que existe un contrato de prestación de servicios médicos que genera obligaciones para el hospital, no pudiendo el Fisco abstraerse de esa relación contractual fundándose en el hecho de la carencia de una firma. Asimismo, agrega que la responsabilidad por falta de servicio requiere la presencia de elementos subjetivos como la culpa, y si hay culpa, hay falta de servicio, y si hay falta de servicio, hay responsabilidad; el daño –afirma- sí está



determinado, tal como consta en la documentación acompañada, que en extenso se refiere a los desembolsos económicos hechos por ella.

OCTAVO.- Que a fojas 75 la demandada evacúa el trámite de **dúplica**, ratificando íntegramente lo sostenido en la contestación de la demanda y agregando además, refutaciones al escrito de réplica de la demandante. En relación al Contrato de prestación de servicios médicos entre el Complejo Hospitalario San José y la demandante, señala que pese a que la demandante insiste en afirmar que existe un vínculo contractual con el Complejo Hospitalario San José, la ley es bastante clara en cuanto al régimen de responsabilidad civil de los hospitales en la Ley 19.996, cuyo artículo 38 establece una acción indemnizatoria especial y preferente para los órganos del Estado en materia sanitaria y constituye la normativa aplicable para quienes se estimen perjudicados por acciones u omisiones de los órganos que integren los servicios sanitarios. En forma supletoria, explica, corresponde aplicar el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado de Chile, establecido de manera general en el actual artículo 42 de la Ley 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, que incorpora los conceptos de falta de servicio y falta de personal, pero en manera alguna se pueden aplicar las normas relativa a contratos.

En relación a “*la responsabilidad derivada de la falta de servicio*”, reitera, que la demandante ejerce la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual, y no la acción de responsabilidad extracontractual del Estado dispuesta en la normativa ya señalada, que es la que procede en el caso de una supuesta negligencia médica, pues se demanda por el supuesto incumplimiento de un contrato de “prestaciones médicas”, sin embargo, el Complejo Hospitalario San José no desarrolla una actividad económica o mercantil sino que, por el contrario, realiza una actividad de Servicio Público siendo ajeno a cualquier consideración privatista o de mercado, naciendo entre el usuario y el Complejo Hospitalario San José un vínculo de Derecho Público diferente del que surge del incumplimiento de un contrato, pese a que la culpa también sea un requisito para la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Sostiene que no obstante, la demandante no acciona bajo tal régimen de responsabilidad sino bajo el régimen estipulado en el Código Civil respecto de los contratos, concluyendo que dichas normas contempladas en los artículos 1545, 1546, 147 y 1556 y siguientes del Código Civil no han sido vulneradas por el Complejo Hospitalario San José, de manera que la demanda deberá ser rechazada con costas.



NOVENO.- Que, la **demandante** se valió de prueba documental, acompañando a su demanda y por presentación agregada a fojas 235 los siguientes documentos, que no fueron objetados de contrario:

1. Copia simple de documento titulado "Declaración" RUC N°0800466191-6/, efectuada por doña Ester del Rosario Cortés Mora ante Fiscalía Territorial B, con fecha 23 de junio de 2008.
2. Copia simple de documento denominado "RUC N°0800466191-6 Informe Médico Legal N°3221-2008 de: Ester del Rosario Cortés Mora", fechado en 11 de julio de 2008, remitido por Servicio Médico Legal a la Fiscalía Regional Centro Norte.
3. Copia simple de Certificado de Término de Mediación, extendido con fecha 3 de septiembre de 2010.
4. Copia simple de Ord. N°339 de fecha 26 de febrero de 2009, remitido por Servicio de Salud Metropolitano Norte a Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte.
5. Copia simple de Factura N°0417748, emitida con fecha 8 de febrero de 2008, por Mutual de Seguridad C.CH.C a nombre de doña Ester del Rosario Cortés Mora, por un monto total de \$575.885.-
6. Copia simple de Factura N°074038, emitida con fecha 17 de diciembre de 2007, por AM Internacional S.A. Distribuidor de Traumatología y Ortopedia, a nombre de doña Ester del Rosario Cortés Mora, por un monto total de \$159.297.-
7. Copia simple de Boleta de Honorarios N°0382 emitida con fecha 31 de enero de 2008 por Díaz Espinoza Limitada a nombre de doña Ester Cortés Mora, por la suma de \$15.000.-
8. Copia simple de Boleta de Honorarios N°06330 emitida con fecha 31 de enero de 2008 por Anestesiólogos Asociados S.A. a nombre de doña Ester Cortés Mora, por la suma de \$65.000.-
9. Copia simple de Boleta de Honorarios N°48760 emitida con fecha 19 de mayo de 2007 por Centro Ortopédico Limitada, por la suma de \$4.500.-
10. Copia simple de Boleta de ventas y Servicios N°323143440, emitida con fecha 17 de mayo de 2007, por la suma de \$8.695.
11. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 527712494, emitido con fecha 27 de agosto de 2007 por Clínica Alemana S.A. a nombre de doña Ester Cortés Mora.



12. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 526887600, emitido con fecha 28 de agosto de 2007 por Clínica Alemana S.A. a nombre de doña Ester Cortés Mora.
13. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 527183538, emitido con fecha 4 de septiembre de 2007 por Clínica Alemana S.A. a nombre de doña Ester Cortés Mora.
14. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 526990115, emitido con fecha 28 de agosto de 2007 por Clínica Alemana S.A. a nombre de doña Ester Cortés Mora.
15. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 527695569, emitido con fecha 27 de agosto de 2007 por Clínica Alemana S.A. a nombre de doña Ester Cortés Mora.
16. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 528383367, emitido con fecha 23 de octubre de 2007 por Clínica Alemana S.A. a nombre de doña Ester Cortés Mora.
17. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 529469162, emitido con fecha 25 de octubre de 2007 por Clínica Alemana S.A. a nombre de doña Ester Cortés Mora.
18. Copia simple de Bono de Atención de salud Fonasa N° 193739202, emitido con fecha 27 de septiembre de 2007 a nombre de doña Ester Cortés Mora.
19. Copia simple de Bono de Atención de salud Fonasa N° 193724085, emitido con fecha 22 de agosto de 2007 a nombre de doña Ester Cortés Mora.
20. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 529540042, emitido con fecha 6 de diciembre de 2007 por Hospital Clínico Universidad de Chile a nombre de doña Ester Cortés Mora.
21. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 529766949, emitido con fecha 17 de diciembre de 2007 por Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción a nombre de doña Ester Cortés Mora.
22. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 529766950, emitido con fecha 17 de diciembre de 2007 por Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción a nombre de doña Ester Cortés Mora.
23. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 530260510, emitido con fecha 09 de enero de 2008 por Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción a nombre de doña Ester Cortés Mora.



24. Copia simple de Bono de Atención de salud Fonasa N° 199605422, emitido con fecha 1 de febrero de 2008 a nombre de doña Ester Cortés Mora.
25. Copia simple de Bono de Atención de salud Fonasa N° 199605423, emitido con fecha 1 de febrero de 2008 a nombre de doña Ester Cortés Mora.
26. Copia simple de Bono de Atención de salud Fonasa N° 199605424, emitido con fecha 1 de febrero de 2008 a nombre de doña Ester Cortés Mora.
27. Copia simple de Bono de Atención de salud Fonasa N° 198927763, emitido con fecha 9 de abril de 2008 a nombre de doña Ester Cortés Mora.
28. Copia simple de Bono de Atención de salud Fonasa N° 197716130, emitido con fecha 30 de enero de 2008 a nombre de doña Ester Cortés Mora.
29. Copia simple de Bono de Atención de salud Fonasa N° 197716129, emitido con fecha 30 de enero de 2008 a nombre de doña Ester Cortés Mora.
30. Copia simple de Bono de Atención de salud Fonasa N° 198927762, fecha de emisión ilegible, emitido a nombre de doña Ester Cortés Mora.
31. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 533518956, emitido con fecha 14 de mayo de 2008 por Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción a nombre de doña Ester Cortés Mora.
32. Copia simple de Bono de Atención Ambulatoria 539512732, emitido con fecha 17 de diciembre de 2008 por Mutual de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción a nombre de doña Ester Cortés Mora.
33. Copia simple de Presupuesto de Prestaciones emitido por Hospital Clínico Mutual Centro Médico Santiago, emitido a nombre de doña Ester Cortés Mora con fecha 6 de febrero de 2012.
34. Copia simple de Modalidad de Cobro de prestaciones quirúrgicas, emitido por Mutual de Seguridad, por la suma total de \$330.000.-, con firma de firmante no individualizado.

Cabe tener presente que la parte demandada hizo uso de citación observando los documentos acompañados por el actor a la demanda haciendo presente el mérito probatorio de los mismos.



DECIMO.- Que, la demandada, por su parte, se valió de prueba documental acompañada a fojas 164, singularizada de la siguiente forma:

1. Copia simple de Ficha Clínica emitida por Complejo Hospitalario San José respecto de la paciente Ester Cortés Mora, rolante entre fojas 104 y 151.
2. Copia simple de Declaración prestada ante la Fiscalía Territorial B en causa R.U.C. N°0800466191-6/, con fecha 30 de noviembre de 2009 por don Raúl Alejandro Guzmán Durán.
3. Copia simple de Declaración prestada ante la Fiscalía Territorial B en causa R.U.C. N°0800466191-6/, con fecha 20 de enero de 2010 por don Luis Bahamonde Muñoz
4. Copia simple de Declaración prestada ante la Fiscalía Territorial B en causa R.U.C. N°0800466191-6/, con fecha 20 de abril de 2010 por doña Carla Paz Pellegrin Friedmann.
5. Copia simple de Declaración prestada ante la Fiscalía Territorial B en causa R.U.C. N°0800466191-6/, con fecha 01 de junio de 2009 por don Pablo Ignacio Besser Jirkal.
6. Copia simple de documento correspondiente a Pericia Médico Legal N°355-2010 de Ester Cortés Mora, emitido por el Servicio Médico Legal en causa RUC N°080046619156, con fecha 7 de marzo de 2012, firmado por don Iván Madariaga Fuentes, Médico Traumatólogo y Perito Forense.
7. Copia simple de documento denominado Pago, aceptación, finiquito y renuncia de derechos de Ester Cortés Mora a Ilustre Municipalidad de Santiago, celebrado con fecha de marzo de 2007, con firmas aparentemente autorizadas ante Notario, las que resultan ilegibles.

UNDECIMO.- Que, asimismo la parte demandada se valió de prueba testimonial llevando a estrados a la **testigo** doña Carla Paz Pellegrin Fiedmann, cédula de identidad N°6.617.866-8, quien debida y legalmente juramentada señaló que en su calidad de anestecista de los pabellones quirúrgicos del Hospital San José, realiza aproximadamente más de trescientas anestесias al año, para agregar su participación en la aplicación del procedimiento anestésico para hacer posible la cirugía de la paciente en cuestión se limitó a realizar la actividad técnica coherente con la intervención quirúrgica en cuestión; que la técnica quirúrgica aplicada no está en el campo de su competencia técnica, sin embargo no recuerda anormalidades que le



hicieran pensar que existía ninguna deficiencia en la intervención. Se le exhibe documento de fojas 154 de autos reconociéndolo como su declaración en la fiscalía, que ratifica.

DECIMO SEGUNDO.- Que, a fojas 265, se decretaron como medidas para mejor resolver las siguientes:

1. La agregación de documentos custodiados bajo el **N°395-2016**, consistentes en aquellos instrumentos referidos en certificación del señor Secretario del Tribunal de fecha 30 de mayo de 2016 rolante a fojas 263 y que consisten en:
 - a. 31 Radiografías, en cada una de las cuales se lee, en su extremo superior derecho, la siguiente impresión: “Hospital Santiago Paciente: Ester del Rosario Cortés Mora; Fecha: 10/12/2008; Hora: 18:19 H.C.: 10.074.409-0; Edad: 44” (2).
 - b. “Hospital Santiago Paciente: Ester del Rosario Cortés Mora; Fecha: 18/06/2008; Hora: 16:35 H.C.: 10.074.409-0; Edad: 44” (2).
 - c. “Hospital Santiago Paciente: Ester del Rosario Cortés Mora; Fecha: 14/05/2008; Hora: 16:21 H.C.: 10.074.409-0; Edad: 44” (2).
 - d. “Hospital Santiago Paciente: Ester del Rosario Cortés Mora; Fecha: 09/04/2008; Hora: 17:04 H.C.: 10.074.409-0; Edad: 43” (1).
 - e. “Hospital Santiago Paciente: Ester del Rosario Cortés Mora; Fecha: 29/02/2008; Hora: 11:49 H.C.: 10.074.409-0; Edad: 43” (2).
 - f. “Hospital Santiago Paciente: Ester del Rosario Cortés Mora; Fecha: 30/01/2008; Hora: 16:16 H.C.: 10.074.409-0; Edad: 43” (2).
 - g. “Hospital Santiago Paciente: Ester del Rosario Cortés Mora; Fecha: 21/12/20078; Hora: 11:15 H.C.: 10.074.409-0; Edad: 43” (2).
 - h. “Alameda Aten: 5492686 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 6 meses **25/10/2007**; Hora:14:26 (1).
 - i. Alameda Aten: 5492686 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 6 meses 25/10/2007; Hora:14:25 (1).
 - j. Alameda Aten: 5358967 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 5 meses **27/09/2007**; Hora:15:35 (1).



- k. Alameda Aten: 5358967 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 5 meses 27/09/2007; Hora:15:43 (1).
 - l. Alameda Aten: 5358967 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 5 meses 27/09/2007; Hora:16:46 (1).
 - m. Alameda Aten: 5358967 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 5 meses 27/09/2007; Hora:16:38 (1).
 - n. Alameda Aten: 5358967 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 5 meses 27/09/2007; Hora:16:39 (1).
 - o. Alameda Aten: 5358967 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 5 meses 27/09/2007; Hora:15:37 (1).
 - p. Alameda Aten: 5233507 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 4 meses 28/08/2007; Hora:12:01 (1).
 - q. Alameda Aten: 5233507 Cortés Mora, Ester; Edad: 43/ 4 meses **28/08/2007**; Hora:11:58 (1).
 - r. Complejo Hospitalario Norte Unidad de Imagenología Ester Cortés Mora 10.074.409-0 43 años, fecha **27/06/2007**; Hora 10:37 AM A-P 2392 (2).
 - s. Ester Cortés Mora; Fecha 15/05/2007, Hora: 06:47 PM A-P 2392 (1).
 - t. Ester Cortés Mora; Fecha 15/05/2007 (1).
 - u. Ester Cortés Mora; Fecha 15/05/2007, Hora: 06:46 PM A-P 2392 (1).
 - v. Ester Cortés "Urgencia", Fecha 26/04/2007, Hora 03:23 PM A-P 2395 (2).
 - w. H.U.A.P. Ester Cortés Mora 0010038643 a 25/04/2007, Hora 04 0704012698, Fecha 25/04/2007 a las 06:17 PM A-P 3226 (1).
 - x. Carta fechada en Santiago, **28 de agosto de 2007**, con membrete de Vida Integra remitida por Dr. Samuel Gac Herrera, médico Radiólogo, que refiere al examen RX. De pierna derecha (AP-L) realizado a la paciente Ester Cortés Mora.
2. Oficiar al **Ministerio Público –Fiscalía Centro Norte-** a objeto de remitir al Tribunal carpeta investigativa R.U.C N°0800466191-6, oficio despachado con fecha 4 de julio de 2016 según consta a fojas 266; el cual fuera respondido por dicho organismo en virtud de Oficio AAUN°022/2016 ref: Remite antecedentes solicitados mediante Oficio



N°1598-2016, con fecha 25 de julio de 2016, remitiendo copia digital de la causa ruc 0800466191-6 Y Rol N°C-10563-2012, en formato CD, el que fuera custodiado bajo el **N°5149-2016**.

Cabe agregar que del análisis del CD room recepcionado y guardado en custodia, mediante su inserción en el lector del disco duro del computador de escritorio de este Tribunal, se lee la existencia de la carpeta de archivos "0800466191-6", que registra fecha de modificación 13-07-2016 17:00, al abrir dicha carpeta, se advierte la existencia de 4 carpetas de archivos y 1 archivo pdf, de los cuales se advierte lo siguiente:

- a. **Primera carpeta de archivos denominada "ACT 13-02-2014"**, en cuyo interior se encuentra un archivo en formato PDF, denominado "ACT 3-02-20141", con fecha de modificación 3-02-2014 a las 10:55, con un tamaño de 1.281 KB, al abrir el cual se aprecia que corresponde a un documento de 41 páginas, dentro de los cuales se aprecian:
 - i. "Requerimiento de Información" RUC 0800466191-6/ Oficio N°012014/FAC/10315 Santiago, 23-01-2014, De: Marcelo Carrasco Gaete Fiscal Adjunto Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte A: Señor Superintendente Superintendencia de Pensiones, solicitando copia íntegra del Expediente de Calificación de Invalidez N°1033.6735.2008 correspondiente a la afiliada doña María Ester del Rosario Cortés Mora;
 - ii. Solicita copia de informe de lesiones RUC 0800466191-6/ Oficio N°012014/FAC/10315 Santiago, 23-01-2014, De: Héctor Marcelo Carrasco Gaete Fiscal Adjunto Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte A: Señor Director Servicio Médico Legal, solicitando la remisión de todos los informes de lesiones practicados a doña Ester del Rosario Cortés Mora;
 - iii. Oficio Ord. N°20326, Materia: Envía tercera pericia médico legal N°355-2010, remitida con fecha 4 de noviembre de 2013 por Médico Jefe del Departamento de Clínica Forense del Servicio Médico Legal a señor Héctor Marcelo Carrasco Gaete Fiscal Adjunto Fiscalía



- Regional Metropolitana Zona Centro Norte, adjuntando 2 CD, 31 placas radiográficas y NUE 2194625.
- iv. Respuesta a oficio N°222055, remitida por Servicio Médico Legal a Fiscalía Centro Norte con fecha 7 de marzo de 2012, dando cuenta del peritaje médico legal efectuado a doña Ester Cortés Mora, Pericia Médico Legal N°355-2010.
 - v. Respuesta a oficio N°278970, remitida por **Servicio Médico Legal** a Fiscalía Centro Norte con fecha 13 de febrero de 2013, dando cuenta de la **Ampliación de la Pericia Médico Legal N°355-2010** efectuado a doña Ester Cortés Mora, en cuyas conclusiones se consigna que *“la paciente presentó una complicación post operatoria del tratamiento ostesíntesis de la fractura de pierna, que no fue suficientemente valorada durante el primer mes del post operatorio como lo aconseja la práctica médica habitual”*.
 - vi. Pericia de Responsabilidad Médico Legal N°355-2010, en cuya carátula se lee Fecha de ingreso 30 de septiembre de 2010; Nombre de paciente Ester Cortés Mora; Juzgado: Fiscalía Centro Norte Rol N°0800466191-6; Especialidad afectada. Fractura pierna derecha, con timbre del Departamento de Clínica Unidad de Responsabilidad Médica.
 - vii. Oficio N°092010/FME/222055 remitido por don Luis José Salazar Torres, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Regional Santiago Centro Norte a Doctor Jorge Ceballos Vergara, Unidad de Responsabilidad Médica del servicio Médico Legal, con fecha 14 de septiembre de 2010, solicitando peritaje sobre responsabilidad médica de los hechos materia de la causa RUC 0800466191-6/.
 - viii. Solicita ampliación de peritaje de Responsabilidad Médico, en cuya carátula se lee RUC 0800466191-6, Oficio N°092013/FME/291431, Santiago, 13-09-2013, remitido por Héctor Marcelo Carrasco Gaete Fiscal Adjunto Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro



Norte a Señores Servicio Médico Legal Unidad de Responsabilidad Médica, solicitando complementar los peritajes ya emitidos en la causa con fecha 04 de marzo de 2012, bajo el N°355-2010, ampliado el 13 de febrero de 2013 y el 11 de septiembre de 2013, todos elaborados por e perito Dr. Iván Madariaga Fuentes.

- ix. Respuesta a oficio N°290005, remitida por Servicio Médico Legal a Fiscalía Centro Norte con fecha 11 de septiembre de 2013, dando cuenta de la Ampliación de la Pericia Médico Legal N°355-2010 efectuado a doña Ester Cortés Mora, en cuyas conclusiones se consigna que *“ conclusiones anteriores dejan de tener validez a la luz de nuevos antecedentes. El nuevo tratamiento quirúrgico en Dic de 2007 fue realizado por otro equipo médico. Y no se apreció angulación de los fragmentos en las radiografías posteriores con que se cuenta (Dic de 2008)”* firmando por don Iván Madariaga Fuentes, médico traumatólogo, Perito Forense.
- b. **Segunda carpeta de archivos** denominada “act 22-04-2014 0800466191-6”, en cuyo interior se encuentra un archivo en formato PDF, denominado “act 22-04-2014 0800466191-6”, con fecha de modificación 22-04-2014 a las 13:10, con un tamaño de 3.768 KB, al abrir el cual se aprecia que corresponde a un documento de 75 páginas, dentro de los cuales se aprecian:
 - i. Oficio Ordinario N°6914, de fecha 31 de marzo de 2014, remitido por la Superintendencia de Pensiones a don Marcelo Carrasco Gaete, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Regional Metropolitana Zona Centro Norte, mediante el cual remite copia del expediente de Calificación de Invalidez de la afiliada doña María Ester del Rosario Cortés Mora, informando que ella tiene la calidad de pensionada por invalidez definitiva parcial, pues mediante Dictamen N°513.0018/2009 del 12 de enero de 2009 la Comisión Médica de la Región Metropolitana declaró la invalidez parcial transitoria a favor de la afiliada, representada por la pérdida de un 50% de su



capacidad de trabajo, a causa de Fractura de pierna derecha secuelada.

- c. **Tercera carpeta de archivos** denominada “ACT 26-08-2013”, en cuyo interior se encuentra un archivo en formato PDF, denominado “ACT 26-08-20131”, con fecha de modificación 26-08-2013 a las 16:33, con un tamaño de 1.337 KB, al abrir el cual se aprecia que corresponde a un documento de 70 páginas, correspondiente a Oficio de fecha 6 de agosto de 2013 GCAL N°3168, remitido por la Gerencia Corporativa de Asuntos Legales Unidad Médico Legal de la Mutual de Seguridad, al señor Héctor Marcelo Carrasco Gaete, Fiscalía Local Santiago Poniente, adjuntando antecedentes de la señora Ester Cortés Mora, en causa RUC N°0800466191-6, Rit N°8261-2008, correspondientes a ficha clínica y CD con RX de pierna derecha.
- d. **Cuarta carpeta de archivos** denominada “act. 18-03-13”, en cuyo interior se encuentra un archivo en formato PDF, denominado “act.18-03-131”, con fecha de modificación 18-03-2013 a las 12:53, con un tamaño de 253 KB, al abrir el cual se aprecia que corresponde a un documento de 6 páginas, correspondiente a Ampliación de Pericia Médico Legal N°355-2010, DE Ester Cortés Mora, fechado en Santiago 13 de febrero de 2013, cuyas conclusiones consignan que *“1. la paciente presentó una complicación post operatoria del tratamiento de osteosíntesis de la fractura de pierna, que no fue suficientemente valorada durante el primer mes del post operatorio como lo aconseja la práctica médica habitual. 2. El retardo diagnóstico postergó el tratamiento de la complicación prolongando el tiempo de cicatrización”*.
- e. Oficio de fecha 6 de agosto de 2013 GCAL N°3168, remitido por la Gerencia Corporativa de Asuntos Legales Unidad Médico Legal de la Mutual de Seguridad, al señor Héctor Marcelo Carrasco Gaete, Fiscalía Local Santiago Poniente, adjuntando antecedentes de la señora Ester Cortés Mora, en causa RUC N°0800466191-6, Rit N°8261-2008, correspondientes a ficha clínica y CD con RX de pierna derecha.



- f. **Documento en PDF “0800466191-6**, con fecha de modificación 20-12-2012 10:14, tamaño: 7.930 KB, documento que consta de 411 páginas.
3. Oficiar al **Servicio Médico Legal** para efectos de concluir pericia N°335-2010 de fecha 7 de marzo de 2012 correspondiente a doña Ester del Rosario Cortés Mora, oficio despachado con fecha 4 de julio de 2016 según consta a fojas 267; la que se tuvo por recibida con fecha 22 de julio de 2016 según fojas 280, en que consta haberse recibido Pericia Médico Legal N°355-2010 Informe preliminar caso de “Fractura de pierna con consolidación en posición viciosa tratada”, en cuyas conclusiones periciales consigna *“en consideración a la historia clínica y la secuencia de imágenes es posible descartar para este perito fallas a la lex artis en las etapas iniciales, intermedias y finales de la atención traumatológica recibida por esta paciente”*, practicada por el Médico Traumatólogo Forense don Cristian Fercovic Musrre, custodiada bajo el **N°4772-2016**, junto con copia autorizada de estos autos.
4. Oficiar al **Hospital Mutual de Seguridad** a objeto de remitir al Tribunal la ficha clínica de la paciente doña Ester del Rosario Cortés Mora, en relación a la operación practicada el día 22 de diciembre de 2007, oficio despachado con fecha 4 de julio de 2016 según consta a fojas 268; el que fuera respondido por dicho organismo en virtud de Oficio GCAL N°3113 de fecha 8 de julio de 2016, adjuntando Ficha Clínica por ingreso privado , de fecha 22 de diciembre de 2007 de la señora Cortés, la que se agregó entre fojas 270 y 278.

DECIMO TERCERO.- Que, tal y como ha sido demandado en autos, la actora alega que producto de la intervención quirúrgica que le fuera practicada en su pierna derecha con fecha 14 de mayo de 2007 por el equipo médico del Hospital San José, luego de la postergación de la misma, dándosele de alta tres días después, realizándose un segundo y tercer control médico en los que se determinó que producto de la operación su pie se encontraba torcido, estima como un fracaso la operación quirúrgica recibida en el Hospital. Producto de lo anterior, la demandante señala que debió concurrir a consulta privada Vida Integra, donde le fue prescrito trabajo kinesiológico y exámenes radiológicos, previo a considerar una nueva intervención quirúrgica, sometiéndose en definitiva luego de practicarse los tratamientos y exámenes dictaminados, a una nueva operación el día 22 de diciembre de 2007 en el



Hospital de la Mutual de Seguridad con el médico traumatólogo Luis Bahamondes.

DÉCIMO CUARTO.- Que, de la prueba aportada a estos antecedentes a partir de la prueba aportada en autos se desprende con claridad que se ha acreditado como hechos de la causa que, según consta de las piezas del documento correspondiente a “Ficha Clínica”, rolante entre fojas 104 y 128, y entre fojas 134 y 151, en Ficha de ingreso de urgencia de fecha **26 de abril de 2007**, emitido por la Unidad de Emergencia del Hospital San José, se consigna como “Anamnesis” que la “paciente sufre caída en la vía pública, fractura 1/3 distal pierna derecha”, según se lee a fojas 134; por su parte, la Ficha N°0437009 de fecha **27 de abril de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo absoluto –pierna alto, régimen común, según se lee a fojas 114; por su parte, la Ficha N°0463967 de fecha **30 de abril de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo absoluto –pierna alto, régimen cama, y prescribe “no levantar”, según se lee a fojas 113; por su parte, la Ficha N°0437088 de fecha **2 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo absoluto, régimen cama, y prescribe “interconsulta a psiquiatría paciente refiere patología bipolar”, según se lee a fojas 112; Ficha N°0463978 de fecha **3 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo absoluto (no apoyar), régimen común; por su parte, la Ficha N°0441166 de fecha **4 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo absoluto, régimen común; por su parte, la Ficha N°0437101 de fecha **7 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo absoluto, régimen común, Y destacado en mayúsculas “No dar diazepam”, según se lee a fojas 109; por su parte, la Ficha N°0464115 de fecha **8 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo absoluto/ pierna en alto, régimen común, según se lee a fojas 107; por su parte, la Ficha N°0437144 de fecha **9 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo absoluto/ pierna en alto, régimen común; por su parte,



la Ficha N°0437199 de fecha **10 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo absoluto/ pierna en alto, régimen común, según se lee a fojas 105. A fojas 108 consta, asimismo, documento titulado “**Preparación Preoperatoria Servicio Traumatología**” fechado en **8 de mayo de 2007**, nombre de la paciente Ester Cortés, diagnóstico Rx pierna distal derecha. Relacionado con lo anterior, a fojas 139 se lee en el documento “Historia y Evolución Clínica” anotación manuscrita con fecha **8 de mayo de 2007** a las **15:20** horas que “*se suspende pabellón por falta de instrumental, fueron utilizados todas las cajas de OTS mayor y no estarán reutilizables. Se explica a paciente, se reprogramará. Deja constancia que a raíz de la suspensión marido de la paciente reclama en forma agresiva a equipo médico e intenta agredir a personal paramédico*”. Por su parte, la Ficha N°0465619 de fecha **14 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo sentada, prescribe una serie de medicamentosa ilegibles, en cuyo anverso se leen anotaciones manuscritas de **ingreso a pabellón y llegada a recuperación** en buenas condiciones generales, según se lee a fojas 122. La Ficha N°0465590 de fecha **16 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo pierna en alto/ no apoyar/ férula Braun, régimen común, prescribe medicamentos, y en su anverso se lee la observación manuscrita “*paciente en buenas condiciones generales, tranquila. No refiere dolor, movilidad limitada, herida op. Leve enrojecimiento equimástica, edema (+) aumento de la sensibilidad*”, según se lee a fojas 120. Ficha N°0465751 de fecha **17 de mayo de 2007** “Indicaciones Médicas y de Enfermería” consigna como diagnóstico “FX pierna D°”, como indicaciones médicas refiere reposo relativo/ pie en alto, régimen común, y las observaciones “*poner bota corta abierta, post curación de heridas; alta tras yeso*, todo lo cual se lee a fojas 120.

De otra parte, en virtud de la documentación acompañada e individualizada en el motivo décimo segundo en especial copias de los bonos Fonasa emitidos por consultas y exámenes médicos practicados a la demandante, fluye inequívocamente que la demandante solicitó y obtuvo **por lo menos a partir del mes de agosto de 2007**, atención medica necesaria para las dolencias que le aquejaban en su pierna derecha producto de la consolidación viciosa de la fractura que motiva estos autos.



Asimismo, es dable tener por acreditado en virtud de la prueba documental y en especial del Oficio GCAL 3113 remitido por la Mutual de Seguridad con fecha 8 de julio de 2016 en respuesta a medida para mejor resolver, en que se acompaña Hoja Historia Clínica de doña Ester del Rosario Cortés Mora, Folio 7138, conforme a la cual con fecha 22 de diciembre de 2007 recibió primera atención con diagnóstico de fractura tibia/peroné, distal cerrada, confirmado derecha, y habiéndosele practicado una osteotomía de tibia con fecha 9 de enero de 2008, registrando al día 30 de enero de 2008 como evolución “bien. Aún sin consolidación. Control Mensual”; con fecha 29 de febrero de 2008 “RX ya muestra callo incipiente, sobretodo en peroné. Control mensual con RX. Mantiene descarga”; con fecha 9 de abril de 2008 “poco más de 3 meses de post osteotomía. Ya hay signos de consolidación. Carga con dos bastones; con fecha 4 de mayo de 2008 “apoya poco con dos bastones. Duele tronillo proximal de placa. Se insiste en carga con bastones.”; con fecha 18 de junio de 2008 “seis meses desde osteotomía. Parece ya consolidado. Camina apenas con un bastón. Requiere más FKT”; 18 de julio de 2008”muy buena evolución. Ya camina con un bastón, sin dolor en pierna y con leve edema. Tornillo proximal sensible y subcutáneo, con algo de eritema. No hay dolor en el foco. Se enfatiza necesidad de no abandonar bastón en ningún momento; con fecha 10 de diciembre de 2008 “totalmente consolidada. Se indica caminar sin bastón. Se retirará un tornillo proximal con anestesia local”; con fecha 14 de diciembre de 2008 “se hace retiro de tornillo”.

DÉCIMO QUINTO.- Que, sin perjuicio de lo anterior, la declaración que en calidad de testigo prestó don Luis Bahamone Muñoz, médico traumatólogo, ante la Fiscalía Territorial B en causa RUC n°0800466191-6 con fecha 20 de enero de 2010, refuerza y sirve de sustento necesario a la hipótesis de haberse producido el daño sufrido por la señora Cortés como consecuencia mediata y necesaria del actuar de los médicos intervinientes en la cirugía practicada en el Hospital San José, al decir que “la señora Ester había sido operada en otro centro médico por una fractura de pierna. Lo que me correspondió fue atenderla por un problema de mal alineamiento de la fractura y dolor. Se le indicó una corrección quirúrgica del problema, hacer un realineamiento de la extremidad mediante una nueva cirugía, que fue lo que se hizo. (...) Luego de ello la paciente evolucionó bien y consolidó su fractura en un buen eje, y recobró su capacidad para caminar, ya que al llegar a verme en un principio no podía caminar, llegó en silla de ruedas. Luego de la etapa de rehabilitación la paciente se recuperó de su problema. El mal alineamiento de



la pierna de la señora Ester pareciera ser el resultado del postoperatorio de la primera intervención. Normalmente la situación de mal alineamiento es un hecho que se constata tempranamente, una vez realizada la intervención quirúrgica. El mal alineamiento de una fractura, ocurrido luego de una intervención quirúrgica, se debe por lo general a complicaciones durante la operación, que es lo que debe haber ocurrido en la primera intervención de la pierna de la señora Ester. Si ello resulta significativo se ordena una nueva intervención, que es lo que ella alegaba que no se había realizado”. De esta clara y precisa declaración solo cabe estimarla como consistente, coherente y armónica con la prueba documental rendida, en especial resultado de exámenes radiológicos.

DECIMO SEXTO.- Que, por su parte, en la declaración testimonial prestada ante la Fiscalía Territorial B en causa RUC 0800466191-6/ por don Pablo Ignacio Besser Jirkal con fecha 1 de junio de 2009, manifiesta en lo pertinente que “la paciente continuó siendo evaluada diariamente por nuestro equipo, encontrándola siempre en buenas condiciones generales, sin complicaciones de la fractura, lo que permitió que reprogramáramos la cirugía para el lunes 14 de mayo. En la fecha fijada, llevamos a cabo el procedimiento indicado que consistió en una osteosíntesis del peroné con placa 1/3 tubo de 8 orificios de pequeño fragmento y una placa en T de gran fragmento de 6 orificios para la tibia, técnica habitual para este tipo de fracturas. La cirugía se realizó en tiempos normales, sin inconvenientes de ningún tipo, en la que actué como cirujano principal y asistido por el Dr. Carredano. La evolución postoperatoria de la paciente fue completamente satisfactoria, sin complicaciones, siendo evaluada radiológicamente, lo que permitió que la diéramos de alta el día 17 de mayo en buenas condiciones con estrictas indicaciones previo apoyo de psiquiatría y control al séptimo día del alta. En relación con las indicaciones al alta, dejé analgesia, se fijó control postoperatorio e insistí en la necesidad que mantuviese la extremidad en alto y con prohibición de apoyo absoluto. Volví a ver a la señora Ester en el policlínico de la especialidad el día 30 de mayo, procediendo a examinarla, pudiendo constatar una herida postoperatoria limpia y sin complicaciones de ningún tipo, pero con una pequeña rigidez del tobillo, que impresionaba como un equino voluntario, es decir, que ante la indicación de doblar hacia dorsal o hacia arriba el pie, la paciente hacía fuerza en la dirección contraria negándose a efectuar los movimientos ordenados (...) Se mantuvo las indicaciones de reposo absoluto, pero se decidió colocar una valva de yeso con el fin de



corregir la postura del tobillo, llevándolo a neutro para evitar que se estructure o mantenga el equino voluntario dejándola además citada a control en 2 semanas para efectuar el retiro de puntos habitual. En nuevo control al mes de la cirugía, la paciente estaba en buenas condiciones, sin evidencia de ninguna complicación y con la herida sana por lo que se sacaron los puntos. Ya estaba en condiciones de comenzar la etapa del tratamiento kinesiológico, dándosele la interconsulta a kinesiológica respectiva, con expresa advertencia que no contaba con autorización para apoyarla extremidad hasta que constatáramos la consolidación de la fractura mediante un futuro estudio radiológico. Esa fue la última vez que la vi, porque la paciente no asistió a kinesiológica ni concurrió a mi consulta, desconociendo antecedentes sobre su evolución posterior”. Cabe hacer presente que de los términos de la declaración transcrita aparece de la misma que el medico aprecio lo que denomina “una pequeña rigidez del tobillo” lo que atribuye a “que impresionaba como un equino voluntario, es decir, que ante la indicación de doblar hacia dorsal o hacia arriba el pie, la paciente hacía fuerza en la dirección contraria negándose a efectuar los movimientos ordenados (...)”, sin que se haya acreditado que a tal conclusión se arribó luego de practicar un simple examen radiológico disponible en el recinto hospitalario para acreditar que la falta de movimiento solicitada correspondía a la mera voluntad de la paciente y no a una imposibilidad física de realizarla, lo que claramente corresponde a una falta de diligencia en la prestación médica y a una omisión negligente de la demandada.

DÉCIMO SEPTIMO.—Que, es necesario tener presente que conforme dispone el artículo 1545, *todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*, en la especie, habiéndose vinculado jurídicamente la demandante doña Ester del Rosario Cortés Moya con el Hospital San José en virtud del contrato de salud nacido entre ambos, con ocasión del ingreso vía Unidad de Emergencia al Hospital San José, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Norte con fecha 26 de abril de 2007, debe necesariamente tenerse por perfeccionado dicho contrato de prestación de salud en virtud del concurso real de voluntades de cada uno de las partes, la una para ser sometida a las prestaciones médicas necesarias para aliviar el mal de salud que la aquejaba, y el segundo a efectuar las prestaciones médicas necesarias para restablecer la salud de la paciente, a consecuencia de lo cual existe un verdadero vínculo contractual entre ambas partes. Así se desprende de la Copia de documento denominado “Urgencia Adulto” N°44890 emitido por Hospital San José Unidad de Emergencia Servicio de Salud Metropolitano



Norte, en que consigna como datos nombre: Cortés Mora Ester del Rosario; Edad 43 años; fecha de suceso: 26/04/2007 12:08; Fecha de ingreso: 26/04/2007 12:08; Motivo consulta: TMT Pierna, con timbre Admisión N°32, escrito en manuscrito “hospitalización”, pronóstico médico “mediana gravedad”, “destino” hospitalización, el que constituye el contrato de prestación de servicios médicos que dio origen al vínculo obligacional entre las partes.

DÉCIMO OCTAVO.- Que, resulta, por lo demás, necesario recordar que además de tratarse de un contrato en el sentido jurídico auténtico del término, el contrato de prestaciones médicas reúne características especiales que impide que su contenido sea enteramente producto de la autonomía de la voluntad entre las partes: primero, porque ambas no están en la misma posición ni pueden mirarse como equivalentes; y en segundo lugar, porque el bien jurídico involucrado, ya sea la salud o la vida, resulta de tal magnitud y relevancia, como la propia Constitución Política de la República lo reconoce en su artículo 19 N°1, y especialmente N°9, al garantizar el derecho a la protección de la salud, que no resulta posible entregarlo al puro arbitrio de los contratantes. Es manifestación de esta garantía establecida por el legislador, por tanto, la **Ley 20.584** que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, al disponer en su artículo 4 que “toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas. Adicionalmente, toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado”. A mayor abundamiento, no es posible escapar este contrato de los términos claros y preciso de la **Ley 19.966** en cuanto establece las obligaciones indispensables de cumplir por un ente hospitalario a efecto de lograr dar de manera eficiente y oportuna las prestaciones médicas necesarias requeridas por el paciente. El artículo 10, por su parte, dispone que “toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento



disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”.

DÉCIMO NOVENO.- Que, según regula la Ley 19.966 que Establece un régimen de garantías de salud en su artículo 38, *los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.* En tal sentido, resulta necesario recordar un hecho público y notorio cual es que el demandado en autos, Complejo Hospitalario San José es una Institución de Salud Asistencial Docente, que tiene como misión otorgar prestaciones de Salud a la población del área Norte con criterios de equidad y comprometidos con el buen trato, la oportunidad, la seguridad y la calidad de atención. En cuanto a su visión, manifiestan ser reconocidos como un hospital acreditado y autogestionado en red, confiable en la atención de Salud, hacia el 2020. Manifiestan como sus valores *Equidad, Respeto, Empatía Responsabilidad, Transparencia, Compromiso*; y como sus principios, *Eficiencia, Eficacia, Integración*. Por tanto, se trata de un órgano de la administración del Estado en materia sanitaria que debe responder de los daños que causen a particulares por falta de servicio. Por tanto, necesario resulta determinar en esta controversia si tal daño se produjo por *acción u omisión*.

VIGESIMO.- Que, se ha entendido por daño, en un sentido doctrinario, *“todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”* (Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Enrique Barros Bourie, p. 221), concepto que es recogido por el Código Civil al decir en sus artículos 1556 *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante”*, norma aplicable al estatuto de responsabilidad contractual que es el que nos ocupa en la especie, y 2329 *“todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparada por ésta”*, en relación al estatuto de responsabilidad extracontractual. Razonando en tal sentido, y a la luz de lo expuesto en el Informe Pericia Médico Legal N°355-2010 en copia remitido por el Servicio Médico Legal en respuesta a la medida para mejor resolver decretada por este Tribunal con fecha 4 de julio de 2016, se consigna en el acápite *“Consideraciones Periciales”* que *“el análisis de la secuencia radiográfica y de los elementos*



centrales de la historia clínica permiten identificar el problema como una complicación propia del tipo y localización de la fractura original. Esta complicación es un defecto en el eje de consolidación o consolidación viciosa que se produce en el curso del proceso reparativo postoperatorio.....". Por su parte, a partir de las piezas integrantes de la ficha clínica como de los testimonios médicos prestados ante la Fiscalía analizados en motivos precedentes, es posible concluir que la demandante y paciente del Hospital San José doña Ester Cortés Mora, sufrió, efectivamente, un daño consistente en un defecto en el eje de consolidación o consolidación viciosa de la fractura intervenida quirúrgicamente en el recinto hospitalario demandado que se produce en el curso del proceso reparativo inmediato postoperatorio, por lo que concurre plenamente el elemento "daño" necesario para la determinación de responsabilidad civil.

VIGESIMO PRIMERO.- Que resulta evidente, a partir de la lectura de los motivos precedentes, que la intervención quirúrgica practicada a la demandante en el Hospital San José trajo como consecuencia la producción de daños físicos en su pierna derecha que de otra manera no habría sufrido. Así se desprende al analizar el historial clínico de la paciente del Hospital San José de las fechas que median entre el 26 de abril de 2007 y el 17 de mayo de 2007 y controles de junio de 2007, en relación a la Hoja de Historial Clínica de la Mutual de Seguridad, donde la demandante fue nuevamente intervenida quirúrgicamente.

VIGESIMO SEGUNDO.- Que, establecido ya la existencia de un hecho motivante del daño alegado por la demandante (la intervención quirúrgica practicada el 14 de mayo de 2007 y sus controles pos operatorios), el daño sufrido por esta última (defecto en el eje de consolidación o consolidación viciosa que se produce en el curso del proceso reparativo postoperatorio), que le impidió continuar con la realización normal de su vida, como lo evidencia el hecho de haberse debido pensionar por invalidez parcial, hecho de que da cuenta el Informe de la Superintendencia respectiva agregado a estos autos, corresponde determinar la concurrencia del elemento culpa, requisito indispensable en la estructura de la responsabilidad civil. La culpa no intencional o negligencia puede ser concebida como "*la inobservancia del cuidado debido en la conducta susceptible de causar daño a otros*" (Ibi p. 78). Nuestro propio Código Civil no contiene una definición precisa de culpa, sino tan sólo distingue tres especies de culpa (grave o lata, leve y levísima) en su



artículo 44, así como los efectos del contrato para el contratante incumplidor de acuerdo a la gradación de culpa en que haya incurrido, como lo plantea el artículo 1547 del mismo cuerpo normativo. Pero resulta lo cierto que, tratándose el hecho imputable al demandado y causante del daño de un hecho ejecutado en el ejercicio de una profesión altamente sensible como lo es la medicina, resulta a lo menos claro que la producción del resultado dañoso no habría teniendo lugar si los profesionales intervinientes en la operación quirúrgica hubieran observado las normas básicas de diligencia que la *lex artis* les exige, esto es, de acuerdo a los conocimientos adquiridos por de la ciencia médica, con el objeto de prevenir, diagnosticar o sanar adecuadamente al paciente (“Error de Conducta y culpa Médica”, Mauricio Tapia). Esto es así puesto que, siendo el contrato de prestación de servicios de salud uno que reporta beneficio recíproco a ambas partes, el deudor, por este solo hecho, se hace responsable de la culpa leve , más aún cuando por la sola la pregunta que parece crucial formularse es “si utilizando la diligencia debida se habría podido evitar”, esto en el caso de autos, se traduce en que, si de haberse practicado la intervención quirúrgica con la celeridad que su mediana gravedad parecía indicar, y no una vez transcurridos 18 días desde el ingreso de la paciente al Hospital San José, como asimismo si se hubiesen adoptados las indicaciones necesarias y practicado los exámenes disponibles en los días posteriores a la intervención quirúrgica realiza el día 14 de mayo de 2007, el resultado dañoso no habría existido, o al menos habría sido menor. Se trata, en definitiva, de casos que no son fortuitos, sino previsibles, pues una institución como el Hospital San José, dada su naturaleza jurídica, con el numeroso personal especializado que trabaja para el cumplimiento de su misión, pudo tener perfecta noción de las perniciosas consecuencias que un retardo en una cirugía como la que precisaba la paciente y fundamentalmente la falta y omisión de los exámenes pertinentes en el periodo post operatorio tendría en su salud, en especial teniendo presente que según da cuenta el propio médico tratante en su declaración ya citada, la paciente expresaba no poder cumplir con los movimientos que le indicaba el facultativo.

VIGESIMO TERCERO.- Que, es necesario tener presente que la demandante, ha accionado de indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato de salud en contra del Hospital San José, por los daños y perjuicios sufridos que individualiza como daño emergente y daño moral, **daño emergente** que señala comprendido por los desembolsos de dinero que debió realizar en la compra de bonos para la atención médica,



exámenes realizados y nueva intervención quirúrgica realizada, agregando presupuesto de intervención quirúrgica, por lo cual demanda por este concepto la suma de \$1.884.419.- expresando que esta cifra incluye no solo lo efectivamente desembolsado que asciende a \$ 1.090.579.- sino también un presupuesto para una futura intervención a la que debe someterse y que asciende a la suma de \$793.840.-, a cuyo respecto es necesario precisar que de la prueba documental rendida por la demandante e individualizada en el motivo décimo segunda, esto es, bonos emitidos por Fonasa por atenciones médicas y exámenes practicados en Vida Integra, como en la Mutual de Seguridad, se desprende claramente la existencia de las atenciones y exámenes practicados a partir del mes de agosto de 2007, es posible determinar tras efectuar la operación matemática de suma correspondiente que el costo de las mismas asciende a **\$1.090.579.-**, cifra que corresponde a lo solicitado por la demandante descontando el presupuesto, cuyo cobro se desestima por no haberse acreditado la realización de la intervención en el contemplado, por lo que en consecuencia la suma de **\$1.090.579.-** deberá otorgarse a la demandante por el concepto de daño emergente.

VIGESIMO CUARTO.- Que, finalmente la actora demanda por concepto de **daño moral**, la suma de \$20.000.000.-, que funda en que desde la operación e a que fue sometida en el Hospital San José no ha podido llevar una vida normal, el constante malestar físico que se traduce en dolor, sufrimiento, además del desgaste emocional que se ha plasmado en diagnósticos de depresión producto del martirio y la impotencia que provoca verse obligada a depender de terceros para la realización de las actividades cotidianas, señalando que en síntesis los daños morales se traducen en dolor físico, depresión, pérdida de tiempo, incomodidad, dependencia de terceros, daño estético etc., todos elementos que indica se han prolongado ya por varios años, todos antecedentes y circunstancias que es necesario analizar a la luz de la prueba rendida y ya reseñada en los motivos precedentes.

VIGESIMO QUINTO.- Que, de los documentos individualizados en el motivo tercero como de las medidas para mejor resolver decretadas, se desprende inequívocamente que la actora desde la ocurrencia de la fractura sufrida el 25 de abril de 2007 y en lo fundamental **a partir de la intervención quirúrgica practicada en el Hospital San José el día 14 de mayo de 2007**, a consecuencias directa del incumplimiento del contrato de prestación médica, la negligencia y omisión establecida en esta sentencia,



debió sufrir nuevas intervenciones quirúrgicas para corregir la consolidación viciosa de la fractura de su pierna derecha, efectuar tratamiento kinesiológico para recuperar en primer lugar la correcta posición del pie derecho, del extremo de su pierna derecha, el apoyo y la movilidad de la misma y tan solo luego recuperar la marcha, proceso de recuperación que tardó, según dan cuenta los documentos ya reseñados, meses e incluso años, y que provocaron que la Superintendencia de Pensiones calificara su estado de invalidez parcial, todos síntomas que a no dudar conllevan necesariamente un sufrimiento y menoscabo al momento de comprobar la carencia de las facultades que nos son propias y que tenía a cabalidad con anterioridad a la ocurrencia de los hechos que motivan su demanda, y que le dificultan e impiden el desenvolvimiento natural y cotidiano en las labores diarias de todos los seres humanos, como son aquellas que atañen a nuestra higiene personal, vestimenta y alimentación, y que al vernos impedidos o dificultados en el ejercicio de las mismas en forma, como es el caso de autos, súbita e intempestivamente, provocan impotencia, afectando nuestra autoestima y dignidad, al requerir la ayuda de terceros cuya intervención resulta indispensable pero que necesariamente al prestar su ayuda deberán atravesar los límites que día a día ponemos los seres humanos a nuestra privacidad.

VIGESIMO SEXTO.- Que, asimismo los informes médicos dan cuenta de una recuperación lenta que requirió el apoyo de ejercicios a lo largo del tiempo a través de sesiones de kinesiterapia, con el propósito de recuperar la movilidad y facultades perdidas, lo que claramente demanda la realización de un esfuerzo físico y anímico para el logro de dicho objetivo, debiendo sufrir durante los meses inmediatamente posteriores diversos síntomas físicos, psicológicos y anímicos elementos que es un hecho público y notorio tienen lugar luego la ocurrencia de eventos como el que es objeto de análisis en esta causa y que comprenden lo que se ha llamado y descrito como Stress post traumático.

VIGESIMO SEPTIMO.- Que, en consecuencia analizadas las aseveraciones vertidas por la demandante, en relación a la prueba rendida por la actora, en los términos indicados en los motivos precedentes, a consecuencia de lo cual ha quedado establecida que la actora sufrió daños, sufriendo en definitiva dolores y menoscabo a raíz de las circunstancias descritas en los motivos precedentes, irrogándose perjuicios por daño emergente y de carácter moral a la actora, por lo que resulta procedente dándose los supuestos atributivos de responsabilidad contractual en el marco



de las prestaciones de salud, acoger la pretensión indemnizatoria deducida en el libelo de fojas 1 y siguientes, en relación al daño emergente en la forma ya indicada en el motivo vigésimo tercero, como asimismo por concepto del daño moral sufrido por la demandante, regulándose la misma a la luz de los sufrimiento experimentados, magnitud y naturaleza de los mismos, debiendo tener presente a este respecto que el daño experimentado se tradujo por un largo periodo en un dolor constante, y en pérdida del apoyo y la movilidad de la pierna derecha, circunstancias invalidantes para una mujer que a la fecha de ocurrencia de los hechos materia de la presente causa tenía cuarenta y tres años de edad, y a mayor abundamiento tratándose de hechos que según se ha acreditado produjeron en su estado emocional y psíquico una angustia y depresión que requirió tratamiento médico a fin de revertir su sintomatología, sufrimiento que se prolonga según se ha establecido en autos a través de un lento proceso de recuperación. Es así que atendido lo señalado se determina la indemnización de perjuicios por daño moral que deberá pagar la demandada en la suma de \$10.000.000.- (diez millones de pesos).

VIGESIMO OCTAVO.- Que, corresponde determinar habiendo sido solicitados, los reajustes conforme la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor, IPC, en relación al **daño emergente** concedido, desde el mes de diciembre de 2007 hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago, según liquidación que oportunamente realizara el señor Secretario Subrogante del tribunal; y en lo que corresponde a la suma concedida por concepto de indemnización del **daño moral**, ella será reajustada conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha en que la sentencia definitiva revista el carácter de ejecutoriada hasta la fecha del pago efectivo de la misma.

Y, visto además, lo dispuesto en los artículos 1437, 1445, 1545 y siguientes, 1698, 1700, del Código Civil; 144, 170, 254, 342 N° 2 y 3, 346, 384 y 433 del Código de Procedimiento Civil, **se declara:**

I.- Que se desestiman las tachas interpuestas por la parte demandada, según se señalara en el motivo tercero y cuarto.

II.- Que se acoge, con costas, la demanda deducida a fojas 1 y siguientes, con costas, solo en cuanto se condena a la parte demandada a pagar a la demandante por concepto de indemnización de perjuicios **lo siguiente:**

a.- la suma de \$1.090.579.- (un millón noventa mil quinientos setenta y nueve pesos) por concepto de daño emergente atendido lo señalado en el



motivo vigésimo tercero, debidamente reajustado en la forma señalada en el motivo vigésimo octavo.

b.- la suma de \$10.000.000.- (diez millones de pesos) por concepto de daño moral atendido lo señalado en los motivos vigésimo cuarto y siguientes, reajustado en la forma expresada en el motivo vigésimo octavo.-

Regístrese, notifíquese y archívese.

Dictada por doña Jacqueline Dunlop Echavarría, Juez Titular. Autoriza don Christian Viera Naranjo, Secretario Subrogante.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Santiago, veinte de Junio de dos mil dieciocho**



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

A contar del 13 de mayo de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>