

«RIT»

Foja: 1

FOJA: 244 .- .-

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 16° Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-24911-2015
CARATULADO : PINTO / FISCO DE CHILE

Santiago, veintinueve de Septiembre de dos mil diecisiete.

Vistos.

A fs. 2 comparece don Marco González Pizarro, abogado, en representación de doña Amada Andrea Margarita Pinto Godoy, profesora, y de don Marcelo Rafael Macías González, Sargento Primero del Ejército de Chile, todos domiciliados en Moneda 920, oficina N° 606, quien interpone demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, a su vez representado por su presidente don Ignacio Piña Roquefort, abogado, ambos con domicilio en Agustinas 1687, comuna de Santiago, y en forma solidaria, a don Andrés Wainstein Gurovich, médico, domiciliado en Avenida Fernando Castillo Velasco 9100, comuna de La Reina.

A fs. 47, doña Samanntha Carrasco Hurtado, por el demandado don Andrés Wainstein Gurovich, contesta la demanda.

A fs. 53, doña Irma Soto Rodríguez, abogado procurador fiscal de Santiago, por el fisco de Chile, contesta la demanda.

A fs. 66, el demandante evacua la réplica.

A fs. 71, el demandado fisco de Chile, evacua la réplica.

A fs. 75, el demandado don Andrés Wainstein Gurovich, evacua la réplica.

A fs. 81, se llama a las partes a audiencia de conciliación, sin que se llegue a acuerdo, según consta en acta de fs. 83.



«RIT»

Foja: 1

A fs. 84, se recibe la causa a prueba.

A fs. 217, se cita a las partes a oír sentencia.

Considerando.

Primero: Que, don Marco González Pizarro en representación de doña Amada Andrea Margarita Pinto Godoy y de don Marcelo Rafael Macías González, interpone demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, a su vez representado por su presidente don Juan Ignacio Piña Roquefort, y en contra de don Andrés Wainstein Gurovich, todos ya individualizados.

Funda su pretensión en los antecedentes de hecho y de derecho que se pasan a exponer.

Señala que con fecha 28 de octubre de 2011, doña Margarita Pinto Godoy se realizó una cesárea con salpingetomía en el Hospital Militar, efectuada por el médico demandado don Andrés Wainstein Gurovich. Agrega que el día 14 de mayo de 2012, por un dolor abdominal agudo, su representada concurre por atención ambulatoria al referido hospital, recinto en el que le solicitan la realización de una serie de exámenes, a saber, hematología, perfil hepático, lipídico y bioquímico, entre otros. Se indica además dificultades de la demandante para amamantar.

Manifiesta que los resultados de los indicados exámenes no arrojaron hallazgos, ni se diagnosticó la causa del dolor, el que continuó persistiendo.

Expone que con fecha 4 de junio de 2012 su representada ingresa de urgencia por dolor abdominal al Hospital Militar, en donde se le realiza una ecotomografía abdominal sin hallazgos, y exámenes de orina completa, también sin hallazgos.

Refiere que el día 25 de marzo de 2013, su representada concurre al Hospital Militar con un fuerte dolor al abdomen, se le solicita examen de



«RIT»

Foja: 1

hemorragias ocultas, que resulta positivo, por lo que se le otorga interconsulta a un proctólogo.

Agrega que con fecha 30 de mayo de 2013, la demandante concurre al Centro Médico Militar Cordillera, por dolor abdominal entre pubis y ombligo, en donde se le realiza una nueva ecotomografía abdominal que otorga impresión de pólipo vesicular.

Expresa que su representada en interconsulta con el proctólogo, el 30 de julio de 2013, se le realizó una colonoscopia sin hallazgos. Agrega en noviembre de 2013 se le adicionan medicamentos para fortalecer resistencia ósea, y se le indica interconsulta con traumatólogo.

Indica que a partir del 16 de enero de 2014, el dolor agudo se trata con analgésicos post operatorio y se diagnostica como dorsalgia. En agosto de ese mismo año la actora presenta aguda molestia general corporal sin tolerancia a fármacos para el dolor, por lo que se le medica citalopram, analgésico y antidepresivo fuerte.

Señala que recién el 23 de mayo de 2014, en interconsulta con traumatólogo se logró descubrir el indicio de los problemas que arrastraba su representada, desde la aciaga intervención. Agrega que se realiza radiografía de columna total, ordenada por el traumatólogo, que entre sus hallazgos señala “Cinta radiopaca en excavación pelviana”,

Expone que el 18 de agosto de 2014, se le solicitó a su representada un informe anatomopatológico que al examen histológico detecta “cervicitis crónica inespecífica superficial con discreta actividad”, siendo la cervicitis una inflamación del cuello del útero, provocada por una infección.

Relata que por la detección del cuerpo extraño, se consulta al médico demandado, quien solicita ecotomografía computarizada de abdomen y pelvis, la que su representada se realiza con fecha 9 de septiembre de 2014, y que determina la existencia de una “masa de estructura levemente heterogénea y contornos bien delimitados, que mide aproximadamente 7.5 por 5.6 por 4.9 centímetros en la zona hipogástrica, con una lesión en el intestino delgado y con el sigmoides”. Agrega que la impresión determina



«RIT»

Foja: 1

una masa mesentérica hipogástrica compatible con reacción inflamatoria a cuerpo extraño.

Reclama que los hechos descritos muestran una mala praxis en la intervención efectuada por el médico demandado, quien es dependiente del hospital también demandado, al haber olvidado una cinta en el útero de la paciente durante la cesárea con salpingetomía, que ha determinado padecer de este cuerpo extraño en su organismo, por todo el tiempo relatado, deteriorando gravemente su calidad de vida personal y familiar.

Manifiesta que su representada ha padecido de dolores agudos durante todo este tiempo, estando medicada con fuertes analgésicos, antiinflamatorios, y sometida permanentemente a múltiples exámenes invasivos, derivando en depresión, disfunciones familiares graves, sin que se detectara la cinta quedada en el organismo de su representada, por la intervención quirúrgica negligente del médico demandado.

En cuanto al régimen de responsabilidad legal aplicable, aduce que es aquel contemplado por el Código Civil, artículos 2314 y siguientes, esto es el régimen de responsabilidad civil extracontractual, debiendo entenderse que la falta de servicio del Hospital Militar se comprende en la culpa civil regulada en el título XXXV del Libro IV del texto legal recién citado. Agrega que en consecuencia el hospital responde por falta de servicio conforme el artículo 2314 y siguientes, siendo su responsabilidad en particular por el hecho ajeno, según lo dispone el artículo 2320 del código de Bello, pues es responsable por el hecho de su dependiente, el médico demandado, quien a su turno, es responsable por el hecho propio, en razón de la mala praxis, consistente en haber olvidado la compresa en el cuerpo de la demandante, mediante un actuar negligente.

En relación a la legitimación, refiere que en la especie tiene legitimación activa doña Amada Andrea Margarita Pinto Godoy quien ha sido la víctima directa y su marido como víctima por rebote. En cuanto a la legitimación pasiva, señala que recae en el Hospital Militar representado por el fisco y éste a su vez por el Consejo de Defensa del Estado y en el médico que practicó la cirugía.



«RIT»

Foja: 1

En cuanto a la falta de servicio o culpa de los demandados, reclama que de los hechos descritos se desprende que el hecho basal que desencadena el daño, cuya indemnización se reclama, es el olvido de una gasa o compresa en el cuerpo de la paciente, hecho ocurrido durante la intervención de cesárea ya indicada, falta de servicio que por aplicación del artículo 2.320 del Código Civil hace responsable al Hospital Militar por el hecho de sus dependientes. Agrega que la culpa o falta de servicio del hospital se presume, desde que se acredita la responsabilidad del médico y el vínculo de dependencia.

En cuanto a la causalidad, alega que ésta emana desde la propia descripción de los hechos. Aquella natural consiste en el olvido de la banda en el cuerpo de la paciente, lo que se vincula con una mala praxis del médico y constituye el vínculo causal necesario en la especie.

Respecto del daño que se reclama en autos, diferencia según sea el padecido por la víctima directa y aquel sufrido por la víctima por rebote.

En cuanto a los perjuicios sufridos por la primera reclama daño moral por el daño físico, consistente en introducir y dejar una banda en su cuerpo, elemento que desde ya constituye daño indemnizable. Luego refiere que la alegada negligencia desencadenó un cumulo de problemas de salud que arrastró la paciente durante años y que han sido ingerir medicamentos, dolores, infección, exámenes, visitas recurrentes a médicos, depresión, angustia, todo lo que queda enmarcado en el daño moral, cuya cuantía fija en \$50.000.000.-, o en la cantidad que fije el tribunal. Solicita a título de daño emergente por gastos en tratamientos psicológicos y otros asociados, la suma de \$5.487.000.-

En relación al marido y víctima por rebote, señala que éste ha debido acompañar a doña Amada Andrea Margarita Pinto Godoy en sus padecimientos, sufriendo también un daño moral, el que se fija en la cuantía de \$20.000.000.-, o la cantidad que fije el tribunal.

Previas citas legales, solicita tener por interpuesta demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual, en contra del Fisco de Chile, y en contra del médico don Andrés Wainstein Gurovich,



«RIT»

Foja: 1

ambos ya individualizados y en definitiva condenarlos en forma solidaria al pago de la indemnización de perjuicios de \$50.000.000.- para la demandante doña Amada Andrea Margarita Pinto Godoy y \$20.000.000.- para Marcelo Macías González, más la suma por daño emergente por un monto de \$5.487.000.-, o las sumas que el tribunal estime procedentes, más reajustes e intereses respectivos, con expresa condena en costas de los demandados.

Segundo: Que, Samantha Carrasco Hurtado, por el demandado don Andrés Waisntein Gurovich, contesta la demanda solicitando el íntegro y total rechazo de la misma, con expresa condena en costas, de conformidad a las consideraciones de hecho y de derecho que se pasan a exponer.

Excepción de prescripción de la acción intentada.

Expone como primera excepción la prescripción de la acción intentada. Refiere que el texto expreso del libelo de demanda es claro y categórico en demostrar que el hecho en cuya virtud los demandantes sustentan su pretensión indemnizatoria, es el presunto cuasidelito civil cometido por su representado en la intervención de cesárea practicada a doña Amada Pinto Godoy, el día 28 de octubre de 2011, imputándose una conducta negligente al médico sr. Andrés Wainstein, que habría causado los perjuicios que los actores demandan en autos, y que generaría la responsabilidad civil extracontractual que se reclama.

Agrega que la demanda intentada en contra de su representado sólo fue válidamente notificada el día 22 de enero del año 2013, por lo que se puede apreciar que la acción civil que ejerce la demandada, sólo se ha intentado después de transcurridos más de 4 años y 3 meses ocurrido el hecho que la funda, período de tiempo que no ha sido interrumpido, por lo que la acción intentada en autos resulta del todo improcedente, por extemporánea, ya que la institución de la prescripción ha generado todos sus efectos.



«RIT»

Foja: 1

II, Inexistencia de la responsabilidad extracontractual por la que se demanda.

En subsidio de la prescripción alegada, señala que solicita que la demanda sea rechazada por cuanto su representado actuó respecto de la demandante, doña Amada Pinto Godoy, sin incurrir en conducta negligente alguna.

Refiere que las imputaciones realizadas en el libelo de demanda respecto de su representado, son abierta y flagrantemente falsas, pues todo su actuar fue correcto, oportuno, diligente, adecuado y ajustado a la lex artis de la ciencia médica, cumpliendo cabal, oportuna y diligentemente todos y cada uno de los deberes que le asistían en el ejercicio de su profesión.

En cuanto a los hechos expuestos en la demanda, aclara y precisa lo siguiente:

Manifiesta que su representado es médico cirujano, especialista en ginecología y obstetricia, y en tal condición controló el quinto embarazo de la Sra. Pinto, paciente de 41 años, multípara de 4, embarazo de término de 41 semanas, con antecedentes de epilepsia en tratamiento, intervenida con anterioridad en su columna.

Señala que el 28 de octubre de 2011 la Sra. Pinto ingresó al Hospital Militar de Santiago, para la resolución de su embarazo, el que se había desarrollado en forma normal, iniciándose el proceso de inducción, pero a falta de progreso en trabajo de parto por vía vaginal, su representado decide realizar una intervención cesárea, desarrollada con absoluta normalidad sin complicación alguna, obteniéndose un recién nacido sano de sexo masculino. Agrega que además en dicha intervención su representado realizó a la paciente una esterilización tubaria.

Agrega que a continuación y antes de cerrar el peritoneo parietal, su representado solicitó a la arsenalera que efectuara el recuento de las compresas que estaban en la bandeja sin utilizar, y a la pabellonera que hiciera lo propio respecto a las compresas utilizadas que se encontraban en



«RIT»

Foja: 1

un recipiente especial, informándose a su representado que existía conformidad entre las presentes al inicio de la cesárea y las contabilizadas al final. Por lo anterior, su representado procedió a suturar el peritoneo, la aponeurosis, y la piel, dando por finalizada la intervención cesárea, trasladándose a la paciente a la sala de recuperación.

Indica que el referido procedimiento constituye un ritual obligatorio en toda intervención quirúrgica y tiene como fin el minimizar al máximo posible el riesgo siempre existente de que quede algún elemento al interior del cuerpo del paciente. Se dio el alta de la paciente el día 1 de noviembre de 2011.

Relata que la paciente concurre a la consulta de su representado en el mes de septiembre de 2014, refiriendo en dicha consulta que con ocasión de haber consultado a un especialista en traumatología por las patologías que sufría en su columna, y habiéndose realizado una radiografía de columna, dicho examen mostraba la presencia de un cuerpo extraño intra-abdominal.

Aduce que por lo anterior y para precisar el diagnóstico se ordenó la realización de un TAC de abdomen y de pelvis, examen que confirmó la existencia de una masa hipogastrio compatible con cuerpo extraño. Ante esto señala que se le indicó a la paciente que su representado en conjunto con un equipo multidisciplinario del Hospital podía realizar la intervención quirúrgica que requería, manifestando la paciente que por problemas familiares prefería diferir por ahora dicha opción, sin que volviera a consultar al Sr. Wainstein.

Asevera que en los hechos sometidos al conocimiento del tribunal, no existe cuestionamiento alguno posible de imputar al actuar profesional de su representado.

Manifiesta que analizando los elementos que debieran concurrir para la existencia de la responsabilidad demandada, éstos no verifican bajo perspectiva alguna en los hechos sometidos a conocimiento del tribunal, en los siguientes términos.



«RIT»

Foja: 1

Alega que es insostenible la existencia de una conducta negligente imputable a su representado, profesional con una sólida acreditación de especialidad, respaldada por su trayectoria profesional. Reitera que en la cesárea practicada se cumplió con el ritual quirúrgico de conteo y recuento de compresas, conforme a una buena práctica médica.

En relación al nexo de causalidad alegado por los demandantes, reitera que la conducta de su representada fue diligente y oportuna y que los eventuales padecimientos físicos y psicológicos que la actora alega sufrir, de modo alguno se encuentran vinculados con el actuar médico-quirúrgico de su representado, por cuanto la paciente fue tratada desde antes de la cesárea por patología que sufre en su columna.

Respecto del daño reclamado, niega expresamente la existencia de éstos, y para el evento que la contraria lograra demostrar que ha padecido los perjuicios que señala en su demanda, alega que de modo alguno éstos se vinculan con el actuar de su representado.

III. Rechazo de la demanda por la inadmisibilidad de la forma en que se solicita que se condene a los demandados.

Señala que la solicitud de los demandantes que se condene a los demandados al pago solidario de diversas sumas de dinero es inadmisibles, toda vez que en el improbable evento de que exista responsabilidad de los sujetos demandados de indemnizar los perjuicios reclamados por los actores, esta responsabilidad no puede ser solidaria en consideración a que ambos demandados han sido emplazados en razón de situaciones de hecho distintas e independientes entre sí, de manera tal que resulta imposible establecer la existencia de una coautoría cuasidelictual.

En este sentido refiere que en el caso de la acción por responsabilidad extracontractual sustentada en el artículo 2.320 del Código Civil, se tiene que tales normas no contemplan la solidaridad como modalidad de condena del autor material del daño y del empresario, de manera tal que al no existir fuente legal que establezca solidaridad en este tipo de acción resulta inadmisibles que en la demanda de autos se pida dicha modalidad de condena.



«RIT»

Foja: 1

IV. En subsidio, improcedencia del reajuste solicitado en la demanda.

Señala que en el evento improbable que se dé lugar a la pretensión intentada, precisa que conforme al texto expreso de la demanda, resulta claro que tanto la pretensión contraria como la naturaleza de este procedimiento son de carácter declarativo, consecuentemente de condena, de manera tal que en el improbable evento que se declara la existencia de la obligación de los demandados de indemnizar a la actora, bajo ninguna perspectiva jurídica tal obligación de dar una suma de dinero podría reajustarse desde una época anterior a su nacimiento, como sería la interposición de la demanda.

Tercero: Que, doña Irma Soto Rodríguez, por el Consejo de Defensa del Estado, representando al Fisco de Chile y éste a su vez en representación del demandado Hospital Militar, contesta la demanda, solicitando que la misma sea rechazada en todas sus partes con costas, en atención a los antecedentes que se pasan a exponer.

Hace presente que en relación a los hechos expuestos en la demanda, los controvierte en su totalidad, salvo aquellos que reconozca de manera expresa en esta contestación.

Respecto a la normativa aplicable señala que la reparación de los daños ocasionados a consecuencia de prestaciones de salud, se rige por una normativa especial que prima por sobre la general del Código Civil invocada por las demandantes, y que se contiene en la Ley N° 19.966 que en su artículo 38 establece un sistema de responsabilidad por falta de servicio especial y subjetiva, que exige a la demandante rendir pureza suficiente sobre la negligencia que alega.

Agrega que la falta de servicio se produce: a) si los órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo, b) si su actuación es tardía, o c) si ellos funcionan defectuosamente; y en cada una de dichas hipótesis siempre que se cause perjuicio a los usuarios o destinatarios del respectivo servicio público.



«RIT»

Foja: 1

Expone el sistema de responsabilidad descrito se aplica en la especie, aun tratándose del Hospital Militar, que por su carácter de tal se encontraría, en principio, ajeno de la normativa sobre falta de servicio que contiene la Ley General de Bases de la Administración por lo dispuesto en su artículo 42, toda vez que tratándose de daños derivados de prestación de salud, el Fisco sólo responderá en la medida que se acredite la falta de servicio del órgano público prestador. Cita jurisprudencia en apoyo la doctrina enunciada.

En suma indica que la responsabilidad civil en materia sanitaria requiere la concurrencia copulativa de los siguientes requisitos; a) daño, b) falta de servicio y, c) relación causal entre el daño y la falta de servicio; y todos ellos deben ser probados por el demandante por aplicación del artículo 1.698 del Código Civil. En consecuencia, corresponde a los demandantes acreditar que ha existido imprudencia temeraria o dolo de determinados funcionarios del Hospital Militar de Santiago, que le causaron daño.

En cuanto a los daños reclamados por los demandantes indica que todos éstos deben ser acreditados. Hace presente que el daño moral reclamado por parientes, no puede darse por establecido sobre la base de suponer, por el solo hecho del vínculo de parentesco, la existencia del afecto y de la unidad familiar entre la víctima y quienes reclaman indemnizaciones, suposición que a su juicio es improcedente y ficticia. Cita doctrina al respecto.

Señala que en lo tocante a la cuantía de la indemnización por daño moral, cabe recordar que la capacidad económica del demandante y del demandado no autoriza para elevar su monto. Agrega que asimismo, la indemnización nunca debe exceder del monto del perjuicio, esto es, no puede ser fuente de lucro o ganancia para quien demanda, y en el caso del daño moral dicha indemnización debe estar dirigida a dar, a quien lo ha sufrido, solo una satisfacción de reemplazo, dado que el perjuicio mismo no desaparece por obra de la indemnización.



«RIT»

Foja: 1

Alega además que sin perjuicio de lo ya expuesto, en cuanto a la pretensión de la actora, de que las indemnizaciones cuyo pago demanda sean cumplidas solidariamente por los co-demandados de autos, corresponde que sea rechazada, puesto que no existe norma legal alguna que la haga aplicable al caso de marras.

En relación a lo anterior refiere que al tratarse la pretensión de aquellas basadas en normas especiales de responsabilidad contenidas en la Ley N° 19.966, se debe estar a lo señalado en aquel texto, que no considera situación alguna de solidaridad para el pago de indemnizaciones que eventualmente se fijen a favor de parientes.

Asimismo agrega que de aplicarse al caso de marras las normas generales de responsabilidad extracontractual del Código Civil, tampoco resulta aplicable la referida solidaridad, toda vez que en autos no concurre la hipótesis del artículo 2.317 del Código Civil, para que se produzca acción solidaria de indemnización de perjuicios.

Reclama que tampoco proceden los reajustes e intereses desde la fecha que indica la demanda de autos.

Expone que la pretensión de las demandantes es improcedente tratándose de los reajustes, porque la sentenciadora fija el monto de la indemnización considerando el valor adquisitivo que la moneda tiene en el momento en que dicta la sentencia definitiva. En tanto que, tratándose de los intereses sobre las sumas demandadas, éstos son del todo improcedentes en cuanto persiguen resarcir a la parte demandante de un supuesto retardo del deudor en el cumplimiento de una obligación de dinero.

Continuando con lo anterior manifiesta que el Fisco de Chile no puede estar en mora de pagar las indemnizaciones reclamadas, mientras no se declara la obligación de indemnizar, ni esté determinado su monto en la sentencia que eventualmente acoja la demanda y tal sentencia esté firme o ejecutoriada.

Concluye entonces que puesto que no puede decirse que el Fisco de Chile esté en mora de pagar las indemnizaciones reclamadas, mientras no se



«RIT»

Foja: 1

declare la obligación de indemnizar, ni esté fijado su monto por sentencia definitiva ejecutoriada.

Cuarto: Que, al evacuar la réplica el apoderado de los demandantes precisa lo que a continuación se indica.

En relación a la defensa del demandado sr. don Andrés Wainstein Gurovich.

Refiere que la prescripción extintiva alegada por este demandado debe ser rechazada. Primero debido a que en la actualidad existe consenso doctrinal que el plazo de prescripción debe contarse desde la manifestación del daño, cuestión que ocurrió solo cuando se advirtió mediante un examen de la existencia de la cinta que causaba los malestares graves a la demandante.

Segundo debido a que la interrupción de la prescripción no opera por la notificación de la demanda, sino que por su sola presentación.

Y en tercer lugar la indemnización que aquí procede es extracontractual respecto de ambos demandados a los que se reclama en forma solidaria, por lo que se trata de una sola deuda, y por ende, conforme a la tesis del mandato tácito y recíproco entre los codeudores solidarios, cabe considerar que la interrupción respecto de uno de los codeudores solidarios, en este caso el Fisco, tiene implicancia interruptiva respecto del otro demandado solidario, el médico, en los términos dispuesto por el artículo 2.519 del Código Civil. En consecuencia existiendo solidaridad en la especie, la interrupción operada respecto al Fisco afecta al médico demandado.

En cuanto a las defensas de fondo que esgrime en su escrito de réplica reitera aquellas contenidas en su libelo pretensor.

En relación a la defensa del demandado Fisco de Chile.

Indica que al régimen normativo aplicable, tratándose el demandado de un hospital militar no es el contemplado en la Ley 19.966, pues no se trata de un órgano dependiente de servicios de salud, lo que hace impertinente



«RIT»

Foja: 1

las normas del artículo 38 y siguientes de la citada ley. Agrega que en concreto el Fisco responde por falta de servicio en términos subjetivos, pero en la especie se le presume su culpa de acuerdo al artículo 2.320 del Código Civil que comprende la figura de la responsabilidad por el hecho ajeno.

En relación al rechazo de la solidaridad, señala que no cabe considerar la exegética interpretación del artículo 2.317 que exigiría que se trate del mismo hecho y no de situaciones fácticas distintas. Reitera que lo que invoca es la responsabilidad del médico por el hecho propio y la del hospital por el hecho ajeno.

Quinto: Que, el demandado Fisco de Chile, evacua la dúplica reiterando los argumentos expuestos en su escrito de contestación.

Sexto: Que, doña Macarena Dávila Lara, por el demandado don Andrés Waisntein Gurovich, evacua la dúplica, reiterando las argumentos de hecho y de derecho vertidos en su contestación, agregando jurisprudencia que apoya, a su juicio, los fundamentos de su defensa.

Séptimo: Que, las circunstancias a dilucidar corresponden a la determinación de si el actuar médico demandado fue contrario a la *lex artis médica* en la realización de la operación quirúrgica de cesárea con salpingetomía, si el indicado acto es consecuentemente constitutivo del ilícito civil reclamado por los demandantes, y si, derivado de lo anterior se generaron los perjuicios de carácter patrimonial y extrapatrimonial reclamados por demandantes, de los que deben eventualmente responder los demandados.

Octavo: Que, los demandantes con el objeto de acreditar los fundamentos de su pretensión acompañaron a los autos:

1. Mandato judicial de fecha 2 de octubre de 2015.
2. Informe de Radiografía de columna total de fecha 23 de mayo de 2014.
3. Copia de ecotomografía computarizada de abdomen de fecha 09 de septiembre de 2014.
4. Certificado de matrimonio de los demandantes.



«RIT»

Foja: 1

5. Epicrisis de ficha clínica N° 399393 del Hospital Militar, firmada por la médico doña María del Píal Díaz Corvillon, con fecha de ingreso el 18 de julio de 2016 y de egreso el día 25 de julio de 2016.
6. Informe de Biopsia de fecha 29 de julio de 2016.
7. Examen de hemorragias ocultas de fecha 25 de marzo de 2013.
8. Copia de reclamo N° 136064 de la demandante Amada Pinto Godoy al Director del Hospital Militar de fecha 21 de agosto de 2014.
9. Copia de documento denominado “Evolución Clínica”.
10. Copia simple informe psicológico de fecha junio de 2016.
11. Examen de colonoscopia de fecha 30 de julio de 2013.
12. Documento denominado “Boletas emitidas la paciente”, emitido por el Hospital Militar con fecha 14 de enero de 2016.
13. Protocolo post operatorio de fecha 28 de octubre de 2011.
14. Hoja de ficha clínica de paciente de fecha 25 de julio de 2014.

Noveno: Que, el demandante presentó además a declarar en calidad de testigo a don Alexis Alfredo Carranza Méndez, cuyas declaraciones constan en acta que rola a fs. 214 y siguientes de autos.

Décimo: Que, a su vez el demandado don Andrés Wainstein Gurovich para acreditar sus alegaciones, acompañó a autos los siguientes documentos.

1. Copia certificado inscripción en el Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud, emitido por la Superintendencia de Salud, con fecha 15 de diciembre de 2016.
2. Copia simple de documento denominado “ Descripción y especificación del cargo auxiliar arsenalera de pabellón”.
3. Copia simple de sentencia definitiva del 28° Juzgado Civil de Santiago en causa rol C-6969-2010.
4. Copia simple de sentencia definitiva de la I. Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol ingreso Corte N° 6994-2015.
5. Copia simple de sentencia definitiva de la I. Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol ingreso Corte N° 15686-2006.



«RIT»

Foja: 1

Undécimo: Que, el demandado don Andrés Wainstein Gurovich, presentó a declarar en calidad de testigos a:

-don Mario Meneses Ibáñez a fs. 106.

- Doña Viviana Beatriz Meléndez Campusano a fs. 201.

I. En cuanto a la excepción de prescripción deducida por la demandada.

Duodécimo: Que, en primer lugar, y de manera previa a un eventual pronunciamiento sobre el fondo del asunto, cabe determinar la vigencia de la acción principal de responsabilidad extracontractual incoada en autos.

Décimo tercero: Que, la responsabilidad extracontractual que se imputa a los demandados se funda en los daños que el actores alegan les provocó, a su juicio, la realización de la operación quirúrgica de cesárea con salpingetomía en la que según reclaman se dejó una cinta en el útero de la actora.

Los hechos que los actores invocan como constitutivos de la alegada responsabilidad, se desprende tanto de los escritos de discusión como de la prueba aportada por las partes, ocurrieron el 28 de octubre de 2011 (la cesárea con salpingetomía), y el 9 de septiembre de 2014 (el hallazgo del cuerpo extraño en el útero de la paciente).

Décimo cuarto: Que a su vez el artículo 2332 del Código Civil fija en 4 años el plazo de prescripción, contados desde la perpetración del acto.

Décimo quinto: Que, respecto al cómputo de los plazos de prescripción, tanto la doctrina como jurisprudencia¹, han entendido que “la idea de perpetración del acto no sólo hace referencia a la materialidad de la acción u omisión, sino a su efecto dañoso en la víctima, toda vez que para que nazca la obligación de indemnización no puede prescindirse de la producción de un elemento esencial como lo es el daño.

Décimo sexto: Que, en consecuencia la referencia del citado artículo 2332 del Código Civil a la perpetración del acto, ha de ser entendido como alusión al perpetración de acto dañoso, que en la especie y a juicio de esta sentenciadora, solo se manifiesta completamente y es

¹ Corte Suprema, 1.8.1967, (RDJ t. LXIV, sec. 1° 265).
Barros, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, p.922).



«RIT»

Foja: 1

conocido como tal por los actores, según dan cuenta los escritos de discusión y la prueba instrumental rendida por los demandantes, a partir de aquella época en que realizó el hallazgo del cuerpo extraño en el útero de la paciente a través de ecotomografía computarizada, esto es el 9 de septiembre de 2014.

Décimo séptimo: Que, a mayor abundamiento la interpretación propuesta, en este sentido, como ha indicado la Corte de Apelaciones de Santiago “evita el absurdo de que la acción resulte prescrita antes de nacer, porque es requisito de la indemnización la existencia del daño que puede manifestarse con posterioridad al acto culposo o doloso”²

Décimo octavo: Que, en consecuencia al contabilizar los plazos de prescripción a contar del indicado 9 de septiembre de 2014, y teniendo en consideración la fecha de notificación de la demanda, esto es el 22 de septiembre de 2015 y 22 de septiembre de 2016, fechas en la cual se interrumpió civilmente el transcurso del tiempo para que proceda la prescripción respecto de cada demandado, se puede constatar que en la especie no ha transcurrido el plazo de prescripción exigido por el legislador, por lo que se rechaza la excepción de prescripción, como se dirá en lo resolutivo del presente fallo.

II. En cuanto a la responsabilidad y a los perjuicios reclamados.

Décimo noveno: Que, en forma previa a analizar las probanzas rendidas, a fin de esclarecer los hechos oscuros o disputados, es propicio abordar tempranamente el dilema de precisar con exactitud el estatuto de responsabilidad aplicable en la especie, con el objeto de determinar aquellos elementos que lo configuran y la concurrencia en autos de los presupuestos en que dicha responsabilidad se funda.

Al efecto, debe recurrirse al tenor de los escritos que conforman el discursivo, en tal sentido, cabe hacer presente que la demandante aduce que el hospital demandado respondería por falta de servicio, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, siendo particularmente responsable por el hecho ajeno, según lo establecido en el artículo 2320 del citado cuerpo normativo, en tanto sería responsable por el

² Corte de Apelaciones de Santiago, 1.9.2004, GJ 291, 129)



«RIT»

Foja: 1

hecho de su dependiente, el medico demandado, quien a su turno sería responsable por el hecho propio, en razón de la mala praxis, consistente en haber olvidado la compresa en el cuerpo de la demandante.

Finalmente, es necesario dejar sentado que en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad por el hecho ajeno está construida sobre la base de un doble ilícito civil: el del dependiente y el de quien lo tiene bajo su dirección o cuidado.

Vigésimo: Que, respecto al hospital demandado por el hecho de su dependiente, es preciso subrayar que el artículo 2320 inc. 1º del Código Civil establece una presunción general de culpabilidad por el hecho de las personas que se encuentran bajo el cuidado o dependencia de otra, presunción que al ser simplemente legal, puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario, acreditando el tercero o guardián que aún actuando con la diligencia debida le ha sido imposible impedir el hecho.

Al respecto, resulta preciso dejar sentado que al Hospital Militar, en tanto establecimiento dependiente del Ejército de Chile y en función a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.875, no le resulta aplicable el artículo 42 de dicha ley, sino que, en cambio, se le aplica el título XXXV del Libro IV del Código Civil, referente a los delitos y cuasidelitos, y específicamente los artículos 2320 y 2322 del mismo Código, que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, si se trata de una falta personal del funcionario.

En cuanto al médico demandado.

Vigésimo primero: Que, en función de lo razonado precedentemente y teniendo presente que la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno tiene por antecedentes un hecho culpable del autor del daño, es necesario comenzar por verificar si el medico demandado debiera responder por el hecho propio que se le imputa, precisando las reglas de la responsabilidad extracontractual pertinentes al efecto.

Pues bien, existe un amplio consenso doctrinario en que, en mérito de lo preceptuado en los artículos 2314, 2320, 2329 del Código Civil, los requisitos necesarios para que un individuo deba responder extracontractualmente por el hecho propio que causa daño a un tercero, son los siguientes: i) hecho voluntario y culpable del demandado, ii) que el



«RIT»

Foja: 1

demandante haya sufrido un daño y iii) que entre la acción culpable y el daño exista una relación causal suficiente para que éste pueda ser objetivamente atribuido al hecho culpable del demandado.

Vigésimo segundo: Que respecto al primero de los requisitos en examen, es decir, el hecho voluntario y culpable del médico demandado, dada la naturaleza particular de la responsabilidad médica que se le atribuye, los deberes de cuidado debidos se encuentran determinados por la *lex artis* médica, concepto que emerge como el referente o módulo de comparación para determinar la existencia de la vinculación normativa, tipicidad u obligación a la cual debe responder el médico al desempeñar su profesión. Que las acciones de salud corresponde sean desarrolladas conforme a la *Lex Artis Médica*, implica que dichas prestaciones se realicen en los términos exigidos para un profesional médico promedio, que se eleva cuando se está ante un especialista, puesto que en este caso se evalúa como un especialista promedio. En todas las acciones de salud en que toma parte, su conducta se valora desde un punto de vista de un profesional o especialista prudente, diligente, perito en su especialidad y que actúa observando los reglamentos que le son exigibles, teniendo presente las circunstancias del caso, especialmente de tiempo y lugar. La *lex artis* en medicina es conocimiento, es experiencia, es estudio, es práctica, es actualización periódica, es respeto de los reglamentos y es, incluso, capacitación en el manejo de los instrumentos de apoyo. (Corte Suprema, “Viveros Viveros con Correa Galaz”, 27 de diciembre de 2011, rol N° 8983-2010).

Vigésimo tercero: Que valorando las probanzas rendidas en autos según las normas legales pertinentes se tiene por acreditado que el cuerpo extraño hallado en el útero de la actora fue olvidado con ocasión de la cesárea con salpingentomía dirigida por don Andrés Wainstein, efectuada en las dependencias del Hospital Militar de Santiago, con fecha 28 de octubre de 2011.

Dicha conclusión se refrenda en mérito del informe de radiografía de columna total, la copia computarizada de abdomen, la epicrisis N° 399393, el informe de biopsia, la copia de evolución clínica y la hoja de ficha clínica de fecha 24 de julio de 2014; los cuales otorgan presunciones graves, precisas y concordantes respecto a la existencia de un cuerpo extraño identificado



«RIT»

Foja: 1

indistintamente como gasa, compresa o cinta, propio de la cesárea en comento y aparecido con posterioridad a la misma, justamente en la zona pélvica donde el doctor demandado desarrolló la intervención aludida.

Ahora bien, respecto a la defensa desarrollada por el demandado, tendiente a desvirtuar la responsabilidad que se le imputa en razón a que el recuento de compresas sería un acto ajeno a su esfera de acción y propio de las labores encomendadas tanto a arsenalera como a la pabellonera presentes en la cesárea, es menester descartar tal argumentación, en cuanto ha sido la Excma. Corte Suprema, quien con motivo del caso “Beraud”, largamente replicado en nuestra jurisprudencia, ha resuelto dicha controversia, estableciendo que la responsabilidad alcanza a todos quienes participan en la intervención, subyaciendo un deber recíproco de vigilancia que, en el caso de marras, en tanto se trata del médico especialista y encargado de la cirugía en cuestión, implica que su actuar se sujeta al cumplimiento de un estándar de diligencia y cuidado más exigente que los demás, debiendo supervigilar adecuadamente a los miembros de su equipo, situación que no ocurrió, máxime si fue el propio facultativo quien obviando el grado de atención requerido le suturó el abdomen a la paciente con una compresa de importantes dimensiones en su interior, cuestión que, conforme a los estándares de mediana exigencia profesional, con los debidos resguardos y mínima preparación, nunca debió suceder, vulnerando la *lex artis* médica aplicable al efecto y, consecuentemente, concurriendo en la especie el primero de los requisitos en examen.

A mayor abundamiento, el examen del instrumento acompañado y no controvertido en autos, denominado “protocolos post-operatorio”, delata que el propio facultativo en cuestión suscribió dicho documento y que, en su calidad de cirujano especialista, encargado de la cesárea y único firmante del mismo, dio fe de su contenido, cuestión que refuerza la conclusión precedente, en tanto en él aparece erróneamente consignado -según lo razonado precedente- que se habría realizado el recuento del material y de las compresas utilizadas.

Vigésimo cuarto: Que establecida la concurrencia del hecho voluntario y culpable del médico demandado, cabe referirse a los restantes



«RIT»

Foja: 1

requisitos de la responsabilidad demandada, esto es, a la relación de causalidad y a los daños.

Vigésimo quinto: Que para que se genere la responsabilidad extracontractual en examen es necesario que entre aquella y el daño exista una relación de causalidad, la que exige un vínculo necesario y directo, lo que se traduce en que, por un lado, el hecho debe ser *condictio sine qua non* del daño, de modo que cada uno de los hechos que determinan su ocurrencia son considerados causa de éste y, por otro lado, que entre el hecho y el daño debe haber una proximidad razonable.

En este mismo orden de ideas se sostiene que un hecho es condición necesario de un cierto resultado cuando de no haber existido ésta, el resultado tampoco se habría producido. Así, se ha sostenido por la doctrina que “El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado”, “[...] la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño.” (“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Enrique Barros Bourie. Primera edición, julio de 2013, Editorial Jurídica de Chile, página 373).

Vigésimo sexto: Que en el caso sublite el médico demandado ha negado la existencia de un nexo de causalidad reiterando que su conducta fue correcta, diligente y oportuna, y que los eventuales padecimientos que la actora alega sufrir, no se encuentran vinculados a su actuar, por cuanto la paciente fue tratada desde antes de la cesárea, por una patología que sufre en su columna.

La citada argumentación debe ser desestimada por cuanto en la especie, tal como se concluyó precedentemente, sí ha existido un actuar negligente y culpable del facultativo que operó a la demandante, pues éste último, al momento de intervenirla y suturarle su abdomen, no detectó la presencia de una compresa de importantes dimensiones.

Luego, la valoración de la “copia de la evolución clínica” y de la “epicrisis de ficha clínica” acompañadas por la actora y no controvertidas por la contraria, delatan que la subsistencia del citado cuerpo extraño en el organismo de la paciente derivó en que ésta última sufriera padecimientos que



«RIT»

Foja: 1

se prolongaron durante el espacio de tiempo intermedio entre la referida cesárea y el posterior retiro de dicho elemento, radicados en la zona pelviana y abdominal adyacente al útero, lugar donde justamente se realizó la operación en cuestión, otorgando indicios graves, precisos y concordantes respecto a la concurrencia de un vínculo necesario y directo entre el hecho culpable del facultativo demandado y los daños reclamados y, consecuentemente, teniéndose por acreditado el requisito en examen.

Finalmente, el examen de los citados instrumentos y del informe pericial acompañado por la parte demandante permite tener por acreditada la existencia de una relación correlativa entre el incremento de los dolores derivados del hecho dañoso y el aumento en la administración de fármacos antidepresivos y estabilizadores del ánimo, de cuya dinámica se advierte la existencia del elemento en comento y de un daño psicológico importante originado con ocasión de la negligencia alegada, traducido en sentimientos de miedo, angustia, rabia e impotencia en la víctima directa del mismo.

Vigésimo séptimo: Que, en cuanto al tercer requisito de la acción deducida, es decir, que el demandante haya sufrido un perjuicio, en el caso sublite se ha demandado la reparación del daño moral sufrido por doña Amada Andrea Margarita Pinto Godoy, en su calidad de víctima directa, y del daño emergente y moral adolecido por don Marcelo Rafael Macías González, en su calidad de marido de la referida y víctima por rebote.

En lo concerniente al daño emergente pretendido, la parte demandante reclama por dicho concepto la suma total de \$5.487.000.-, en razón de lo que habría pagado en tratamientos psicológicos y otros asociados a los hechos alegados.

Al respecto, cabe dejar sentado que la pretensión indemnizatoria referente al daño emergente reclamado no ha sido debidamente acreditada en juicio por la solicitante, quién obvió el acompañamiento de cualquier documento, boleta, pagaré o medio idóneo que pudiera servir para tales efectos, en tanto el instrumento denominado “boletas emitidas por el paciente”, no permite colegir que las prestaciones médicas que someramente en él se describen tuvieran relación directa y necesaria con los hechos relatados.



«RIT»

Foja: 1

Vigésimo octavo: Que, el daño moral fue conceptualizado por el profesor René Abeliuk Manasevich como: “el menoscabo de un bien no patrimonial, en cuanto dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimiento, a consecuencia de un hecho externo que afecta la integridad física y moral del individuo”.

Tal como lo ha dicho reiteradamente nuestra jurisprudencia, el daño moral puede ser inferido a través de presunciones judiciales y de las probanzas rendidas en autos.

En el mismo sentido, apreciando el mérito del informe psicológico acompañado y las declaraciones del testigo cuya acta rola a fs. 216 de autos, don Esteban Rojas Gallardo, se tiene por verificada la existencia de aflicciones y padecimientos psicológicos que afectaron a los demandantes, consecuenciales a la negligencia que ya se tuvo por acreditada.

Finalmente, dable resulta subrayar que la relación de matrimonio de los demandantes se tiene por acreditada en mérito del certificado de matrimonio rolante a fs. 10 de autos.

Vigésimo noveno: Que lo recién expuesto permite concluir que, producto del hecho alegado y de haber quedado la paciente con secuelas que habrían sido evitadas si el facultativo involucrado hubiera ajustado su actuar a la lex artis médica aplicable al efecto, tanto la víctima como su marido vieron alterada sus condiciones de vida, debiendo la primera lidiar con los dolores físicos y emocionales ya reseñados y, éste último, junto con las aflicciones psicológicas ya descritas, preocuparse de las necesidades propias de una persona enferma y en constante observación médica, en cumplimiento al deber que a ese respecto le impone el artículo 102 del Código Civil.

Prudencialmente, en consideración a la gravedad del daño y a la modificación de las condiciones de existencia de los afectados, teniendo presente sus edades y estados, esta magistratura determina que la indemnización por daño moral concurrente en favor de doña Amada Andrea Margarita Pinto Godoy debe ascender a \$15.000.000 y \$ 5.000.000 en favor de don Marcelo Rafael Macías González.

En cuanto al hospital demandado.

Trigésimo: Que, al Hospital demandado se le imputa responsabilidad por el hecho ajeno en función a lo dispuesto en el artículo 2320 del Código



«RIT»

Foja: 1

Civil, pues es responsable por el hecho de su dependiente, es decir, el medico demandado.

El inciso primero del dicho precepto legal establece que “toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

El fundamento de lo anterior es la existencia de un vínculo de autoridad entre el guardián y el autor del daño.

Tenemos entonces que los requisitos necesarios para que opere la presunción de culpabilidad por el hecho ajeno contenida en el citado artículo son: a) que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito y b) que exista una relación de autoridad.

A continuación, es menester subrayar que el primero de los requisitos en examen ya se tuvo por acreditado precedentemente y que el segundo de ello es una cuestión de hecho que no ha sido controvertida en autos y que, consecuentemente, se tiene por acreditada.

Luego, cabe subrayar que ninguna de las probanzas rendidas permite desvirtuar la presunción legal contenida en el inciso primero del artículo 2320 del Código Civil, descartándose que el hospital demandado haya desplegado la diligencia debida que eventualmente le hubiera permitido impedir la negligencia de su dependiente y, consecuentemente, excusarse de la responsabilidad que en dicha institución recae.

Trigésimo primero: Que en lo concerniente a la controversia referida a la eventual improcedencia de la solidaridad alegada, cabe consignar que el artículo 2317 del Código Civil establece una regla específica que consagra la solidaridad cuando hay dos o más personas, pudiendo la víctima cobrarles el total de la deuda a cualquiera de ellas.

Trigésimo segundo: Que, en lo que dice relación con los reajustes a cuyo pago han sido condenados los demandados, considerando que la existencia de la obligación de que se trata sólo quedara establecida una vez ejecutoriada la presente sentencia, se accederá a la petición de la defensa de los demandados sólo en el sentido de que dicho accesorio deberá pagarse a contar de la fecha en que el fallo quede firme y ejecutoriado.



«RIT»

Foja: 1

Por estas consideraciones y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 44, 47, 1698, 1712, 2314 y siguientes del Código Civil, 144, 170, 342, 383 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara que:

- I. Se **rechaza la excepción de prescripción** deducida a fs. 117.
- II. Se **acoge la demanda de indemnización de perjuicios** por responsabilidad extracontractual deducida a fs. 2, solo en cuanto se condena a los demandados, solidariamente, al pago de la suma ascendente a \$ 15.000.000 (quince millones de pesos) para doña Amada Andrea Margarita Pinto Godoy y \$ 5.000.000 (cinco millones de pesos) en favor de don Marcelo Rafael Macías González, a título de daño moral, suma que se reajustara conforme a la variación del IPC y devengará intereses corrientes una vez que el fallo se encuentra ejecutoriado.
- III. Se condena en costas a los demandados.

Regístrese, notifíquese y en su oportunidad, archívese.

N° 24911-2015.-

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

