

Santiago, treinta y uno de enero de dos mil veintidós.

VISTOS:

En cuanto al recurso de apelación resolución no da lugar a peritaje

PRIMERO: Que la parte demandada apela de la resolución de fecha 22 de noviembre de 2018, que denegó su solicitud para la designación de un nuevo perito para realizar el informe pedido por su parte.

SEGUNDO: Que, dicha resolución está precedida de otra de seis de noviembre del mismo año en que debió apercibirse la demandada para que notificase a su anterior perito designado, por lo que encontrándose vencido el termino probatorio y no correspondiendo más que citar a las partes para oír sentencia como lo hizo, el tribunal ha obrado en conformidad a lo dispuesto en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no cabe sino confirmar la resolución apelada que denegó el nombramiento de un nuevo perito.

En cuanto al recurso de casación en la forma

TERCERO: Que la parte demandada dedujo recurso de casación en la forma en contra de la sentencia definitiva de veintisiete de marzo de dos mil diecinueve.

I.- Como primera causal invoca la del artículo 768 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, esto es haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada. Sostiene que opuso la excepción de Cosa Juzgada conforme la hipótesis del artículo 179 N° 1 del Código de Procedimiento Civil que sería claro en indicar que la sentencia que ordena el sobreseimiento definitivo produciría cosa juzgada en materia civil cuando se funde en la no existencia del delito o cuasidelito que ha sido materia del proceso, exceptuándose expresamente solo aquellos casos en que la absolución o sobreseimiento provenga de la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad penal.

Elo por cuanto su representado fue sobreseído definitivamente de la querella criminal interpuesta por la Sra. Soledad González en sede penal ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, por los mismos hechos vertidos en estos autos civiles, los que fueron investigados por la Fiscalía Local de Las Condes, concluyéndose que el hecho investigado no es constitutivo de delito,



razón por que se dio término por el sobreseimiento definitivo del Dr. Roy Sothers, es decir por la causal del artículo 250 letra A) del Código Procesal Penal.

Agrega que la sentencia hace una interpretación tan restrictiva que hace imposible la aplicación práctica del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, pues en efecto ese razonamiento jamás se cumplirá estrictamente con la triple identidad del artículo 177 entre un juicio penal y uno civil.

En consecuencia el único pronunciamiento válido en el fallo que en este acto se recurre, era evidentemente el acoger la excepción perentoria opuesta rechazando la demanda en todas sus partes por haber operado la Cosa Juzgada al haberse dictado un pronunciamiento respecto de los mismos hechos en sede penal, en una interpretación armónica, literal y sistemática de los artículos 177, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil

II.- Como segunda causa invoca la del artículo 768 N° 4, del Código de Procedimiento Civil, esto es haber sido dada ultrapetita, para ello indica que en el tenor literal del libelo pretensor claramente consta que la única cosa pedida por la demandante es que se condene a los demandados al pago de las indemnizaciones por daño material consistente en el costo de los tratamientos futuros hasta la recuperación de su salud física y psíquica ascendentes a \$ 25.000.000 y con daño moral, solicita el equivalente a 8.000 Unidades de fomento reajustables conforme el valor que tenga a la época del pago efectivo, con costas. Ello hace irrefutable que la sentencia incurre en ultra petita, pues otorga más de lo pedido en la demanda, al indicar que se condena su representada al pago de la suma total de \$ 32.485.265, por concepto de daño emergente, incurriendo en la causa de casación

III.- Como tercera causal, invoca la del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, que se traduce en que la sentencia omite los requisitos del artículo 170 N° 2, 3 y 4 del Código de Procedimiento Civil

Sostiene que la declaración de condena contenida en el resolutivo III, es ajena a toda la evidencia probatoria recabada en el expediente.

Las exigencias no se cumplen en el fallo impugnado, y la omisión de los requisitos indicados influyen en lo dispositivo del fallo, pues infundadamente



condena su representado al pago de una indemnización de perjuicio no obstante que del mérito del proceso únicamente se desprende la improcedencia de la demanda intentada.

No tiene una exposición precisa de los hechos, los aceptados por las partes y los discutidos, no tiene la razón de cómo se ponderaron las pruebas rendidas, ni los fundamentos para aceptar o rechazarlos medios de prueba.

Luego de hacer referencia a sus argumentos en la contestación de la demanda, dice que la sentencia no se refirió a esos hechos y al no hacerlo llega a la conclusión del considerando trigésimo séptimo en el sentido de que la demandante si presentaba signos de complicaciones post operatorio en los controles efectuados por el demandado, desconociendo que tal hecho fue negado.

No se contiene una exposición de los fundamentos por los cuáles da por acreditados los hechos alegados por la actora y cuál fue la ponderación que hizo de los medios de prueba rendidos.

Por la documental de su parte se acredito la veracidad de los sostenido por la defensa, no ponderada por la sentenciadora, pues de su mérito se establece que en los controles post operatorios no había signos de infección en al paciente que exigieren un actuar distinto por parte su representado.

Cita lo dicho por la testigo Amada Salazar Fernández, respecto de lo que ella habría constado al visitar a la paciente, y lo que le informo al demandado, no se ponderó la receta emitida el 11 de mayo de 2015 por su cliente, donde indicó antibióticas a la Sra. González, que daría cuenta que por precaución igual le prescribió antibioterapia. La ficha Clínica de Clínica Santa María, que da cuenta que en cualquier caso aun cuando la paciente presentare signos incidentes de complicación post operatoria los días 11 y 12 de mayo de 2015 la conducta adoptada por su representado fue la apropiada toda vez que le recetó antibióticos, misma conducta que le receto la cirujano plástico que la atendió en la Clínica Santa María, quien expresamente en la ficha escribió mantener indicaciones.

Luego cita como omitidas declaraciones de la confesional de su representado no contradictorias con lo dicho en la contestación de la demanda



CUARTO: Que en cuanto a la causa del artículo 768 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, esto es haber sido dada la sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, por las razones que indica en su recurso, no cabe sino rechazar el recurso, puesto que la regla general es que la responsabilidad de carácter civil es independiente respecto de la de tipo penal, deserción este modo los casos previstos en el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil son situaciones de excepción y deben ser interpretadas restrictivamente.

En efecto el artículo 179 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, establece que: *“Las sentencias que absuelvan de la acusación o que ordenen el sobreseimiento definitivo, sólo producirán cosa juzgada en materia civil, cuando se funden en alguna de las circunstancias siguientes:*

1ª La no existencia del delito o cuasidelito que ha sido materia del proceso. No se entenderán comprendidos en este número los casos en que la absolución o sobreseimiento provengan de la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal;

Sin embargo de acuerdo a los antecedentes, en el caso de autos, no se sobreseyó al Dr. Roy Sothers, por que no existiere un delito o cuasidelito, sino porque los hechos no eran constitutivo de un delito, aplicándose la causal del artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, y respecto de esos hechos no existe identidad de causa de pedir tal como lo indica la sentencia recurrida en su considerando quinto, puesto que en esta causa civil, los hechos versan sobre el incumplimiento contractual y los perjuicios que aquello ha causado. Así entonces si consideramos que la competencia del Juez de Garantía está limitada a conocer hechos dolosos o culpables expresamente sancionados por la ley como delito o cuasidelito, la declaración de que los hechos no son constitutivos de delito o cuasidelito, no alcanza a la competencia del juez civil, cuya competencia se extiende a toda clase de culpa, negligencia o imprudencia de carácter civil por incumplimiento contractual. De este modo no se cumplen todos los requisitos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, los que no pueden obviarse, deben concurrir, aun en los casos del artículo 179 del mismo Código.



QUINTO: Que en cuanto a la segunda causal esto es la del artículo 768 N° 4, del Código de Procedimiento Civil, esto es haber sido dada ultrapetita, no cabe sino desestimar el recurso, en efecto lo que no repara la recurrente es que se trata de un mero error de transcripción de una de las sumas a las que se le condena, en este caso es obvio que la cantidad que se fija por pago a la clínica esto es “\$ 1.2765.366” no es consistentes ya que la milésima tiene cuatro números debiendo ser solo tres. De este modo habiéndose deducido además recurso de apelación se trata de una cuestión que no requiere la nulidad de la sentencia para su corrección, así en conformidad al inciso tercero del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, se desestimaré como se ha dicho, el recurso de casación.

SEXTO: Que en cuanto a la causal de casación del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, que se traduce en que la sentencia omite los requisitos del artículo 170 N° 2, 3 y 4 del Código de Procedimiento Civil, como se observa de los fundamentos de hecho del recurso, son todas cuestiones que de ser efectivas, no se subsanan solamente con la nulidad de la sentencia, pues habiéndose deducido también recurso de apelación, dicha vía resulta suficiente para subsanar cualquiera inconsistencia relacionada con el integro cumplimiento o no de dichos requisitos, razón suficiente para desestimar el recurso, más aun si en acápite como los indicados en relación con los numerales 2 y 3 del artículo 170 contiene una síntesis de las pretensiones del demandante y los fundamentos de la resistencia de los demandados a lo pedido en el libelo.

En cuanto a los recursos de apelación

Se reproduce la sentencia apelada, con excepción de su considerando undécimo que se elimina. En el considerando cuadragésimo se sustituye referencia a la suma de \$ 1.2765.366” por “\$ 1.265.366”; igualmente en la parte final del considerando Cuadragésimo y en el resolutive III de la sentencia se elimina la frase “reajustables a la época efectiva del pago”

Y teniendo además y en su lugar presente:

SEPTIMO: Que de los dichos de al testigo Marcela Alejandra Sepúlveda Lara, no es posible evidenciar que sea criada, domésticas o dependientes de la parte que la presenta, se mas aquella no le preste habitualmente servicios



retribuidos, atento que de acuerdo al mérito de autos sus honorarios son retribuido directamente por los pacientes. Igualmente no se evidencia un interés de carácter pecuniario en el resultado de este proceso, por lo que corresponde rechazar la tacha en su contra tanto por la causal del artículo 358 N° 4, como por la del N° 6 del Código de Procedimiento Civil

OCTAVO: Que debe entenderse que los considerandos décimo quinto y décimo sexto de la sentencia en alzada, se encuentran complementados por la síntesis que en la expositiva se hacen de la demanda y su contestación.

NOVENO: Que el demandado Sothers, aparte de la testigo Amada Salazar Fernández, ya referida en la sentencia en alzada, se valió también de la testimonial de Marcela Alejandra Sepúlveda quien a fojas 548, en resumen sostuvo que el día 04 de mayo –de 2016- fue requerida para dar anestesia a la señora González, cuyo nombre no recuerda, hizo la evaluación de rutina y se efectuó el procedimiento anestésico quirúrgico, bajo las medidas habituales. Que la cirugía se realizó dentro de los tiempos esperados sin inconvenientes, la paciente fue trasladada a la unidad post anestésica y posteriormente a su habitación, siendo dada de alta al día siguiente.

Recuerda que a unos diez días recibió un llamado de la enfermera a cargo del post operatorio de la paciente, Amanda Salazar, quien le relató que la paciente estaría cursando una complicación consistente en una infección de la herida operatoria con secreción, por lo que le recomendó que la paciente fuere de inmediato a un servicio de urgencia, recuenta que la enfermera le comentó que la paciente estaba en Algarrobo. Posteriormente Amanda le comentó que la paciente estaba en la Clínica Santa María recibiendo el tratamiento necesario. Posteriormente por el Dr. Roy Sothers se enteró que había evolucionado en forma favorable, debiendo retirarse las prótesis. La cirugía plástica fue una aumentoplastia mamaria. Sostiene que la complicación presentada por la paciente forma parte de los riesgos de la cirugía mencionada. Agrega que todas las cirugías tienen riesgos de infectarse u otros riesgos, los pacientes firman consentimiento informado previo a la intervención.



Los principales cuidados era que no levantase los brazos, que no haga fuerza ni movimientos repentinos, Antibióticos, analgésicos, antiinflamatorios, medias antiembólicas, si eso fue cumplido a ella no le consta porque no vio la paciente posteriormente. Supo por Amanda que la paciente no había concurrido al control y el doctor había ido a visitar, donde no tenía las condiciones para efectuar reposo. Los remedios le fueron recetados por el tratante Roy Sothers

DECIMO: Que lo dicho por la testigo en nada altera lo resuelto, es cierto que toda intervención quirúrgica tiene riesgos, sin embargo la cuestión es si en ello ha mediado culpa o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones contraídas para con la paciente, no pudiéndose eximir el médico tratante bajo la excusa que la paciente otorgó el consentimiento para la cirugía informada de los riesgos.

UNDECIMO: Que tampoco altera lo resuelto el mérito de la prueba confesional del demandado Roy Sothers en los términos que lo pretende la recurrente, pues se olvida que esa prueba tiene valor contra el confesante, de acuerdo al artículo 1713 del Código Civil, y no a su favor como se lo argumentado en el recurso.

DECIMO SEGUNDO: Que se invoca por la demandada en su recurso de apelación, que consta de la ficha clínica que el Dr. Sothers, visito a la paciente en su domicilio los días 11 y 12 de mayo de 2017 sin encontrar signos de complicaciones postoperatoria, en particular infección de la herida operatoria, indicando sin perjuicio y atento que constató que la Sra. Gonzáles no estaba cumpliendo con el reposo, antibióticos orales profilácticos. Sin embargo tales constancias emanan de la misma demandada y se le estará valor probatorio, como para alterar las conclusiones de los considerandos trigésimo séptimo a trigésimo noveno del fallo en alzada.

DECIMO TERCERO: Que la intervención quirúrgica a la demandante fue 4 de mayo de 2015, que con posterioridad el control de día 7 de mayo fue efectuado por la enfermera, y cuando correspondía el control del día 11 de mayo el médico tratante, debió concurrir al domicilio de la paciente ante los síntomas que aquella tenía y no obstante que presentaba supuración de la herida, solamente se receto



Ciprofloxacino de 500 mg, resultado de lo cual a los pocos días, el 17 de mayo en otra Clínica, la Clínica Santa María, mediante intervención quirúrgica, debió retirárseles los implantes mamarios y hacérsele aseo quirúrgico, situación que reafirma lo considerado por el fallo en alzada para arribar a sus conclusiones de los considerandos trigésimo séptimo a trigésimo noveno. Consta en la ficha clínica, el informe de ingreso de Enfermería de Urgencia (carpeta A de los documentos en custodia, pagina 111 de la misma), que al ingresar la demandante presentaba el 16 de mayo, esto es a pocos días de los controles domiciliarios que le efectuó el médico demandado, secreción purulenta, dolor dinámico, calor y enrojecimiento local de la mama derecha hasta dorsal lo que llevó a la extracción de las prótesis al día después, lo que demuestra la negligencia en el tratamiento post operatorio, como lo indica la sentencia en alzada.

DECIMO CUARTO: Que el Código una presunción de culpa a partir del incumplimiento contractual. Así a partir del inciso tercero del artículo 1547 la jurisprudencia ha entendido que existe una presunción de culpa en contra del deudor por consiguiente el demandante es quien debe probar la existencia de la obligación y afirmar el incumplimiento para colocar al deudor en situación de aportar la prueba de su diligencia o la exclusión de responsabilidad, así la jurisprudencia ha señalado que el incumplimiento de la obligación o su ejecución imperfecta se presume culpable y el artículo 1547 coloca a la carga del deudor la prueba de la diligencia o cuidado .

DECIMO QUINTO: Que en cuanto al daño moral habiéndose fijado por la sentencia en alzada en una unidad por si reajutable, como son las Unidades de fomento, resulta improcedente un doble reajuste.

DECIMO SEXTO: Que en cuanto a lo pretendido en la adhesión a la apelación por la parte demandante, efectivamente no solo se demandó la suma de \$ 25.000.000 por daño emergente sino además “lo que cuesten los tratamientos futuros hasta la recuperación física y síquica “. Al respecto han transcurrido más de seis años de los hechos, sin que se haya acompañado evidencia de la existencia de tales tratamientos.



Sin embargo en conformidad al artículo 1558 del Código Civil si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

Pues bien nuestra jurisprudencia ha asimilado el concepto de dolo que contempla el artículo 1558 a la culpa grave, cuyo es el caso de autos, por tanto cae hacer lugar a la demanda en este aspecto, declarando que el demandado Roy Sothers Menghini, quedará además condenado al pago de todos los costos de tratamientos generados con posterioridad a la demanda, que sean consecuencia inmediata y directa de la negligencia que se imputa al demandado y que sean necesarios para la recuperación física y psíquica de la demandante.

Con lo expuesto, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 1438, 1545 y 1546 del Código Civil y artículos 173, 768 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- Que **se confirma** la resolución apelada de fecha 22 de noviembre de 2018, que denegó el nombramiento de un nuevo petito

II.- Que **se rechaza** en todas sus partes el recurso de casación en la forma deducido por la demandada Roy Sothers Menghini en contra de la sentencia definitiva de veintisiete de marzo de dos mil diecinueve.

III.- Que **se revoca** la sentencia definitiva apelada de veintisiete de marzo de dos mil diecinueve en cuanto acogió la tacha en contra de la testigo Marcela Alejandra Sepúlveda Lara y en su lugar se rechaza la misma

IV.- Que **se confirma** la sentencia definitiva apelada de fecha veintisiete de marzo de dos mil diecinueve, con las siguientes **declaraciones:**

A.- Que la suma a pagar por concepto de daño emergente correspondiente al pago que se hizo a la Clínica Arauco Salud Limitada, es la cantidad de \$ 1.265.366”;

B.- Que el demandado Roy Sothers Menghini queda condenado a pagar además todos los costos de tratamientos generados con posterioridad a la demanda para la recuperación física y psíquica de la demandante y que sean consecuencia inmediata y directa de los hechos por los que se le condena,



reservándose el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso.

C.- Que las sumas a pagar por daño emergente, se reajustaran conforme el alza del índice de precios al consumidor entre la fecha de la presentación de la demanda y hasta su pago efectivo.

IV.- Que, haciendo tenido motivo plausible para recurrir, no se condena en costas de la instancia a la demandada recurrente.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Sr Hernán Crisosto Greisse

No firma el Ministro señor Ulloa, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por estar haciendo uso de su feriado legal.

Rol 16.239-2018



Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Hernan Alejandro Crisosto G. y Abogado Integrante Jorge Benitez U. Santiago, treinta y uno de enero de dos mil veintidós.

En Santiago, a treinta y uno de enero de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



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 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.