

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 30^o Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-26697-2018
CARATULADO : MONCADA/SERVICIOS DE SALUD
METROPOLITANO CENTRAL

Santiago, veintisiete de Mayo de dos mil veintiuno

Vistos:

Con fecha 27 de agosto de 2018, comparece don Francisco Javier Hurtado Peñaloza, abogado, mandatario judicial, domiciliado en calle Morandé N° 322, oficina 601, comuna de Santiago, en representación convencional de doña **Ceferina del Carmen Troncoso Santander**, chilena, casada, dueña de casa, domiciliada en calle Desiré N° 3.120, Conjunto Habitacional General Baquedano, comuna de Maipú; don **Rodrigo Alfonso Moncada Troncoso**, chileno, soltero, temporero, domiciliado en calle Héroes de la Concepción N° 3.120, comuna de Recoleta; don **Luis Brayan Mansilla Moncada**, chileno, técnico mecánico y de doña **Jacqueline del Pilar Moncada Troncoso**, empleada, viuda, quien actúa por sí y además en representación judicial de la menor **Fernanda Yesel Ithal Moncada**, chilena, todos domiciliados en Comunidad Agustín Hueche Montero, Manquehue, comuna de Padre Las Casas, en calidad de madre, hermanos e hijos de doña **Tatiana Lisset Moncada Troncoso (Q.E.P.D)**, deducen demanda e indemnización de perjuicios en juicio ordinario por falta de servicio, en contra del **Servicio de Salud Metropolitano Central**, persona jurídica de derecho público, representada para estos efectos por su director don Alexander Rodrigo Pérez Méndez, administrador público, ambos domiciliados en calle Victoria Subercaseaux N° 381, comuna de Santiago, debido a que de esta institución depende el Hospital El Carmen, Dr. Luis Valentín Ferrada.



Manifiestan que con fecha 27 de enero de 2014, en horas de la noche, doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso, comenzó a sentir un fuerte dolor de estómago, acompañado de vómitos y diarrea, por lo que en horas de la mañana concurre al Hospital El Carmen, Dr. Luis Valentín Ferrada de Maipú, el cual está ubicado en Avda. el Olimpo con Camino a Rinconada 1001, comuna de Maipú, acompañada por su hermano Rodrigo, siendo atendida por el doctor Ignacio Acosta Carrasco y la enfermera Natalia Mandiola, diagnosticándole una colitis y gastroenteritis aguda, siendo enviada a su casa con reposo por tres días y tratamiento médico.

Exponen que doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso, comenzó a cumplir el tratamiento médico, pero sin embargo no cesaban sus malestares, volviendo al día siguiente al mismo Hospital El Carmen, aproximadamente a las 12:30 horas, acompañada por una vecina y a las 17:15 horas llegó al Hospital su hermano Rodrigo, siendo atendida sólo alrededor de las 18:00 horas, para una toma de muestras para exámenes.

Señalan que mientras la tecnóloga realizaba los exámenes, la envió a sentarse a la sala de espera permaneciendo tirada, con escalofríos y tercianas continuas por la temperatura alrededor de cuatro horas, sin saber del resultado de los exámenes practicados. Acto seguido, su hermano molesto con la situación le pidió al guardia para poder hablar con un médico, señalándole que estaban en cambio de turno y no podían atenderlos.

Indican que los exámenes solo fueron revisados alrededor de las 22:30 horas por el médico de turno a petición de la familia, ya que doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso, se encontraba con mucha fiebre (39,1°), determinando el mismo médico que no se trataba de una gastroenteritis, sino de apendicitis, siendo trasladada a una sala de espera y de ahí al Servicio de Urgencia de la Posta Central.

Agregan que la ambulancia llegó alrededor de la 01:30 horas del día 29 de enero de 2014, saliendo del Hospital del Carmen alrededor de las 02:15 horas a la Posta Central, quedando hospitalizada



alrededor de las 04:00 de esa misma madrugada, siendo intervenida por una peritonitis a las 12:30 horas. Luego, su madre y su hermano consultaron al médico del cuarto piso del Hospital sobre el estado de doña Tatiana, quien les comentó que su estado de salud “era normal”.

Afirman que doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso fue dada de alta por el médico que la operó, el día 3 de febrero de 2014, instruyendo, que antes de ser enviada a la casa, le retiraran un drenaje colocado en la zona abdominal el día de la operación. Además, quedó con tratamiento de ciprofloxacino y metronidazol, por los siguientes siete días, hasta su control médico, el día 12 de febrero de 2014.

Sostienen que el día 9 de febrero de 2014, estando en la casa y cumpliendo todas las indicaciones dadas por el médico tratante, doña Tatiana, comenzó a sentir fuertes dolores abdominales, lo que hizo pensar que se debía a los puntos de la operación, por lo que al día siguiente, su madre la llevó de urgencia al Hospital del Carmen en Maipú, donde le practicaron exámenes radiológicos, sufriendo un paro cardiorrespiratorio, practicándole reanimación. Además, antes de la llegada de la ambulancia, sufrió otro paro respiratorio, siendo luego trasladada de urgencia a la Posta Central. Luego, el Dr. Bosch le preguntó a su hermano, si doña Tatiana fue dada de alta con el drenaje puesto, a lo que respondió que no.

Hacen presente que el alta fue dada al cuarto día de operada y sin drenaje y se les manifiesta que ella tenía una “Trombosis Intestinal”.

Manifiestan que el día 11 de febrero se les comunica por parte del Hospital que doña Tatiana tenía una hemorragia interna, y no se podía operar. Al día siguiente, el 12 de febrero ya presentaba una “trombofilia”, esto significaba que se pasó un coagulo al pulmón, tapando una arteria, lo que se conoce como un trombo. Luego, el día 13 del mismo mes, les informan que doña Tatiana hizo un cuadro infeccioso. El 14 de febrero, un médico les informa que, debido a la fuerte trombosis, había hecho un nuevo cuadro de peritonitis.



Sostienen que el día 15 del mismo mes, doña Tatiana fue intervenida quirúrgicamente, previo escáner, sin informarles a sus familiares. Había sido intervenida para retirar el intestino delgado que estaba podrido, injertándole otro pedazo de intestino, siendo intervenida cada 48 o 72 horas, ocasionado una gran agonía para una joven de aproximadamente 30 años, producto de un mal diagnóstico. Además, debido a la infección, le realizaron múltiples lavados quirúrgicos.

Señalan que al solicitar copia de los informes clínicos, les informaron que no podían darles ningún informe, solo un papel donde dice que ella está internada en estado crítico y con riesgo vital.

Indican que el día 5 de marzo otro médico les informa, que si doña Tatiana no lograba salir de la infección que tenía en su interior, ya no había nada más que hacer, y que si lo lograba, tendría que empezar a caminar de nuevo ya que sus músculos se estaban atrofiando.

Agregan que el día 18 de marzo de 2014, a las 13:50 horas, doña Tatiana fallece, señalando como causa en el certificado médico de defunción “falla orgánica múltiple, shock séptico foco abdominal, peritonitis apendicular op. accidente vascular mesentérico”.

Alegan que la negligencia por parte del Hospital El Carmen estuvo en el poco celo para investigar qué había ocurrido con doña Tatiana, ya que en vez de querer profundizar en las causas, le diagnosticaron algo que no era. Sostienen que doña Tatiana era una de las dos mujeres que componían la familia. De cinco hermanos, ella era la cuarta, antes de la hermana menor. Era una mujer muy activa, de gran personalidad y alegría, comprensiva, bondadosa, colaboradora, protectora de sus hijos a quienes amaba. Además, trabajaba en TIANEL, una empresa externa que le presta servicios a EMASA, empresa distribuidora de repuestos e insumos de ferretería, aproximadamente durante nueve o diez meses, prestando servicios como operadora de bodega, quien, según los dichos de sus jefes, era



una persona muy eficiente, que sobresalía entre sus pares y muy preocupada por su labor.

Agregan que doña Tatiana siempre fue una mujer llena de vida, no padecía enfermedades, rara vez visitó una posta o un hospital, salvo cuando llevó a su hija Fernanda al Hospital Roberto del Río, debido a que padece miohastenia, por lo que debía viajar cada quince días desde la ciudad de Temuco para su control médico.

Sostienen que doña Tatiana llegó al Hospital El Carmen con síntomas de apendicitis, pero al no ser atendida con el debido celo profesional, derivó en una peritonitis aguda, causando su muerte.

Señalan que la apendicitis aguda es un cuadro de abdomen agudo de consulta frecuente. El diagnóstico es esencialmente clínico basado en síntomas y signos; siendo el dolor su principal elemento, el que se ubica de preferencia en el cuadrante inferior derecho del abdomen y junto a éste hay otros elementos sintomáticos:

- i. Dolor migratorio: cuando el dolor se inicia en el epigastrio, de carácter sordo y que luego se localiza en la fosa ilíaca derecha después de algunas horas, orienta al diagnóstico de apendicitis aguda. Por otra parte, cuando el dolor se inicia en la fosa ilíaca derecha y más sobre todo es de inicio brusco, es menos probable que se trate de una apendicitis aguda.
- ii. Dolor focal: es en la fosa ilíaca derecha con mayor o menos intensidad. En los pacientes añosos el dolor puede ser más vago, pero menos intenso. Al comienzo el dolor es de tipo cólico, pero se hace constante en la mayoría de los casos.

Agregan que los especialistas han señalado a raíz de innumerables estudios científicos que aunque se llega al diagnóstico por los signos y síntomas, al tomar estudios de laboratorio aparece que los leucocitos o glóbulos blancos se elevan.



Advierten que el examen abdominal es de vital importancia y se deben consignar dos signos:

- i. Sensibilidad dolorosa del abdomen: este signo ubicado en el cuadrante inferior derecho del abdomen es casi inequívoco de una apendicitis aguda simple o perforada;
- ii. Dolor y defensa muscular: estos dos signos se hayan presentes en prácticamente en todos los pacientes con apendicitis aguda. El hecho que al presionar el abdomen y soltar la mano (signo de rebote) provoque dolor, significa que se está frente a una irritación peritoneal.

Indica que en la especie, no se hicieron estos análisis.

Hacen presente que si se confirma el diagnóstico de peritonitis, el paciente debe ser tratado inmediatamente. El 99% de los casos tiene tratamiento quirúrgico, porque la superficie de la infección es tan extensa que rápidamente contamina la sangre desencadenando un proceso inflamatorio sistémico y el enfermo puede caer en shock, causando la muerte en poco tiempo.

Indican que por estos hechos, se desarrolló investigación por parte del Ministerio Público, bajo el RUC N° 1400178123 – 6, de la Fiscalía Local de Maipú, RIT N° 2357 - 2014.

A. Características del órgano demandado:

Exponen que los Servicios de Salud del país fueron creados por el Decreto Ley N° 2763, como organismos estatales, funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, para la realización de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de salud y rehabilitación de las personas (al efecto artículo 16 del citado texto legal).

Manifiestan que el D.L. N° 2763 de 3 de agosto de 1979, eliminó el antiguo Servicio Nacional de Salud y lo reemplazó por un Sistema Nacional de Servicios de Salud, buscando con ello, según expresa en sus considerandos, el efectivo acceso de la población a las acciones



de salud, en la forma prevista por la Constitución Política del Estado, y permitir el fiel y eficiente cumplimiento de las políticas de salud, como también ejercer la responsabilidad del Estado de redistribuir la asignación de recursos de acuerdo a las necesidades reales de cada Región, en beneficio de un desarrollo homogéneo. Por ello el Servicio de Salud Metropolitano Central, de quien depende el Hospital El Carmen, Dr. Luis Valentín Ferrada, es un órgano o servicio de la administración del Estado y su estatuto corresponde al de las instituciones regidas por las normas y principios del derecho público, fundamentalmente las señaladas en la Carta Fundamental y las leyes decretadas conforme a ella.

Sostienen que los Servicios de Salud poseen un régimen jurídico totalmente distinto al de las personas jurídicas de derecho privado, pues por el sólo hecho de ser órganos descentralizados de la Administración del Estado, reciben su condicionamiento jurídico de la Constitución y de las leyes dictadas en su conformidad. También requieren de una Ley que los cree, los dote de atribuciones, regule su actuación y funcionamiento y en general rija todos y cada uno de los actos. Entonces, dado que las normas y principios que los rigen se encuentran en el derecho público, es inaplicable en este caso cualquiera de las disposiciones de los Títulos XXXV del Código Civil (Andrés Vásquez R. “Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud” pág. 79-80).

Agregan que, de conformidad al inciso 2º del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, Las Fuerzas Armadas , las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por Ley.



Por su parte, el artículo 11 inciso 2º de la Ley N° 18.469, sobre Regímenes de Prestaciones de Salud, señala que las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar, al efecto, los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados. Agrega que los beneficiarios podrán elegir el establecimiento en que serán atendidos y, dentro de éste, al profesional que deba atenderlos, excepto en los casos previstos en el artículo 10, a menos que las acciones que establece dicha disposición se otorguen en la atención primaria de salud. A su vez, el artículo 2 de la misma ley, expresa que los establecimientos no podrán negar atención a quienes la requieran, ni condicionarla al pago previo de las tarifas o aranceles fijados a este efecto.

Afirman que como servicio público descentralizado funcionalmente, le son aplicables las disposiciones del Capítulo II de la Ley N° 18.575 y, por lo mismo, en el plano de la responsabilidad extracontractual se rige por lo dispuesto en el artículo 42 de la misma ley, esto es: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal", y que en el artículo 4 dispone: "El Estado será responsable por los daños que causen los Órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado".

Exponen que no podría sostenerse por el Fisco de Chile que no le asiste responsabilidad en los hechos, por cuanto ello significaría que los actos de la administración no están sujetos a la judicatura en su control de juridicidad, lo que significaría que por marcos legales y contractuales el Estado establecería excepciones de responsabilidad, que por cierto son inoponibles a los gobernados por cuanto la primera



finalidad del Estado es promover el bien común y estar al servicio de la persona humana.

Advierten que los actos de administración, como actuaciones de una organización nacida de la soberanía, no pueden, en ningún momento, causar daño a los administrados, y menos aún, carecer éstos de los mecanismos necesarios para reclamar y hacer efectiva dicha responsabilidad. Por medio de la responsabilidad estatal, no se persigue la sanción de un culpable, sino que la reparación pecuniaria a la víctima que ha sufrido un daño que no tiene obligación de soportar y, por lo tanto, debe ser indemnizada en aquello que ha sido menoscabada.

B. Requisitos para que opere la responsabilidad

Manifiestan que de la lectura del artículo 42 de La Ley N° 18.575, se desprende que para que nazca la responsabilidad extracontractual de un servicio público, como el Servicio Público de Salud, se requiere: a) que exista falta de servicio, b) que haya un daño; y c) nexo causal entre el daño y la falta de servicio.

Ahora bien, para la doctrina nacional y en la opinión de Enrique Silva Cimma, la falta de servicio se produce de tres formas: a) cuando el órgano cuya conducta motiva la demanda, funciona mal; b) no funciona debiendo funcionar y c) funciona tardíamente. Por otro lado, don Pedro Pierry Arrau, sostiene que la falta de servicio la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la administración, ambas nociones apreciadas objetivamente, y referidas a lo que puede exigirse a un servicio público moderno, y a lo que debe ser su comportamiento normal.

En cuanto al funcionamiento anormal del servicio, este se produce cuando: el servicio ha funcionado mal (culpa in committendo); el servicio no ha funcionado (culpa in ommittendo); o el servicio ha funcionado defectuosamente.

Agregan que, en nuestro país, no se precisa del elemento dolo o culpa del agente público para que el daño se impute a la



administración; no siendo, incluso, necesario localizar al agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse de daños anónimos e impersonales no atribuibles a persona físicas algunas, sino a la organización en cuanto a tal.

Sostienen que la responsabilidad por falta de servicio puede estar constituida, tanto por una carencia total en la prestación del servicio, como por una organización irregular o funcionamiento defectuoso. De este modo, no es necesario probar la existencia del dolo o la culpa del autor material del daño, sólo se exige acreditar la falta.

Indican que en Chile, hay acuerdo en la doctrina administrativa, que al igual como ocurre en Francia, no se precisa del elemento dolo o culpa del agente público para que el daño se impute a la administración; no siendo, incluso, necesario localizar al agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse de daños anónimos e impersonales no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto tal. La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los mismos a la administración. Sin perjuicio de ello, el elemento culposo, el obrar negligente, la falta de un adecuado cumplimiento de la obligación de medios por parte del profesional involucrado, la inobservancia de los correspondientes protocolos y reglas de la *lex artis*, un diagnóstico errado, inadecuado, un tratamiento errado, una intervención negligente, la falta de supervisión del paciente por el profesional encargado, hacen presente los diversos conceptos de culpa, de reproche antijurídico y que permiten realizar la imputación fáctica para reclamar la reparación.

Señalan que tratándose de responsabilidad médica por falta de servicio, con fecha 2 de septiembre del año 2004 se publicó la Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud, la cual, además, en sus artículos 38 y siguientes dictó normas sobre responsabilidad en materia sanitaria.



Afirman que es el Servicio de Salud Metropolitano Central quien debe responder por la falta de servicio que se cometió en uno de los Hospitales que funcionan bajo su dependencia, como es el caso del Hospital El Carmen, Dr. Luis Valentín Ferrada. Además, la responsabilidad del Hospital es autónoma e independiente de la que afecta al funcionario que causó el daño, y al tratarse de un órgano de la administración del Estado, la responsabilidad se encuentra en el ámbito del derecho público. (*Víctor Flores Carvajal, Responsabilidad Civil Médica*).

Alegan que en la especie, se trata de un órgano del Estado y el tipo de responsabilidad que se persigue en esta demanda es la que la doctrina y jurisprudencia denomina responsabilidad por falta de servicio, es decir atendida la causalidad entre el daño antijurídico, producido por el Centro Hospitalario dependiente de la demandada, todo ello debido a su falta de servicio.

C. Responsabilidad civil del Servicio de Salud Metropolitano Central del cual depende el Hospital El Carmen, Dr. Luis Valentín Ferrada.

Manifiestan respecto a la culpa o negligencia que consiste en no prever lo que era previsible o, habiéndolo hecho, en omitir adoptar la diligencia necesaria para evitar el daño. Supone descuido, falta de atención y puede traducirse en una conducta positiva.

En cuanto a la imprudencia, esta se traduce en una conducta positiva, precipitada o irreflexiva, que es llevada a cabo sin prever sus consecuencias o la asunción de riesgos extraordinarios, irrazonables o innecesarios. El agente toma las precauciones aconsejables, y pese a no ser éstas suficientes para evitar el daño, ejecuta la acción con la esperanza de que el mismo no se produzca. Hay un menosprecio consciente de la prudencia que impone las circunstancias del caso, con secuela de daño a un tercero.



Aseveran que, en la presente controversia, estos elementos son concurrentes y así se da cuenta de la falta de servicio reclamada en la intervención a la familiar de los actores.

Exponen que existe una falta en el desarrollo del servicio, y que además son concurrentes aspectos de mal funcionamiento, de desarrollo, de cumplimiento, en esa conducta y que han tenido la aptitud o idoneidad causal para cristalizar un daño, apareciendo esta imputación de responsabilidad para reclamar del mismo y la correspondiente reparación por la denominada falta de servicio. Así, la falta de servicio se construye como un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, de modo que es una noción autónoma que está vinculada al carácter material o jurídico del acto singular o general, independiente de la legalidad del acto y con indiferencia de sus efectos penales. Es una noción amplia, en la medida que abarca junto con la falta positiva del acto cumplido equivocadamente, la falta por omisión y el retardo. De manera que estamos en presencia de una falta de servicio cuando no se ha comportado como habría debido: cuando la acción o la abstención es de naturaleza tal que se justifica un reproche. Se trata de una falta objetiva que no tiene nada que ver con la noción de culpa.

Indican que la Excelentísima Corte Suprema ha considerado la falta de servicio como "*(...) todo mal funcionamiento del servicio. Si el Estado presta un servicio público, tiene la obligación de prestarlo bien*", así también esta existe cuando hay "*(...) omisión o ausencia de actividad estatal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico.(...)*". De este modo, al ser la falta de servicio el factor que desencadenará la responsabilidad estatal, ésta necesariamente supone que el organismo incurra en una falla en su actuación que se ha traducido en la asistencia que debió haberse prestado o, al menos, debió haberse entregado de mejor forma.

Agregan que "*(...) la falta de servicio que irroga directamente responsabilidad del Estado (...) se produce si sus órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía*



o si ellos funcionan defectuosamente, causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público y que si bien éstos últimos no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio deben invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado por el patrimonio de la víctima."

Ahora bien, la Excelentísima Corte Suprema señala que existe falta de servicio como criterio de atribución de responsabilidad directa cuando se violan las obligaciones del servicio, es decir, "(...) se origina en aquellos casos en que sus órganos o agentes administrativos omiten actuar, debiendo hacerlo, o bien cuando actúan inoportunamente o de manera defectuosa, causando en cualquiera de estas hipótesis, un perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público. En este caso - como lo expresa el mismo fallo - si bien los perjudicados no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio deben invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado".

Reiteran que se ha establecido una conducta negligente que se ha perpetrado con culpa o con infracción al deber de observar el cuidado requerido por parte del referido servicio; se ha causado un daño o perjuicio, menoscabo y dolor en sus familiares y, por último, ha habido una relación entre la culpa y el daño, o en otros términos, éste ha sido la consecuencia o efecto de aquella.

Concluyen que el Servicio de Metropolitano Central debe responder por falta de servicio, puesto que, concurren los presupuestos considerados en el inciso 2 del artículo 42 de la Ley N° 18.575.

D. Procedencia de la pretensión respecto del servicio de salud.



Sostienen que se cumplen todos los presupuestos para fundar la acción en contra del Servicio de Salud Metropolitano Central, debido a que es un hecho cierto que doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso, falleció a consecuencia del funcionamiento defectuoso, tardío, del Hospital referido.

Afirman que la falta de servicio de la demandada, tanto por responsabilidad humana como de dotación de personal del servicio, constituye un elocuente mal “servicio”. Además, sostienen que la negligencia profesional, estructurada por la conducta tanto de funcionarios y personal del Hospital El Carmen, Dr. Luis Valentín Ferrada, mediante serias y graves acciones y omisiones culposas, hacen lugar al aspecto subjetivo y dan lugar a la concurrencia de la responsabilidad del servicio demandado.

Alegan que existe un daño a los demandantes que se traduce en el daño moral por la pérdida de la madre, hijos y hermana de los actores, el que debe ser resarcido por el Servicio de Salud Metropolitano Central por falta de servicio.

E. Del daño y su reparación.

Sostienen que el daño sufrido corresponde a daño moral, el que ha sido unánimemente conceptuado como: *“El dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido, y en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral”* (Alessandri, Tomo I, pág. 225).

Afirman que el daño moral tiene su fundamento en la Carta Fundamental, y sus más sólidos pilares lo constituyen los artículos 1, 5, 19 N°1 de la Constitución Política del Estado, de ahí que se ha elevado tal concepto a consagración en la piedra angular que gobierna y debe gobernar todo el sistema legislativo y jurisprudencial.



Ahora bien, en cuanto a la función de establecer el quantum reparatorio, indican que la doctrina y jurisprudencia han recurrido a algunos aspectos a considerar. En ese sentido, don Pablo Rodríguez Grez en su obra sobre responsabilidad extracontractual ha señalado que: *“Entregar al Juez discrecionalmente la facultad de fijar el quantum dinerario del daño moral, conduce a la anarquía y la inseguridad. Por lo tanto, lo único que corresponde es adoptar pautas comunes que hagan posible, al menos, el criterio de los juzgadores. Todo lo demás es ilusorio e inútil. Así entendido el problema, sólo cabe señalar cuáles son los elementos más importantes y, por lo mismo, a los cuales debe recurrir a tribunales. A su juicio, hay tres áreas principales: el hecho ilícito, el derecho o interés lesionado, y la calidad y condición de la víctima y el victimario.”*

Advierten que es un hecho cierto e incontrovertible que los actores han sufrido un profundo daño por la pérdida de su familiar más querido. El que no se circunscribe temporalmente a la época del acaecimiento de los hechos graves descritos, ha dejado secuelas imborrables, ya que la muerte siempre trasciende y enluta la vida de una familia.

F. Reparación del daño moral.

Alegan que todo daño debe ser reparado por quien tenga legalmente la responsabilidad de hacerlo. En este sentido, y atendido a que en la especie el daño sufrido por los actores se funda en el mismo parentesco, se demanda por concepto de indemnización de perjuicios por la pérdida del familiar, la suma de doscientos millones de pesos para cada uno de ellos.

Afirman que la doctrina en materia de responsabilidad extracontractual, ha establecido senderos por los cuales se debe buscar un establecimiento del quantum en criterios de justicia, y con ello evitar una exigüidad en las reparaciones. Al efecto ha establecido que debe considerarse: a) la gravedad objetiva del atentado; b) el grado de relación con la víctima; c) la trascendencia temporal del daño; y d) la conducta desplegada por el ofensor y capacidad del



ofensor. En este último caso, por la obligación de reparar el ente demandado, posee el caudal que le permite asumir la reparación del daño.

Advierten que para la determinación del quantum o indemnizatorio, es necesario considerar la extensión del daño, puesto que se trata de un ser querido, por lo que la cantidad demandada por concepto de daño moral aparece plenamente justificada.

Finalmente y previas citas legales, solicita tener por interpuesta demanda civil de indemnización de perjuicios en juicio ordinario por falta de servicio, en contra del Servicio de Salud Metropolitano Central, representado por su Director don Alexander Rodrigo Pérez Méndez, ambos ya individualizados, admitirla a tramitación y en definitiva declarar:

- a. Que al Servicio de Salud Metropolitano Central le asiste responsabilidad por Falta de Servicio en la atención que se verificara a la paciente señora Tatiana Lisset Moncada Troncoso, en el Hospital El Carmen, Dr. Luis Valentín Ferrada de Maipú, hecho que ocasionó posteriormente su fallecimiento;
- b. Que el Servicio de Salud Metropolitano Central debe indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados por falta de servicio, pagando la suma de doscientos millones de pesos a cada uno de los demandantes: doña Ceferina del Carmen Troncoso Santander, don Rodrigo Alfonso y doña Jaquelinne del Pilar, ambos de apellidos Moncada Troncoso, don Luis Brayan Mansilla Moncada y doña Fernanda Yesel Ithal Moncada, en calidad de madre, hermanos e hijos de doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso;
- c. Que se condena al Servicio de Salud demandado al pago de las sumas reclamadas, con los reajustes e intereses desde la fecha de la notificación de la demanda y hasta su efectivo pago, o calculados en la forma que el Tribunal determine;



d. Que se condena al Servicio de Salud demandado a pagar las costas de la causa.

En subsidio, solicita que se acoja la demanda y se condene al Servicio de Salud Metropolitano Central por falta de servicio en la atención de la señora Tatiana Lisset Moncada Troncoso, en el Hospital El Carmen, Dr. Luis Valentín Ferrada, hecho que ocasionó posteriormente su fallecimiento y, en consecuencia, se le condena a pagar a cada uno de los actores, las sumas inferiores que el Tribunal determine, en equidad y justicia y mérito del proceso, por concepto de daño moral sufrido por los actores, con los reajustes e intereses y costas que se determinen, todo ello calculados desde la fecha que también se determine de acuerdo al mérito del proceso.

Con fecha 7 de septiembre de 2018 se notifica la demanda al Servicio de Salud Metropolitano Central.

Con fecha 30 de octubre de 2018, la parte demandada contesta la demanda solicitando su rechazo.

En primer lugar, hace presente que se controvierten en su totalidad los hechos en que se funda la demanda, incluida la existencia de los perjuicios cuya indemnización se reclama, su naturaleza y montos.

La parte demandada alega las siguientes defensas:

I.- Opone la excepción de prescripción de la acción deducida.

Agrega que la prescripción de la acción por responsabilidad sanitaria se encuentra tratada en el artículo 40 de la Ley N° 19.966, el que establece un plazo de cuatro años “contados desde el acto o la omisión”. Esta disposición consagra un término idéntico al artículo 2.332 del Código Civil, que también señala un plazo de cuatro años contado desde la perpetración del acto, precepto legal este último que resulta también plenamente aplicable en el caso en estudio, en que se persigue hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual del



Servicio de Salud Metropolitano Central, por el daño causado con un delito o cuasidelito.

Luego, la prescripción de la acción por responsabilidad de los hospitales públicos, al igual que por hecho ilícito, comparten las siguientes características: a) se encuentran reguladas en una normativa específica, a saber: el Título III “De la responsabilidad en materia sanitaria” de la ley N°19.966, del Régimen General de Garantías en Salud, y el Título XXXV denominado “De los Delitos y Cuasidelitos” del Código Civil, respectivamente; y b) tienen una duración de cuatro años que comienza desde la acción u omisión.

Advierte que, según se señala en la demanda, doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso, falleció supuestamente producto de la negligencia médica que se reclama, el día el 18 de marzo de 2014, por lo que si considera que la demanda fue notificada el 7 de septiembre del año 2018, forzoso es concluir que la acción ejercida en autos se encuentra prescrita.

Ahora bien, la circunstancia que antes de la demanda haya precedido el proceso de mediación a que se refiere el artículo 43 y siguientes de la Ley N° 19.966, no cambia la conclusión anterior.

Sostiene que, de conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 45 de la ley antes citada: “Durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como criminales a que hubiere lugar.” Por su parte, el inciso primero del mismo artículo señala que: “El plazo total para el procedimiento de mediación será de sesenta días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado; previo acuerdo de las partes, este plazo podrá ser prorrogado hasta enterar ciento veinte días, como máximo”.

Alega que la citación a la primera audiencia de la mediación, se llevó a efecto el día 10 de enero de 2018, de tal manera que el plazo de la mediación se inició el día 13 de ese mismo mes y año, y conforme a lo que señala el certificado de mediación acompañado por los actores, terminó con fecha 16 de mayo de 2018, por consiguiente,



transcurrieron 123 días de suspensión de la prescripción, que si se descuentan del plazo entre el 18 de marzo de 2014 - fecha en que falleció la causante - y el 7 de septiembre de 2018 - fecha de notificación de la demanda – han transcurrido cuatro años y 173 días, por lo que necesariamente se debe concluir que la acción ejercida en autos se encuentra prescrita.

II.- Inexistencia de responsabilidad extracontractual por parte del Servicio de Salud Metropolitano Central - Hospital del Carmen Dr. Luis Valentín Ferrada.

Sostiene que en materia de responsabilidad médica, rige una normativa especial contemplada en el artículo 38 de la Ley N° 19.966, que establece un sistema de responsabilidad de falta de servicio especial y subjetiva, que descarta absolutamente la idea de responsabilidad objetiva.

Advierte que es claro el sentido y el tenor literal de la norma, esto es, que el daño debe ser causado por falta de servicio para que surja la responsabilidad civil en materia sanitaria.

Afirma 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 .

Agrega que quien accione en este plano, además de invocar en la demanda la “falta de servicio” –por la concurrencia de una o más de esas tres hipótesis idóneas para configurarla–, debe acreditar en el juicio la falta de servicio que postula, y que ella -la falta de servicio del órgano administrativo- constituye la causa del daño que dice haber experimentado.

Hace presente que la Excelentísima Corte Suprema, conociendo de un caso en que precisamente se imputó a un Servicio de Salud la que hoy nuestro ordenamiento jurídico denomina “responsabilidad en materia sanitaria”, declaró lo siguiente: “... como reiteradamente ha sostenido esta Corte de Casación, la falta de servicio no es una



responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquélla, considerada como “la culpa del Servicio”, deberá probarse –por quien alega– el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado, un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado...” .

Indica que la Excma. Corte Suprema ha reconocido la existencia de eventos adversos en la actividad médica, señalando que un resultado no deseado, e incluso un error médico, “... que se produce no obstante haberse desplegado el grado de diligencia exigible a un buen profesional no dará lugar a responsabilidad y, por tanto, el daño que se origine por un error no imputable al médico debe ser soportado por la víctima, pues se tratará de riesgos inherentes a los procedimientos médicos.”

Señala que todo ello ha sido recogido por la Ley N° 19.966, consignando en forma expresa aquellas normas y principios generales precedentemente enunciados, tratándose en particular de la “responsabilidad en materia sanitaria”.

Alega que la responsabilidad civil en materia sanitaria requiere la concurrencia copulativa de los siguientes tres 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 1698 del Código Civil. En consecuencia, corresponde al demandante acreditar que ha existido imprudencia temeraria o dolo de determinados funcionarios del Servicio de Salud Metropolitano Central - Hospital del Carmen Dr. Luis Valentín Ferrada, que le causó daño.

Advierte que la Ley N°19.966 ha establecido un sistema de responsabilidad por falta de servicio especial y subjetivo, por lo cual procederá que se niegue lugar a la demanda de autos, con expresa condena en costas, desde el momento que no existe falta de servicio en los hechos que se le imputan al Servicio de Salud Metropolitano



Central - Hospital del Carmen Dr. Luis Valentín Ferrada, en que sus funcionarios hayan actuado con imprudencia temeraria o dolo, o en hechos o circunstancias que se hayan podido prever o evitar de acuerdo a la lex artis.

Expone que la paciente fue atendida en el servicio de urgencia del Hospital el Carmen el 27 de enero del año 2014, con diagnóstico de colitis y gastroenteritis no infecciosa. El motivo de consulta fue dolor abdominal, vómitos y diarrea desde la noche previa. La paciente, según este registro, no tendría antecedentes mórbidos. Al examen físico, no hay descrita signología quirúrgica (el registro indica que se encontraba estable, con abdomen blando depresible e indoloro y ruidos hidroaéreos positivos, registran blumberg negativo). Las indicaciones fueron reposo en domicilio, régimen, hidratación, viadil, bioflora y metoclopramida. Control en Servicio de Urgencia y control en consultorio. Según lo descrito en esta evaluación, no hay sinología de patología quirúrgica en ese momento, y se deriva a su domicilio con la indicación de volver a la urgencia en caso de necesidad de la paciente y control en su APS.

Ahora bien, la paciente vuelve a consultar el 28 de enero de 2014, por dolor abdominal, disuria (dolor al orinar), coluria, polaquiuria y nauseas. Al examen destaca puño percusión positivo, blumberg esbozado. Se solicitaron exámenes: orina completa, urocultivo, creatinina, hemograma VHS, nitrógeno ureico. Se diagnóstica apendicitis aguda, se traslada al Hospital de Urgencia Asistencia Pública por cirugía de urgencia. En esta segunda evaluación, se realiza toma de exámenes y se cataloga de prioridad a la paciente, lo que corresponde según historia clínica.

Luego, la paciente es recibida en la madrugada del 29 de enero de 2014 en el Hospital de Urgencia Asistencia Pública, en donde indican que fue derivada desde el Hospital El Carmen por apendicitis aguda, con leucocitosis de 23 mil, con dolor abdominal de un día de evolución. Al examen blumberg positivo una cruz. Se realiza cirugía por apendicitis aguda, dándose el alta el día 3 de febrero de 2014.



El día 10 de febrero del 2014 (diez días postcirugía), la paciente consulta nuevamente en urgencia del Hospital El Carmen, debido a dolor abdominal de inicio en esa madrugada, asociada a vómitos, afebril. Al examen físico, se indica abdomen blando, depresible, cicatriz de cirugía sin alteraciones, con dolor a la palpación de hemiabdomen derecho y signo Murphy positivo (signo que sugiere origen vesical). Se realiza analgesia e hidratación en urgencia, se solicitaron exámenes (perfil hepático, hemograma, VHS, estudio imágenes abdomen (TAC), siendo derivada a cirugía urgencia del Hospital de Urgencia Asistencia Pública, en donde indican en ficha clínica paro cardiorespiratorio.

Señala que, según la información del caso, se trató de un accidente vascular mesentérico con tafia orgánica múltiple. Indica que el accidente vascular mesentérico es una complicación con una incidencia reportada de aproximadamente 1 a 4 casos por cada 1000 operaciones abdominales de urgencia o 9 por cada 1000 admisiones hospitalarias, considerándose poco frecuente (datos aproximados según literatura), teniendo una alta tasa de mortalidad (60-90%).

Agrega que, según lo encontrado en las fichas clínicas electrónicas, existiría correlación entre los hallazgos en las anamnesis y exámenes físicos de la paciente con la conducta clínica registrada. A pesar de lo anterior, ocurre una complicación que se produce en casos de cirugía abdominal, que aunque es poco frecuente, es de alta mortalidad. Lo descrito en ficha clínica sugiere que existió respuesta en ambos establecimientos hospitalarios y coordinación entre ellos.

Sostiene que, de los antecedentes expuestos se desprende que el Servicio de Salud Metropolitano Central - Hospital El Carmen no tuvo responsabilidad alguna en la muerte de la señora Tatiana Lisset Moncada Troncoso, considerando la situación médica de la paciente, y que se tomaron todas las medidas médicas pertinentes al caso y en los tiempos oportunos, habida consideración de los recursos de un servicio público.



Afirma que, cuando judicialmente se pretende algún tipo de responsabilidad por negligencia médica, resulta imperioso referirse a la denominada Lex Artis, como elemento del juicio de imputación de culpabilidad, y en la especie, dicho análisis no resulta sobreabundante, sino que más bien tiende a precisar los límites del juicio de imputación.

En efecto, las conductas que en definitiva los actores le atribuyen al Servicio de Salud Metropolitano Central - Hospital del Carmen Dr. Luis Valentín Ferrada, dicen relación con un supuesto error en que se habría incurrido en el diagnóstico inicial de la paciente.

Expone que la problemática radica en determinar el estándar de diagnóstico que se debió adoptar, o dicho en otros términos, determinar si existió o no una infracción a la lex artis.

Sostiene que, en el derecho comparado se ha planteado que “la medida de la diligencia o negligencia del profesional sanitario viene dada por un canon o “standard”, cual es la denominada lex artis, las reglas del arte médico, o, como las define Agustín Jorge Barreiro, siguiendo a Bockelmann, “...las reglas generalmente reconocidas – como las apropiadas para un tratamiento médico correcto- por la ciencia médica...”.

Agrega que la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema se ha encargado de la delimitación del concepto de la lex artis, y al respecto se ha sostenido que “este tipo de negligencia culpable se halla ejemplificado por la conducta del médico que apartándose de las precauciones aconsejadas para la ciencia que él profesa, para el caso de que se trata, ocasiona un daño a la salud de su paciente, que el facultativo no deseaba, pero que no pudo menos que prever y que estaba en su mano evitar”. También se ha resuelto que “los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlo. En otra forma, el acto médico tiene como presupuesto que se realiza de modo debido, de manera como se indica en la lex artis. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que pesa sobre



su acción y, por tanto, la infracción de la lex artis es el fundamento de la culpa médica”.

Advierte que los demandantes deberían acreditar el incumplimiento de las reglas que constituyen la lex artis del caso concreto, pues es precisamente la transgresión de dicho estatuto de reglas técnicas que establecen la adecuada y correcta práctica profesional, lo que evidenciaría si existió o no la culpa del Servicio de Salud Metropolitano Central - Hospital del Carmen Dr. Luis Valentín Ferrada que se pretende, pues, son estas normas de conducta las que deben servir de estándar para apreciar la conducta debida por parte de los profesionales de la salud encargados de su atención.

Ahora bien, en la especie, es importante tener presente que la situación de la paciente obedeció a una situación de dos días de data en cuya evolución, el actuar de los funcionarios del Hospital El Carmen, se circunscribe dentro de las prácticas para este tipo de casos, donde naturalmente se busca dar solución a las patologías que aquejan al paciente.

Reitera que los demandantes deberán acreditar el incumplimiento de las reglas que constituyen la lex artis del caso concreto, pues es precisamente la transgresión de dicho estatuto de reglas técnicas que establecen la adecuada y correcta práctica profesional, pues, son estas normas de conducta las que deben servir de estándar para apreciar la conducta debida por parte de los profesionales de la salud que la atendieron, demostrando que en la atención de la paciente, no fue el adecuado, y que tal conducta constituye una manifiesta negligencia en los medios empleados, causando la muerte de esta última, circunstancia que se niega enfáticamente.

III.- Alega la inexistencia de culpa o dolo, en virtud del cumplimiento de un deber legal.

Sostiene que para que surja la responsabilidad del Estado, se requiere la culpa del servicio, es decir, debe darse el mal



funcionamiento del servicio o el no funcionamiento del mismo, cual es el elemento subjetivo de la responsabilidad.

Sobre este particular, señala que para que pueda existir responsabilidad por los hechos que se señalan en la demanda, es necesario que exista un nexo de causalidad entre el perjuicio y una acción u omisión culposa imputable, vale decir, que este perjuicio ha de ser consecuencia directa y necesaria de la actuación culpable o dolosa de los profesionales del Hospital El Carmen y del Hospital de Urgencia Asistencia Pública, requisito que en la especie no se cumple, pues la demandante recibió un adecuado tratamiento a su afección.

Indica que la noción de mal funcionamiento del servicio debe ser siempre evaluada en concreto, según las características del servicio público de que se trate, de la gravedad de la falta y de acuerdo con la realidad particular del mismo, de su posibilidad cierta de actuación, del nivel de desarrollo y de sus medios, e incluso de la realidad nacional en la que está inmerso.

Afirma que el análisis objetivo de la conducta desplegada por el Hospital, permite descartar toda imputación de falta de servicio, pues se actuó adecuadamente en relación con las circunstancias que se presentaron, otorgando una adecuada atención, acorde a la sintomatología que presentaba la paciente.

Advierte que, sin perjuicio de la inexistencia de culpa del Hospital, es preciso señalar que no toda falta es sinónimo de culpa, esta última solo recibe aplicación en cuanto las características de los supuestos hechos causantes del daño revistan el carácter de “grave”. Así lo ha reafirmado un reciente fallo de la Corte Suprema de fecha 28 de enero de 2016, rol N° 16257 – 2015, caratulado “Meriño con Fisco de Chile”.

IV.- Alega la inexistencia de relación de causalidad entre la supuesta falta de servicio y el daño invocado por el actor.

Manifiesta que la doctrina señala a la relación de causalidad entre el hecho y su consecuencia dañosa, como uno de los elementos indispensables para la concurrencia de la responsabilidad



extracontractual. Entendiéndose como “...el vínculo que encadena un hecho (acción u omisión) con el resultado que se presenta como consecuencia directa, necesaria y lógica de aquel.” (Pablo Rodríguez Grez, Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, pág. 370).

Afirma que de lo expuesto, se colige que la falta de relación de causalidad entre la acción u omisión imputable a una persona y el daño sufrido por otra, acarrea la exención de responsabilidad de la primera, por cuanto se entiende que el daño sufrido se debe a un hecho o circunstancias ajenas a la culpa de la demandada. Esta misma razón es la que exime de indemnización de los daños indirectos sufridos, por cuanto aun cuando existiera vinculación directa entre la actuación de un sujeto y los daños sufridos por otro, dicho nexo no alcanza a los daños “indirectos” o no derivados de manera necesaria e indubitada del acto en cuestión.

Indica que el ordenamiento jurídico también considera esta relación de causalidad como elemento necesario de la responsabilidad extracontractual, según se desprende de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, el primero de los cuales dice, “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro...”, en tanto que el segundo menciona que, “...por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona...”, deberá ser indemnizado o reparado.

Hace presente que, el profesor Pablo Rodríguez Grez, ha señalado que “...la relación de causalidad responde a la pregunta de por qué y hasta dónde responde el autor del hecho, cuando de éste se sigue una consecuencia nociva. Lo anterior equivale a decir que la responsabilidad se enmarca dentro de los límites del resultado dañoso atribuible a la acción que se imputa al autor, no más allá. Con mayor claridad podría decirse que se responde del daño que efectivamente se causa y que es el resultado de la conducta ilícita sancionada en la ley.” (Pablo Rodríguez Grez, Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, pág. 369).



En consecuencia, los demandantes deberán probar que existe una relación de causalidad entre la muerte de la paciente y la supuesta falta de servicio que se le imputa al Servicio de Salud Metropolitano Central - Hospital del Carmen Dr. Luis Valentín Ferrada, en la atención de esta última.

V.- Consideraciones en torno al daño moral alegado.

Sostiene que el daño moral consiste en la lesión o detrimento que experimenta una persona, en general, en sus atributos o cualidades morales. Así, entonces, los llamados daños no patrimoniales recaen sobre elementos de difícil o imposible estimación pecuniaria, ya que su contenido no es económico, o al menos no directamente. Ello produce a su respecto una imposibilidad latente e insuperable de evaluación y apreciación pecuniaria.

Manifiesta que la indemnización de perjuicios tiene por objeto restablecer el equilibrio destruido por el hecho ilícito, otorgando a la víctima un valor equivalente a la cuantía del daño sufrido, para ponerla en el mismo estado que tenía antes del acto dañoso. Cuando se trata del daño material o pecuniario, la aplicación de estos principios no ofrece mayor dificultad, ya que la determinación de los perjuicios puede hacerse con relativa precisión.

Ahora bien, no ocurre lo mismo tratándose del daño puramente moral, puesto que, por afectar a bienes extrapatrimoniales o inmateriales y, por lo mismo, no apreciables en dinero, la indemnización no hace desaparecer el daño, ni tampoco lo compensa en términos de poner a la víctima en situación equivalente a la que tenía antes de producirse aquél. El daño moral no se borra por obra de la indemnización. La pérdida o lesión producida por él permanece, a pesar de la indemnización.

Afirma que la indemnización del daño puramente moral no se determina cuantificando, en términos económicos, el valor de la pérdida o lesión experimentada, sino sólo otorgando a la víctima una satisfacción, ayuda o auxilio que le permita atenuar el daño, morigerarlo o hacerlo más soportable, mediante una cantidad de



dinero u otro medio, que en su monto o valor sea compatible con esa finalidad meramente satisfactiva.

Hace presente que, la Excma. Corte Suprema ha señalado que: “Por definición, el perjuicio moral no es de naturaleza pecuniaria. Esa fisonomía inmaterial que tiene, hace decir a los doctos que no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo imborrable, sino procurar que el afectado obtenga algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXX, Sec. 4a. pág. 61).

Indica que hay que regular el monto de la indemnización, asumiendo la premisa indiscutida de que nunca puede ser una fuente de lucro o ganancia, sino que debe ser un procedimiento destinado a atenuar los efectos o el rigor de la pérdida extrapatrimonial sufrida. Así, “el juez al avaluar este daño, debe proceder con prudencia, tanto para evitar los abusos a que esta reparación puede dar origen, cuanto para impedir que se transforme en pena o en un enriquecimiento sin causa para quien lo demanda”.

Advierte que tampoco resulta procedente acudir a la capacidad económica del demandante y/o del demandado como elemento para fijar la cuantía de la indemnización, pues, como se ha dicho, el juez sólo está obligado a atenerse a la extensión del daño sufrido por la víctima, en la cual no tienen influencia estas capacidades.

Agrega que, no habiendo norma legal que establezca una excepción relativa a la capacidad económica del tercero civilmente responsable en un hecho delictual o cuasidelictual, habrá de estarse al principio general y básico de la cuantificación conforme a la extensión del daño, ni más ni menos, con absoluta prescindencia del patrimonio del obligado al pago. Así lo ha entendido la doctrina nacional y la Excma. Corte Suprema, por lo que un criterio diverso quebrantaría el principio de igualdad resguardado incluso a nivel constitucional, de modo que las víctimas de hechos ilícitos causados por personas de fortuna obtendrían, por daños semejantes, indemnizaciones superiores



a las víctimas de daños iguales, causados por personas de menos fortuna.

VI.- Improcedencia del daño moral reclamado por los hermanos de la causante (daño por repercusión o de rebote).

Manifiesta respecto a los demandantes señores Rodrigo Alfonso y Jacqueline del Pilar, ambos de apellidos Moncada Troncoso, quienes demandan en sus calidades de hermanos de la causante, la demanda debe ser rechazada.

Se pregunta si los denominados “sujetos de daño por repercusión o rebote”, pueden invocar el pretium doloris para deducir la acción civil tendiente a obtener una satisfacción de reemplazo, o bien, si en la extensión de dicha satisfacción es relevante la naturaleza de la vinculación entre el actor civil y la víctima.

Hace presente que en el Derecho Comparado, se encuentran fórmulas como la del sistema del Common Law, en el cual se alude al concepto de “loss of consortium”, esto es, el derecho a la reparación por perder al cónyuge o hijo, de no contar con ellos para las atenciones físicas o morales, esto es, dicho sistema reduce el pretium doloris a determinadas personas. En el Derecho Norteamericano se alude al concepto de “loss of society” que se refiere a la noción de control o poder marital. Por su parte, en Inglaterra, se menciona al “dependant in law”, según el cual existe una prelación en donde ocupan el primer y excluyente lugar, al cónyuge e hijos. En Sudamérica, encontramos el caso de la República Argentina en donde esta materia se encuentra resuelta en el artículo 1.078 del Código Civil, según el cual esta acción de satisfacción está limitada a los herederos forzosos.

Ahora bien, en nuestro Derecho, si bien es cierto que no existe una norma expresa como en el Derecho Argentino, válidamente se puede traer a colación el artículo 43 de la Ley N°16.744, por la que se establece que, producida la muerte de un afiliado por accidente o enfermedad profesional o si fallece el inválido pensionado, tendrán derecho de pensiones de supervivencia, el cónyuge, sus hijos, la



madre de sus hijos naturales y los ascendientes o descendientes que le causaban asignación familiar, por lo que dicha norma también restringe la legitimación activa en esta materia para estas situaciones.

Advierte que no es irrelevante el que los dos demandantes ya individualizados y que invocan el *pretium doloris* sean, como se indica en la demanda de autos, hermanos de la causante, lo que evidentemente –y objetivamente- aleja absolutamente las posibilidades reales de ser acreedores de una reparación de daños, atendido que la exigencia de reparación de daños por el fallecimiento de una persona no puede extenderse indefinidamente, distingo que trae aparejado una consecuencia directa en el quantum de la indemnización, lo que debe entenderse adicionado a que la indemnización del daño moral sólo busca una satisfacción de reemplazo y no un efecto reparatorio, como ocurre con la indemnización del daño material, en la cual, como ya se dijo, se pretende hacer desaparecer el daño o compensarlo en términos de poner al demandante en situación equivalente a la que tenía antes de producirse el hecho dañoso.

VII.- Sin perjuicio de lo anterior, alega que la determinación de la indemnización debe efectuarse de acuerdo a criterios generales de la jurisprudencia y parámetros establecidos para las indemnizaciones en materias de salud.

Manifiesta que existen parámetros ilustrativos de los montos de las indemnizaciones, según la gravedad de las lesiones. En efecto, el artículo 36 de la Ley 19.966 inciso final, establece que una Resolución Administrativa establecerá los montos máximos que, en virtud del procedimiento de mediación, podrán pagar los prestadores institucionales públicos.

Ahora bien, por Resolución N° 142 de Ministerio de Hacienda y de Salud, Subsecretaría de Salud, de fecha 8 de abril de 2005, se establecen los siguientes montos máximos que, en virtud del procedimiento de mediación regulados en la Ley N° 19.966, podrán pagar los prestadores institucionales, en caso de acuerdo que



signifique el pago de una suma de dinero por parte de los prestadores institucionales públicos, los cuales son:

- i. En caso de muerte hasta 3.500 UF;
- ii. En caso de gran invalidez hasta 3.300 UF;
- iii. En caso de invalidez total hasta 2.500 UF;
- iv. En caso de invalidez parcial hasta 2.000 UF;
- v. Otros daños (incapacidad temporal) hasta 1.000 UF.

Reitera que en la Ley 19.966, para que nazca la responsabilidad de los órganos del Estado, se requiere la existencia de falta de servicio. Por otra parte, establece la necesidad que el particular deba acreditar que el daño (moral y lucro cesante en este caso) es consecuencia de la acción u omisión del órgano del Estado, precisamente por la concurrencia de una falta de servicio, estableciendo determinados parámetros al Juez de la causa, en el establecimiento de la indemnización de los daños.

Indica que el Juez de la causa debe considerar, para la condena de indemnización, la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido; y ello, atendiendo a su edad y condiciones físicas. Por otra parte, desestima la indemnización de determinados daños; a saber, los que se deriven de hechos o circunstancias impredecibles o inevitables, según el estado de conocimiento de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producirse aquello. Es por ello, que los tribunales han ido estableciendo ciertos criterios para apreciar el daño, particularmente en salud, que guardan coherencia con la magnitud del daño, la edad de los afectados y su proyección de vida.

VII.- Alega la improcedencia de los reajustes e intereses demandados.

Sostiene que la solicitud de los actores carece de todo fundamento jurídico y es contraria a la lógica, puesto que el reajuste es un mecanismo económico - financiero que tiene por objeto



neutralizar el efecto que los procesos inflacionarios o deflacionarios tienen sobre la moneda de curso legal, siendo absurdo pretender aplicar la corrección monetaria a partir de una fecha que precede a la determinación del monto, esto es, desde la notificación de la demanda.

Afirma que en el caso que la acción indemnizatoria fuera acogida, la suma a cuyo pago estaría obligado el Fisco recién nacería con la dictación de la sentencia ejecutoriada, de manera que no podrían aplicarse a dicha cantidad los factores de reajustabilidad que corrigen la inflación acumulada desde la notificación de la demanda, tal método conduciría sin duda a una situación de enriquecimiento incausado.

En cuanto a la improcedencia los intereses, reitera lo expresado en los párrafos precedentes, en cuanto a que no existe disposición legal alguna que ordene el pago de intereses. Además, tampoco puede sostenerse que se encuentre en mora, dado que ni siquiera existe una obligación líquida y exigible a cuyo pago esté obligado el Fisco, por ello, lo que la demandante pretende es obtener intereses retributivos, es decir, aquellos que corresponden a la rentabilidad que genera un capital, con lo cual la supuesta indemnización perdería tal carácter y pasaría a constituir una fuente de lucro y no de resarcimiento.

Finalmente, solicita tener por contestada la demanda y, en definitiva acoger las excepciones y defensas opuestas, negarle lugar en todas sus partes, con expresa condena en costas.

Con fecha 16 de noviembre de 2018, la parte demandante evacúa el trámite de la réplica en los siguientes términos.

Previamente, solicita tener por reproducidos todos los fundamentos de hecho y derecho esgrimidos en la demanda.

Manifiesta respecto a la excepción de prescripción, su total rechazo, señalando que el formulario de reclamo de mediación por daños en salud, respecto de la Ley N°19.966.-, fue ingresado en la unidad de mediación del Consejo de Defensa del Estado, con fecha 27 de noviembre de 2017. Además, es este órgano el encargado de



desarrollar el proceso de mediación, actuando como mediador y actualmente asume la defensa del Servicio de Salud Metropolitano Central. Por lo anterior, deben ser aplicables, el principio de la buena fe procesal, y no puede por ende una de las partes dejar entregada la fecha y plazo de prescripción a su tramitación, y es así descontando en la presente causa desde un inicio más de cuarenta días, al no considerar la fecha de ingreso del reclamo en la unidad de mediación, esto es, el día 27 de noviembre de 2017.

Afirma que la prescripción es una sanción y su fundamento radica en sancionar la desidia o negligencia del acreedor en la protección de sus derechos o en el reclamo de los mismos. Ello no se advierte en la materia en análisis. Por el contrario, es la demandada y el Consejo de Defensa del Estado quienes han extendido un proceso de mediación desde el ingreso del reclamo en la unidad de mediación, el 27 de noviembre de 2017, hasta el 16 de mayo de 2018. Esto último, da cuenta que la tesis de la prescripción, se encuentra desprovista de la buena fe procesal, no puede quedar entregada a la voluntad de una de las partes, por cuanto ello rompería toda bilateralidad procesal.

Alega que un formulario de reclamo ingresado ante el propio Consejo de Defensa del Estado, con fecha 27 de noviembre de 2017, acredita de manera incontrovertible que no se había cumplido a esa fecha el cuadrenio que la ley reclama para dar por cumplido el plazo de prescripción de la acción reparatoria, y ello sin contar los aumentos de plazos de toda la mediación.

Sostiene respecto a la atribución de responsabilidad por infracción a la *lex artis* y la falta de servicio, que es un hecho claro e incontrovertible que se está en el análisis de aquellas situaciones en que el órgano no funciona, funciona deficitariamente o bien funciona de manera tardía; siendo irrelevante por cierto quien es el agente determinado que con su conducta, contribuye al resultado dañoso. En esta materia lo que se pretende es establecer que el servicio no ha



actuado con aquel estándar adecuado en diligencia, cuidado y por cierto, dentro de un concepto también de obligaciones de medio.

Hace presente que la Excma. Corte Suprema, ha señalado en doctrina jurisprudencial que la falta de rigor médico en el diagnóstico es falta de servicio. (Excma. Corte Suprema, rol N° 18124 – 2015, sentencia de casación de 16 de mayo de 2016)

Indica que, de acuerdo al relato incluso reconocido por la parte contraria, la víctima fatal y familiar de los actores requirió atención el día 27 de enero de 2014, 28 de enero de 2014, en la madrugada del 29 de enero de 2014, dándosele de alta el día 3 de febrero del año 2014, y la paciente nuevamente hubo de ingresar de urgencia el día 10 de febrero de 2014. Lo descrito atenta contra todo concepto del buen servicio, y además atenta contra aquel principio probatorio de derecho civil, de la normalidad de las cosas.

Ahora bien, en cuanto a la inexistencia de la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño indica que, si la atención hubiera sido adecuada, eficiente, oportuna, en todo lo que concierne al tratamiento, intervención y diagnóstico de la paciente, su muerte no se habría verificado y el daño no sería concurrente.

Expone en relación al daño moral, que existe una falta de servicio y un ilícito civil, y ello ha causado un daño que debe ser reparado.

Ahora bien, respecto a la improcedencia del daño moral reclamado por los hermanos, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que es titular del daño moral, todo afectado por un hecho ilícito. La pérdida de un hermano o hermana, según el caso, afecta la psiquis, quebranta toda armonía y felicidad, o la elimina o la hace ausente.

Concluye señalando que son improcedentes los parámetros establecidos por la administración en materia de indemnizaciones de salud, puesto que no son vinculantes. Asimismo, en relación a los intereses y reajustes demandados, éstos se enmarcan dentro del principio universal de la reparación integral del daño.



Con fecha 30 de noviembre de 2018, la parte demandada evacúa el trámite de la dúplica solicitando el rechazo del libelo con expresa condena en costas.

Previamente, ratifica y reitera todas las alegaciones, defensas y excepciones opuestas en el escrito de contestación de la demanda.

Manifiesta respecto a la excepción de prescripción, que la actora incurre en un error en el plazo de suspensión de ésta, señalando que debe ser calculada desde la fecha de ingreso del formulario de reclamo en la unidad de mediación, hecho ocurrido el día 27 de noviembre de 2014, olvidando por completo que esta materia se encuentra regulada expresamente en el artículo 45 de la Ley N° 19.966, sobre garantías de salud.

Hace presente que el inciso final del artículo 45 de la ley antes citada dispone que: “Durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como criminales a que hubiere lugar.” Por su parte, el inciso primero de la norma legal citada señala que: “El plazo total para el procedimiento de mediación será de sesenta días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado; previo acuerdo de las partes, este plazo podrá ser prorrogado hasta enterar ciento veinte días, como máximo.”

Advierte que la suspensión corre desde el tercer día de la primera citación al reclamado hasta la fecha de término, y si se considera que la citación a la primera audiencia de la mediación se llevó a efecto el día 10 de enero de 2018, el plazo de la mediación se inició el día 13 de ese mismo mes y año, y terminó con fecha 16 de mayo de 2018, por consiguiente, transcurrieron 123 días de suspensión de la prescripción, que si se descuentan del plazo transcurrido entre el 18 de marzo de 2014, fecha en que falleció la causante y el 7 de septiembre de 2018, fecha de notificación de la demanda, transcurrieron 4 años y 173 días, por lo que necesariamente se debe concluir que la acción ejercida en autos se encuentra prescrita.



Agrega que la causante falleció en el mes de marzo de 2014 y recién en noviembre de 2017, los actores presentaron el reclamo de mediación, esperando más de tres largos años para hacerlo, con lo cual también se podría pensar que su propósito fue alargar el plazo de prescripción, lo que también atentaría contra el principio de la buena fe procesal, en el que se pretende asilar la contraria.

Sostiene que la suspensión de la prescripción debe aplicarse en forma excepcional y restringida, en los casos que la ley así lo establezca, ya que la norma general es que las acciones judiciales se extingan por el transcurso del tiempo, dando así seguridad y certeza jurídica a las partes, por lo que una interpretación diferente de la norma citada, que regula la materia, resulta total y absolutamente improcedente.

Reitera que si se acepta la errada tesis de la contraria, en orden a que el plazo de la suspensión debe computarse desde la fecha de presentación del formulario de reclamo de la mediación, hecho ocurrido el 27 de noviembre de 2017, también la acción ejercida en autos se encuentra prescrita, ya que entre esa fecha y el término de la mediación, hecho ocurrido el 16 de mayo de 2018, transcurrieron 170 días y entre la fecha en que falleció la causante, 18 de marzo de 2014 y el 7 de septiembre de 2018, fecha de notificación de la demanda, transcurrieron cuatro años y 173 días, como se dijo anteriormente, por lo que la excepción de prescripción debe acogerse y en definitiva, rechazar la demanda, con costas.

Sostiene respecto a la atribución de responsabilidad por infracción a la *lex artis* y la falta de servicio que, de acuerdo a lo expuesto en la contestación de la demanda, el Servicio de Salud Metropolitano Central - Hospital El Carmen, no tuvo responsabilidad alguna en la muerte de la señora Tatiana Lisset Moncada Troncoso, considerando la situación médica de la paciente, y que se tomaron todas las medidas médicas pertinentes al caso y en los tiempos oportunos, habida consideración de los recursos de un servicio público, no incurriendo en la falta de servicio que se le imputa en la



demanda, por lo que cualquier alegación contraria, debe necesariamente ser probada por los demandantes, conforme lo dispone expresamente el artículo 38 de la Ley N° 19.966.

Afirma que la situación de la paciente obedeció a una situación de dos días en cuya evolución, el actuar de los funcionarios del Hospital El Carmen, se circunscribe dentro de las prácticas para este tipo de casos, donde naturalmente se busca dar solución a las patologías que aquejan al paciente.

Expone que se trató de un accidente vascular mesentérico con tafia orgánica múltiple, existiendo correlación entre los hallazgos en las anamnesis y exámenes físicos de la paciente con la conducta clínica registrada. A pesar de lo anterior, ocurre una complicación que se produce en casos de cirugía abdominal, que aunque es poco frecuente, es de alta mortalidad. Lo descrito en ficha clínica sugiere que existió respuesta en ambos establecimientos hospitalarios y coordinación entre ellos.

Concluye que los demandantes deberán acreditar el incumplimiento de las reglas que constituyen la lex artis del caso concreto, pues es precisamente la transgresión de dicho estatuto de reglas técnicas que establecen la adecuada y correcta práctica profesional, lo que evidenciará si existió o no la culpa del Servicio de Salud Metropolitano Central - Hospital del Carmen Dr. Luis Valentín Ferrada y sus profesionales, pues son estas normas de conducta las que deben servir de estándar para apreciar la conducta debida por parte de los profesionales de la salud que la atendieron. Así, la parte demandante deberá demostrar que en la atención de la paciente, no fue el adecuado y que tal conducta constituye una manifiesta negligencia en los medios empleados, causando la muerte de esta última, circunstancia que niegan enfáticamente.

Advierte que, en lo concerniente a la inexistencia de la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño, la atención a la paciente considerando su situación de salud del momento, fue oportuna, cumpliendo fielmente con las normas que la lex artis



aconsejaba para el caso, no habiendo en consecuencia la demandada incurrido en la falta de servicio que se le pretende imputar, por lo que mal puede existir una relación de causalidad con el daño cuya indemnización se demanda en estos autos.

Reitera que deberá probarse la existencia de una relación de causalidad entre la muerte de la paciente y la supuesta falta de servicio que se le imputa al Servicio de Salud Metropolitano Central - Hospital del Carmen Dr. Luis Valentín Ferrada, en la atención de esta última.

Advierte que no existiendo falta de servicio en la atención de la paciente que haya causado daño, no hay nada que indemnizar.

Ahora bien, respecto a la improcedencia del daño moral reclamado por los hermanos, reitera que su pretensión se aleja absolutamente de las posibilidades reales de ser acreedores de una reparación de daños, atendido que la exigencia de reparación de daños por el fallecimiento de una persona no puede extenderse indefinidamente, como es el caso de autos, distingo que trae aparejado una consecuencia directa en el quantum de la indemnización, lo que debe entenderse adicionado a que, la indemnización del daño moral sólo busca una satisfacción de reemplazo y no un efecto reparatorio, como ocurre con la indemnización del daño material, en la cual, como ya se dijo, se pretende hacer desaparecer el daño o compensarlo en términos de poner al demandante en situación equivalente a la que tenía antes de producirse el hecho dañoso.

Manifiesta respecto a la improcedencia de los parámetros establecidos en materia de indemnizaciones de salud, que estos son ilustrativos de los montos de las indemnizaciones según la gravedad de las lesiones, la que en caso de fallecimiento asciende a la cantidad de 3.500 Unidades de Fomento, equivalente a \$96.364.800.-, cifra infinitamente inferior a la demandada, que escapa de todo razonamiento lógico.



Hace presente que la Excelentísima Corte Suprema en casos de negligencia médica con resultado de muerte ha fallado lo siguiente:

1. Sentencia de reemplazo, de fecha 18 de diciembre de 2013, en los autos rol N° 1629 – 2013, respecto de una demanda civil interpuesta por familiares de víctimas fallecidas trágicamente a causa del Tsunami 27/F. En dicho veredicto, se fijaron las indemnizaciones en las sumas de \$20.000.000, para la cónyuge del difunto; \$10.000.000, para sus hijos y \$5.000.000 para su nieto.
2. Sentencia dictada con fecha 21 de agosto de 2018, en el recurso de casación en el fondo caratulado “García Canio, José y otros con Servicio de Salud de la Araucanía Sur”, Rol de Ingreso N° 43.707-2017, por falta de servicio, al suministrar a la paciente un medicamento inadecuado que le provocó la muerte, se fijó como monto de la indemnización por el daño moral para el cónyuge la suma \$30.000.000.-, y para los hijos la suma de \$10.000.000.- para cada uno.
3. Sentencia dictada con fecha 4 de Julio de 2017, en el recurso de casación en el fondo caratulado “Estay y otros con Municipalidad de San Felipe y Servicio de Salud de Aconcagua”, Rol de Ingreso N° 95.114-2016, por falta de servicio, consistente en la falta de atención oportuna a la paciente, madre de 47 años de edad, que le provocó la muerte, se fijó como monto de la indemnización por el daño moral, para los hijos la suma de \$30.000.000.- para cada uno.
4. Sentencia dictada con fecha 16 de Diciembre de 2015, en el recurso de casación en el fondo caratulado “López y otros con Hospital Militar de Santiago”, Rol de Ingreso N° 1.561-2015, por falta de servicio, consistente en la falta de atención oportuna a la paciente en la operación de su hombro derecho, que le provocó la muerte, se fijó como monto de la



indemnización por el daño moral, para el cónyuge la suma \$15.000.000.- y para los hijos la suma de \$10.000.000.- para cada uno.

Concluye señalando que, considerando los elementos de juicio que entrega el “Baremo jurisprudencial estadístico sobre indemnización de daño moral por muerte”, con especial atención a las decisiones adoptadas en torno a los casos en que se ha demandado el resarcimiento de perjuicios derivados de eventos de semejantes características al de autos, se puede llegar a la conclusión que la indemnización por daño moral para los hijos de la víctima, considerando su edad y estado de salud, no sobrepasa los \$20.000.000.-

Finalmente, respecto a la improcedencia de reajustes e intereses reitera lo señalado en la contestación de la demanda.

Con fecha 21 de enero de 2019, se certificó que llamadas las partes a la audiencia de conciliación, éstas no comparecieron.

Con fecha 7 de febrero de 2019, se recibió la causa a prueba, rindiéndose la prueba documental, testimonial y pericial que consta en autos.

Con fecha 6 de octubre de 2020, se citó a las partes para oír sentencia.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO A LA TACHA DE TESTIGOS:

PRIMERO: Que en audiencia testimonial de fecha 6 de septiembre de 2019, la parte demandante tachó al testigo de la demandada, don José Custodio Astudillo Pizarro, fundado en las causales del artículo 358 N° 4, 5 y 6 del Código de Procedimiento Civil. Las primeras dos causales se basan en el vínculo de subordinación y dependencia existente entre el testigo y el Hospital El Carmen, dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Central, dada su calidad de médico cirujano del recinto asistencial. Respecto a la causal del numeral 6, indica que el testigo, por el hecho de formar parte de la



dotación del personal del Hospital, los resultados de la controversia no le pueden ser indiferentes, ya que tendría eventuales consecuencias pecuniarias para el Servicio de Salud, entidad del que depende el Hospital y empleador del testigo, no divisándose la imparcialidad que se requiere para declarar en la controversia.

SEGUNDO: Que la parte demandada se opone a las tachas opuestas, indicando que las causales de los N° 4 y 5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil resultan improcedentes, toda vez que el testigo no tiene la calidad indicada en las normas invocadas, ya que se trata de un empleado público sujeto al Estatuto Administrativo, que no tiene vínculo de subordinación y dependencia con la parte que lo presenta.

En cuanto a la causal N°6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, señala que también resulta improcedente, por cuanto de las declaraciones del testigo no se desprende que tenga algún interés directo o indirecto en el juicio, interés que, como ha señalado la jurisprudencia, debe ser de carácter pecuniario.

TERCERO: Que conforme al artículo 358 N°4 del Código de Procedimiento Civil son inhábiles para declarar: *“4º Los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente. Se entenderá por dependiente, para los efectos de este artículo, el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa;”*.

Que en cuanto a esta causal de inhabilidad planteada por la parte demandante, resulta evidente que el testigo individualizado no reviste el carácter de doméstico o dependiente de la demandada, en los términos descritos en la norma, al desempeñarse como médico cirujano con especialidad en cirugía infantil y salud pública en el Departamento de Calidad y Seguridad del Paciente y en el Departamento de Pediatría del Hospital El Carmen de Maipú, razón por la que no será acogida.

Que en cuanto a la inhabilidad del N°5 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, recaída en los trabajadores y



labradores dependientes de la persona que exige su testimonio, si bien el testigo reconoce que se desempeña como médico cirujano del Hospital El Carmen, siendo un trabajador de la parte que lo presenta, no es menos cierto que siguiendo una línea jurisprudencial moderna, lo que pretende la norma invocada es evitar una declaración que eventualmente pueda ser objeto de presión, la que se daría sobre el trabajador dada las características propias de la relación laboral (subordinación, dependencia y retribución económica). Sin embargo, el actual desarrollo del derecho laboral contempla una serie de restricciones y sanciones para el caso en que se produzca una presión indebida o una amenaza de despido basado en la declaración de una persona, y son estas situaciones de protección las que conducen al rechazo de la inhabilidad solicitada, pues ponen al testigo en una situación de poder declarar libremente sin temor a sufrir represalias.

CUARTO: Que, por su parte, la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 358 N°6 del Código de Procedimiento Civil, estima inhábiles para declarar a *“Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto;”*.

Que la disposición precedentemente expuesta, contempla la inhabilidad del testigo que carece de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto, y para su configuración es necesario que el interés que posea el deponente sea de carácter pecuniario o económico en el resultado del juicio, como lo reconoce reiterada jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, situación que, atendido lo depuesto por él mismo, no se configura, razón por la que se desestimará igualmente esta tacha deducida.

QUINTO: Que asimismo, la parte demandante tachó por las mismas causales de los numerales 4, 5 y 6 del Código de Procedimiento Civil, a los siguientes testigos presentados por la demandada: doña Ruth Pamela Coral Leiva Jara, médico cirujano, Jefa del Servicio de Urgencia Adulto del Hospital El Carmen; y don



Carlos Olindo Fiallo Garcés, médico de urgencia del mismo recinto asistencial, tachas que serán rechazadas por los mismos razonamientos señalados precedentemente, los que son plenamente aplicables.

SÉXTO: Que, por último, la demandante tacha al testigo de la demandada, don Humberto de la Cuadra Aranda basado en el artículo 358 N°6 del Código de Procedimiento Civil, fundado en que existió y existe un vínculo de subordinación y dependencia, además de prestación continua de servicios retribuidos por la demandada de autos, dado que el año 2019 jubiló del Hospital El Carmen, y actualmente ejerce docencia en dicho establecimiento dos veces por semana.

SÉPTIMO: Que la parte demandada solicita el rechazo de la tacha formulada, por cuanto de las declaraciones del testigo queda de manifiesto que no tiene un interés directo o indirecto alguno en este juicio, además de indicar que dejó de prestar servicios en el Hospital el año 2019 cuando jubiló, y su relación actual con el Hospital es por dedicarse a la docencia de una universidad que indica, sin que exista ningún vínculo de subordinación o dependencia con la demandada.

OCTAVO: Que tal como se indicó, la inhabilidad del artículo 358 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, procede en el caso que el testigo tenga un interés económico en el resultado del juicio, hipótesis que no se configura en este caso, desde que el deponente ni siquiera forma parte del personal activo del Hospital El Carmen, vinculándose únicamente con dicho establecimiento a través de la docencia que desempeña para una universidad, razón que conduce necesariamente a desestimar la tacha deducida.

EN CUANTO AL FONDO:

NOVENO: Que don Francisco Javier Hurtado Peñaloza, abogado, en representación de doña Ceferina del Carmen Troncoso Santander, don Rodrigo Alfonso Moncada Troncoso, don Luis Brayan Mansilla Moncada, doña Jacqueline del Pilar Moncada Troncoso, por sí y en representación de la menor Fernanda Yesel Ithal Moncada, en



sus calidades de madre, hermanos e hijos de doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso (Q.E.P.D.), deduce demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio en contra del Servicio de Salud Metropolitano Central, representado por su Director don Alexander Rodrigo Pérez Mendez, del que depende el Hospital El Carmen Dr. Luis Valentín Ferrada, todos ya individualizados, en atención a los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho latamente consignados en lo expositivo de la presente sentencia.

DÉCIMO: Que el Servicio de Salud Metropolitano Central, representado por el Consejo de Defensa del Estado, contestó la demanda, al tenor de lo narrado en lo expositivo de este fallo.

UNDÉCIMO: Que con fecha 7 de febrero de 2019, se recibió la causa a prueba, fijándose los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos:

1.- Efectividad de haber incurrido la demandada en una falta de servicio en lo relativo a la atención médica otorgada a la causante, doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso (Q.E.P.D.). Hechos que la constituyen y época.

2.- Efectividad de haber incurrido la demandada en una infracción a la lex artis.

3.- Efectividad que la demandada ha provocado daños a los demandantes. Naturaleza y monto de los perjuicios provocados.

4.- Relación de causalidad entre el actuar de la demandada y los perjuicios demandados.

DUODÉCIMO: Que para acreditar sus asertos, la parte demandante acompañó la siguiente prueba documental:

1.- Certificado de nacimiento de doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso.

2.- Certificado de defunción de doña Tatiana Lisset Moncada Troncoso.

3.- Certificado de nacimiento de don Luis Brayan Mansilla Moncada.



4.- Certificado de nacimiento de doña Fernanda Yesel Ithal Moncada.

5.- Certificado de nacimiento de don Rodrigo Alfonso Moncada Troncoso.

6.- Certificado de nacimiento de doña Jacqueline del Pilar Moncada Troncoso.

7.- Certificado de término de mediación extendido por la Oficina de Mediación del Consejo de Defensa del Estado de Santiago, en Rol Ingreso N° 13592-2017, de fecha 24 de mayo de 2018.

8.- Copia de sentencia judicial dictada en los autos Rol RIT V 298-2015 del Primer Juzgado de Familia de Temuco, con fecha 28 de agosto de 2015, y certificado de encontrarse firme y ejecutoriada.

9.- Copia de la carpeta investigativa de la Fiscalía Local de Maipú, RUC N° 1400178123-6, seguida ante el Juzgado de Garantía de Santiago, sobre los hechos de autos.

DÉCIMO TERCERO: Que, por su parte, la demandada acompañó la siguiente prueba documental:

1.- Copia de la citación a la primera audiencia de mediación, en Reclamo Rol Ingreso N° 13592-2017, fechada el 10 de enero de 2018.

2.- Informe de auditoría elaborado por el médico don Humberto de la Cuadra Aranda, respecto de las prestaciones médicas otorgadas a doña Tatiana Moncada Troncoso en el Servicio de Urgencia del Hospital El Carmen.

DÉCIMO CUARTO: Que la parte demandada rindió, además, prueba testimonial, compareciendo a prestar su declaración don José Custodio Astudillo Pizarro, doña Ruth Pamela Coral Leiva Jara, don Carlos Fiallo Garcés y don Humberto de la Cuadra Aranda.

DÉCIMO QUINTO: Que a partir de los antecedentes narrados, y de los medios de prueba surtidos por las partes, son hechos no discutidos de la controversia:

1.- Que el día 27 de enero de 2014, en horas de la mañana, doña Tatiana Moncada Troncoso concurrió al Hospital El Carmen de la



comuna de Maipú, por sentir un fuerte dolor de estómago, acompañado de vómitos y diarrea.

2.- Que después de ser examinada en dicho centro asistencial por profesional médico, se le diagnosticó una colitis y gastroenteritis aguda, siendo enviada a su casa con reposo por tres días y tratamiento médico.

3.- Que en atención a que los malestares no cesaban, el día 28 de enero de 2014, aproximadamente a las 12:30 horas, doña Tatiana Moncada Troncoso volvió al mismo Hospital El Carmen, lugar en que le tomaron exámenes de laboratorios e imágenes, determinándose que padecía de una apendicitis aguda.

4.- Que ese mismo día se ordenó su traslado al Hospital de Urgencia Asistencia Pública Doctor Alejandro del Río, siendo desplazada en ambulancia y quedando hospitalizada al día siguiente a las 4:00 de la madrugada.

5.- Que el día 29 de enero de 2014, a las 12:30 horas, doña Tatiana Mondaca Troncoso fue intervenida por peritonitis en el Hospital de Urgencia Asistencia Pública, evolucionando favorablemente y siendo dada de alta el día 3 de febrero del mismo año, fijándose el 12 de febrero para su control médico.

6.- Que el día 9 de febrero de 2014, doña Tatiana Mondaca Troncoso comenzó a sentir fuertes dolores abdominales, por lo que al día siguiente concurreó al Hospital El Carmen, siendo derivada al Hospital de Urgencia Asistencia Pública, atendido su grave estado de salud y presentando un paro cardiorrespiratorio que fue recuperado.

7.- Que el 10 de febrero de 2014 doña Tatiana Mondaca Troncoso es hospitalizada en el Hospital de Urgencia Asistencia Pública, sometida a diversos tratamientos y procedimientos, presentando un cuadro infeccioso generalizado, que desemboca en su muerte el 18 de marzo de 2014.

8.- Que el certificado de defunción indica como causa de muerte de doña Tatiana Mondaca Troncoso una falla orgánica múltiple, shock



séptico foco abdominal, peritonitis apendicular op. accidente vascular mesentérico.

DÉCIMO SEXTO: Que para establecer el marco jurídico aplicable a este caso y la responsabilidad imputada, es necesario tener presente el artículo 4 de la Ley N° 18.575, *“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que las hubiese ocasionado”*.

Por su parte, el artículo 42 del referido texto legal dispone: *“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

El mismo principio es recogido en el artículo 38 de la Ley N°19.966 al establecer que: *“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”*.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que al efecto, y como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema, en fallo de diez de junio de dos mil trece, Rol ° 9554-2012, la falta de servicio *“se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del Servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el artículo 42 de la Ley N°18.575. Pues bien, en materia sanitaria el 3 de septiembre de 2004 se publica la Ley N°19.966 que establece un Régimen de Garantías de Salud, cuerpo normativo que introduce en el artículo 38 la responsabilidad de los Órganos de la Administración en esta materia, la cual incorpora –al igual que la Ley N°18.575- la falta de servicio como factor de imputación que genera la*



obligación de indemnizar a los particulares por los daños que éstos sufran a consecuencia de la actuación de los Servicios de Salud del Estado”.

Que, asimismo, en fallo de cinco de octubre de dos mil doce, Rol N° 1328-2009, nuestro Máximo Tribunal dispuso que *“la falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vale decir, el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por aquélla... Así, la “falta de servicio”, configura una presunción de culpa que opera por el solo hecho de que el servicio no funcione debiendo hacerlo, o lo haga imperfectamente o con retardo. De este hecho se deduce la culpa de la Administración, debiendo ésta, y no el dañado, acreditar que se ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Se trata, por ende, de una presunción simplemente legal, en todo equivalente a las presunciones establecidas en el artículo 2329 del Código Civil. Probablemente sea por esta razón por la que se ha pensado erradamente en un régimen de responsabilidad objetiva sin que exista norma que lo determine. Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual del Estado se impone directamente y sobre la base de una presunción de culpa que puede desvanecerse siempre que se pruebe un caso de fortuito u otra causal de justificación”.*

DÉCIMO OCTAVO: Que, en términos simples, existe falta de servicio cuando un órgano del Estado obligado por la ley a proporcionar uno determinado ha funcionado mal, el servicio no ha funcionado o el servicio ha funcionado tardíamente.

DÉCIMO NOVENO: Que, de este modo, para que opere la responsabilidad por falta de servicio es necesario: a) que exista una norma de derecho positivo que obligue al órgano a actuar dentro de la esfera de sus competencias públicas; b) que se acredite que éste no actuó o que lo hizo en forma inadecuada o insuficiente; c) que se pruebe la existencia de perjuicios; d) que exista un nexo de causalidad entre los perjuicios sufridos y la falta de servicio.



VIGÉSIMO: Que establecido los hechos no controvertidos y el marco jurídico aplicable, procede referirse a la excepción de prescripción extintiva de la acción, opuesta por la parte demandada, fundada en que doña Tatiana Mondaca Troncoso falleció el 18 de marzo de 2014 y la demanda recién fue notificada el 7 de septiembre del año 2018, habiendo transcurrido el plazo de cuatro años, establecido en el artículo 40 de la Ley N°19.966, desde la perpetración del acto.

Agrega que, aun considerando la suspensión del plazo de prescripción durante el proceso que duró la mediación, conforme lo ordena el artículo 45 de la Ley N° 19.966, el que se extendió por 123 días -desde el 13 de enero de 2018 (tres días desde primera citación a audiencia de mediación) hasta el 16 de mayo del mismo año-, igualmente el plazo de cuatro años se encuentra superado, por lo que la acción ejercida se encuentra prescrita.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que la parte demandante solicita el rechazo de la excepción de prescripción, señalando que el formulario de reclamo de mediación fue ingresado con fecha 27 de noviembre de 2017 a la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado, organismo que actúa tanto en esa etapa, como en la defensa del Servicio de Salud demandado, razón por la que no se puede dejar entregado a dicha parte el manejo del plazo de prescripción, al no descontar el término desde el ingreso del reclamo a la unidad respectiva.

Indica que es el Consejo de Defensa del Estado quien ha extendido un proceso de mediación desde el ingreso del reclamo en la unidad de mediación –el 27 de noviembre de 2017- hasta el 16 de mayo de 2018, razón por la que no hay desidia o negligencia de la parte demandante que es lo sancionado por la prescripción.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, sobre el particular, el artículo 40 de la Ley N° 19.966 que Establece un Régimen de Garantías en Salud, prescribe: *“La acción para perseguir esta responsabilidad prescribirá en el plazo de cuatro años, contado desde la acción u omisión”.*



VIGÉSIMO TERCERO: Que para contabilizar el plazo de prescripción, no existe discusión que el acto del que derivaría la supuesta falta de servicio, corresponde al fallecimiento de doña Tatiana Moncada Troncoso, acaecido el 18 de marzo de 2014, y que la demanda fue notificada a la parte demandada el 7 de septiembre de 2018, habiendo transcurrido efectivamente cuatro años y 173 días.

VIGÉSIMO CUARTO: Que ahora bien, un aspecto que debe ser considerado en el cómputo respectivo, es lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley N°19.966, que señala: *“durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiera lugar”*; y que *“el plazo total para el procedimiento de mediación será de sesenta días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado; previo acuerdo de las partes, este plazo podrá ser prorrogado hasta enterar ciento veinte días, como máximo”*.

VIGÉSIMO QUINTO: Que siendo así, para esclarecer si la acción de marras se encuentra o no extinguida, corresponde examinar si la suspensión del lapso de prescripción, a propósito de la duración del proceso de mediación impulsado por la parte demandante, altera o no el cumplimiento del tiempo impuesto por la ley, en aras de su declaración.

VIGÉSIMO SEXTO: Que al efecto, y según el certificado de mediación acompañado a folio 5, se desprende que el procedimiento se inició por solicitud efectuada con fecha 27 de noviembre de 2017, por doña Ceferina Troncoso Santander, la que fue declarada admisible por resolución de 4 de diciembre de 2017, terminando el proceso el 16 de mayo de 2018, de acuerdo a la causal de la letra a) del artículo 33 del Decreto 47, lo que arroja un total de 170 días corridos.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que contabilizando la suspensión del término de prescripción desde la fecha de presentación del reclamo en la Unidad respectiva, como lo propone la propia demandante, esto es, desde el 27 de noviembre de 2017 hasta el 16 de mayo de 2018, se contabilizan 170 días corridos, escenario en que el plazo de



prescripción se habría cumplido, porque tal como se indicó en el considerando vigésimo tercero, desde el acto supuestamente dañoso y la notificación de la demanda había transcurrido cuatro años y 173 días, de manera que descontando los 170 días de suspensión, se procedió a la notificación de la demanda a los cuatro años y tres días del acto dañoso.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, entonces, siendo un hecho pacífico de la causa que la supuesta falta de servicio acaeció el día 18 de marzo de 2014, para efectos de interrumpir civilmente el plazo de la prescripción, en los términos del inciso 3° del artículo 2518, en relación al inciso segundo N° 1 del artículo 2503 del Código Civil, debió notificarse la demanda a lo sumo el día 13 de mayo de 2018, pero dicho trámite se produjo tres días después, superando el plazo de cuatro años prefijado por el legislador, razón por la que la excepción opuesta debe ser acogida.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, no obstante lo resuelto precedentemente, cabe indicar que tampoco se configura la supuesta falta de servicios alegada por la demandante en los servicios médicos proporcionados a doña Tatiana Moncada Troncoso por el Hospital El Carmen de Maipú.

Que, al respecto, la falta concreta imputada al establecimiento asistencial consiste en no haber efectuado un estudio acabado a la paciente, cuestión que hubiera permitido determinar la real dolencia que la aquejaba, evitando su complicación desde una apendicitis a una peritonitis aguda, que derivó en su muerte.

Que sin entrar a analizar los síntomas que presentada la paciente al momento de su primera atención médica; que la apendicitis es un cuadro en constante desarrollo y evolución, y que su acertado diagnóstico fue realizado con un día de desfase, cabe considerar que el 29 de enero de 2014 doña Tatiana Moncada Troncoso fue intervenida de peritonitis en el Hospital de Urgencia Asistencia Pública, siendo dada de alta el 3 de febrero del mismo año. De esta manera, y por la forma en que se desarrollaron los hechos, queda descartada la



falta de servicio imputada al Hospital del Carmen, en razón a que el fallecimiento de doña Tatiana Moncada Troncoso no proviene de la supuesta determinación tardía de la apendicitis por dicho centro hospitalario, dado que fue operada oportunamente y dada de alta a los pocos días en buen estado.

En suma, el deceso de la paciente no guarda relación con la participación inicial que le cupo en los hechos al Hospital El Carmen de Maipú, siendo su causa ajena a la intervención de la parte demandada.

TRIGÉSIMO: Que atendido lo previsto por el artículo 144 del Código de Enjuiciamiento Civil, estimando esta magistratura que el demandante tuvo motivos plausibles para litigar, se le exonerará del pago de las costas.

Y visto lo dispuesto en los artículos 144, 160, 170, 254, 342 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575; artículos 38, 40 y 45 de la Ley N°19.966, se resuelve:

I.- Que se rechazan las tachas deducidas por la parte demandante contra los testigos de la parte demandada.

II.- Que se acoge la excepción de prescripción opuesta por la demandada y, en consecuencia, se rechaza la demanda.

III.- Que no se condena en costas a la parte demandante por tener motivo plausible para litigar.

Regístrese, notifíquese y archívense los autos en su oportunidad.

Rol N° 26.697-2018

Pronunciada por doña Daniela Royer Faúndez, juez titular.



En **Santiago**, a **veintisiete de Mayo de dos mil veintiuno**, se notificó por el estado diario, la resolución precedente.

