

Santiago, treinta y uno de julio de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos rol N° 9140-2009 don Miguel Rosales dedujo demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio en contra del Servicio de Salud Metropolitano Oriente fundado en el hecho de haber sido intervenido quirúrgicamente en el Hospital del Salvador el 10 de enero del año 2002, oportunidad en que el personal de ese centro asistencial dejó olvidado en su organismo un paño o varias compresas, lo que posteriormente le provocó una infección que comprometió parte de su colon, el que debió ser extirpado en una nueva operación. Solicitó se condene a la parte demandada al pago de quince millones de pesos por concepto de daño emergente, dieciocho millones de pesos por lucro cesante y doscientos cincuenta millones de pesos por daño moral.

La parte demandada negó la existencia de falta de servicio y solicitó el rechazo de la demanda.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda sólo en lo que se refiere al daño moral alegado, el que fijó prudencialmente en la suma de cinco millones de pesos, y la rechazó en lo demás.

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de los recursos de apelación deducidos por las partes, revocó la sentencia de primer grado en la parte que acogía la demanda, y la rechazó.

Contra esta decisión la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de casación en el fondo denuncia en primer término la infracción de los artículos 318 y 160 del Código de Procedimiento Civil. Señala la parte recurrente que al afirmar los sentenciadores que no se probó que la infección que sufrió su parte se originó en el abundante tejido hallado en su abdomen infringen el artículo 318 ya citado y no resuelven conforme al mérito del proceso. Según el recurrente lo discutido por el Servicio de Salud no es la existencia de la infección ni tampoco que ésta sea consecuencia de un elemento extraño en su cuerpo, sino que tal elemento extraño sería la malla de prolene. Independientemente de si la infección la causó un tejido olvidado en el abdomen o la malla de prolene instalada -afirma el recurso- el Servicio de Salud debe indemnizar porque o se instaló mal la malla, o se hizo mal el trabajo.

SEGUNDO: Que por el recurso se denuncia también la vulneración del artículo 1698 del Código Civil, argumentando al respecto que según la sentencia recurrida su parte no acreditó que los apósitos le hayan sido dejados en el abdomen en la operación de enero de 2002, ni que tales apósitos hayan causado la infección, motivo por el

que rechazó la demanda, en circunstancias que ello no era carga de su parte. Explica que como demandante acreditó que se encontró un cuerpo extraño en su abdomen y que correspondía a varias compresas o a un paño clínico. Por ello correspondía al demandado acreditar que la existencia de tales elementos no es de su responsabilidad, que existió diligencia en su actuar. No correspondía a su parte probar que el material encontrado provenía del Hospital El Salvador.

TERCERO: Que por último denuncia la infracción de los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 y 38 de la Ley N° 19966 al rechazar el fallo impugnado la demanda, pese a que existió falta de servicio del Hospital por una mala ejecución de la intervención quirúrgica, dejando en el abdomen del paciente varias compresas o un paño clínico; por error en el diagnóstico de una nueva hernia realizado en el mes de abril, en circunstancias que era una infección; y por la falta de disponibilidad de los medios para realizar la nueva operación que requería.

CUARTO: Que señalando la influencia de estos errores en lo dispositivo del fallo afirma que de no haberse incurrido en éstos la sentencia habría acogido la demanda.

QUINTO: Que para entrar al análisis de la causa es preciso consignar que el fallo recurrido estableció como hechos de la causa:

- Que el 8 de enero del año 2002 el actor fue internado en el Hospital del Salvador con diagnóstico provisorio de hernia incisional y efisema pulmonar, persona que aproximadamente quince años antes había sido sometido a una gastroplastía o cirugía bariátrica de reducción de estómago.

- Que el 9 de enero de 2002 fue sometido a una intervención quirúrgica de hernioplastía, instalándosele una malla de prolene.

- Que el 23 de abril del año 2002 en el Hospital del Salvador fue atendido nuevamente diagnosticándosele una nueva hernia, e indicándosele cirugía.

- Que el 5 de septiembre del año 2002 se le efectuó por un cirujano oncólogo una intervención quirúrgica de exploración debido al aumento de volumen en la región epigástrica, encontrándosele secreción purulenta abundante y tejido tipo paño de gran tamaño, que podría corresponder a varias compresas o a un paño clínico.

- Que dos días después de haber sido dado de alta de esta última operación presentó un cuadro séptico originado en la pared abdominal, que fue tratado con antibióticos y se le hizo laparotomía y retiro de malla antigua infectada, la que estaba firmemente unida al colon, debiendo realizársele una resección de un segmento de dicho órgano.

SEXTO: Que en lo que dice relación con la alteración del onus probandi denunciado cabe señalar que efectivamente los

jueces del grado dieron por establecida la existencia de un cuerpo extraño al interior del organismo del actor, adherido a su pared abdominal, encontrado en la intervención quirúrgica que se le realizó en el mes de septiembre del año 2002, así como que con anterioridad, en enero de ese año, se le había realizado una cirugía de hernioplastia en el Hospital del Salvador, en la que se le instaló una malla de prolene. De manera entonces que probada la existencia del cuerpo extraño en el organismo del actor se presume la falta de servicio alegada y la relación de causalidad existente entre ella y la infección que le llevó a la resección de parte del colon, correspondiéndole a la parte demandada acreditar que tales apósitos o paños se explican por una causa diversa a la intervención quirúrgica realizada en enero del año 2002, así como que la infección se originó por una causa distinta, lo que no hizo. Al no resolverlo de esa forma los jueces del fondo alteraron la carga de la prueba, vulnerando con ello lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil.

SEPTIMO: Que como consecuencia de lo anterior los sentenciadores infringieron también los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 y 38 de la Ley N° 19.366 al dejar de aplicarlos al caso de autos, errores que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo por cuanto

incidieron en la decisión de rechazar la demanda, de manera que el recurso de casación en el fondo deberá ser acogido.

Y de conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por la demandante en lo principal de la presentación de fojas 233 contra la sentencia de ocho de septiembre de dos mil nueve, escrita a fojas 230, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.

Rol 9140-2009.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B. y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministro señora Araneda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 31 de julio de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a treinta y uno de julio de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.