Santiago, diez de septiembre de dos mil diecinueve.

Al escrito folio N° 18.311-2019: téngase presente.

Vistos:

En estos autos Rol N° 2.472-2016, del Segundo Juzgado Civil de Antofagasta, caratulados "Bernarda Zunilda Marín Tapia y otros con Hospital Regional de Antofagasta", sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios por falta de servicio, se dictó sentencia de primera instancia que acogió la demanda.

Impugnado que fuera dicho fallo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta lo confirmó en todas sus partes, con costas del recurso.

En contra de esta última decisión la parte demandada dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de Casación en la Forma:

Primero: Que el recurso de nulidad formal denuncia que el fallo incurrió en el vicio contemplado en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 N° 4 del mismo Código, puesto que los sentenciadores se habrían basado exclusivamente en las declaraciones e informe del médico Hernán Lechuga, que a su juicio no permiten probar ninguna falta de servicio del Hospital Regional de Antofagasta; añade que el parámetro de

JXXBMLKTCM

la mal nutrición del paciente a su ingreso no fue acreditado, pues el testigo que declaró sobre el punto no habría tenido a la vista los exámenes pertinentes al efecto limitándose a aseverar una baja de peso. Finalmente, expone que tampoco habría resultado acreditada la falta de adopción de medidas apropiadas para advertir el vertido del contenido intestinal, existiendo abierta falta de fundamentación en los hechos establecidos en vista de las pruebas rendidas.

Al referirse a la forma como el yerro denunciado influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, sostiene que el vicio se produce al confirmar los sentenciadores la sentencia del juez a quo en circunstancias que la ausencia de todo hecho culposo destruye la causalidad requerida como requisito de la responsabilidad impetrada. En estas condiciones aduce que el perjuicio sufrido sólo puede repararse con la invalidación de la sentencia.

Segundo: Que, el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil establece que para la procedencia del recurso de casación en la forma es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley.

Tercero: Que el recurso que la ley establece para reclamar del vicio invocado es justamente el recurso de

JXXBMLKTCM

casación en la forma. Sin embargo, del análisis de los antecedentes aparece que el recurrente no interpuso dicho recurso en contra de la sentencia de primer grado que acogió la demanda, donde se habría generado el vicio alegado -sentencia que estableció que se comprobó la falta de servicio de la demandada-, sino únicamente el de apelación, desde que la sentencia de segunda instancia junto con reproducirla íntegramente, entrega argumentos que sólo confirman aquélla, lo que significa que ambas instancias comparten los mismos sustentos para acoger la demanda, de allí que era indispensable que la recurrente también impugnara la decisión de primera instancia por la vía de la nulidad formal, lo que no hizo, por lo que no dio cumplimiento con el requisito establecido en el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual el recurso de casación en la forma interpuesto no puede prosperar.

II.- En cuando al recurso de casación en el fondo:

Cuarto: Que como primer error de derecho, el recurrente sostiene en su arbitrio, que la sentencia recurrida se basa para resolver únicamente en la declaración de testigos o informe pericial solicitado como medida para mejor resolver por la propia Corte de Apelaciones de Antofagasta, consistente en la declaración del médico don Hernán Lechuga Farías. Aduce que, de esta

JXXBMLKTCM

forma la referida sentencia describe la responsabilidad del demandado a partir del considerando noveno.

Afirma que de entenderse que la declaración del médico es un informe de peritos, el error denunciado consiste en la infracción del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, respecto del cual realiza las siguientes afirmaciones:

a) en su informe señaló que en la guía del MINSAL la intervención de anastomosis estaba contraindicada, sin embargo, luego en segunda instancia reconoce que la guía solamente sugiere un tratamiento.

b) en su informe señaló que el paciente tenía desnutrición, sin decir cuál era el índice de proteínas totales o la albúmina del paciente (parámetro de desnutrición). En segunda instancia reconoció que tampoco tuvo la vista el examen de laboratorio del mismo día de la intervención del paciente que comprueba la existencia de parámetros normales en torno a la nutrición del mismo.

c) en su informe señaló que hubo un retraso en la intervención quirúrgica del paciente, por no haberse detectado la dehiscencia, porque no se dejó drenaje, y luego en segunda instancia reconoce que sí se dejó drenaje y que nunca tuvo la vista el protocolo operatorio de la intervención del cáncer avanzado del paciente.

JXXBMLKTCM

d) en segunda instancia dijo no conocer el tipo de cáncer ni estadio de la enfermedad, que padecía el paciente.

Estos hechos son los que sentenciador deja de observar para dar fuerza probatoria al informe a pesar de los errores observados.

A continuación, sostiene que si se entiende que la declaración del médico señalado es en calidad de testigo, la sentencia incurre en error al transgredir los artículos 384 y 426 del Código de Procedimiento Civil toda vez que conforme a lo que se ha descrito, no se está en presencia de un testigo que reúna las características del último artículo señalado, lo que sí se cumplía respecto de los testigos presentados por su parte, especialista en cirugía, médico nutrióloga, sin tacha y contestes en cuanto a que no se trata de una negligencia sino de una complicación médica.

Quinto: Que, en un segundo capítulo, denuncia que no hay falta de servicio o negligencia sino complicación médica, de manera que al no haberlo establecido de esa forma los sentenciadores del grado, han incurrido en infracción a los artículos 2314, 2319, 2320 y 2329 del Código Civil. El error de derecho se sustenta en que lo declarado o informado por el doctor Lechuga no se condice con las pruebas que obran en autos y que, por el contrario, la contradicen directamente, siendo dicha prueba, la base

JXXBMLKTCM

para atribuir responsabilidad por falta de servicio a su representada.

Por otro lado, sostiene que la responsabilidad del Hospital no puede estar sustentada en la aplicación de las normas antes referidas ya que existe una normativa especial establecida en la Ley N°19.966 que modifica la responsabilidad estatal en materia sanitaria, en particular el artículo 38 que regula esta materia.

En el caso concreto la demandante no ha acreditado que el daño se produjo por una acción u omisión del Hospital sino sólo ha aportado una posibilidad más de abordaje del paciente, que a su entender no correspondía ni estaba en el parámetro que señala la guía clínica referida por el sentenciador, pues de las pruebas allegadas al proceso no existe ninguna que demuestre que la complicación de la dehiscencia de sutura, es culpa de su representada, pues si se pretende señalar que se habría evitado ésta con la operación de Hartmann, es claro que esta misma aumenta la mortalidad de los pacientes y ésta no era una operación para el paciente debido a su avanzada edad, sin que tampoco pueda aseverarse que no produciría dehiscencia.

Manifiesta que la sentencia no señala la forma en que respondería el Hospital por la actuación de los médicos, pues una cosa es la responsabilidad de los médicos en su atención y otra es la de la institución.

JXXBMLKTCM

Reitera nuevamente la idea relacionada con que se está en presencia de una complicación y no de una negligencia, e insiste en que las complicaciones suceden, enfatizando que existen cifras de mortalidad en estas complicaciones que no se pueden soslayar. Enfatiza que no están obligados a sanar o evitar que se produzcan complicaciones inesperadas razón por la que es ilógico lo reseñado en el fundamento noveno de la sentencia impugnada pues no puede exigirse a los funcionarios médicos ni al Hospital que se adopte una técnica que no produzca dehiscencia, ya que puede ocurrir incluso en la operación de Hartmann. Refiere que en el caso concreto, la obligación es de medios y no de resultados como lo ha señalado la doctrina, sin embargo se ha aplicado en la especie una obligación de resultado, a pesar de que el Hospital brindó en todo momento las atenciones de urgencia necesarias para el cáncer avanzado que presentaba el paciente.

Finalmente, indica que se ha aplicado un estatuto jurídico distinto y no el especial que se ubica en el artículo 41 inciso segundo de la Ley N° 19.966.

Hace presente que los errores denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia desde que se le ha dado valor a pruebas existiendo otras que se contraponen, y al determinar una solidaridad o responsabilidad que no corresponde aplicar dada la normativa especial y por lo argumentos fácticos explicados,

JXXBMLKTCM

y “que determina la solidaridad, que no menciona, y a que es condenada directamente”. Solicita se acoja su recurso y se anule la sentencia en revisión, se dicte la de reemplazo que corresponda, rechazando la demanda de autos, con costas.

Sexto: Que previo a entrar al análisis de los yerros denunciados, conviene señalar que los antecedentes se inician con la demanda deducida por la viuda e hijas de don Armando Marín en contra del Hospital Regional de Antofagasta, por falta de servicio, fundado en que su padre y cónyuge habría tenido diagnóstico de cáncer al recto superior avanzado, el que obtuvo por diversos exámenes realizados en dos clínicas de la ciudad de Antofagasta. En este contexto, había perdido entre 10 y 15 kilógramos los últimos cuatro meses. Por lo anterior, acuden al hospital demandado por tratarse de una dolencia cubierta por el AUGE, donde el 29 de agosto de 2015 (SIC) se le realiza una intervención quirúrgica a cargo del Dr. Alcota, quien durante la operación se retiró; añaden que existen dos protocolos operatorios contradictorios, el primero de ellos describe la realización de una cirugía gastroduodenal, a diferencia con lo descrito en el segundo protocolo, el que menciona la resección anterior del recto bajo, por laparoscopia.

Continúan narrando que durante la cirugía no se logró extirpar el tumor, produciéndose una fístula a nivel de

JXXBMLKTCM

colon, es decir, se pasó a llevar el colon, sumado a que la técnica operatoria no habría sido realizada correctamente por lo que se produjo una dehiscencia consistente en que se salieron todos los puntos de la sutura.

Exponen que con posterioridad, vinieron diversas complicaciones por una contaminación interna por pelviperitonitis, cuadro infeccioso de la cavidad pélvica que se debe principalmente al material contaminante fecaloideo por dehiscencias de las suturas, dando origen a una fístula recto peritoneal que derivó en un neumoperitoneo; fue sometido a cuatro intervenciones hasta que falleció el día de la última de ellas por sepsis, el 10 de octubre de 2014.

Sostiene que la falta de servicio está dada por existencia de dos protocolos operatorios contradictorios, en la lex artis aplicada al paciente; en uno de ellos además se detalla que durante la cirugía se acusa eliminación de deposiciones del paciente, debiendo – a juicio de las actoras- haberse practicado un lavado; también cuestionan la técnica quirúrgica y las suturas del recto, las que se abrieron y sólo se percataron de ello casi a la semana al ingresar al paciente a la segunda operación. En definitiva, reclaman por cuanto a su parecer existió negligencia, un retardo grave e inexcusable y retraso en aplicación de antibióticos, entre otros.

JXXBMLKTCM

Concordante con lo expuesto y al amparo de los artículos 4 y 44 de la Ley N° 18575, artículos 2320 y 2329 del Código Civil y 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República, demandaron solicitando daño emergente, lucro cesante y daño moral más reajustes, intereses y costas.

Séptimo: Que se establecieron como hechos de la causa, relacionados con la atención prestada al cónyuge y padre de las demandantes, los siguientes:

1.- El paciente ingresa al Hospital Clínico Regional de Antofagasta, quien presentaba un cuadro compatible con adenocarcinoma tubular moderadamente diferenciado, grado II de tipo infiltrante (cáncer de recto).

2.- El 29 de agosto del año 2014, fue intervenido por el doctor Augusto Siccha Vejarano, quien practica una resección anterior baja laparoscópica, resecando proceso infiltrativo en recto medio con la técnica conocida como anastomosis lateroterminal.

Luego el 30 de agosto es trasladado a la Unidad Intermedio Quirúrgica (UTIMQ), donde evoluciona con mucho dolor.

3.- Con fecha 02 de septiembre, aparece descompensado, sufriendo alteración hemodinámica, experimentando dolor abdominal con colostomía, a raíz de lo cual se le realiza un tac de abdomen y pelvis, del que se puede apreciar -debido a la mala impresión del mismo- el hallazgo de un

JXXBMLKTCM

derrame pleural bilateral y atelectasias basales asociadas, hernia hiatal, colección líquida y presencia de gas, y hallazgos consistentes con la obstrucción mecánica.

4.- El 04 de septiembre fue nuevamente intervenido, y se constata una pelviperitonitis, por dehiscencia de la sutura circular del recto bajo, se le aplica la técnica de Hartmann y se le deja una colostomía, que no había sido realizada en la primera cirugía, luego del respectivo aseo profundo. Fue ingresado nuevamente a la UTI con ventilación mecánica y trasladado a la UCI el 08 de septiembre.

5.- El 07 de septiembre se le realiza un tac de tórax abdomen y pelvis sin contraste, el que arroja en su impresión diagnóstica un moderado hidroneumoperitoneo, con bolsillos líquidos intraperitoneales, cuyo posible hallazgo se deba a la dehiscencia de la sutura, y además hernia hiatal por deslizamiento, derrame pleural bilateral de moderada cuantía y un derrame pericárdico.

6.- Aparece nuevamente intervenido el 08 de septiembre con el objeto de drenar el derrame pleural bilateral, se le dejan drenajes, porque no fue posible drenar la colección perihepática.

7.- Evoluciona en forma lenta y el 23 de ese mismo mes, presenta un shock séptico foco abdominal, y una falla renal; por lo mismo se le practica un nuevo tac de abdomen y pelvis, el que impresiona con colecciones subfrénicas con niveles hidroaéreos, moderado liquido libre y derrame

JXXBMLKTCM

pleural bilateral. Al día siguiente es drenado por punción, y tampoco fue posible eliminar la colección subfrénica izquierda por la falta de visibilidad. El 29 de septiembre, presenta un deterioro de la mecánica ventilatoria, reevaluado al día siguiente mantiene la misma evaluación previa. Ante la sospecha de fístula entero cutánea se realiza un nuevo tac que evidencia una gran colección a nivel perihepático anterior que se extiende hacia caudal, presenta moderado derrame pleural con atelectasia subsegmentaria asociada y edema pulmonar intersticial.

8.- El 08 de octubre se realiza una punción percutánea de la colección epigástrica y subfrénica derecha, colección perihepática, que nuevamente no fue posible drenar.

9.- Por último el día 10 de octubre, es nuevamente intervenido vaciando el absceso subfrénico derecho, no logra resistir y fallece a las 23:20 horas en el recinto demandado.

Octavo: Que el fallo de primer grado que confirmó e hizo suyo la sentencia impugnada, concluyó teniendo presente el curso de los hechos, las condiciones y el diagnóstico del paciente, lo declarado por los testigos de la demandada, lo referido en el informe que en documento privado ratificó el testigo don Hernán Lechuga Farías, y lo dispuesto en el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 1712 del Código Civil, que en lo que refiere a la cirugía de resección anterior

JXXBMLKTCM

baja del recto por vía laparoscópica, realizada en el Hospital demandado, no se actuó con el estándar de diligencia y cuidado debido, atendida la edad del paciente, su estado general y la gravedad del diagnóstico que requería extremar las medidas, y que evidentemente la técnica aplica no fue la correcta, en términos que era altamente probable que la dehiscencia de las suturas, que en el caso fue total, era probable, factible y posible que ocurriese, lo que obligaba a optar por la técnica de Hartmann, que consiste en el procedimiento quirúrgico de la resección del recto o sigma, dejando el recto (su remanente cerrado) ciego y sin tránsito digestivo efectuando la colostomía terminal en la fosa ilíaca izquierda para la defecación del paciente, lo que no ocurrió y que hubiese permitido advertir precisamente lo que se evidenció cinco días después de la cirugía y que obligó a una nueva intervención, producto de la pelviperitonitis, con las complicaciones a nivel renal y respiratorio que llevaron al fallecimiento del paciente.

Prosigue el fallo indicando que el Hospital demandado incurrió en negligencia médica, al no extremar las medidas de cuidado en la cirugía, y sus complicaciones aparecen detectadas muy posteriormente, lo que no permitió manejar aquellas y sus graves efectos adversos en forma óptima y precoz, con infracción a las reglas del arte médico, lo que derivó en que el paciente complicara su estado en forma

JXXBMLKTCM

grave y tuviese que ser nuevamente intervenido, complicación que trajo consigo el fallecimiento el 10 de octubre de 2014.

La sentencia recurrida, que reprodujo el fallo de primer grado en su totalidad, ratificó las mismas conclusiones como la permanencia de la pelviperitonitis desde su descubrimiento en la operación de 4 de septiembre de 2014 (cinco días después de la primera operación) hasta el 9 de octubre del mismo año, producida por la salida de contenido del intestino del paciente hacia la zona pelviana, por dehiscencia de la sutura colocada en la intervención de 29 de agosto de 2014. También compartió la conclusión en torno a que la técnica operatoria aplicada al paciente no fue la adecuada de acuerdo a las indicaciones contenidas en la guía clínica de los Servicios de Salud sobre la materia en relación con las características del paciente.

Por otro lado, el fallo de segunda instancia, reconociendo que la dehiscencia es una complicación, concluye que tal circunstancia obligaba a la demandada a adoptar las medidas para darse cuenta si se había producido la misma, para evitar la infección, advirtiéndolo recién el 3 de septiembre de 2014 –cuatro días después de la intervención– cuando el paciente dio a conocer el dolor en la zona abdominal, lo que motivó la práctica de un examen al día siguiente y la nueva intervención donde se usó la

JXXBMLKTCM

técnica de Hartmann. Concluye que la no adopción de esta última técnica sumado al hecho de no haber adoptado las medidas apropiadas para advertir el vertido del contenido intestinal en la zona abdominal del paciente, en forma oportuna, para evitar la pelviperitonitis, no se ajustan a la lex artis y permiten ser calificadas como falta de servicio.

Noveno: Que el recurso de casación en el fondo ataca la circunstancia de haberse tenido por establecida la existencia de la falta de servicio alegada, no obstante que, según afirma la demandada, no se demostró este hecho sino simplemente la existencia de una complicación médica (dehiscencia de la sutura) habiendo, el Hospital demandado, brindado en todo momento las atenciones de urgencia necesarias para su enfermedad.

Sin embargo, el recurso –que se construye sobre la base de hechos no establecidos, o contrariando los asentados en el fallo- no denuncia en modo alguno, la infracción de las normas reguladoras del valor de las pruebas allegadas en autos de manera de habilitar a esta Corte para entrar al análisis del proceso de ponderación que a su vez permitiera arribar a conclusiones diversas de aquéllas que vienen formuladas por los sentenciadores del grado.

Décimo: Que, corresponde tener en consideración que los hechos asentados en la sentencia recurrida resultan ser

JXXBMLKTCM

inamovibles para este Tribunal de Casación, pudiendo inferirse de lo antes expresado, y como ya se indicó, que el recurso se construye en contra de los mismos y se intenta variarlos, proponiendo otros que a juicio de la recurrente estarían probados. Es preciso reiterar a este respecto que la actividad de variar o modificar los hechos es ajena a un recurso de esta especie destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley. En efecto, en la casación se analiza la legalidad de una sentencia, examen que implica un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero a los hechos tal y como soberanamente los han dado por probados o asentados los magistrados a cargo de la instancia, mismos que esta Corte no puede cambiar, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor legal de la prueba, circunstancia que no concurre en la especie. Como ya se explicitó, las disposiciones legales invocadas como infringidas son solamente aquellas que regulan la responsabilidad extracontractual general del Código Civil, sin haber dado por infringidas las normas reguladoras de la prueba, como tampoco las específicas de la responsabilidad de la Administración por falta de servicio que rigen en materia sanitaria.

Undécimo: Que, en este mismo sentido, esta Corte reiteradamente ha sostenido que las disposiciones que dicen

JXXBMLKTCM

relación con el valor de la prueba testimonial no son normas reguladoras de la prueba. Al contrario, el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil se limita a entregar diversas reglas para que los jueces puedan apreciar el mérito de los testimonios, pero sin que ellas sean de aplicación rígida para los magistrados de la instancia, de manera que su utilización escapa del control de casación que hace esta Corte por medio del recurso impetrado.

Décimo segundo: Que en lo que dice relación con la infracción al artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, cabe señalar que de acuerdo al mérito del proceso, el informe que evacuó en autos el testigo don Hernán Lechuga fue acompañado como prueba documental, sin que tenga su origen en una designación de peritos de los artículos 414 y siguientes del referido cuerpo legal. En esas condiciones, fue ratificado por el testigo mentado al comparecer a declarar como testimonial de la demandada resultando improcedente de aplicar a la resolución de la contienda la norma indicada como vulnerada, pues no ha existido peritaje alguno.

Décimo tercero: Que, en todo caso es menester dejar sentado que el fallo en revisión reconoce la calidad de complicación de las llamadas dehiscencias, sin embargo, la falta de servicio se ha construido sobre la base de estimar que aun reconociéndole dicho carácter, el Hospital demandado estaba llamado a extremar las medidas pertinentes

JXXBMLKTCM

para advertir su ocurrencia en el paciente, cosa que tampoco hizo ya que sólo las descubrió cinco días después de la primera intervención y sólo a raíz del dolor abdominal que venía presentando el señor Marín al menos dos días antes del examen y de la posterior intervención donde se aplica la técnica de Hartmann.

Décimo cuarto: Que, por consiguiente, forzoso resulta concluir que las transgresiones denunciadas en el recurso no concurren, puesto ellas se erigen sobre la base de hechos y circunstancias contrarias a los hechos establecidos en el proceso y que dan cuenta de los elementos que configuran la falta de servicio, razón suficiente para concluir que el presente arbitrio debe ser desestimado.

Por todo lo antes expresado el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y debe ser desestimado.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y primer otrosí de la presentación de fojas 488 en contra de la sentencia de doce de junio de dos mil dieciocho, escrita a fojas 478.

Acordado el rechazo del recurso de casación en el fondo **contra el voto** del Ministro Sr. Prado y del Abogado Integrante señor Quintanilla quienes fueron de parecer de acogerlo y dictar sentencia de reemplazo que acoja la

JXXBMLKTCM

demanda rebajando los montos otorgados por daño moral, para lo cual tuvo presente lo siguiente:

1.- Que las normas citadas como infringidas por el recurrente, relativas a la responsabilidad extracontractual general contenidas en el Código Civil, permiten entrar a la revisar la relación de causalidad entre la falta de servicio y los daños demandados y probados.

2.- Que, en este mismo orden de ideas se sostiene que un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido ésta, el resultado tampoco se habría producido. Así, se ha sostenido por la doctrina que "El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado", "[...] la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño." ("Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Enrique Barros Bourie. Primera edición, julio de 2013, Editorial Jurídica de Chile, página 373).17).

Actualmente la doctrina nacional distingue dos elementos que son integrantes de la relación de causalidad. El primero es el denominado "elemento natural", en virtud del cual se puede establecer que "un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría

JXXBMLKTCM

producido” (Enrique Barros Bourie, op. cit.). El segundo es el “elemento objetivo”, para cuya configuración es indispensable que el daño producido pueda ser imputado normativamente al hecho ilícito. De este modo, una vez determinada la causalidad natural, se debe proceder a verificar si el daño puede ser atribuible a la conducta desplegada.

El último autor mencionado, refiriéndose al principio de la equivalencia de las condiciones o condictio sine qua non, refiere: “La doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que para dar por acreditada la causalidad debe mostrarse que el hecho por el cual se responde es una condición necesaria del daño. Y un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido (el hecho es condictio sine qua non del daño)…” (obra citada, página 376).

Se ha señalado también que “Es condición del resultado toda circunstancia concurrente a su producción, que, al ser suprimida mediante una operación mental hipotética, determina la supresión del resultado” (Enrique Cury Urzúa, obra citada página 294).

3.- Que en materia sanitaria la certidumbre sobre la relación causal es difícil de establecer, por lo que en estos regímenes de responsabilidad en la mayoría de los casos sólo será posible efectuar una estimación de la

JXXBMLKTCM

probabilidad de que el daño se deba a un hecho o, al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual el demandado deba responder.

En el caso concreto, existen dificultades para establecer el vínculo causal, atendido los grados de incertidumbre. En efecto, una vez establecido que el servicio prestado al paciente Armando Marín Villegas (QEPD) fue deficiente, no debe perderse de vista que, en definitiva, el reproche que se formula a la Administración es no haberle entregado un tratamiento oportuno a la infección causada por la complicación de la dehiscencia así como no haber decidido aplicar la técnica de Hartmann como primera opción, razón por la que a juicio de este disidente, no es posible establecer de modo inequívoco el vínculo de causalidad entre la falta de servicio asentada y el fallecimiento del paciente, pues no se puede determinar, con el grado de certeza necesaria, que de haberse aplicado como primera intervención la técnica de Hartmann y de haberse descubierto días antes la dehiscencia, ello hubiera impedido el fallecimiento del paciente. No obstante aquello, indudablemente es posible aseverar que de haberse obrado en forma más oportuna y eligiendo como primera opción la técnica de Hartmann, sí se habría otorgado al paciente una posibilidad clara de mayores oportunidades para un tratamiento con otro resultado.

JXXBMLKTCM

4.- Que, respecto de la pérdida de la chance o pérdida de oportunidad, la doctrina extranjera ha referido: "Enseñaba Cazeaux que 'entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises, como las llama la doctrina', y tal es el caso de la 'chance'. El mismo autor añadía: 'Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento…, habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades" (Félix Trigo Represas, "Pérdida de chance". Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008. Pág. 25).

Entre nosotros se ha sostenido: "La pérdida de una chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de

JXXBMLKTCM

obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado", destacando enseguida que se trata del caso de "una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien 'aleatorio' que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La victima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja" (Mauricio Tapia Rodríguez, "Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?", en "Estudios de Derecho Civil VII". Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011. Fabián Elorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, pág. 650).

Asimismo, se ha reseñado: "Las chances por las chances no se indemnizan. Estas deben representar para el demandado la posibilidad de estar mejor. No es la privación de una chance en sí lo que la hace indemnizable, sino la concatenación de ésta a un resultado eventualmente más beneficioso para la víctima. Lo que se sanciona con la

JXXBMLKTCM

pérdida de chance no es el hecho de que la víctima no haya podido optar, elegir, escoger, decidir (un análisis como ese sería incompleto); antes bien, la pérdida de la chance se hace indemnizable sólo cuando las chances representan para la víctima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente [...]En pocas palabras, no es el derecho a optar lo que se indemniza, sino el derecho a optar por algo mejor" (Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi. "Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pág. 267).

También, se ha sostenido: "En cuanto a la pérdida de chance de supervivencia, Chabas ha dicho que, 'cuando el paciente pierde, por ejemplo, una chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte, es la eliminación de un simple potencial de chances…, la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca al perjuicio; lo que estaba en juego aparecía afectado por un álea..., el álea está en la base; es un elemento constitutivo de lo que está en juego. El perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de las chances que le quedaban cuando el médico intervino' [...] El perjuicio no es la vida, sino la pérdida de la chance que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico" (Félix Trigo Represas, op. cit. Pág. 191 y 192).

JXXBMLKTCM

5.- Que, en el caso concreto, el vínculo de causalidad, se relaciona estrechamente con la teoría en análisis, pues aplicando las ideas expuestas en los considerandos anteriores se concluye que la relación causal no se vincula con el fallecimiento del paciente sino que con la circunstancia de privarle de una oportunidad de obtener precozmente un tratamiento eficaz.

Así, lo relevante es que la falta de servicio, esto es, el mal funcionamiento del hospital demandado, privó al paciente de la posibilidad de un tratamiento oportuno que hubiera eventualmente impedido las consecuencias perniciosas que en definitiva padeció.

6.- Así las cosas, estos disidentes estiman que, como consecuencia de lo dicho, debía dictarse sentencia de reemplazo rebajando los montos de las indemnizaciones por daño moral concedidas en el fallo recurrido.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y del voto en contra sus autores.

Rol N° 16.923-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z. y Sr. Arturo Prado P. y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Julio Pallavicini M. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica y el Abogado Integrante señor

JXXBMLKTCM

Quintanilla por estar ausente. Santiago, 10 de septiembre de 2019.

MARIA EUGENIA SANDOVAL GOUET
MINISTRA
Fecha: 10/09/2019 15:51:14

ARTURO JOSE PRADO PUGA
MINISTRO
Fecha: 10/09/2019 15:52:40

JULIO EDGARDO PALLAVICINI MAGNERE
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 10/09/2019 15:50:12

JXXBMLKTCM

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 10/09/2019 16:17:42

En Santiago, a diez de septiembre de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

MARCELO DOERING CARRASCO
MINISTRO DE FE
Fecha: 10/09/2019 16:17:42

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

JXXBMLKTCM