Concepción, veintiséis de julio de dos mil diecinueve.

Visto y teniendo, además, presente:

1°) Que se ha elevado a esta Corte el conocimiento de los recursos de apelación deducidos por ambas partes de este juicio.

En primer término, el demandado Servicio de Salud Arauco solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se rechace la demanda por cuanto no existe falta de servicio imputable a su parte por cuanto, en síntesis, la prueba documental acompañada consistente en la Ficha Clínica de la paciente permite concluir que las prestaciones y atenciones realizadas a la demandante fueron las adecuadas y no existe informe pericial ni declaración de ningún testigo abonado que permita cuestionar fundadamente los procedimientos desplegados por el personal médico y paramédico del Hospital Rafael Avaria Valenzuela de Curanilahue. Estima que en este caso era necesario probar la lex artis del caso concreto para luego probar una actuación contraria a la misma. Asimismo, expresa que se omite el establecimiento de la relación causal entre el actual del Hospital de Curanilahue y la operación de la paciente.

Finalmente expresa que no existe antecedente para establecer un monto indemnizatorio en razón de la existencia de una efectiva modificación de las condiciones de vida de la actora y, además, solicita eximirle del pago de reajustes e intereses por cuanto se trata de sumas establecidas como indemnización y su representada no está en mora.

Apela también la parte demandante solicitando se eleve el monto decretado por concepto de daño moral a la suma de $60.000.000 o la cantidad mayor o menor que este tribunal determine, con costas.

2°) Que, el fundamento legal de la demanda se sitúa, principalmente, en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República y a través de ella se persigue la responsabilidad civil de un órgano de la Administración del Estado por falta de servicio, pretensión que dentro de nuestro ordenamiento jurídico también se cimenta en los artículos 4 y 44 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional

NXYBLVYKEX

de Bases de la Administración del Estado que prescribe que *"Los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.*".

Especialmente, invoca el artículo 38 de la Ley 19.966 que consagra *"Los órganos del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio".*

La *"falta de servicio"* constituida por mandato legal en fuente generadora directa de la responsabilidad del Estado tiene lugar, según lo ha señalado la Jurisprudencia, cuando los órganos o agentes estatales no actúan, debiendo hacerlo o cuando su accionar es tardío o defectuoso, provocando en uno u otro caso, un daño a los usuarios del respectivo servicio público.

Obviamente, para que esa responsabilidad pueda ser reclamada, debe existir y acreditarse en el juicio, un vínculo de causalidad entre la falta de servicio –producida por vía de acción u omisión- y el resultado nocivo, en términos de que aquella sea determinante en la generación del evento dañoso.

3°) Que, entonces, corresponde analizar si por parte del Servicio de Salud de Arauco existió falta de servicio, entendiendo por tal, no sólo la inexistencia y denegación de éste, sino también su inadecuada o insuficiente prestación, a lo que se agrega, si este obrar causó daño a la demandante y si existe relación causal entre el actuar del demandado y su resultado dañoso.

4°) Que, habiéndose imputado al demandado una falta de servicio en la prestación médica otorgada a la paciente Julia Cecilia Provoste Leal en una cirugía laparoscópica de vesícula, que derivó en una segunda intervención de urgencia por Pertonitis bilear, es menester considerar, en forma previa, que en los casos de responsabilidad médica, ella sólo nace cuando se infringe la norma técnica que el médico está en obligación de conocer y de cuidar en sus consecuencias positivas y negativas, lo que es lo mismo que decir, que debe responder de una prestación de actividad en que se ha producido un vacío en la "lex artis". No se trata, entonces de

NXYBLVYKEX

una responsabilidad derivada por el fracaso en la asistencia sino de otra derivada en la incompetencia o el desconocimiento técnico, los que han de determinarse contrarios e inadmisibles en el ejercicio de una profesión o en la prestación de un servicio de medicina integral.

De ahí que, para que este tipo de responsabilidad médica nazca no basta con un resultado frustrado, porque la actividad médica no se compromete en la recuperación de un enfermo o en el éxito del ejercicio de procedimientos médicos, sino en el adecuado suministro de los cuidados que se requiere según el estado y el avance de la ciencia médica, por lo que no conlleva entonces una obligación de resultado, sino que de medios.

5°) Que, dicha obligación de medios *"puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que (...) la actuación del médico se rija por la denominada lex artis ad hoc, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica o norma requerida, pero, en cualquier caso, debiendo hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas ocasiones reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, las diligencias que el derecho califica como propias de las obligaciones de mayor esfuerzo".* (Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N°201, año LXV, enero junio 1997. Responsabilidad Civil de Hospitales y Clínicas. Pedro Zelaya Etchegaray).

6°) Que son hechos no controvertidos y que emanan de la Ficha Clínica de la demandante acompañada por el propio demandado –contenidos en el Considerando Decimo del fallo de primer grado- que el

NXYBLVYKEX

día 21 de octubre de 2014, en el Hospital de Curanilahue, la demandante fue sometida una Colecistectomía Laparoscopica, cuyo procedimiento, descrito en el Protocolo Operatorio contiene –en términos sintéticos- una incisión umbilical para la inserción trocar de 10 mm e insuflación del neumoperitoneo con CO2, instalación de cámara y luego la instalación de los otros tres trócar. Luego la punción vesicular y aspiración de su contenido, la disección de adherencias y del triángulo de Calot identificando el conducto cístico, arteria cística y vía biliar.

Destaca el Protocolo Operatorio que se realizó el clipaje de conducto cístico mediante 2 clips a proximal y una distal y sección con tijera de éste; clipaje de arteria cística con dos clips a proximal y una a distal y sección con tijera; colescistectomia retrograda con perforación vesicular en cuerpo y con salida de bilipus son cálculos.

Finaliza la cirugía con aseo con solución fisiológica, revisión, extracción de la vesícula biliar por T y extracción de trócares, para terminar con el cierre de las incisiones.

El 23 de octubre de 2014, la paciente reingresa de urgencia al mismo centro hospitalario diagnosticándosele una peritonitis biliar, por lo que se decide su traslado a Concepción al Hospital Guillermo Grant Benavente, en este centro de salud se le realiza una laparotomía exploratoria evidenciándose conducto cístico no clipado (clips se encontraban en grasa pericoledociana) y biliperitoneo de 1 litro. Se realiza colangiografia intraoperatoria y ligadura de cístico.

7°) Que como se aprecia, resulta efectiva una falta de servicio de la demandada, al incurrir el personal médico que realizó la cirugía del 21 de octubre de 2014 en una omisión concreta y determinada, que importa una actividad defectuosa en la prestación del servicio médico, lo que resulta de la sola comparación del Protocolo Operatorio con el diagnóstico posterior realizado en el Hospital Guillermo Grant Benavente. En efecto, es lo cierto que no se realizó el clipaje de los conductos císticos de la forma como se indicó en la Ficha Clínica, lo que derivó en una peritonitis biliar y una segunda cirugía de urgencia.

NXYBLVYKEX

8°) Que, asimismo tomando en cuenta que la obligación médica es una obligación de medios y no de resultados, es que corresponde también analizar cuáles eran los riesgos de un procedimiento quirúrgico como el de la especie. En el caso de autos, ellos están descritos en la Cartilla Informativa emitida por el propio Hospital Rafael Avaria, indicando que son hemorragia, lesión de la vía biliar, lesión del tubo digestivo, fistulas biliares, lesión de diafragma, neumotórax, infección de herida operatoria, hernia en la pared abdominal, hematomas y seromas.

Como se aprecia, no se encuentra entre los riesgos asociados a esta intervención la circunstancia de no realizar el clipaje cístico o que tales clips se desprenden de su posición, de lo que se sigue, en forma inequívoca, que aquello no es un riesgo de la cirugía sino que un error en la lex artis en relación al procedimiento quirúrgico, sus etapas y las actuaciones que se deben realizar por el personal médico.

9°) Que, en consecuencia, se encuentra acreditado en autos que se incurrió en un error no justificado, negligencia culpable o una falta de servicio en la prestación médica otorgada por el Hospital de Curanilahue, perteneciente al Servicio de Salud demandado, que tal error en la atención de doña Julia Cecilia Provoste Leal provocó (relación causal) una infección denominada peritonitis biliar, por la cual tuvo que ser sometida a una segunda intervención quirúrgica de urgencia, ahora en una hospital de mayor complejidad.

10°) Que, en cuanto al daño moral es preciso razonar que, sin mayor distinción sobre las especies de daño extrapatrimonial, la jurisprudencia lo ha definido como el dolor, pesar, angustia y molestias síquicas que sufre una persona en sus sentimientos a consecuencia del hecho ilícito; también como el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección y, en términos generales, como un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo.

NXYBLVYKEX

11°) Que las antedichas definiciones largamente desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina caracterizan el pretium doloris y ha sido la forma de entender la indemnización del daño moral en Chile; sin embargo, el daño moral es un concepto jurídico mucho más amplio y es así que bajo este concepto se indemniza el dolor de las heridas y el tratamiento médico, la pérdida de los sentimientos de valía personal o el impacto de una pérdida familiar y lo que esto acarrea para la persona que lo sufre, con la debida prueba que permita establecer que se trata de un daño real y cierto.

12°) Que, es lo cierto que reducir la indemnización al dolor psíquico no es correcto, porque el dolor es una afección, es la forma como es conmovida la persona por la disconformidad de un estímulo sentido, por lo que no toda afección se queda en el sufrimiento y ello es importante porque daño y dolor no son lo mismo, pues hay daños que no se sienten, como el deterioro que puede producir silenciosamente un cáncer o sustancias nocivas contaminantes en el medio ambiente. (Así lo expresa el Profesor Enrique Barros/ Tratado de Responsabilidad Extracontractual).

Es así que el daño moral queda integrado por todas aquellas manifestaciones psicológicas, afectivas, emocionales o íntimas que sufre un perjudicado por el acaecimiento de una conducta ilícita y que no son constatables de forma directa, pero también se extiende a todo agravio que sufre la dignidad, honorabilidad, integridad física o cualquier elemento que pudiere alterar la normalidad de las facultades mentales o espirituales de una persona física. (Constituye la opinión, entre otros, de los profesores Corral Talciani "Lecciones de responsabilidad civil extracontractual"/ Domínguez Hidalgo "El Daño Moral").

13°) Que, por ello, la doctrina del pretium doloris esté siendo paulatinamente abandonada y se prefiere discutir sobre el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado o también llamado extrapatrimonial y la real afectación de un bien jurídico tutelado.

NXYBLVYKEX

Confirma lo anterior el hecho de que hoy en día las indemnizaciones por daños extrapatrimoniales no se limitan sólo al sufrimiento físico o psíquico de la persona que padece los daños de este tipo, puesto que también se indemnizan los daños provocados por la violación a ciertos bienes como el honor o la intimidad personal o familiar.

Según lo expresa el artículo de la Revista Chilena de Derecho, del Dr. EU Marcelo Barrientos Zamorano: "El daño moral se produce por el atentado a determinados derechos, bienes o intereses que el Derecho asegura a la persona". "La prueba, además, debe encaminarse a determinar que se originan en un detrimento a cualquier bien jurídico tutelado…" (DEL DAÑO MORAL AL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL: LA SUPERACIÓN DEL PRETIUM DOLORIS"; vol. 35 N0 1, pp. 85 – 106; 2008)

14º) Que, en este sentido, el daño por el ingreso de urgencia en razón de un riesgo no contemplado en una intervención quirúrgica, la realización de una segunda cirugía para salvar la urgencia, son situaciones que reúnen características específicas más allá de las consecuencias que pueda tener sobre los sentimientos de la persona, por cuanto se produce además una privación de las condiciones normales de vida donde el monto que se establezca por el tribunal como indemnización, "debe colocar a la víctima en una situación patrimonial mejorada, que posibilite, por lo tanto, mayores satisfacciones que de alguna manera compensen las sensaciones desagradables sufridas". (Barrientos Zamorano, Obra citada).

La indemnización por daño moral en este punto se realiza de acuerdo con los daños que se deben compensar. Se toma en cuenta el alcance de los daños, así como su intensidad; la duración de los dolores, sufrimientos y los perjuicios y, por lo tanto, su regulación pecuniaria se halla por entero entregada a la apreciación del tribunal.

15º) Que, atendido los parámetros señalados, esta Corte comparte el monto fijado prudencialmente por el tribunal de primer grado, razón

NXYBLVYKEX

por la cual no procederá a elevarlo ni rebajarlo, como lo solicitaran respectivamente las partes de este juicio.

Atendido que dicha suma ha sido determinada a la fecha de la sentencia, es preciso mantener su reajustabilidad en la forma como se ha resuelto; sin embargo y tal como lo menciona el demandado, los intereses solo pueden disponerse desde la mora del deudor.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 186 y 425 del Código de Procedimiento Civil, **SE CONFIRMA**, en lo apelado la sentencia de veinticinco de enero de dos mil diecinueve, dictada en los autos del Juzgado de Letras de Lebu Rol N° C-356-2017, **con declaración** de que la suma de $15.000.000 que se otorgan por concepto de indemnización, se pagará reajustada conforme al IPC calculado del mes anterior al que la sentencia adquiera el carácter de firme y ejecutoriada, y con intereses corrientes para operaciones reajustables desde que el deudor se constituya en mora.

Redacción de la Ministra Carola Rivas Vargas.

Regístrese y devuélvase por la vía correspondiente.

Rol Nº 411-2019-Civil y acumulada rol N°412-2019-civil.

Maria Leonor Sanhueza Ojeda
Ministro(P)
Fecha: 26/07/2019 14:05:45

Carola Paz Rivas Vargas
Ministro
Fecha: 26/07/2019 14:05:25

Viviana Alexandra Iza Miranda
Ministro
Fecha: 26/07/2019 14:05:25

NXYBLVYKEX

Pronunciado por la Tercera Sala de la C.A. de Concepción integrada por Ministra Presidente Maria Leonor Sanhueza O. y los Ministros (as) Carola Rivas V., Viviana Alexandra Iza M. Concepcion, veintiséis de julio de dos mil diecinueve.

En Concepcion, a veintiséis de julio de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

NXYBLVYKEX

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antartica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl.