

Santiago, dos de septiembre de dos mil veinte.

Al folio 37: téngase presente.

**VISTOS:**

Por sentencia definitiva de trece de julio de dos mil diecisiete, escrita a fojas 1171 y siguientes de estos antecedentes, el tribunal de base rechazó las tachas deducidas por la demandante en contra de los testigos de los demandados, acogió las tachas opuestas por los demandados en contra de los testigos de la demandante que señala, rechazó las objeciones documentales opuestas a fojas 436, 525, 527 y 534, acogió la excepción de falta de legitimidad pasiva opuesta por el Servicio de Salud Metropolitano Oriente y, finalmente, rechazó sin costas la demanda deducida a fojas 1.

En contra de la referencia sentencia, la demandante dedujo recurso de casación en la forma y apelación conjunta.

La nulidad formal la sustenta, en la causal prevista en el numeral 5° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 170 N°4 y 341 del mismo cuerpo legal esgrimiendo una falta a las normas relativas a la apreciación de la prueba. En lo medular, señala que el tribunal a quo, solamente enuncia un listado de las probanzas allegadas a los autos, sin efectuar el debido análisis de ponderación de éstas, incluso omite dos informes que su parte presentó y que son determinantes -según su parecer- como sustento probatorio de su pretensión. Luego, no aparece debidamente justificado el razonamiento por el cual en el basamento Duodécimo el tribunal del grado adquiere el convencimiento que no se ha logrado acreditar suficientemente la hipótesis fáctica que el contagio de la menor, con el virus de la Hepatitis B, se produjo por causas que sean imputables a la falta de servicio o de diligencia en la atención del Hospital Luis Calvo Mackenna, lo que lo lleva a desestimar la pretensión.

Esgrime que, de las probanzas allegadas, aparece que la menor fue operada el día 2 de julio de 2008 y que, con ocasión de complicaciones, necesitó transfusiones de sangre y que de acuerdo con las probanzas allegadas por la demandada, el virus de la Hepatitis B puede adquirirse por diversos factores, entre ellos, la vía sexual, contacto abrasivo en mucosas o piel, y también con transfusiones de sangre que venga con el virus. Agrega que de los informes médicos allegados por su parte, a los que el tribunal a quo no hace referencia alguna, se acreditó que la menor de 13 años no había adquirido el virus de la Hepatitis B por la vía sexual, ni por contacto con sus padres y que el cuaderno asociado al virus comenzó en octubre de 2008.

Solicita que se acoja el recurso de casación, se invalide el fallo y se dicte la sentencia de reemplazo por la cual se acoja la demanda y se ordene a los



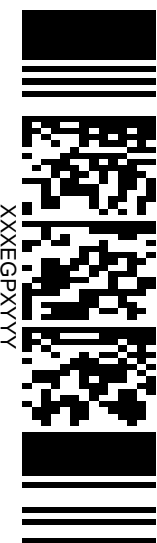
demandados al pago de las cantidades pretendidas o a la que el tribunal ad quem determine “conforme a derecho y a equidad”, con costas.

El recurso de apelación conjunto, lo divide en tres capítulos, en los que pide -respectivamente- la revocación de la decisión que acoge las tachas en contra de sus testigos, la resolución que hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por el Servicio de Salud Metropolitano Oriente y, finalmente, solicita la revocación de la decisión de rechazar el fondo y, en su lugar, se acoja la pretensión de fojas 1, con costas.

En cuanto a las tachas, acogidas por vínculo de amistad estrecho, refiere que de las preguntas para la tacha no resulta posible acreditar la existencia de tal vínculo, por lo que pide su revocación. Respecto de las testigos de apellidos Alfaro y Cuello, aparece que se relacionaban esporádicamente con los padres de la menor en el culto religioso, por cuanto profesan la misma religión y la señora Alfaro es la maestra de la menor infectada. Agrega que el contacto con las testigos era esporádico y cuando se trasladaron a Santiago, con ocasión de la enfermedad de la menor -Agatha-, el contacto fue solo telefónico. Respecto de la otra testigo tachada, la señora Lufi, ella es dueña de un puesto en la feria cercana al domicilio de la demandante y, con ocasión de la vecindad, conoce los hechos y llevaba esporádicamente alimentos que recolectaba para la familia, mas de aquello no es posible extraer un grado de amistad íntima con su parte.

Respecto de la falta de legitimación pasiva del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, señala que el sentenciador del grado yerra en acogerla desde que si bien cita una norma jurídica que consigna que los hospitales Luis Calvo Mackenna y del Salvador son autogestionados, lo cierto es que el artículo 33 de la Ley N°18.575, aplicable en las especie, refiere que sin perjuicio de la desconcentración funcional y territorial que se otorgue a ciertos órganos -como los hospitales referidos- sigue existiendo una dependencia jerárquica del respectivo Servicio, por lo que el superior de ambos hospitales, para efectos de las prestaciones de servicios, es el Servicio de Salud Metropolitano Oriente, de lo que fluye que la excepción no ha podido ser acogida.

En cuanto al fondo de la acción, reitera las alegaciones vertidas con ocasión de la casación formal, pero agrega que de los informes allegados aparece que el Hospital del Salvador, hizo la trazabilidad de los donantes de sangre que fue transfundida a la menor, concluyendo que fueron seis y de los cuales solo cuatro pudieron ser sometidos al respectivo control, por lo que no existe certeza respecto de dos. Con ello, concluye que descartado el contagio por la vía sexual o de los padres, solo queda como hipótesis la vía de la transfusión y que si bien los protocolos darían cuenta que no habría presencia del virus en la sangre



transfundida, lo cierto es que los síntomas empezaron una vez efectuada la transfusión y que no existe referencia alguna en la ficha clínica de la menor a que haya presentado el virus en forma previa a la cirugía, ni a las transfusiones y, han sido las propias testigos de la demandada quienes han señalado que una de las vías de contagio del virus es por la transfusión. Agrega que si bien las testigos señalan que se cumplieron los protocolos respecto de los controles de las unidades de hemo componentes que se le suministraron a la menor, lo cierto es que aquello es meramente de oídas y no existe prueba fehaciente alguna que dichos controles se hayan efectuado. Concluye señalando que la única fuente posible de contagio fue la transfusión de sangre efectuada en la cirugía de 2 de julio de 2008.

Agrega que los hospitales son deudores de una obligación de seguridad o garantía, que importa que los pacientes no sufran daños provocados por conductas de terceros o con deficientes organizaciones hospitalarias y cita jurisprudencia sobre la materia.

En cuanto a los daños sufridos por su parte, sostiene que se rindió abundante prueba y que se relaciona con la calidad de vida, la salud física y mental de la menor, como también de los padres demandantes.

Pide la revocación de la sentencia, en cuanto a las tachas, a la excepción de falta de legitimación pasiva y, en su lugar, solicita se rechacen las tachas y la excepción señalada, y se acoja la demanda disponiéndose el pago de las sumas pretendidas, con intereses, reajustes y costas, o bien por la suma que el tribunal superior determine.

Se trajeron los autos en relación.

#### **CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

##### ***I.- En cuanto al recurso de casación en la forma.***

**Primero:** Que, el recurso de invalidación formal se sustenta en que el tribunal del grado omite efectuar una ponderación de las probanzas rendidas conforme a derecho y con ello arriba a conclusiones fácticas distintas de aquellas que naturalmente arrojan los medios allegados, esto es, que el contagio de la menor con el virus de la Hepatitis B, solo pudo producirse con ocasión de la transfusión sanguínea efectuada en la cirugía de 2 de julio de 2008 y no por otras causales, como pretenden las demandadas. De haberse ponderado correctamente, el sentenciador habría necesariamente resuelto aquello, lo que le arroja un perjuicio reparable solo con la declaración de nulidad o invalidación de la sentencia, lo que pide.

**Segundo:** Que, las mismas alegaciones se han vertido en el recurso de apelación y de conformidad a lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 768



del Código de Procedimiento Civil, el ad quem podrá desestimar el recurso de casación si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reclamable solo con la declaración de nulidad, lo que permite al superior entrar al recurso de grado derechamente.

**Tercero:** Que, de la revisión de los antecedentes, especialmente considerando que las alegaciones de ambos recursos son análogas en la forma y el fondo, aparece que es el propio recurrente quien -en los hechos- da cuenta que el vicio que reclama puede ser enmendado tanto por la vía de la nulidad formal, como por la apelación, lo que es motivo bastante como para dar aplicación a la norma procesal previamente citada y desestimar la casación formal, como se dirá.

***II.- En cuanto al recurso de apelación.***

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los basamentos Quinto, Séptimo, Octavo, Décimo y Duodécimo, que se eliminan.

**Y, en su lugar, se tiene además presente:**

(i) ***En cuanto a las tachas.***

**Primero:** Que se ha tachado por íntima amistad a las testigos de la actora, Marjorie Alfaro Miranda, Ivonne Paola Olivares Vera y Ema del Carmen Cuello Glaves, cuyas declaraciones y preguntas para la tacha constan respectivamente a fojas 1101, 1113 y 1122.

**Segundo:** Que, la testigo Alfaro Miranda, señala que conoce al matrimonio demandante de autos por ser miembros de la misma iglesia que ella, y a la menor por cuanto fue su profesora en materias de la Iglesia y que la tuvo como alumna y que fue su líder, creando un vínculo especial, por el esfuerzo que hacía por su enfermedad. Agrega que esa relación maestra -alumna se dio a lo menos por tres años y su deseo era ayudarla a adquirir fortaleza espiritual. Añade que no tiene más contacto con ellos que el señalado y que era cuando vivían en Viña. Indica que las visitas eran los domingos, principalmente porque la menor estaba enferma y no iba a clases y que actualmente, como viven en Santiago, no va a verlas y que el contacto es esporádico, por teléfono.

**Tercero:** Que, de lo declarado por la testigo, con motivo de las preguntas para la tacha, aparece que ella tuvo una vinculación más bien de índole profesor-alumno con la menor por tres años con la intención de darle fortaleza espiritual para superar su enfermedad, mas de aquello no resulta posible concluir que entre un adulto y una menor exista un grado de amistad íntima de aquellos que exige la legislación procesal civil, como para declarar inhábil a una persona para ser testigo en juicio, más aun si los hechos respecto de los cuales habrá de declarar, los ha conocido directamente de la persona enferma. En cuanto a la relación con los padres, queda suficientemente acreditado que es por ser miembros de la



misma iglesia, pero las visitas que efectuaba a la casa no eran para socializar con los padres, sino para imponerse del estado de la menor y asistirle en su labor de maestra, con la finalidad que ya se ha señalado. Por lo que, para estos sentenciadores, no se advierte la causal de inhabilidad que se ha esgrimido, lo que llevará a revocar la tacha acogida en contra de esta testigo, como se dirá.

**Cuarto:** Que, la testigo Olivares Vera, señala que es feriante y que por ello conoce al matrimonio demandante hace unos trece años, ya que ellos también tenían un puesto en la feria y que, en dicho lugar coincidieron entre dos a tres años. Señala que sí visitaba la casa del matrimonio, principalmente a ver a Mabel -la madre- pero no mucho por los problemas de salud de Agatha -la hija- y más que nada iba con otras personas a llevar algún aporte porque tenían mala situación económica, pero que en la actualidad esporádicamente hablan por teléfono y que vino porque Mabel le pidió y que vio el proceso por el que atravesó, económica y psicológicamente.

**Quinto:** Que, de las declaraciones efectuadas por la testigo, aparece que si bien fueron vecinos de feria, el mayor contacto entre ésta y Mabel, fue con ocasión de la enfermedad de Agatha, para reunir ayuda para la familia que estaba mal. Distinto es una vinculación de carácter social, cooperativa, solidaria, que una amistad que manifieste lazos estrechos de familiaridad. Si bien se logra acreditar lo primero, aquello dista de dar sustento para acreditar la hipótesis fáctica de la estrecha familiaridad que la causal de inhabilidad prevé, por lo que se revocará la decisión que viene en alzada respecto de esta tacha y será rechazada, como se dirá.

**Sexto:** Que, la testigo Cuello Glaves, refiere que conoce el matrimonio demandante con ocasión de pertenecer a la misma iglesia y los conoce hace unos quince años, manteniendo un contacto habitual, pero que esto es solo por la iglesia. Cuando estaban en Viña, los visitaba regularmente por la enfermedad de la menor y la situación de la familia, pero ahora que viven en Santiago, no. Da cuenta que tuvo contacto con la familia unos nueve meses antes de prestar declaración. Vino a declarar porque conoce de cerca lo que vivieron, especialmente por la iglesia que tiene el deber de ayudar a sus “hermanos” y por ello los visitaban constantemente.

**Séptimo:** Que, de las declaraciones de la testigo, aparece que su relación se basaba en una de índole fraterno, siguiendo las directrices de la iglesia que frecuentan donde es deber de los miembros ayudarse recíprocamente entre “hermanos”, un deber de colaboración y ayuda al próximo. Es decir, una relación muy ligada al sufrimiento y dolor de una familia. Aquello queda suficientemente acreditado. Sin embargo, lo anterior dista de ser homologa a un vínculo de



estrecha familiaridad y amistad, que es una relación de confianza profunda entre dos personas y que va más allá de la solidaridad, que no cabe duda que existía entre la testigo, su grupo de religión y la familia, mas esta se fundó en el dolor y en la necesidad de aportar, y no en una estrecha amistad, lo que es motivo suficiente como para revocar la tacha que viene acogida y desestimarla, como se dirá.

(ii) En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva.

**Octavo:** Que el Servicio de Salud Metropolitano Oriente argumenta la falta de legitimación pasiva para ser emplazado en estos antecedentes, esgrimiendo como sustento jurídico y factico la calidad de autogestionados de los hospitales del Salvador y Luis Calvo Mackenna, ello al tenor del artículo 25 del Capítulo II, del Decreto Supremo de Salud N°38, que regula los “Establecimientos de Autogestión en Red”.

**Noveno:** Que, sin perjuicio de no existir duda de la naturaleza de autogestión administrativa, económica y financiera que tienen los citados centros de salud y respecto de las cuales la normativa -artículo 36 del DFL N°01 de 2005- otorga la representación legal a los directores de tales centros, lo cierto es que, respecto de la esencia de un centro de salud -las prestaciones- son parte de la red de salud dependiente del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, siendo el director de un Servicio de Salud el superior jerárquico de los respectivos directores de cada uno de los establecimientos señalados.

**Décimo:** Que el razonamiento previo, no es sino una manifestación del artículo 33 Ley N°18.575 -en su texto actualizado, que expresa:

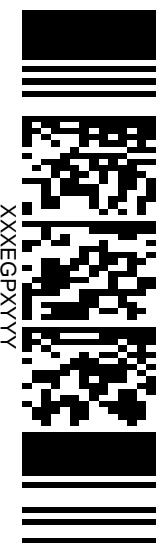
*“Artículo 33.- Sin perjuicio de su dependencia jerárquica general, la ley podrá desconcentrar, territorial y funcionalmente, a determinados órganos.*

*La desconcentración territorial se hará mediante Direcciones Regionales, a cargo de un Director Regional, quien dependerá jerárquicamente del Director Nacional del servicio. No obstante, para los efectos de la ejecución de las políticas, planes y programas de desarrollo regional, estarán subordinados al Intendente a través del respectivo Secretario Regional Ministerial.*

*La desconcentración funcional se realizará mediante la radicación por ley de atribuciones en determinados órganos del respectivo servicio”.*

**Undécimo:** Que, así las cosas, si bien existe una autogestión administrativa, financiera y contable de los hospitales demandados, aún dependen del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, lo que es argumento bastante y suficiente para desestimar la excepción alegada y revocar lo que viene decidido sobre esta materia.

(iii) En cuanto al fondo:



**Duodécimo:** Que, el asunto central respecto del cual ha versado la discusión y el esfuerzo probatorio es si la enfermedad viral denominada Hepatitis B, adquirida y diagnosticada a la menor Agatha, lo fue con ocasión de la transfusión de sangre efectuada a raíz de la cirugía a la que fue sometida el día 2 de julio de 2008 en el Hospital Luis Calvo Mackenna, o bien lo fue por una circunstancia diversa de aquella transfusión. En el primer caso, es imputable a los demandados, en el segundo, no.

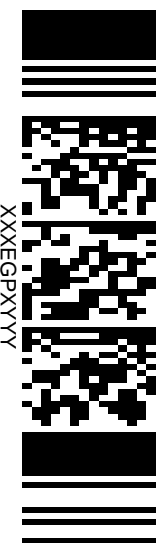
**Décimo Tercero:** Que, como hechos no controvertidos, se tienen los siguientes:

- (i) Agatha tenía 13 años al momento de los hechos.
- (ii) La menor fue sometida a una cirugía cardíaca el día 02 de julio de 2008, en el Hospital Luis Calvo Mackenna, cuyo objeto era la instalación de una válvula.
- (iii) Con motivo de la cirugía, la menor recibió cuatro unidades de glóbulos rojos del banco de sangre.
- (iv) El 30 de Octubre de 2008, se le diagnosticó Hepatitis B, lo que fue confirmado en marzo de 2009.

**Décimo Cuarto:** Que, las propias demandadas -en particular el Hospital Calvo Mackenna- refiere que la Hepatitis B, es una enfermedad viral que se adquiere por diversos factores, relaciones sexuales -como principal causa- inyecciones endovenosas con jeringas compartidas y transmisión materna durante el parto. A ello, el Servicio de Salud Metropolitano Oriente agrega también como causal de transmisión, las transfusiones sanguíneas.

**Décimo Quinto:** Que, a fojas 313, consta copia de informe médico de 30 de enero de 2008, extendido por el Hospital Gustavo Fricke, dependiente del Servicio de Salud Viña del Mar Quillota, el que fue incorporado legalmente y no objetado de contrario. El referido informe médico descarta que el contagio de la niña se haya producido por la vía sexual.

**Décimo Sexto:** Que, a fojas 327, rola certificado médico de 24 de diciembre de 2009, extendido por la médico Bessie Hunther quien da cuenta de haber tratado a la menor en el Hospital Luis Calvo Mackenna y que a ese fecha, el virus está inactivo, pero “sigue presente en su organismo”, y que los familiares de la niña han tenido “serología negativa para virus B”. Aquel informe, no objetado de contrario, extendido por un profesional del área, constata el hecho que el virus de la Hepatitis B sigue presente un año después de su detección y que los padres no son portadores del virus. Con ello, es posible también descartar el contagio a través de sus padres, sea en el parto o bien por contacto con mucosas y, además, dicho documento contrastado con la toma de muestras de mayo de 2012,



aparejada a fojas 339, permite concluir que el virus de Hepatitis B sigue presente desde que arroja resultado positivo para tal patología en la fecha referida.

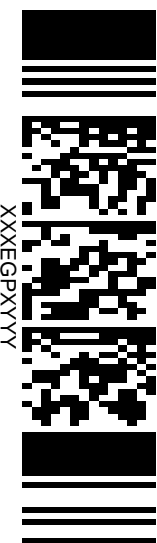
**Décimo Séptimo:** Que, conforme a los dichos de los propios demandados, solo resta como posibilidad de transmisión del virus, el uso de inyecciones compartidas o de transfusión sanguínea contaminada.

En el primer caso, es el propio demandado quien señala que la vía de contagio por inyecciones compartidas es común en los Estados Unidos de Norteamérica, por el uso de drogas inyectables. Sin que sea materia de autos, no parece necesario haber rendido probanza alguna respecto de si la menor era o no usuaria frecuente de drogas o de inyecciones de uso compartido, por lo que necesariamente aquella vía de contagio debe ser descartada, quedando como hipótesis fáctica la transfusión de sangre contaminada.

**Décimo Octavo:** Que, tal como consta en la letra b) del motivo Undécimo de la sentencia que se revisa, los testigos de la parte demandada, declararon que se realizaron los controles -relativos a la transfusión- de acuerdo al protocolo vigente que analiza la sangre, la cual salió negativa a las patologías que se buscan -entre ellas el virus de la Hepatitis B-, pero que no se hicieron recheques, ya que si la primera muestra no es reactiva, no es necesario un rechequeo. Uno de ellos, el cuarto testigo, consigna que el contagio es un caso fortuito y que las transfusiones no son cien por ciento seguras.

**Décimo Noveno:** Que, conforme consta de los documentos aparejados a fojas 320, 321, 322 y 323, el banco de sangre del Hospital Salvador y no objetado de contrario, aparece que Raúl Muñoz donó sangre el día 7 de mayo de 2008, citado en reiteradas oportunidades a hacer contramuestra para estudio del virus y no fue. Su sangre era parte de las unidades transfundidas a la menor. Lo mismo ocurre con R. Madariaga Prens, quien donó sangre el día 13 de mayo de 2008 y, al igual que el otro donante, su sangre fue empleada en las transfusiones efectuadas a la menor. Ésta se negó a asistir a la toma de muestra para el referido estudio. Las demás donantes cuyas respectivas unidades sanguíneas fueron empleadas en la transfusión de la niña, asistieron y resultaron negativos al virus de la Hepatitis B.

**Vigésimo:** Que, a su turno, el certificado médico de fojas 333, extendido por María Eugenia Consiguire, médico del Hospital Gustavo Fricke de la ciudad de Viña del Mar y tratante de la menor Agatha, consigna que ésta padece de una enfermedad cardíaca y que requerirá de nueva cirugía. Agrega que es una paciente de alto riesgo producto de ser portadora del virus de la Hepatitis B contagiado durante una transfusión de sangre en la última cirugía.





**Vigésimo Primero:** Que, al no existir una prueba que se baste a sí misma para acreditar el hecho que el contagio de Agatha se originó en la transfusión de sangre con ocasión de la cirugía del mes de julio de 2008, en virtud de lo dispuesto en el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 1712 del Código Civil, existen hechos que revisten la suficiente gravedad, precisión y concordancia, en términos tales que permiten a estos sentenciadores construir una presunción judicial respecto de la causa probable del contagio.

En primer lugar, los antecedentes médicos alegados y no objetados, dan cuenta que la menor es portadora del virus de Hepatitis B y que éste no fue adquirido por la vía sexual, ni por transferencia de sus padres, que resultaron negativos al examen. Con ello, se descarta también el contagio vía mucosas, no solo sexuales, sino que salivales y otros corporales con sus padres. Cabe recordar que la niña era una menor de 13 años a la época de los hechos.

Luego, la vía intravenosa por uso de jeringas compartidas para el uso de drogas o estupefacientes fue descartada.

Asimismo, no es controvertido que el diagnóstico fue en diciembre de 2008 y que, a la época de la cirugía, la menor resultó negativa para el virus de la Hepatitis B.

Así, llegada a la cirugía, sin virus y desarrollado éste en el tiempo intermedio entre julio y diciembre de 2008, el único hecho gatillante puede ser la transfusión de sangre efectuada en la cirugía y, sobre este punto, si bien se ha indicado que las unidades resultaron negativas para el virus, requeridas que fueran las contramuestras, hubo dos donantes que no fueron y, en particular, una derechamente no quiso ir.

A lo anterior, la declaración de uno de los testigos de la demandada, Héctor Olguín Álvarez, subdirector médico del Hospital Luis Calvo Mackenna, de fojas 472 y siguientes, refiere que si bien existen protocolos para la toma de muestras de sangre, existen riesgos en las transfusiones, pero que los controles no son cien por ciento seguros, por lo que el riesgo de transmisión del virus podría darse y que toda transfusión tiene riesgos asociados, que el clínico debe conocer al momento de su indicación.

**Vigésimo Segundo:** Que los hechos previamente acreditados, todos de conformidad de la reglas de valoración de la prueba, permiten construir la presunción judicial que el contagio de la menor se produjo con ocasión de la transfusión de sangre ocurrida el día 2 de julio de 2008, en la cirugía cardiológica a que fue sometida en el Hospital Luis Calvo Mackenna.



XXEGPXYYY

**Vigésimo Tercero:** Que, asentado aquel hecho, necesario es elucidar si es posible o no imputar algún grado de responsabilidad por la falta de servicio que se demanda en estos antecedentes.

**Vigésimo Cuarto:** Que, en lo relativo al Servicio de Salud Metropolitano Oriente, es el superior jerárquico en materia funcional de las unidades médicas que conforman la red, lo que fue motivo suficiente para desestimar la alegación de falta de legitimación pasiva. También debe tenerse presente que su labor es determinar las funciones que ha de prestar cada institución que conforma la red, dictando las directrices y/o protocolos para la mejor atención de las personas y también para el cumplimiento de las funciones que le son asignadas a cada centro prestador -sea autónomo o no-. Aquello, se extrae también de la declaración del subdirector del Hospital Luis Calvo Mackenna de fojas 472 y siguientes, en particular en cuanto señala haber sido director del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, refiriendo claramente que la labor del servicio es determinar “qué hacer” y la función de los centros autogestionados es decidir “cómo hacerlo” y que, por ello, existen distintos niveles de responsabilidades entre los órganos de la red.

**Vigésimo Quinto:** Que, bajo los argumentos previamente consignados y acreditada que fuera también la existencia de protocolos a nivel nacional emitidos tanto por el Ministerio de Salud, como por el Servicio de Salud que es demandado de autos, aparece que la obligación legal del “qué hacer”, ha sido cabalmente cumplida y no es posible imputar a este servicio responsabilidad alguna por falta de servicio, ni responsabilidad extracontractual respecto del hecho acreditado del contagio del virus con ocasión de la transfusión, motivo por el cual será rechazada la demanda a su respecto.

Debe tenerse presente que en la sentencia impugnada, en razón de haberse acogido la excepción de falta de legitimidad pasiva esgrimida por este demandado, no existió pronunciamiento de fondo a su respecto, lo que se hará en esta sede de alzada.

**Vigésimo Sexto:** Que, en cuanto al Hospital Luis Calvo Mackenna, consultados los protocolos aparejados en estos antecedentes y, en particular respecto de la declaración del testigo Alejandro Agustín Andrade, de fojas 273 y siguientes de estos autos, quien es médico infectólogo dependiente del Ministerio de Salud y asignado al Hospital del Salvador, consigna que este establecimiento asistencial, en cuanto receptor de la sangre donada, no está obligado a chequear los productos hemoderivados fabricados en el banco de sangre del Hospital del Salvador. En particular respecto del virus de Hepatitis B, señala que no estaba obligado a efectuar dicho chequeo, “porque los estudios que se efectúan inicialmente al donante son suficientes”.



**Vigésimo Séptimo:** Que, a su turno, al Resolución Exenta N°768 del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, aparejada a fojas 828, que crea el banco de sangre del Servicio Oriente, asigna las diversas obligaciones y tareas para las diversas unidades que lo integran. Al Hospital del Salvador, entre otras, encarga la “atención a donantes”, el “estudio inmunohematológico” y “envío de muestras para serología”. A su turno, al Hospital Luis Calvo Mackenna, entre otras, encarga la atención a donantes, vigilancia y uso racional de los productos sanguíneos, mas en parte alguna ordena que el referido prestador deba efectuar análisis alguno respecto de las tomas de sangre o productos hemoderivados, lo que -como ya se dijo- pesa respecto del Hospital del Salvador.

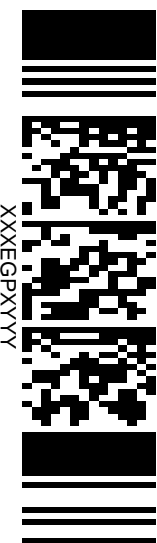
**Vigésimo Octavo:** Que, ha de tenerse presente que las instituciones de salud demandadas, ambas, integran la red de prestadores de salud del Servicio de Salud Metropolitano Oriente y si bien son autogestionados en lo financiero y administrativo, son e integran parte de un servicio público y, en cuanto tales, están obligados a cumplir con el principio de legalidad o reserva de los actos de los entes públicos y solo pueden hacer aquello que la ley expresamente autoriza.

En el caso de autos, una norma jurídica emitida por la autoridad competente ordena la realización de exámenes y estudios al Hospital del Salvador y no al Hospital Luis Calvo Mackenna, por ello malamente puede hacer dicho estudio, pues normativamente no está obligado a hacerlo. Al contrario, en virtud del principio de legalidad o reserva, realizar aquellos estudios -aun bajo pretexto de un mejor servicio- importaría desconocer la función jerárquica del Servicio de Salud Oriente y destinar recursos públicos a tareas que no les son asignadas.

Reafirma lo anterior, el documento de fojas 389, que contiene el protocolo establecido por el Hospital Luis Calvo Mackenna respecto del ingreso de hemo componentes, en los que en parte alguna existe referencia al estudio o chequeo viral de las muestras.

**Vigésimo Noveno:** Que, por los fundamentos antes señalados, la demanda incoada en contra del Hospital Luis Calvo Mackenna tampoco puede prosperar y será confirmada la decisión de rechazo que viene impugnada.

**Trigésimo:** Que, en cuanto al Hospital del Salvador, obligado a efectuar los estudios, tanto mediante las encuestas a donantes, como también los respectivos controles inmunohematológicos y serológicos a las tomas o muestras de sangre, a fojas 283, 284, 285 y 286, constan certificados de la “Unidad de Atención Donantes de Sangre” perteneciente al banco de sangre de dicho hospital, en los que aparece un texto poco legible, la identificación del donante, con su nombre, fecha de nacimiento, teléfono, dirección, fecha de la donación, un texto (ilegible) bajo la glosa “Consentimiento Informado” y en el pie de página la firma de un



médico y la del donante. Entre medio, aparecen unas anotaciones manuscritas, también ilegibles.

Los antedichos documentos fueron aparejados por presentación de fojas 287, bajo el título “Ficha de Entrevista”.

Luego, a fojas 321, 322, 323 y 323, constan los documentos extendidos por el mismo hospital demandado, en que se requirió a los cuatro donantes asistir para la toma de muestras de sangre, mas solo dos de ellos asistieron, los que arrojaron resultados no reactivos para el virus de Hepatitis B.

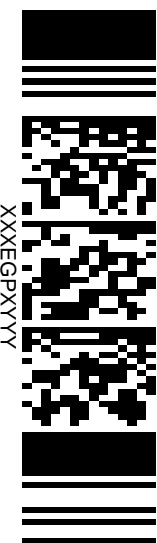
**Trigésimo Primero:** Que también se ha hecho mención de que se habría recibido sangre del Hospital del Trabajador, la que arrojó negativo en su control inicial y posteriormente los donantes fueron contactados sin que se encontrara en ellos presencia del virus. Dado que no existe acción esgrimida en contra del referido prestador, no resulta necesario ahondar más sobre aquello.

**Trigésimo Segundo:** Que, la carga de la prueba respecto del cumplimiento de los protocolos médicos, en cuanto a la entrevista a los donantes y a los chequeos de las unidades de sangre, correspondía al demandado, desde que asegura haber dado cumplimiento a su obligación, más aun si el deber de cumplimiento deriva de una norma de orden público como la que ya se ha señalado precedentemente.

Sin embargo, las probanzas allegadas en tal sentido, las denominadas “hojas de entrevista”, los certificados de haber ubicado a dos de los cuatro donantes -que resultaron negativos- y la falta de una mayor acreditación fehaciente de haber cumplido a cabalidad con el mandato legal que pesaba a su respecto y los asertos respecto del resultado negativo para el virus de la Hepatitis B en los cuatro donantes, solo ha adquirido un grado del cincuenta por ciento de certeza con la contramuestra y en lo relativo al momento inicial, las hojas de entrevistas, ningún antecedente claro aportan y las declaraciones de testigos, salvo decir que las muestras eran negativas, no permiten adquirir la convicción en tal sentido.

Revisados los antecedentes probatorios incorporados por el hospital del Salvador, listados con los numerales 1 al 4, en la letra A) del motivo Undécimo de la Sentencia que se revisa, es posible colegir lo siguiente:

El documento aparejado bajo el numeral 1, de la presentación de 14 de noviembre de 2013, denominado “Planilla de Carga Serológica donantes de glóbulos rojos enviados al Hospital Luis Calvo Mackenna” para el periodo que media entre el 1 de abril de 2008 y el 31 de mayo del mismo año, es un listado que contiene el número de toma, número de donante, fecha de muestra, el RUT, la fecha de nacimiento y luego una serie de indicadores abreviados que sin una



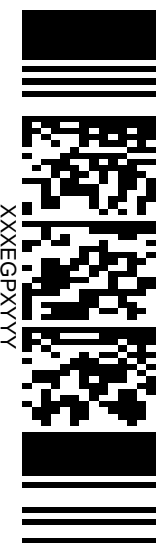
pericia o un experto que señale su significado resulta imposible de interpretar para estos sentenciadores, motivo por el cual ningún antecedente fáctico es posible concluir a partir de ellos.

El documento aparejado bajo el numeral 2 de la misma presentación anterior, cuyo título es “Glóbulos al Hosp. Calvo Mackenna”, y que se acompaña con la denominación “listado de trazabilidad”, merece la misma observación que el documento anterior y que, a simple vista, contiene datos que sin una opinión experta de su contenido, resultan imposibles de comprender, interpretar, ni menos extraer algún antecedente fáctico de utilidad para estos antecedentes.

Los documentos relativos a las tomas de muestras de los cuatro donantes aparecen, en primer lugar, todos impresos el día 29 de julio de 2010, sin que exista un dato informático impreso respecto de la fecha de la respectiva toma, sino que ella aparece manuscrita. Respecto de todos ellos, aparece que la primera toma -en la fecha que aparece manuscrita- arrojó resultado no reactivo a los estudios serológicos y de ellos, solo dos donantes, efectuaron el chequeo posterior, resultando también negativos y dos no lo hicieron.

**Trigésimo Tercero:** Que, de los antecedentes probatorios allegados por la demandada, estos sentenciadores no adquieren la convicción suficiente que se hayan seguido todos los procedimientos ordenados por la autoridad para el proceso de donación de sangre, carga que pesaba en la demandada, ni menos que la totalidad de las muestras haya sido remitida exenta de la presencia de virus, principalmente por la poca claridad de los antecedentes aportados en áreas que son de la máxima sensibilidad.

**Trigésimo Cuarto:** Que, el estatuto de responsabilidad que se ha invocado es el de responsabilidad del Estado por falta de servicio y sobre ésta, debe señalarse que es una responsabilidad que ocurre por el hecho de la mala, deficiente o incompleta prestación del servicio a que por ley está llamado a cumplir el respectivo ente público, se trata de una atribución de responsabilidad especial, como ya largamente se ha asentado por la doctrina y por la jurisprudencia, siendo responsable de aquélla el órgano respectivo y no el agente individualmente considerado. En la especie, los antecedentes fácticos acreditados permiten arribar a la convicción que el demandado Hospital El Salvador incumplió con el deber de seguridad que le es exigido en el procedimiento de toma de sangre de donantes, lo que ha llevado a esta Corte a adquirir también la convicción que una o más de las unidades transfundidas, eran portadoras del referido virus, el que fue transmitido por esa vía a la menor Agatha, hija de los demandantes de autos.



**Trigésimo Quinto:** Que, en base al estatuto de responsabilidad invocada, se revocará la sentencia recurrida y se hará lugar a la demanda respecto del demandado Hospital del Trabajador.

**Trigésimo Sexto:** Que la parte demandante solicita la reparación del daño moral en la suma total de \$300.000.000, que desglosa en \$200.000.000 para Agatha y \$50.000.000 para cada uno de los padres.

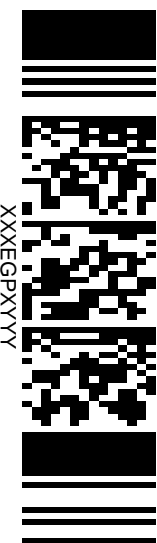
**Trigésimo Séptimo:** Que, el daño moral, es una afectación profunda que va más allá de la rabia, enojo o insatisfacción y que afecta la esencia misma de la persona en su dimensión psicológica, con efectos que pueden incluso perdurar largamente en el tiempo y que requieren de asistencia profesional para su recuperación y que, como todo perjuicio, ha de acreditarse, tanto en su existencia, como su extensión, es decir, no es posible presumirlo.

**Trigésimo Octavo:** Que, si bien no existe un factor único para establecer el alcance monetario del monto o cuantía de la reparación, ésta no ha de significar un lucro o ganancia para quien lo ha sufrido, sino que una mera compensación para un perjuicio que eventualmente pudiera ser no reparable en dinero. De ahí que cualquier suma que pretenda la actora a dicho respecto, no es más que un indicador o una sugerencia al sentenciador del ámbito de la pretensión, pero de manera alguna puede vincularlo, desde que finalmente la suma que por este concepto se otorgue, queda sometida a la ponderación y evaluación prudencial del tribunal.

**Trigésimo Noveno:** Que, en cuanto a la niña Agatha, resulta indubitado que producto de la transfusión adquirió una enfermedad muy compleja y cuya permanencia en el tiempo no es cierta y que requiere de cuidados importantes, más aún si el virus ya se manifestó una vez. Se acreditó que producto de aquello la menor tuvo que abandonar sus estudios en primero medio y que, tal como declararon las testigos de la actora, padecía grandes penas y por ello era necesaria la ayuda espiritual permanente. En cuanto a los padres, también se acreditó que producto de la enfermedad de la menor, tuvieron que trasladarse a Santiago y que su situación económica fue empeorando, unido al el ver cómo su hija -de por sí ya de salud compleja- enfermaba aún más.

**Cuadragésimo:** Que, los hechos antes acreditados permiten tener por establecido el daño moral tanto de la niña, como también el de sus padres, haciendo la misma salvedad que los demandantes plantean, el de la menor es un daño de mayor relevancia que el de sus progenitores.

**Cuadragésimo Primero:** Que, en cuanto al monto pretendido, ninguna probanza se allegó como para justificar la cantidad demandada, pero como ya se ha señalado, aquélla es meramente ilustrativa y no vinculante para el tribunal en



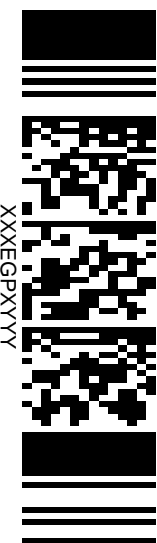
materia de daño moral. Por ello, se apreciará prudencialmente el valor del referido daño en la suma de \$35.000.000 para la niña Agatha Cristina Ramirez Lufi y en \$10.000.000 para cada uno de sus padres, siendo el daño moral total concedido la suma de \$55.000.000 con que el demandado Hospital del Salvador deberá indemnizar a los demandantes.

**Cuadragésimo Segundo:** Que, en cuanto a los intereses y reajustes que se han pretendido en la demanda, baste decir que el daño moral se ha determinado en esta sentencia, por tanto, el reajuste solo podrá tener lugar desde la fecha de esta sentencia y se deberán los intereses que se devenguen desde la mora del deudor y hasta el momento del pago efectivo de las sumas señaladas.

**Cuadragésimo Tercero:** Que, por haber tenido motivo plausible para litigar no se condenará en costas al demandado vencido.

Por esas consideraciones y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y a lo consignado o en los artículos 186 y siguientes del referido código, **se decide:**

- (i) Que **se rechaza** el recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la sentencia definitiva de trece de julio de dos mil diecisiete, escrita a fojas 1171 y siguientes de estos antecedentes.
- (ii) Que **se revoca** la sentencia definitiva apelada, solo en cuanto por ella se hace lugar a las tachas que indica, a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Servicio Metropolitano de Salud Oriente y en la parte que rechaza la demanda en contra del Hospital del Salvador y, en su lugar, se declara:
  - a. Que **se rechazan** las tachas deducidas en contra de las testigos de la actora, Marjorie Alfaro Miranda, Ivonne Paola Olivares Vera y Ema del Carmen Cuello Glaves.
  - b. Que **se rechaza** la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Servicio de Salud Metropolitano Oriente, y por no existir pronunciamiento de fondo a su respecto, **se rechaza** la demanda de fojas 1, ampliada en su contra a fojas 81.
  - c. Que **se acoge** la demanda de fojas 1 en contra del Hospital del Salvador y se la condena al pago del daño moral en las cantidades siguientes:
    - i. \$35.000.000 para Agatha Cristina Ramírez Lufi.
    - ii. \$10.000.000 para Patricio Cristián Ramírez Sommermeyer.
    - iii. \$10.000.000 para Mabel Cecilia Lufi Orellana.
  - d. Que las sumas ordenadas pagar generarán intereses y reajustes en los términos que refiere el motivo Cuadragésimo Segundo.



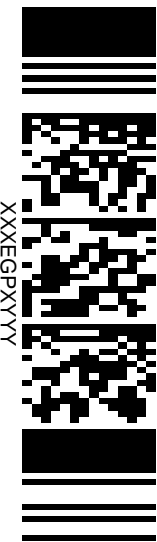
e. Que no se condena en costas al demandado vencido.

f. Que, en lo demás, **se confirma** la sentencia impugnada.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante José Luis López R., quien no firma por ausencia.

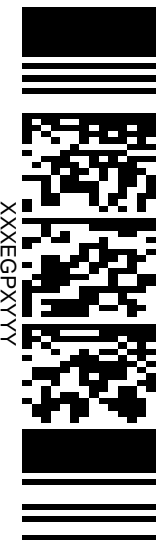
**Civil N°4741-2018**





Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Guillermo E. De La Barra D., Elsa Barrientos G. Santiago, dos de septiembre de dos mil veinte.

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



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 05 de abril de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica 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>