

C.A. de Santiago

Santiago, veintisiete de marzo de dos mil veinte.

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia apelada, con excepción del considerando décimo séptimo y de los considerandos vigésimo a vigésimo octavo, que se suprimen.

**Y teniendo en su lugar y, además, presente:**

1º) Que, por sentencia de veinte de abril de dos mil dieciocho, dictada por el 19º Juzgado Civil de Santiago, en lo pertinente a los recursos de apelación interpuestos, se rechazó en todas sus partes la tacha de fojas 189, sin costas, atendida la plausibilidad de sus argumentaciones y, en cuanto al fondo, se acogió la demanda en lo principal de fojas 14, condenándose solidariamente a las demandadas a pagar a la demandante la suma de \$ 35.000.000.- por concepto de daño moral, más los reajustes e intereses señalados en el considerando vigésimo sexto y no habiendo sido totalmente vencidas las demandadas, cada parte pagará sus costas.

2º) Que el demandado Gregorio Verschae Tannenbaum dedujo apelación en contra de la sentencia definitiva antes referida, solicitando enmendar la resolución con arreglo a derecho, declarando, en definitiva, el rechazo de la demanda en su contra, en todas sus partes, con costas.

A su vez, la demandada Asociación Chilena de Seguridad (en adelante ACHS) también interpuso apelación, solicitando enmendar la resolución con arreglo a derecho, declarando, en definitiva, el rechazo de la demanda en su contra, en todas sus partes, con costas.

3º) Que en esta instancia, la demandante y recurrida acompañó, con citación, certificado de discapacidad de la actora Johanna Elena Guerra Parraguez, en el cual consta que con fecha 20 de julio de 2018 la Oficina COMPIN Poniente, por dictamen 2.079 determinó discapacidad severa de un 52,50 %, de causa principal física y secundaria mental psíquica, siendo reevaluada el 13 de septiembre de 2009 por ese mismo organismo, mediante dictamen 3.648, manteniéndose el mismo porcentaje de discapacidad y las mismas causas. Dicho documento no fue objetado.

Por su parte, la recurrente ACHS, acompañó con citación, dos formularios de consentimiento informado para artroscopia de otras



articulaciones (codo, muñeca, cadera, tobillo, etc.) del Hospital Naval Almirante Nef y del Hospital Clínico de Viña del Mar. Dichos documentos tampoco fueron objetados.

**4°)** Que sendas apelaciones -cuyos contenidos y pretensiones son idénticos- se fundan, en síntesis, en las siguientes alegaciones: **a)** Que la tacha de la testigo Margarita Rieloff Morales, presentada por la actora, debió ser acogida, al haber reconocido expresamente la deponente que era muy amiga y confidente de la demandante; **b)** Que debió acogerse la excepción de prescripción, porque el accidente que sufrió la actora ocurrió el día 29 de enero de 2011 y no se cuenta desde que el doctor Luis Montaner informó a la actora que existía una limitación para la dorsiflexión del tobillo, lo que ocurrió el 7 de febrero de 2012; **c)** Que la actora fue informada de los posibles riesgos que implica la artroscopía, entre ellos la lesión de las estructuras adyacentes a la intervención y lesiones neurológicas, deber de informar que fue cumplido en la especie, unido a que del oficio N° 12183 de la Superintendencia de Seguridad Social se desprende que las prestaciones otorgadas por ACHS a la actora fueron adecuadas, oportunas y suficientes; **d)** Que no se ha acreditado la concurrencia de la culpa extracontractual; **e)** Que debe haber un patrón de conducta, en la culpa extracontractual, que haga posible generar la responsabilidad, lo que en este caso no concurre, ya que la lesión al nervio sural fue un caso fortuito documentado, conocido y consentido por la demandante; **f)** La sentencia no establece la relación de causalidad entre el hecho imputado y las demandadas y el daño; **g)** No hay fundamento para los montos fijados en la sentencia, y **h)** la testimonial del Dr. Hernán Lechuga Frías debió ser incorporada como un informe pericial, y no se sujetó a las reglas del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil y el declarante no tiene competencia como traumatólogo.

En conclusión, en concepto de ambos recurrentes, la acción se encuentra irremediablemente prescrita; no existe fundamento técnico para la dictación de la sentencia; no existe una falta a la lex artis médica por parte de las demandadas y lo ocurrido a la demandante es un hecho fortuito conocido, informado y consentido; no existe acreditación de los daños y su fundamentación es imprecisa, fundada en la declaración de una testigo con una causal de inhabilidad evidente; la actora no fue capaz de acreditar los



fundamentos de la responsabilidad extracontractual y la sentencia establece una suerte de responsabilidad objetiva, que no solo va contra el derecho, sino también contra la pruebas allegada al juicio.

5°) Que, en lo atinente a la tacha formulada contra la testigo presentada por la demandante, lo cierto es que los argumentos de las recurrentes no logran revertir lo razonado y decidido en la sentencia impugnada, desde que los meros dichos de la deponente no son suficientes para entender que exista una íntima amistad con la actora, máxime si el artículo 358 N° 7 del Código de Procedimiento Civil exige que esta inhabilidad debe constar de hechos graves, razón por lo que no bastan esas aseveraciones para dar por establecida esa circunstancia, sobre todo si al ser interrogada sobre quién quiere que gane este juicio, manifestó a foja 194 “*que hagan su trabajo y que se haga justicia*”, lo que demuestra que la testigo goza de imparcialidad al declarar.

6°) Que no siendo discutido que la fuente de la obligación cuyo incumplimiento reclama la demandante se origina en el contrato de prestación de servicios médicos entre la actora Johanna Elena Guerra Parraguez y el Hospital del Trabajador, cuyo propietario es la demandada Asociación Chilena de Seguridad, en que el demandado Gregorio Ignacio Verschae Tannenbaum fue el encargado de ejecutar el acto que dio origen a esta demanda indemnizatoria, verificado mediante la intervención quirúrgica de artroscopía, efectuada el día 25 de julio del año 2011, forzoso resulta concluir que no puede tener cabida en la especie el estatuto de responsabilidad extracontractual, que es el fundamento de la demanda principal deducida en este juicio, que fuera acogida en primera instancia.

En efecto, al comprobarse la existencia de un contrato, como ha ocurrido en este caso, circunstancia que en momento alguno han rebatido los demandados, lo que corresponde dilucidar es si concurren -en la especie- los requisitos de la responsabilidad contractual, debiendo desestimarse por esta Corte aquellas consideraciones del fallo que apuntan a la procedencia de los elementos de la responsabilidad extracontractual, por no ser procedentes.

Para lo anterior, cabe consignar que entre ambos estatutos, en lo que se refiere a responsabilidad civil médica, la regla general en el ámbito privado es el régimen contractual respecto al paciente, el que emana de un contrato



con la institución que presta los servicios de hospitalización y asistencia sanitaria, así como con el médico que efectúa el acto negligente, que ha causado el daño cuya indemnización se reclama.

La tesis de la opción que tiene el paciente para reclamar en una u otra vía el daño sufrido es ahora minoritaria, ya que la preferencia de preferir la extracontractual descansaba -entre otros argumentos- en la errada concepción que solo por ese estatuto podía reclamarse el daño moral, postura que ha sido abandonada, al aceptarse en la actualidad mayoritariamente por la jurisprudencia, desde la década de 1990, que el daño moral también puede ser reclamado en sede contractual. Así lo sostiene, entre otros, el profesor Carlos Pizarro Wilson, en su obra “La responsabilidad civil médica”, Thomsom Reuters, Legal Publishing 2017, pág. 12-14.

**7°)** En consecuencia, la sentencia debe ser revocada en aquella parte que acogió la demanda, en cuanto a la responsabilidad extracontractual que se atribuye a los demandados Gregorio Verschae y ACHS en el acto negligente, por no ser ese el estatuto de responsabilidad civil aplicable en la especie.

**8°)** Dilucidado lo anterior, no habiéndose pronunciado la juez del grado respecto de la acción subsidiaria interpuesta por la demandante, esto es, la que se origina en el estatuto de responsabilidad contractual, por ser incompatible con la anterior, corresponde que esta Corte, en uso de la facultad establecida en el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, razone y se pronuncie sobre esa acción, acogiéndola o denegándola.

**9°)** En lo que se refiere a la excepción de prescripción, teniendo presente que la acción en sede contractual prescribe en cinco años, contado dicho lapso desde que la obligación se hizo exigible, esto es, desde la intervención quirúrgica que produjo la dolencia de la actora, verificada el 25 de julio de 2011, al haberse notificado la demanda a ambos demandados con fecha 24 de julio de 2015, como consta a foja 35, solo cabe concluir que la acción se interpuso dentro de plazo, por lo que la excepción de prescripción debe ser rechazada.

**10°)** Que en lo relativo al hecho de haber sido informada la actora de los posibles riesgos asociados a la intervención quirúrgica de la artroscopía,



cabe consignar que, tanto en primera instancia como ante esta Corte, no se acompañó comprobante alguno del consentimiento informado.

Sin embargo, es dable colegir su existencia con otros antecedentes, entre estos el informe pericial privado, elaborado por el Dr. Hernán Lechuga Farías, en el cual identifica, con el N° 11 de los antecedentes documentales que tuvo a la vista, el consentimiento informado firmado por la demandante; además, consta el dicho de la testigo del demandado Gregorio Verschae, doña Jessica Paola Castillo Cuadros, a foja 234, que -ante la pregunta si la actora estaba debidamente informada de este riesgo- refiere “Si, porque existen los documentos de respaldo que ella firmó”, y también la aseveración de la Superintendencia de Seguridad Social, respondiendo a una solicitud de la demandante, en el Ord. 12183, agregado a foja 205, en lo medular, indica que “...la lesión que presentó usted es una complicación de carácter fortuito, inherente a la cirugía practicada, y que le fue oportunamente informada mediante consentimiento informado”.

**11°)** Que, en cuanto al contenido de ese consentimiento informado y su alcance en la presente causa, esa circunstancia no tiene el mérito de eximir de una eventual impericia o negligencia al profesional que practicó la intervención quirúrgica, lo que se analizará más adelante. En efecto, tal como se desprende de las probables complicaciones que trae aparejada la artroscopia, referidas por el Dr. Lechuga, en la nota explicativa que rola a foja 12, se contempla la “lesión de las estructuras adyacentes a la intervención” y las “lesiones neurológicas”, entre las cuales puede asimilarse la sección del nervio sural.

No obstante, esas consecuencias no le fueron informadas a la demandante después de la intervención quirúrgica del 25 de julio de 2011, pese a que ya con fecha 20 de enero de 2012, en la ecotomografía practicada por el Dr. Andrés Lukoviek Bontes, ya se informaba la sección del nervio sural con neuromas terminales.

Más aún, en el informe evacuado por el demandado, Dr. Gregorio Verschae, con fecha 2 de marzo de 2012, ese facultativo omite consignar una referencia a dicha lesión, atribuyendo la complicación a un “neuroma del nervio sural con tendón indemne”, lo que no se condice con lo que había arrojado la resonancia magnética antes aludida, en que claramente se



identifica una sección o corte del nervio sural. Es decir, el demandado Gregorio Verschae, al 2 de marzo de 2012 estaba en conocimiento de la verdadera razón del padecimiento de la demandante y no lo dijo; prefirió callar, pues aquello implicaba admitir su impericia y eventual negligencia, lo que se desarrollará en detalle más adelante.

En conclusión, si bien formalmente la actora fue informada de los eventuales riesgos que implicaba la intervención quirúrgica a que iba a someterse, la conducta posterior del demandado, Dr. Gregorio Verschae Tannembaum, como la del establecimiento asistencial no fue veraz ni oportuna, pues ambas evitaron referir la verdadera causa de la dolencia de la paciente hasta que ella, mediante la comprobación de otras opiniones médicas pudo saber el real origen de su dolor y cojera permanente.

Por otra parte, desde una perspectiva normativa, no puede sostenerse que la mera comunicación de los eventuales riesgos que conlleva una intervención quirúrgica libere anticipadamente de responsabilidad al facultativo que va a practicarla, máxime si siempre es necesario evaluar si el comportamiento desplegado por ese facultativo se adecuó o no a la *lex artis*, con el objeto de establecer si adoptó la debida diligencia y cuidado en la ejecución del contrato médico. Por otra parte, sabido es que la condonación del dolo futuro no vale y que toda estipulación en ese sentido es nula.

Tampoco tiene asidero, en este sentido, la opinión de la SUSESO, aludida más arriba, ya que ese organismo no hace más que transmitir lo que informó la mutual demandada, sin que conste si tomó debido conocimiento de la omisión del Dr. Verschae respecto de la sección del nervio sural, lo que es medular para darle sentido al consentimiento informado.

En consecuencia, debe desestimarse la alegación de los recurrentes en cuanto a que el hecho que la demandante haya sido informada debidamente de las complicaciones y riesgos aparejados a la artroscopia practicada el 25 de julio de 2011, prestando su consentimiento, les releva a ambos de toda responsabilidad.

**12°)** Que, la alegación posterior de los recurrentes consiste en la ausencia de la culpa extracontractual. Pues bien, atendido lo ya expresado en los motivos **6°)** y **7°)** precedentes, lo que corresponde analizar es si hubo o no incumplimiento de la obligación de parte de los demandados en el vínculo



contractual a que se ha hecho mención ut supra, pues el incumplimiento se presume culpable. Útil es recordar en esta materia, conforme al artículo 1547 inciso 3° del Código Civil, que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y la del caso fortuito a quien lo alega; es decir, en ambos tópicos esa prueba corresponde a los demandados.

**13°)** A este respecto, la demandada ACHS rindió la prueba que reseña el considerando decimo quinto de la sentencia recurrida. En lo que se refiere a la respuesta que rola a foja 203, fechada el 12 de junio de 2012, y que emana de esa parte, como puede observarse, al referirse a las prestaciones médicas oportunas y adecuadas que se hicieron, indica que estas fueron en relación a la contusión aquiliana izquierda, a la tendinosis aquiliana y al “neuroma sural”.

Sin embargo, como bien lo explica el Dr. Hernán Lechuga, en el documento agregado a foja 9 y siguientes, ratificado en su declaración de foja 188 y siguiente, en su segunda conclusión, esta respuesta del ACHS, como otros antecedentes que emanan de esa parte, y los elaborados por el Dr. Verschae, eluden referirse como diagnóstico del objeto de los tratamientos a la sección del nervio sural, calificando -en términos generales- sólo como “neuroma” dicho evento, lo que es una complicación de la sección, es decir su consecuencia, pero no la causa. El neuroma, como lo indica el mismo profesional, es el aumento de volumen del nervio, es decir la manifestación externa del trauma, pero no es suficiente ese término para explicar la causa de este. Por lo tanto, esa respuesta a la SUSESO -que por lo demás emana de parte interesada- es incompleta, no se ajusta a la verdad de los hechos y menos aún, no sirve para probar la diligencia o cuidado que debió emplear el médico cuestionado.

En lo que se refiere al oficio ordinario de la Superintendencia, antes aludido, si los antecedentes proporcionados por ACHS no fueron certeros ni verídicos, obviamente su dictamen también es equívoco, ya que se basa en la información que le proporcionó la ACHS, por lo que tampoco ese documento es idóneo para demostrar que esa institución y el médico demandado adoptaron los debidos resguardos en la atención de la paciente y que emplearon la debida diligencia y cuidado.



**14°)** En tercer lugar, ACHS acompaña la ficha médica de la paciente, en la cual el protocolo operatorio, en síntesis, da cuenta que el día 25 de julio de 2011, a las 08:15 horas se efectuó la intervención quirúrgica a la demandante, interviniendo como cirujano el Dr. Gregorio Verschae Tannenbaum, como primer ayudante Lucinda Benavente Espinoza y como arsenalera Nancy Cifuentes Fuentes, que se utilizó anestesia raquídea, y que la intervención consistió en reconocer el tendón de Aquiles, el que se encuentra con mínimas adherencias en su tercio medio, se libera en forma amplia, dado que el tendón se encuentra sano, sin nódulos y signos de degeneración y se sutura la piel, más bota ortopédica. En los días siguientes a la cirugía, la paciente sigue con dolor en el tobillo, el que continúa en los controles de 4 de agosto, 26 de agosto, 9 de septiembre de 2011; 10 de enero, 17 de enero de 2012, fecha esta última que es atendida por el terapeuta ocupacional Luis Tapia.

Con fecha 20 de enero de 2012, se agrega informe de la ecotomografía en el tobillo izquierdo, informada por el Dr. Andrés Lukoviek Bontes, en que advierte la sección del nervio sural con separación de extremos de 2,7 cm. los que se encuentran moderadamente engrosados, de aspecto nodular y con disminución de la ecogenicidad. La impresión diagnóstica es peritonitis aquiliana con elementos cicatriciales y sección del nervio sural con neuromas terminales.

Posteriormente, el día 24 de enero de 2012, el Dr. Gregorio Verschae examina a la paciente y señala que presenta aumento de volumen de menor cuantía, aun con molestias. La Eco confirma “neuroma del sural”, con tendón indemne. Se le explica a paciente situación actual, que sobre reacciona no logrando entender a pesar de múltiples explicaciones la situación y lo que viene en el futuro, y que no se recuperará sensibilidad de la cara lateral del pie por la lesión del sural. Paciente sale llorando del box, refiriendo que va a solicitar informe médico.

Después de esta última atención, la demandante pide ser atendida por otro médico y la comienza a ver el Dr. Luis Guzmán Montaner.

**15°)** Que la ficha clínica tampoco sirve para demostrar que el demandado Gregorio Verschae haya empleado la debida diligencia y cuidado en la intervención quirúrgica que da origen al motivo de esta demanda. En





efecto, además de no reconocer en momento alguno, antes del 24 de enero de 2012, que el dolor podía deberse a la sección del nervio sural, ese día le resta nuevamente importancia a esa situación, ya constatada en la ecotomografía, y trata de convencer a la paciente que no podrá caminar como antes y que perderá sensibilidad en parte de tobillo, lo que no le había indicado antes. Más aún, en la ficha clínica no hay constancia que él haya ordenado la ecotomografía, pese a que la atendió varias veces después de haberla operado, indicándole en todas esas veces la paciente que sentía dolor en la zona del tobillo.

Por otra parte, en el protocolo de la intervención no se deja constancia de la sección del nervio sural y tampoco se le sugiere en las posteriores oportunidades que hay controles de esa posibilidad.

En consecuencia, la ficha clínica no hace más que corroborar la falta de preocupación del facultativo demandado, en el post operatorio de la intervención quirúrgica del 25 de julio de 2011, y permite verificar que -posteriormente- intentó eludir su responsabilidad en los hechos, evitando emplear el término certero de esa patología, como era la de sección del nervio sural, sobre todo después de tener conocimiento de la ecotomografía del 20 de enero de 2012 que no dejaba dudas sobre esa circunstancia.

**16°)** Que la demandada también provocó la confesional de la demandante, que rola a foja 262, prueba que no aporta mayor relevancia al litigio, dado que la absolvente negó haber sido instruida acerca del consentimiento informado para ser operada y de los riesgos que esto implicaba; negando además que en la citada intervención haya tenido lesiones significativas al tendón de Aquiles. Esa prueba en nada desvirtúa que se haya empleado por los demandados la debida diligencia o cuidado en las prestaciones de salud referidas en el libelo.

**17°)** En cuanto al demandado Gregorio Verschae, presentó prueba testimonial, mediante la declaración de Jessica Paola Castillo Cuadros, médico fisiatra, quien atendió a la demandante, la que tenía una contusión en el tobillo izquierdo que evolucionó con un dolor crónico; se le efectuó una artroscopia del tobillo, que tuvo una lesión en el nervio sural; ese riesgo es inherente a la intervención quirúrgica y se les advierte a los pacientes previo a la cirugía, al igual que otros riesgos, haciéndoles firmar una vez informada



la paciente, un consentimiento donde se detallan estos riesgos; la demandante estaba debidamente informada de ese riesgo porque existen los documentos de respaldo que ella firmó.

Además, declaró Luis Fernando Tapia Zamora, terapeuta ocupacional, quien refirió aspectos de rehabilitación, pero desconoce lo relativo a la cirugía, porque no es médico, destacando, en todo caso, que es el primer caso de estos que ve en sus treinta años de ejercicio en la ACHS.

Si bien la testigo Jessica Castillo asevera que la actora estaba debidamente informada de los riesgos asociados a la artroscopia del tobillo, como ya se ha venido razonando, lo cierto es que ella no formó parte del equipo médico que participó en la mentada operación del 25 de julio de 2011 y tampoco sabe si el demandado Gregorio Verschae en algún momento le indicó a su paciente las consecuencias que había tenido esa operación, en lo relativo a la sección del nervio sural, incluso después de haberla atendido el 24 de enero de 2012, de modo tal que lo referido por la Dra. Castillo, quien vio a la actora solo a partir del mes de marzo de 2012 (según la ficha clínica) es claro que se enteró con posterioridad a cómo ocurrieron los hechos, por lo que su testimonio no es apto para desvirtuar la falta de diligencia o cuidado empleada en esa intervención quirúrgica por el referido demandado.

En cuanto al otro deponente, solo se refiere al tratamiento para la rehabilitación de la paciente, pero desconoce los antecedentes referidos a la intervención quirúrgica, por lo que nada puede aportar en ese sentido.

De lo anterior se puede inferir que la prueba testimonial del demandado Gregorio Verschae no es suficiente para desvirtuar la falta de diligencia y cuidado que se le atribuye en la aludida cirugía del 25 de julio de 2011.

**18°)** Que, a lo anterior, cabe agregar que los documentos presentados por la demandada Asociación Chilena de Seguridad, en esta instancia, en nada modifican lo que se ha venido razonando, pues se trata de formularios elaborados por terceros, que no han sido ratificados por sus otorgantes y de los cuales no consta su autenticidad.

**19°)** Que, en cuanto a la prueba rendida por la demandante, conviene destacar en primer lugar el informe pericial privado, elaborado por el Dr. Hernán Lechuga Farías, que fuera ratificado por éste, en la testimonial de foja 188 y siguientes, quien en síntesis reitera que en este caso hubo negligencia



médica que se constituye con el retardo diagnóstico de un accidente quirúrgico, cual fue la sección del nervio sural y, además, por la falta de terapia específica de esta lesión. Hay impericia médica porque la artroscopía es una intervención quirúrgica libre de complicaciones que se describe en el 0,2 % de los casos, siendo el nervio sural una estructura visible a simple vista. La artroscopía es una técnica que permite ver y amplificar el campo quirúrgico, por lo que la impericia se puede presumir. Pese a que fue la imagenología la que constató la sección del nervio sural, los diagnósticos posteriores minimizaron el daño nervioso, calificándolo como una neuropaxia, que es el menor grado de lesión, con recuperación habitual de la estructura del nervio, pero esta sección era compleja, porque tenía neuromas en cada uno de los extremos. Todo lo anterior le consta por haber estudiado el expediente clínico del caso. Tuvo a la vista el consentimiento informado que firmó la demandante, el cual debe ser atinente al procedimiento en particular y además debe ser acotado a las posibles complicaciones, pero el que vio es un resumen de todas las complicaciones posibles en cualquier intervención quirúrgica, agregando términos como “etc.” y “otras” que implican ampliar aun más el espectro de las complicaciones quirúrgicas.

En el informe agregado a foja 9 y siguientes, el Dr. Lechuga concluyó que la sintomatología dolorosa y de alteración de la sensibilidad de la extremidad inferior izquierda es secundaria a la sección quirúrgica accidental del nervio sural ipsilateral; que el diagnóstico ecotomográfico de sección del nervio sural no es recogido en los diagnósticos posteriores, que se refieren únicamente al neuroma, que es una complicación de la sección; el grado de invalidez (17,5 %) calculado del diagnóstico de una neuropraxia del sural debe ser recalificado con el diagnóstico correcto; el consentimiento informado que firma la paciente incluye numerosas complicaciones no esperables en un procedimiento artroscópico, que se caracteriza por presentar un riesgo mínimo de complicaciones y dada la escasísima frecuencia de complicaciones descritas en la técnica (0,2 %) la sección quirúrgica accidental del nervio sural debe atribuirse a una impericia técnica, es decir, una conducta constitutiva de negligencia médica.

**20°)** Que, además, de lo anterior, la demandante acompañó antecedentes sobre la mediación fracasada; Informe médico del demandado



Gregorio Verschae, fechado el 2 de marzo de 2012, que en lo medular señala que en la intervención quirúrgica del 25 de julio de 2011 se observan mínimas adherencias a nivel tercio medio del tendón, las cuales fueron liberadas; que luego de la operación “la paciente evoluciona en buenas condiciones”; que tiene tratamiento específico para su lesión, evoluciona con hipoestesia en el territorio del nervio sural, realizándose estudio mediante resonancia magnética y ecografía que muestra “neuroma del nervio sural con tendón indemne.”

Unido a lo anterior, en esta instancia, la actora presentó un certificado sobre su actual estado de discapacidad, que ahora alcanza al 57,50 %, la que es severa y física, sin referencia a la causa que lo motiva. Dicho antecedente es relevante tenerlo en cuenta porque importa un aumento del nivel de incapacidad que se había determinado con antelación.

**21°)** Que, de la prueba rendida por las partes, esta Corte concluye que los demandados no han logrado acreditar el empleo de la debida diligencia o cuidado en el cumplimiento de la obligación que emanaba del contrato de prestación médica celebrado con la actora. En efecto, en relación con el demandado Gregorio Verschae, la escasa prueba que presentó para evadir su responsabilidad en la impericia médica que significó la sección del nervio sural en la intervención quirúrgica practicada a la demandante no logra revertir que ese facultativo haya incumplido el contrato en comento, en dos momentos. Primero, porque no pudo demostrar que la sección del nervio sural se haya debido a un caso fortuito o que sea un riesgo esperado, ya que ese planteamiento queda desvirtuado con el informe y posterior declaración del Dr. Hernán Lechuga. Por otra parte, ningún antecedente pericial o médico adjunto el demandado para contrarrestar las aseveraciones del Dr. Lechuga. En segundo término, su comportamiento posterior a la intervención demuestra que él quiere omitir la verdadera razón de las molestias de su paciente en el tobillo, minimiza los efectos, trata de convencer a la actora que esto pasará y cuando es descubierto con la ecotomografía, en vez de admitir su error, lo disimula, cambiando el diagnóstico a una complicación del nervio, pero sin admitir que había sido cortado. Por lo tanto, el incumplimiento contractual de este demandado es patente.



En lo atinente a la crítica que formulan las demandadas respecto de haber considerado como perito a una persona que no se sometió a ese procedimiento, solo cabe señalar que el Dr. Hernán Lechuga declaró en calidad de testigo experto, por lo que al ratificar el informe pericial privado que acompañó la actora, se limitó a reconocerlo porque él lo había elaborado, manteniendo su contenido y conclusiones.

**22°)** Que, en lo que se refiere a la Asociación Chilena de Seguridad, la prueba rendida tampoco logra desvirtuar el incumplimiento contractual que le cabe a esta institución, en lo que se refiere a tener debidamente informada a la paciente de su estado. Pese a que esta demandada intenta asilarse en el consentimiento informado, no acompañó copia del ejemplar que da cuenta de aquello y tampoco lo hizo en esta instancia, prefiriendo adjuntar formularios de terceros que no vienen al caso. La prueba rendida tampoco permite eludir su falta de diligencia y cuidado en la información que le correspondía entregar a la demandante sobre la verdadera causa de sus dolencias, de lo cual no puede menos que haber tomado conocimiento, porque la ecotomografía de enero de 2012 se practicó en sus dependencias y porque la Dra. Jessica Castillo, funcionaria de esa repartición da a entender que ya en marzo de 2012, cuando vio a la paciente, ya estaba en conocimiento de la sección del nervio, aspecto que en posteriores informes del Hospital del Trabajador (como los agregados a fojas 7 y 8, más la respuesta a la Superintendencia de Seguridad Social, a foja 203) nunca reconocen el correcto diagnóstico del padecimiento de la actora. Por ende, esta falta de una información veraz y oportuna, demuestra el incumplimiento de la institución en la prestación del servicio respecto de la demandante, al cual se obligó mediante el contrato de atención de prestaciones médicas, faltando de esa forma al deber de cuidado respecto de la paciente.

**23°)** Que, a mayor abundamiento, como lo ha indicado la jurisprudencia, (Responsabilidad Médica, Tomo II, Legal Publishing, 2012, pág. 7 y ss.), la obligación de entregar la información comprende que esta sea completa, continuada, verbal y escrita, en términos comprensibles tanto antes de la intervención como después de esta. En efecto, esa obligación comprende: a) informar al paciente o a sus familiares el diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, el pronóstico que dé su tratamiento, los



riesgos que del mismo y si el lugar en que se aplica el tratamiento es insuficiente, debe constar tal circunstancia; b) continuar el tratamiento hasta que el enfermo pueda ser dado de alta, advirtiendo los riesgos en caso de abandono y c) en el caso de enfermedades crónicas o evolutivas, informar de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos.

Si bien a la época del incumplimiento contractual de las demandadas no había entrado en vigencia la Ley N° 20.584, sobre derechos de los pacientes, lo cierto es que de los artículos 8 a 11, se evidencia que las obligaciones que se derivan de la falta de información del contrato de prestación médica son las mismas que se han venido plasmando en el presente caso, lo que demuestra que antes de esa normativa, por criterios jurisprudenciales el predicamento para hacer cumplir esos deberes era también una de las obligaciones esenciales del contrato en análisis.

**24°)** Que, además de lo referido en los considerandos precedentes, debe desestimarse la alegación del caso fortuito, opuesta por las demandadas, toda vez que no se dan los presupuestos para ello. En efecto, incumbía probar esa circunstancia a los demandados y nada aportaron en este sentido, como no sea postular esa eventualidad, reiteradamente, pero sin demostrarlo. Para ello, debió existir una prueba pericial que sostuviera esa alternativa o la declaración de testigos expertos que aludieran a esa posibilidad, pero la mera alusión al consentimiento informado o la referencia a esa probabilidad en la respuesta a la SUSESO no es suficiente, porque -en primer lugar- son expresiones que emanan de los propios interesados, sin que exista una prueba idónea y ajena a esos dichos que así lo sostenga y segundo, porque el caso fortuito es algo imposible de prever y en este caso -conforme lo que sostiene fundadamente el Dr. Hernán Lechuga- la sección del nervio era una posibilidad totalmente previsible.

**25°)** Que, en lo que respecta a la eventual falta de causalidad entre la impericia y falta de información con el daño causado, no obstante haber analizado este punto en los fundamentos anteriores, cabe recordar que la demandante estuvo en un tratamiento post operatorio que no era el conveniente para ella, pues como no se le había informado la verdadera causa de su dolencia, todo intento de rehabilitación era inconducente. Solo hasta que se supo que se le había seccionado el nervio pudo saber que



tendría esa discapacidad en forma permanente, la que se mantiene hasta ahora e incluso -como ya se demostró- no fue diagnosticada en el porcentaje que efectivamente correspondía, por notoria falta de información de los tratantes.

**26°)** Que, en consecuencia, habiéndose acreditado por la actora el incumplimiento culpable de las demandadas en el contrato médico y de prestaciones médicas, acordado entre doña Johanna Guerra Parraguez y el médico Gregorio Verschae Tannenbaum y la Asociación Chilena de Seguridad, y no habiéndose acreditado por las demandas que en la ejecución e información de ese contrato tanto la ACHS como el facultativo ya referido emplearon la debida diligencia y cuidado, unido a que la actora también ha probado el daño que le produjo ese incumplimiento, desde que quedó con una claudicación permanente, con posterioridad a la operación que fue objeto, la demanda subsidiaria de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual debe ser acogida.

**27°)** Que en lo que se refiere al monto de los perjuicios, con la prueba rendida por la demandante, principalmente la declaración de la testigo Margarita Rieloff Morales y del Dr. Hernán Lechuga, se accederá a lo pedido, solo en cuanto a la indemnización por el daño moral, pues es consecuencia del incumplimiento contractual, materia que ya en la jurisprudencia está más que zanjado, regulando su monto en la suma de \$ 35.000.000.- No se hará lugar a lo demás solicitado por no haberlo acreditado la demandante durante juicio.

Por último, tratándose de responsabilidad contractual y no habiendo probado la demandante cual es la fuente de la solidaridad pasiva que atribuye a los demandados en este incumplimiento, toda vez que en este estatuto esa garantía es de derecho estricto, no se hará lugar a esa modalidad de pago.

Por los fundamentos anteriores, más lo previsto en los artículos 1511 inciso 1°, 1545, 1547, 1558, 1698 y 2515 del Código Civil y artículos 186, 207, 208, 223, 227, 348 y 358 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve lo siguiente:

**I.-** Que se **revoca** la sentencia apelada de veinte de abril de dos mil dieciocho, escrita de foja 272 a 286 vuelta, en la parte que acogió la demanda, en lo principal de fojas 14, de indemnización de perjuicios por



responsabilidad extracontractual y se decide en su lugar que dicha acción queda rechazada.

**II.-** Que se **acoge** la demanda subsidiaria, interpuesta en el primer otrosí de fojas 14, interpuesta por doña Johanna Elena Guerra Parraguez, de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, y se condena a los demandados Gregorio Verschae Tannenbaum y Asociación Chilena de Seguridad, a pagar cada uno, sendas sumas de \$ 17.500.000.- (diecisiete millones quinientos mil pesos), más reajustes e intereses, calculados entre la fecha que esta sentencia quede ejecutoriada y la de su pago efectivo, conforme a la variación que experimente en ese lapso el I.P.C.

Se previene que el Ministro, Sr. Mera, estuvo por condenar a los demandados, a cada uno, a pagar solo la suma de \$ 10.000.000.- por estimarla más condigna con los perjuicios causados a la demandante.

Regístrese y devuélvase, con sus documentos en custodia.

Redacción del ministro Tomás Gray.

**Civil N° 9.828-2018.**

No firma El Ministro señor Tomás Gray Gariazzo, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por imposibilidad técnica





Pronunciado por la Octava Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministro Juan Cristobal Mera M. y Fiscal Judicial Javiera Veronica Gonzalez S. Santiago, veintisiete de marzo de dos mil veinte.

En Santiago, a veintisiete de marzo 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 08 de septiembre de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>