

«RIT»

Foja: 1

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 3º Juzgado Civil de Santiago
CAUSA ROL : C-25651-2017
CARATULADO : GAMBOA/RUIZ

Santiago, veintiuno de abril de dos mil veintiuno.

Vistos:

Con fecha 15 de septiembre de 2017, comparece doña **María Luisa Gamboa Valdés**, trabajadora, domiciliada en calle Las Estepas N° 1324, comuna de Estación Central, quien viene en deducir demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicios, en contra del **Hospital Clínico San Borja Arriarán**, representado por su director don Patricio Vera Cáceres, médico, ambos con domicilio en Avenida Santa Rosa N° 1231, comuna de Santiago, y en forma solidaria en contra de don **Miguel Dennis Ruiz Tevah**, médico, con igual domicilio, por los argumentos de hecho y fundamentos de derecho que expone.

Con fecha 05 de diciembre de 2017, consta notificación de la demandada al demandado sr Ruiz Tevah y con fecha 12 de diciembre del mismo año, al demandado Hospital San Borja Arriarán.

Con fecha 29 de diciembre de 2017, el demandado don Miguel Ruiz Tevah, opone la excepción dilatoria de ineptitud libelo, la que previo traslado evacuado en rebeldía por la demandante, fue rechazada con fecha 07 de febrero de 2018.

Con fecha 29 de diciembre de 2017, el Consejo de Defensa del Estado, asumiendo la representación del Hospital Clínico San Borja, opone la excepción dilatoria de ineptitud libelo, la que previo traslado evacuado en rebeldía por la demandante, fue rechazada con fecha 07 de febrero de 2018.

Con fecha 19 de febrero de 2018, el demandado don Miguel Ruiz Tevah contestó la demanda de autos.

Con fecha 19 de febrero de 2018, el Consejo de Defensa del Estado, en representación de la demandada Hospital Clínico San Borja Arriarán, contestó la demanda de autos.

Con fecha 25 de junio de 2018, se tuvo por evacuado el trámite de la réplica en rebeldía de la demandante.

Con fecha 03 de julio de 2018, el demandado don Miguel Ruiz Tevah, evacuó el trámite de la réplica.

Con fecha 03 de julio de 2018, el Consejo de Defensa del Estado, en representación de la demandada Hospital Clínico San Borja Arriarán, evacuó el trámite de la réplica.

Con fecha 19 de marzo de 2019, se certificó que llamadas las partes a la audiencia de conciliación, ninguna de éstas compareció a estrados.



«RIT»

Foja: 1

Con fecha 03 de abril de 2019, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los allí señalados, resolución notificada a las partes con fecha 13 de septiembre de 2019.

Con fecha 18 de octubre de 2019, se rechazó el recurso de reposición interpuesto por el demandando Miguel Ruiz Tevah, en contra de la resolución que recibió la causa a prueba.

Con fecha 07 de abril de 2020, se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha 15 de septiembre de 2017, comparece doña María Luisa Gamboa Valdés, quien viene en deducir demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicios, en contra del Hospital San Borja Arriarán, representada por su director don Patricio Vera Cáceres y, de forma solidaria, en contra de don Miguel Dennis Ruiz Tevah, por los argumentos de hecho y fundamentos de derecho que expone.

Señala que con fecha 20 de julio de 2013, entró a pabellón por el desprendimiento de retina de su ojo derecho, a cargo del doctor Ruiz, manteniéndose posteriormente con reposo absoluto, boca abajo y sin poder moverse. Sin perjuicio de ello, el 19 de agosto de 2013, le indicaron que la operación no logró que la retina se extendiera y pegara en el fondo del ojo, por lo que tuvo que entrar a pabellón nuevamente el 24 de agosto de dicho año, la cual tampoco tuvo éxito, perdiendo la visión de su ojo derecho en forma definitiva y con posibilidad de perder el globo ocular, debiendo utilizar una prótesis que no podría costear.

Indica que por ese motivo, el doctor Ruiz la citó los días viernes y lunes, para finalmente confirmar que había perdido la visión del ojo derecho, debido a que el medicamento aplicado probablemente estaba malo o contaminado, como consta en la ficha clínica, al escribir el médico de su puño y letra que: “se conversa con paciente acerca de complicación producida en relación a uso intraocular de perfluro-n-octane, marca Meran, cuyo desenlace visual es la pérdida de visión central irreversible, razón por la que tanto el hospital como el Servicio de Salud y autoridades están tomando las acciones pertinentes para tomar responsabilidades”.

Sostiene que producto de esta situación, el médico Ruiz Tevah le aseguró que la atendería gratuitamente y que le proporcionaría las gotas para sus ojos, lo cual no se concretó puesto que se fue del hospital y las autoridades de éste le negaron el tratamiento con tales gotas, ya que el abogado no estaba en conocimiento de nada y no pudo dar explicación alguna de lo sucedido.

Añade que el ojo operado actualmente está de color blanco, lo que ha provocado en ella vergüenza, depresión, angustia al salir y miedo de perder su otro ojo, chocar con la gente o no poder hacer su vida normal, por cuanto está intentando



recobrar la confianza en sí misma, pero no ha podido comenzar un tratamiento psicológico por falta de medios, agudizado al hecho que el hospital no le brindó ningún apoyo ni tratamiento.

Hace presente que el protocolo operatorio contiene pegado una etiqueta del medicamento cuyo vencimiento era de mayo de 2016, que no corresponde a la fecha de su operación, lo que le provoca resquemor respecto a la versión del médico, lo que se suma que ningún organismo del Estado procuró un control de calidad mínimo para evitar el daño de utilizar un insumo médico hospitalario en mal estado. Agrega que dicha responsabilidad se extiende al médico tratante por el deber de protección y seguridad que tiene, debiendo actuar con prudencia y diligencia, sin causar daño.

En cuanto al derecho, explica que la falta de servicio en que incurrió la demandada principal tiene su fuente en distintas normas de rango constitucional como legal, a saber:

a) De orden constitucional: Lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República de Chile y el artículo 2 de la Ley N° 18.575, en virtud de los cuales se desprende que los órganos del Estado deben actuar estrictamente en su proceder en conformidad al ordenamiento jurídico vigente y su contravención genera las responsabilidades que determine la ley. En concordancia, el artículo 38 de la Constitución, confiere a todas las personas lesionadas por la Administración del Estado, sus organismos o municipalidades, el derecho a reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño. La naturaleza de dicha responsabilidad la determinan los artículos 4 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575.

b) De carácter legal: La responsabilidad del Estado por los perjuicios que los órganos de su administración provoquen a particulares se rige por la Constitución y por la Ley 18.575, correspondiendo en este caso a responsabilidad por falta de servicio, específicamente del Ministerio de Salud y demás organismos competentes de ejercer la función de garantizar el libre e igualitaria acceso a las prestaciones de personas enfermas, así como de coordinar, controlar y ejecutar dichas acciones. Explica que el Hospital San Borja Arriarán, es integrante de la red asistencial correspondiente al Servicio de Salud Metropolitano Central, adquiriendo la calidad de establecimiento auto gestionado en el año 2009, por lo que corresponde a una institución regida por normas y principios públicos.

Sobre la responsabilidad por falta de servicios, refiere que es una responsabilidad objetiva, en la que no tiene ninguna injerencia la reprochabilidad atendido que no tiene relación con el dolo o la culpa en la que pudo incurrir el agente público que causó el daño a la víctima. Es decir, en este tipo de



«RIT»

Foja: 1

responsabilidad debe prescindirse de toda consideración subjetiva relacionada con la conducta del agente público, que deberá estar relacionada con el servicio de un órgano público para que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido, enfatizando que existe falta de servicio cada vez que el servicio público ha funcionado mal, de forma tardía o prematura, o no ha funcionado en absoluto.

En subsidio, en caso de no resultar aplicables las reglas de responsabilidad de derecho público por falta de servicio, solicita que se responda de acuerdo a las reglas de la responsabilidad extracontractual cuasidelictual establecidas en el título XXV, del Libro IV del Código Civil, atendido lo dispuesto en los artículos 1437, 1487, 2284 y 2314. Añade que lo que caracteriza esencialmente al delito o cuasidelito civil es el daño provocado que trae aparejada la obligación de repararlo, constituyendo hechos ilícitos, perjudiciales y productivos de obligaciones, diferenciándose por la intencionalidad o dolo que trae aparejado el delito civil, en contraposición a la culpa, cuya negligencia o no intencionalidad de provocar daño figura.

En consecuencia, se imputa al Hospital San Borja Arriarán y al médico Ruiz Tevah, el haber actuado en forma negligente en su atención médica, ocasionando a ella y su familia un gran dolor que precisará.

En cuanto a los perjuicios causados con ocasión de la falta de servicio en que incurrieron los demandados y que provocaron la pérdida de la visión de su ojo derecho, solicita por lucro cesante, atendido que ella es el sustento de su familia y percibía una remuneración mensual de \$300.000, el resultado del cálculo de su ingreso mensual con los 10 años más que ella podría haber trabajado, teniendo en vista la esperanza de vida de las mujeres en Chile que es de 83 años, lo que da una suma de \$36.000.000.

Respecto al daño moral, señala que la pérdida de la visión de su ojo derecho le ha ocasionado un profundo y permanente dolor, sufrimiento y cambio en su vida, toda vez que lo ocurrido ha perturbado sus actividades domésticas diarias, lo que le produjo una severa depresión que conllevó a intentar quitarse la vida, afectando a toda su familia directa. Agrega que lo vivido ha producido un deterioro progresivo en el ámbito emocional de su grupo familiar, además de las inseguridades personales que ha conllevado su situación y la preocupación respecto al globo ocular y prótesis que no puede financiar, razón por la que solicita la suma de \$300.000.000.

Previas citas legales, solicita tener por interpuesta demanda de indemnización de perjuicios, en contra del Hospital San Borja Arriarán, representado por don Patricio Vera Cáceres y/o, solidariamente, en contra de don Miguel Dennis Ruiz Tevah, todos ya individualizados, a fin de que se condene al pago de \$36.000.000 por lucro cesante y \$300.000.000, por daño moral, reajustado de acuerdo a la variación



del IPC, entre la fecha de presentación de la demanda y el pago efectivo de ésta, o la suma que se determine conforme a derecho.

En subsidio, conforma al estatus de responsabilidad extracontractual cuasi delictual, solicita se condene solidariamente a los demandados ya individualizados, a pagar la suma de \$300.000.000, por daño moral y \$36.000.000 por lucro cesante, o la suma que se determine, todo esto con costas;

SEGUNDO: Que, con fecha 29 de diciembre de 2017, el demandado don Miguel Ruiz Tevah, opone la excepción dilatoria de ineptitud libelo, la que previo traslado evacuado en rebeldía por la demandante, fue rechazada con fecha 07 de febrero de 2018.

Asimismo, con fecha 29 de diciembre de 2017, el Consejo de Defensa del Estado, asumiendo la representación del Hospital Clínico San Borja, opone la excepción dilatoria de ineptitud libelo, la que previo traslado evacuado en rebeldía por la demandante, fue rechazada con fecha 07 de febrero de 2018;

TERCERO: Que, con fecha 19 de febrero de 2018, el demandado Miguel Ruiz Tevah, debidamente representado, contestó la demanda de autos, solicitando su rechazo, con expresa condena en costas, atendidas las razones de hecho y de derecho que expone.

Hace presente que la paciente contaba con antecedentes de desprendimiento de retina del ojo izquierdo, que fue operado en el mismo Hospital San Borja, 2 años antes de la consulta con él, teniendo un buen resultado visual y anatómico.

Señala que con fecha 08 de julio de 2013, la demandante consultó en el Servicio de Oftalmología del Hospital Clínico San Borja Arriarán, por un cuadro de disminución de agudeza visual del ojo derecho, apareciéndose un desprendimiento de retina superior agudeza visual 20/80.

Expone que el Jefe del Servicio de Oftalmología del Hospital ordenó una vitrectomía, por lo que fue operada con fecha 20 de julio de 2013, en el cual se realizó la vitrectomía, endolaser y C3F8 del ojo derecho, con uso de perfluorocarbono líquido meroctante, en conformidad a lo dispuesto por las guías clínicas de desprendimiento de retina del minsal. Luego, detalla la evolución postoperatoria de la paciente, incluyendo la intervención realizada con fecha 24 de agosto de 2013, destacando que las cirugías efectuadas se encuentran en concordancia con lo indicado en las guías para el manejo del desprendimiento de retina regmatógeno.

Explica que el uso de líquidos perfluorocarbonados es habitual en este tipo de intervenciones y están directamente relacionados con la mejoría en los resultados anatómicos y visuales en desprendimientos de retina, por lo que cuentan con la aprobación de la FDA y las agencias europeas de control de medicamento. Respecto al Meroctane utilizado en la paciente, indica que cuenta con sello de la Unión



Europea y fue comprado en Chile a una reconocida empresa de insumos oftalmológicos que cuentan con certificación a nivel nacional.

Refiere que no existe en la literatura ninguna información previa de casos similares en ninguna parte del mundo, siendo los primeros casos reportados con estas complicaciones de chilenos y, posteriormente, en pacientes de España, por lo que la agencia española de medicamentos llegó a determinar la falla en la producción de Meroctante por parte del fabricante Meran Tip, que consistía en una composición diferente de perfluoroctano y alta contaminación cob perfluorodecalin, lotes de especificaciones. Además, se determinó que los lotes eran altamente citotóxicos, razón por la que fueron retirados en España y Chile.

Es decir, sostiene que la paciente no tuvo ninguna complicación atribuible a errores de diagnóstico ni de la técnica quirúrgica, realizándose todos los controles post operatorios que requirió la paciente con total dedicación y en los plazos habituales.

En cuanto al derecho, en primer lugar, opone la excepción de prescripción, atendido que la actuación médica por la cual la actora argumenta haber tenido perjuicios que pretende le sean indemnizados, se realizó con fecha 20 de julio de 2013, momento en que se realizó la intervención denominada Vitrectomía por don Miguel Ruiz Tevah, en las dependencias del Hospital San Borja Arriarán. Por otra parte, según la incuestionable evidencia de autos, indica que la demanda intentada en su contra fue válidamente notificada el día 5 de setiembre de 2017 y, por ende, solo desde esa fecha el ejercicio de la acción contenida en ella es capaz de producir efectos jurídicos. Si se contrasta lo anterior con lo preceptuado en el artículo 2515 del Código Civil, es evidente que se ha excedido el plazo de 4 años que el legislador determinó en el artículo 2332 del Código Civil, para la interposición de acciones basadas en la responsabilidad civil extracontractual, por lo que existe una ausencia del ejercicio de la o las acciones que resultaran pertinentes para seguir el cobro de la indemnización pretendida por el actor, correspondiendo se acoja la excepción deducida y se declare la acción prescrita.

En segundo lugar, opone excepción relativa al régimen jurídico alegado, por cuanto se dedujeron dos acciones, una en contra del Hospital San Borja Arriarán, basándose en normas de responsabilidad del Estado de la doctrina de falta de servicios y otra en contra de su representado usando como fundamento las normas de responsabilidad extracontractual del derecho común. Explica que el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, señala que no es jurídicamente permitido deducir acciones incompatibles entre sí, salvo que sean deducidas en subsidio de la otra. En este caso, las acciones planteadas son incompatibles, por cuanto la responsabilidad del Estado, solo es exigible al servicio y no al funcionario, lo que es discordante con



«RIT»

Foja: 1

accionar al mismo tiempo, contra el funcionario basándose en normas del derecho común.

En ese sentido, refiere que la acción pretendida busca que el Estado resarza los perjuicios ocasionados por sus órganos a las personas y se basa en la doctrina de la falta de servicio y la falta personal consagrada en las leyes N° 18.575, N° 19.966, la cual es recogida por nuestros Tribunales, en consideración que una persona que ha visto sus derechos afectados por el accionar de algún servicio del Estado, por mala, deficiente o tardía prestación de servicios, en forma negligente o descuidada, tiene derecho a que el Estado le indemnice los perjuicios sufridos. En el caso que la falta de servicio fuera consecuencia de una falta personal e imputable a un funcionario público, el Estado deberá indemnizar a la víctima de los perjuicios, pero puede repetir contra el funcionario respectivo, no existiendo posibilidad jurídica de demandar directamente al funcionario, como se refleja en el artículo 44 de la Ley N° 18.575, y el inciso último del artículo 53 de la Ley N° 19.966.

Señala que todo lo anterior demuestra que la doctrina invocada como fundamento de la acción indemnizatoria deducida por la parte demandante, no otorga el derecho a demandar al funcionario imputado de haber causado el perjuicio alegado. Sin embargo, y he aquí la contradicción alegada, en la misma demanda se ejerce una acción indemnizatoria en contra del Dr. Miguel Ruiz Tevah, en su calidad de funcionario público, basándose en las normas del derecho civil, específicamente en las normas sobre responsabilidad extracontractual, obviando que por los mismos hechos se está demandando al Hospital San Borja Arriarán.

Hace presente que en el caso que se considere que hay las facultades para poder resolver la contienda planteada, con cargo a las normas sobre responsabilidad extracontractual del Estado, tampoco podrá condenarse a su mandante por los hechos que se le imputan, por lo que corresponde el rechazo de la demanda en todas sus partes.

En tercer lugar, en subsidio, opone la excepción de caso fortuito, atendido que en este caso en particular existe un hecho irresistible a su representado, como lo fue la falla en el dispositivo de uso médico denominado líquido perfluorocarbonados. Es decir, a pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización, pueden presentarse efectos indeseables, tanto los comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como los específicos de este procedimiento, razón por la que se constituye una obligación de medio, que corresponde al compromiso del médico a emplear todo su conocimiento de la especialidad, pero en ningún caso a asegurar un resultado.

Indica que a pesar de los protocolos que se han establecido en los pabellones de todo el mundo, la contingencia de existir una falla en alguno de los insumos



«RIT»

Foja: 1

utilizados para la realización de una Vitrectomía, es una realidad imprevisible e imposible de prevenir, ya que nada tiene que ver con la técnica utilizada, constituyendo una situación fortuita, ajena a la voluntad de las partes y que excluye la culpa como elemento formador de la responsabilidad que persigue la demanda, desapareciendo la relación de causalidad entre lo obrado y los daños alegados por la demandante.

Sostiene que para que se configure un caso fortuito es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) imprevisto impredecible; b) insuperable; c) involuntario y; d) permanente, los cuales se cumplen en el caso de marras.

En cuarto lugar, en subsidio, opone la excepción perentoria por falta de requisitos de la acción indemnizatoria deducida en autos, en razón de que la doctrina y la jurisprudencia han señalado como elementos fundantes de este tipo de responsabilidad: un ilícito civil, la imputabilidad, la existencia de un daño, la relación causal, y la capacidad delictual, los que no concurren en la especie. Explica que no existe ilícito civil, por cuanto su representado realizó toda su actuación conforme a la lex artis de la medicina, cumpliendo protocolos pre-operatorios, intraoperatorios y postoperatorios, no existiendo culpa en su actuar al apreciarse ésta en abstracto y, por tanto, la relación causal entre lo obrado por él y el daño alegado, sin perjuicio de que es carga de la demandante probarlo.

Finalmente, en quinto lugar, respecto a la solidaridad invocada en la demanda, sostiene que no se señala el fundamento jurídico que habilitaría la petición en tal sentido, motivo suficiente para su total rechazo. Si se plantea que la solidaridad que se alega nace de la hipótesis de coautoría del artículo 2317 del Código Civil, el razonamiento carecería de toda lógica, toda vez que, las obligaciones de las partes co-demandadas son de distinta naturaleza por lo que impide una coautoría, la que además supone un cierto nivel de concierto, lo que es incompatible con cualquier hipótesis culposa.

Por los motivos expuestos, solicita el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas;

CUARTO: Que, con fecha 19 de febrero de 2018, el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Hospital Clínico San Borja Arriarán, contestó la demanda de autos, solicitando su total rechazo, con costas, por los fundamentos de hecho y de derecho que expone.

En primer lugar, controvierte expresa y formalmente los hechos expuestos en la demanda, teniendo por ciertos solo aquellos que se reconozcan como efectivos en su presentación.

En segundo lugar, previo a entrar al fondo de la acción deducida, precisa que la legislación aplicable al caso de autos corresponde a la Ley N° 19.966, que establece



«RIT»

Foja: 1

un Régimen de Garantías en Salud y es más conocida como Ley del Auge, de la cual fluye con claridad que la responsabilidad civil del Estado por sus hospitales, se funda en la falta de servicios, factor atributivo de responsabilidad, de naturaleza subjetiva. Además, la ley regula ciertas materias, tales como: precisar los presupuestos que debe acreditar el particular para comprometer la responsabilidad de la Administración; establecer un plazo de prescripción de 4 años; referirse en forma expresa al daño moral en materia sanitaria; establecer como causal de exención de responsabilidad la imprevisibilidad de un daño, conforme al estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica, al momento de producirse aquel, etc.

En tercer lugar, opone la excepción de prescripción extintiva de la acción atendido lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley N° 19.966, en relación con el artículo 2514 inciso primero del Código Civil, en cuanto a que han transcurrido 4 años desde la acción u omisión que eventualmente sería la causante de los perjuicios reclamados por la contraparte. Expone que de acuerdo a lo relatado por la actora, el hecho generador de la supuesta falta de servicio se identifica con la operación de fecha 20 de julio de 2013, producto de la cual habría sufrido la pérdida de visión del ojo derecho, mientras que la notificación de la acción fue el día 12 de diciembre de 2017.

Refiere que incluso de estimarse que el hecho generador y sus consecuencias se produjeron con la segunda operación, esto es, el día 24 de agosto de 2013, la acción se encontraría igualmente prescrita y, en definitiva, no cabe considerar un posible diferimiento entre el hecho generador de la supuesta falta de servicio y los presuntos daños que habría sufrido la demandante para argumentar una eventual teoría de postergación del inicio del cómputo de la prescripción, por lo que, ya sea se entienda que la falta de servicio se produjo en la primera o segunda operación, de todos modos es necesario concluir que la acción se encuentra prescrita por haber transcurrido con creces los 4 años previo a la notificación legal de la demanda para interrumpir el plazo extintivo.

En cuarto lugar, en subsidio, opone la inexistencia de la pretendida responsabilidad objetiva de la Administración del Estado, en razón de que existe un régimen especial y específico contemplado en la Ley N° 19.966, fundado en la responsabilidad de falta de servicio, contemplando una acción indemnizatoria especial y preferente para los órganos del Estado en materia sanitaria -en su artículo 38-, destinado a quienes se sientan perjudicados por acciones u omisiones de los órganos que integren la red pública de servicios sanitarios, siendo claro el tenor literal de dicha norma que el daño debe ser causado por falta de servicios para que surja la responsabilidad civil en materia sanitaria.



Expone que la falta de servicio se produce: a) si los órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo; b) si su actuación es tardía o; c) si ellos funcionan defectuosamente; siempre y cuando dichas hipótesis cause perjuicios a los usuarios o destinatarios del respectivo servicio público el cual debe ser acreditado por quien lo invoca, enfatizando que no es una responsabilidad objetiva como en Derecho Civil se conoce y agregando jurisprudencia al respecto.

En cuanto al fondo de la acción deducida, alega la inconcurrencia de los presupuestos fácticos para configurar la responsabilidad del Hospital San Borja Arriarán, por los siguientes fundamentos:

Respecto al hecho imputable, indica que no ha existido acción u omisión por parte del demandado que haya podido causar el daño pretendido por la demandante, atendido que el hospital actuó conforme a todas las guías clínicas del manejo de un desprendimiento de retina, siguiendo protocolos e indicaciones aplicables a este tipo de patologías. En consecuencia, el resto de los requisitos de la responsabilidad no podrían configurarse.

Respecto a la ausencia de antijuridicidad y falta de servicio, explican que el uso del dispositivo médico Meroctante marca Meran, fue la razón por la que quedó solo con visión de percepción de luz en el ojo derecho, por atrofia del nervio óptico y no como lo sostiene la contraria sobre un error del médico que la operó o de la reacción tardía de su representada. Añade que posteriormente a la intervención, el 26 de agosto de 2013, llegó al Hospital una alerta de otros casos similares, razón por la que suspendió el uso del dispositivo médico y dio aviso a la Unidad de Calidad del Hospital, a fin de citar a la paciente para informar el hecho y contralarla. Aclaran que las lesiones retínicas resultantes no están asociadas a infección o a problemas con la técnica quirúrgica ni la indicación de cirugía.

Respecto a la regulación reglamentaria de dispositivos médicos, indica que en nuestro país se regula en el Código Sanitario y el Reglamento de Control de Productos y Elementos de Uso Médico D.S. N° 825/98, decretando la obligatoriedad de la certificación de verificación otorgada por una entidad autorizada o el ISP a falta de ellas, de modo que en caso contrario no puedan fabricarse, importarse, comercializarse o distribuirse sin contar con la correspondiente certificación. Además contempla los requisitos que deben cumplir los dispositivos médicos para ser usados en nuestro país. En cuanto a la situación particular del Meroctane, marca Meran, refiere que es un dispositivo de uso médico fuera los mencionados, por lo que no se encuentra bajo el control obligatorio del ISP, no siendo requisito su autorización para el uso la autorización, sino que deben sujetarse a las normas del artículo 111 y siguientes del Código Sanitario, debiendo someterse al respectivo control y certificación por los servicios, laboratorios o establecimientos con autorización sanitaria



expresa otorgada por el ISP, tomando como antecedentes las certificaciones europeas o de la FDA. En ese sentido, el Hospital San Borja, mediante Resolución Exenta N° 1018, de fecha 17 de agosto de 2009, aprobó el contrato suscrito con la Sociedad Oftalmológica Ltda., adjudicando la licitación pública ID 1669-2478-LP07, obligándose a la sociedad a prestar servicios de oftalmología dentro del hospital, incluyendo los dispositivos médicos necesarios, adquiriendo el dispositivo Meroctane, marca Meran, previa certificación de calidad.

Respecto a la falta de relación causal, sostiene que exime de indemnización de los daños indirectos sufridos, por cuanto aun cuando existiera vinculación directa entre la actuación de un sujeto y los daños sufridos por otro, dicho nexo no alcanza a los daños indirectos o no derivados de manera necesaria e indubitada del acto en cuestión. Ante esa precisión, señala que en el caso sub-lite, no existe tampoco relación de causalidad entre los eventuales daños de la demandante y la actuación de los médicos del Hospital San Borja Arriarán durante su hospitalización, dado que su sintomatología, diagnóstico y tratamiento, fueron realizados conforme a las guías clínicas del manejo de un desprendimiento de retina.

Expresa que en el presente caso, no es posible imputar antijuridicidad en las actuaciones de su representada, toda vez que el actuar del personal médico fue eficiente, oportuno y ajustado a la lex artis. Asimismo, realiza algunas consideraciones respecto a la responsabilidad médica, respecto a que la actuación del profesional médico sólo da lugar a responsabilidad civil resarcitoria si éste ignora o se aparta de las leyes del arte, ya que su deber deontológico es ejercer la profesión con la pericia y conocimientos que su arte requiere. En consecuencia, es que en el caso de autos tendría que acreditarse que el o los profesionales que intervinieron en la atención de la señora María Gamboa Valdés, incurrieron en manifiesta negligencia en los medios empleados, esto es, que actuaron con conocimiento que el dispositivo médico usado podría traer complicaciones a la paciente, lo que niegan tajantemente.

En subsidio, realiza algunas alegaciones respecto a los daños demandados. Respecto al lucro cesante, indica que discrepa sobre el hecho que la demandante quedó completamente impedida de poder trabajar, considerando que tiene la visión del ojo izquierdo y no quedó incapacitada de forma permanente para desarrollar una actividad lucrativa, motivo por el que se cuestiona el monto y argumentos esgrimidos. Respecto al daño moral, indica que los conceptos por los que funda la actora la suma solicitada, no justifica su pago, describiendo someramente supuestos daños en su vida y entorno, que no son consecuencia de la atención recibida en el Hospital San Borja de Arriarán, debiendo tener presente que esta indemnización otorga a las víctimas una satisfacción, ayuda o auxilio que le permita atenuar el daño, morigerarlo o hacerlo más soportable, mediante una cantidad de dinero.



«RIT»

Foja: 1

En cuanto a los límites para efectos de cuantificar el daño en materia de responsabilidad sanitaria, hace presente lo dispuesto en los artículos 36 y 41 de la Ley N°19.966, como la resolución N° 142 del Ministerio de Hacienda y de Salud, en el cual se establecieron montos máximos que, en virtud del procedimiento de mediación, podrán pagar los prestadores institucionales en caso de acuerdo.

Finalmente, respecto a los reajustes e intereses, señala que se debe establecer la reajustabilidad a partir de la fecha en que el fallo quede firme y no puede sostenerse que existe mora, dado que ni siquiera existe deuda líquida a cuyo pago esté obligada su representada.

Por los motivos expuestos, solicita tener por rechazada en todas sus partes, con costas;

QUINTO: Que, con fecha 25 de junio de 2018, se tuvo por evacuado el trámite de la réplica en rebeldía de la parte demandante;

SEXTO: Que, con fecha 03 de julio de 2018, el demandado don Miguel Ruiz Tevah, evacuó el trámite de la dúplica, ratificando todo lo expresado en la contestación de la demanda;

SÉPTIMO: Que, con fecha 03 de julio de 2018, el Consejo de Defensa del Estado, en representación de la demandada Hospital San Borja Arriarán, evacuó el trámite de la dúplica, reiterando todo lo expuesto en la contestación de la demanda, en especial, los argumentos y defensas allí planteadas;

OCTAVO: Que, con fecha 03 de abril de 2019, se recibió la causa a prueba, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los allí señalados, resolución notificada a las partes con fecha 13 de septiembre de 2019.

Luego, con fecha 18 de octubre de 2019, se rechazó el recurso de reposición interpuesto por el demandando Miguel Ruiz Tevah, en contra de la resolución que recibió la causa a prueba;

NOVENO: Que, a fin de acreditar los fundamentos de su acción, la parte demandante rindió prueba instrumental, consistente, en lo pertinente, en:

1.- Copia de certificado de término de mediación Rol STGO-2016-11918, de fecha 27 de octubre de 2016, emitido por el Consejo de Defensa del Estado, Unidad de Mediación;

2.- Copia de certificado de término de mediación, de fecha 31 de marzo de 2014, emitido por el Consejo de Defensa del Estado, Unidad de Mediación;

3.- Copia de historia y evolución clínica de la paciente María Gamboa, emitido por Unidad de Oftalmología Hospital San Borja Arriarán;

DÉCIMO: Que, por su parte, el demandado don Miguel Ruiz Tevah, con fecha 11 de noviembre de 2019, rindió prueba testimonial, compareciendo don **Antonio César Cornejo Fairlie**, quién previa y legalmente juramentado e



«RIT»

Foja: 1

interrogado al tenor del punto N° 5 de la interlocutoria de prueba, esto es, si en el accionar de las demandadas o sus dependientes se incurrió en negligencia, culpa o dolo, expone que no hay antecedentes que apunten a la existencia de dolo, culpa o negligencia, según su parecer. Agrega que como en los otros casos se registra una lesión muy particular de la retina no atribuible a la técnica quirúrgica y muy posiblemente relacionada con un dispositivo de uso médico contaminado, lo que le consta porque también hubo otros casos similares y se le pidió la opinión en uno o dos casos, comprobando un tipo de lesión que nunca había visto. Refiere que posteriormente se reportaron otros casos similares tanto en Chile como en el extranjero, concluyendo que eran atribuible al uso de una partida contaminada de dispositivos de uso médico, encendiéndose una alarma nacional e internacional con el retiro del producto. Preguntado el testigo responde que: por la información que tiene la lesión no es atribuible a la técnica quirúrgica y que se encuentra relacionada con un dispositivo de uso médico, ya que en todos los casos se utilizó el Merocthane, tomando conocimiento que su análisis demostró contaminación, del cual desconoce detalle. En cuanto al punto de prueba N° 8, esto es, efectividad de haber concurrido en la especie caso fortuito que haya producido una falla en los insumos utilizados en las intervenciones médicas de autos, En la afirmativa, circunstancias y naturaleza de dicho caso fortuito, expone que su impresión es que se trata de un caso fortuito, tal como los otros casos similares que ocurrieron en un corto período de tiempo y asociados a la utilización del mismo producto. Que le consta porque en ese tiempo fue informado por el doctor Ruiz de los casos, cuando él ocupaba el cargo de Jefe de Servicio de Oftalmología, por lo que revisó algunos protocolos quirúrgicos. Responde que se refiere a caso fortuito porque el tipo de lesiones de la retina tenían una característica muy especial que no habían visto en otras cirugías, coincidiendo con otros casos en otros centros de Chile en el mismo período, el cual fue acotado, cuya similitud era la utilización del mismo producto, comprobándose la contaminación del mismo y retirándose rápidamente el producto;

UNDÉCIMO: Que, por su parte, la demandada Hospital Clínico San Borja Arriarán, acompañó los siguientes documentos:

1.- Copia de certificado, de fecha 03 de junio de 2010, emitido por National Toxicology Center;

2.- Copia de certificado, de fecha 03 de julio de 2010, emitido por National Toxicology Center;

3.- Copia de Resolución Exenta N° 1691, de fecha 06 de agosto de 2013, emitido por Hospital Clínico San Borja Arriarán, que aprueba prórroga de contrato de servicios quirúrgicos para el Hospital Clínico San Borja Arriarán,



«RIT»

Foja: 1

4.- Copia de guía clínica de desprendimiento de retina regmatógeno no traumático, emitido por el Ministerio de Salud;

5.- Copia de alerta de productos sanitarios N° 2013-660, emitido por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad;

6.- Copia de Exenta N° 1618, de fecha 17 de agosto de 2008, emitido por el Servicio de Salud Metropolitano Central, que aprueba contrato suscrito con Oftalmédica Ltda., referido a servicios de tratamiento integral vitrectomía, fotocoagulación consulta retinólogo;

7.- Copia de certificado de fecha 13 de noviembre de 2019, emitido por el Consejo de Defensa del Estado;

DUODÉCIMO: Que, el Tribunal, con fecha 04 de mayo de 2020, decretó como medida para mejor resolver, tener por acompañados, los siguientes documentos acompañados por la parte demandante y el demandado don Miguel Ruiz Tevah:

- Copia de informe médico pericial, presentado en la causa Rol C-6133-2017, del 1° Juzgado Civil de Santiago, emitido por el Dr. Rodrigo Vidal Sobarzo, oftalmólogo, especialista en cirugía Vitreoretinal;

- Copia de sentencia de fecha 14 de enero de 2020, en causa Rol C-6135-2017, del 22° Juzgado Civil de Santiago;

- Copia de escrito de recurso de aclaración, rectificación y/o enmienda, presentado en causa Rol C-6135-2017, por la parte demandante;

- Copia de resolución de fecha 24 de marzo de 2020, en causa Rol C-6135-2017, del 22° Juzgado Civil de Santiago;

- Copia de sentencia de fecha 17 de marzo de 2020, en causa Rol C-6133-2017, del 1° Juzgado Civil de Santiago;

DÉCIMO TERCERO: Que, son hechos de la causa, por así encontrarse acreditados en el proceso, los siguientes:

1.- Que, por Resolución Exenta N° 1691 de 06 de agosto de 2013, del Hospital San Borja Arriarán, se aprobó prórroga de contrato de Servicios Quirúrgicos para dicho centro asistencial, en relación a la empresa Oftalmédica Limitada, representada por el demandado sr. Miguel Ruiz Tevah, para vitrectomías, fotocoagulación y consulta retinólogo, y que dice relación con adjudicación en licitación pública que data de 30 de noviembre de 2007, Resolución Exenta N° 1852;

2.- Que, de acuerdo a dicha licitación, cláusula quinta: “La empresa se obliga a considerar en la entrega de los servicios pactados en el presente acto que impliquen intervención quirúrgica, personal médico, profesional y no profesional, el cual deberá cumplir con las características y exigencias que se estipularon en las Especificaciones Técnicas del llamado a licitación; fármacos de uso oftalmológico intraoperatorio (gotas anestésicas, vasodilatadores, descongestivas, etc.); fármacos de uso sistémico para la



«RIT»

Foja: 1

intervención; insumos de uso general y específicos...”, lo anterior, en relación a contrato de 09 de julio de 2009 (ibook descargado, fojas 297 y siguientes);

3.- Que de acuerdo a ficha clínica de la actora, luego de la intervención de ojo derecho, se observó, con fecha 26 de julio de 2013, “muy bien”, consignándose el 12 de agosto de 2013, “bien”, el 19 de agosto de 2013, “peor, se programa reintervención”, y el 07 de octubre de 2013, “igual, sin cambios”;

4.- Que, de acuerdo a protocolo operatorio, con fecha **03 de septiembre de 2011**, la sra. María Luisa Gamboa Valdés, se sometió a cirugía oftalmológica, ojo izquierdo, por desprendimiento de retina, interviniendo como cirujano el dr. Ruiz Tevah;

5.- Que, de acuerdo a protocolo operatorio, con fecha **20 de julio de 2013**, la sra. María Luisa Gamboa Valdés, se sometió a cirugía oftalmológica, ojo derecho, por desprendimiento de retina, interviniendo como cirujano el dr. Ruiz Tevah;

6.- Que, de acuerdo a protocolo operatorio, con fecha **24 de agosto de 2013**, la sra. María Luisa Gamboa Valdés, se sometió a cirugía oftalmológica, ojo derecho, “reintervención”, por desprendimiento regmatogeno de retina, interviniendo como cirujano el dr. Ruiz Tevah;

7.- Que, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España, Madrid, decretó alerta de productos sanitarios, con fecha 13 de diciembre de 2013, respecto del producto MEROCTANE (perfluoroctano), fabricado por Meran Tip Ltd., Turquía;

8.- Que las partes de autos se sometieron a trámite de mediación en conformidad a la Ley N° 19.996, efectuándose la presentación, respecto del demandado Ruiz Tevah, con fecha 28 de julio de 2016, el que concluyó el 27 de octubre de dicho año; y respecto del Hospital San Borja Arriarán, con fecha 09 de septiembre de 2013, el que concluyó el 25 de marzo de 2014;

9.- Que, con fecha 20 de diciembre de 2013, se informó por parte del sr. Miguel Ruiz Tevah, representante legal de Oftalmética Ltda., eventos adversos asociados al uso de perfluorcarbonado mercotane en cirugía de desprendimiento de retina, indicándose como una de las afectadas, a la actora, sra. María Gamboa, indicándose: “lote vino defectuoso y como consecuencia pcte queda con visión percepción luz en ese ojo por atrofia de nervio óptico”;

10.- Que, lo anterior, fue reportado en distintos medios de comunicación nacional, disponiéndose el retiro del mercado del dispositivo médico perfluoroctano líquido fabricado por Meran Tip, Turquía y distribuido por Falc Chile Ltda., por orden del Instituto de Salud Pública de 27 de agosto de 2013;

11.- Que de acuerdo a informe médico agregado como medida para mejor resolver en estos autos, y que dice relación con la causa Rol 6133-2017, del 1°



Juzgado Civil de Santiago, respecto de otro paciente, “El mal resultado funcional final se debe a una toxicidad retinal y del nervio óptico, por impurezas presentadas en el producto perfluorcarbono...”;

DÉCIMO CUARTO: Que, como se adelantó, en estos autos se deduce acción de indemnización de perjuicios por falta de servicio, por doña María Luisa Gamboa Valdés, en contra del Hospital San Borja Arriarán y en contra de don Miguel Dennia Ruiz Tavah, en forma solidaria, por los daños sufridos producto de las intervenciones realizadas en su ojo derecho, con fechas 20 de julio y 24 de agosto, ambas de 2013, lo que importo la pérdida de visión de dicho ojo, avaluando los daños en \$36.000.000 por concepto de lucro cesante y \$300.000.000, por concepto de daño moral, todo lo cual se expuso latamente en el motivo primero de este fallo. En subsidio, solicita se acoja la demanda por responsabilidad extracontractual cuasidelictual, en conformidad al título XXV del Libro IV del Código Civil.

Que, el demandado Miguel Ruiz Tevah, concurrió al procedimiento, oponiendo excepción de prescripción de la acción, en conformidad al artículo 2492 y siguientes del Código Civil; para luego argumentar la improcedencia de la demanda en los términos planteados, citando al efecto lo dispuesto por el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil; oponiendo, en subsidio, excepción de caso fortuito; para luego referirse a la improcedencia de la acción por no reunirse sus requisitos copulativos, al haber actuado en todo momento en conformidad a la lex artis; todo lo cual fue reseñado en el motivo tercero.

Por su parte, la demandada Hospital Clínico San Borja Arriarán, contesta el libelo, tal como se adelantó en el considerando cuarto, indicando que existe un régimen público administrativo para daños que tengan su origen en un recinto asistencial que integren la red de salud públicos, de naturaleza subjetiva y preferente aplicación; alegando la prescripción de la acción, en relación a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley N° 19.966 en relación al artículo 2514 del Código Civil, ya sea que se cuente desde la primera o segunda intervención, a la fecha de notificación del libelo; para luego referirse a la supuesta responsabilidad objetiva, la inconcurrencia de los presupuestos de la responsabilidad invocada, la situación particular de los dispositivos médicos empleados, los daños, entre otros aspectos;

DÉCIMO QUINTO: Que, de acuerdo al artículo 4 de la Ley N° 18.575, “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que las hubiese ocasionado”. Por su parte, el artículo 42 del referido texto legal dispone: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.



Al efecto, y como lo ha señalado la Excma. Corte Suprema, en fallo de cinco de octubre de dos mil doce, Rol N° 1328-2009, “la falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, vale decir, el fundamento jurídico en cuya virtud los costos de los daños sufridos por un particular son asumidos por aquélla... Así, la “falta de servicio”, configura una presunción de culpa que opera por el solo hecho de que el servicio no funcione debiendo hacerlo, o lo haga imperfectamente o con retardo. [De este hecho se deduce la culpa de la Administración, debiendo ésta, y no el dañado, acreditar que se ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Se trata, por ende, de una presunción simplemente legal, en todo equivalente a las presunciones establecidas en el artículo 2329 del Código Civil. Probablemente sea por esta razón por la que se ha pensado erradamente en un régimen de responsabilidad objetiva sin que exista norma que lo determine. Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual del Estado se impone directamente y sobre la base de una presunción de culpa que puede desvanecerse siempre que se pruebe un caso de fortuito u otra causal de justificación”.

También en fallo de la Illma. Corte de Apelaciones de Concepción de 11 de agosto de 2004, se dejó establecido “Que, la responsabilidad que se imputa a la entidad demandada sólo puede ser indagada a través de la noción o teoría de la “falta de servicio público” la que en términos simples importa todo mal funcionamiento del servicio... Que existe consenso que hay falta de servicio en las siguientes situaciones: a) Cuando no ha funcionado, existiendo el deber funcional de actuar; b) Cuando el servicio ha funcionado, pero deficientemente, y c) Cuando ha funcionado, pero tardíamente...” (Alejandra Aguad Deik, Javier Barrientos Grandón, Leonor Etcheberry Court, Iñigo de la Maza Gazmuri, Carlos Pizarro Wilson, “Jurisprudencia Civil Comentada”, Editorial AbeledoPerrot, Primera Edición, año 2011, pág. 130)

Al respecto, los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic han señalado: “La responsabilidad de un médico, cirujano, dentista o matrona por los daños que cause al paciente que ha contratado sus servicios, ya por negligencia o por imprudencia en su cuidado, como si omite indicarle las precauciones esenciales que su estado exige o los riesgos o consecuencias que puede acarrear la operación o el tratamiento que le aconsejó, o lo abandona sin justo motivo durante la enfermedad o tratamiento, ya con la medicina que le ha prescrito o con el tratamiento u operación a que lo someta, debido a ignorancia o error en el diagnóstico o en la ejecución de la operación, es contractual. Los servicios de estos profesionales se sujetan a las reglas del mandato (art. 2118) y a las que rigen el arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarias a aquéllas (art. 2012). Según las primeras, el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo y esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandato remunerado (art. 2129).



Según las otras, habrá lugar a la reclamación de perjuicios en conformidad a las reglas generales de los contratos siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido (art. 1999 aplicable a este caso por los arts. 2006 y 2012). Luego incumbirá al médico, cirujano, dentista o matrona probar que el daño sufrido por el paciente no le es imputable, esto es, que al hacer el diagnóstico o en la operación o tratamiento empleó la debida diligencia o cuidado y que si el daño sobrevino, fue por un caso fortuito de que no es responsable o por culpa del paciente; que no hubo negligencia en los cuidados que le prestó; que tuvo justo motivo para no seguir prestándole sus servicios, etc (art.1547, inc. 3º)” (Alessandri, Somarriva, Vodanovic, “Tratado De Las Obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición ampliada y actualizada, año 2010, pág. 376, 377), responsabilidad que se hace extensiva al servicio de salud que presta el servicio en conformidad al artículo 2320 del Código Civil;

DÉCIMO SEXTO: Que, “por otra parte, el sujeto pasivo de la responsabilidad, no es sólo el profesional que ejerce libremente su profesión, hoy se deducen demandas contra los hospitales públicos y privados, contra el estado, contra los Servicios de Salud, los laboratorios clínicos e incluso las Isapres. Es por esto que los autores han abandonado el término “responsabilidad médica”, utilizando un nuevo concepto, que es comprensivo de un mayor número de supuestos de hecho: “la responsabilidad sanitaria”. El paciente llega a un médico de una manera directa o indirecta, inmediata o mediata, como consecuencia de una situación nueva, originada en un acuerdo personal o como consecuencia de un acuerdo preexistente, que crea en el médico el deber de atender a determinados pacientes, unido a otro convenio por el cual el eventual paciente adquiere el derecho de reclamar la atención de determinados profesionales” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, “La Responsabilidad Civil Médica en la Doctrina y en la Jurisprudencia”, DEPESEX/BCN/SERIE ESTUDIOS AÑO XIII, N° 277, Santiago de Chile, junio de 2003).

En el sector privado de salud, desde el punto de vista jurídico, se pueden visualizar tres escenarios en los cuales se desarrolla la actividad sanitaria, a saber: a) La actividad médica ejercida por los establecimientos privados de salud; b) La actividad médica ejercida en forma privada, dentro de los Hospitales Públicos, y c) Las prestaciones médicas que se realizan en forma colectiva, por lo que se llama “equipo médico”.

“Ahora bien, una persona es civilmente responsable, cuando queda obligada a reparar o indemnizar un daño sufrido por otra. Esta responsabilidad puede provenir del incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, que puede producir perjuicios al otro contratante, acreedor de la obligación infringida y es lo que se



denomina responsabilidad contractual. También puede resultar de la perpetración de un hecho ilícito que ha provocado daño, ya sea, intencionalmente, o bien, por descuido o negligencia, es decir de la comisión de un delito o cuasi delito, llamada delictual o aquiliana o extracontractual” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, op. Cit.)

Al efecto, los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalan: “La responsabilidad de los médicos, cirujanos, dentistas, farmacéuticos y matronas, será, además, delictual o cuasidelictual si el hecho constituye, según el caso, un delito o cuasidelito previsto por el art. 491 del C.P. En tal evento, la víctima tendrá a su disposición una doble acción: la derivada del contrato y la derivada del delito o cuasidelito. Y será exclusivamente extracontractual: a) Si dichos profesionales causan un daño por dolo o culpa a quien prestan sus servicios por amistad o por espíritu curativo o de beneficencia, sin ningún fin de lucro. Como en el caso del transporte benévolo, ni el profesional que presta sus servicios en esta forma, ni el paciente que los acepta o demanda, obran con la intención de obligarse contractualmente; b) Si con la muerte o las lesiones ocasionadas al paciente causan daño a un tercero, por ejemplo, a las personas que vivían a expensas de aquél, quienes en lo sucesivo se verán privadas de ayuda, a condición, naturalmente, de que tales personas invoquen su propio daño, puesto que entonces ningún vínculo jurídico las liga con el autor del daño. En cambio, si invocan su calidad de herederos del difunto, la responsabilidad del médico y demás profesionales a que nos estamos refiriendo sería contractual...; y c) En general, cuando con cualquier acto de su profesión, ejecutado con dolo o culpa, dañan a un tercero con el que no están ligados contractualmente, como si por dolo o culpa otorgan un certificado inexacto que causa perjuicios a persona distinta de quien lo solicitó o se niega a prestar sus servicios a quien los requiere en caso de peligro inmediato, pudiendo prestarlos, y de ello se sigue la muerte del paciente” (Alessandri, Somarriva, Vodanovi, op. cit., págs. 377, 378);

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, conforme a las alegaciones de las demandadas, procede en primer término, referirnos a la hipótesis de prescripción, invocada por ambas.

Que, en cuanto a la excepción de prescripción de la acción opuesta por las demandadas y respecto de la cual nada señaló la contraria en su oportunidad, al tenerse por evacuada la réplica en su rebeldía, cabe señalar que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales, y se encuentra tratada en el Código Civil, en los artículos 2492 y siguientes.



Que la prescripción se inserta en un sistema jurídico proteccional que tiene como objetivo principal el otorgar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas que ligan a los sujetos de derecho y la debida tutela o protección de los mismos, instando en definitiva a que los partícipes de dichas relaciones no se hallen vinculadas en forma indefinida, provocando con ello incertidumbre y falta de consolidación de las diversas situaciones jurídicas.

Si bien el ordenamiento, por una parte otorga la protección al acreedor, facultando al sujeto activo para exigir de aquel que le garantice el ejercicio pacífico y en definitiva la eficacia de su derecho; protege a su vez al sujeto pasivo de la relación estableciendo con normas de orden público el real alcance y permanencia del deber que de esta relación emana.

La prescripción extintiva o liberatoria, permite la estabilidad de los derechos dando seguridad jurídica y, en definitiva se constituye en un castigo para el actor negligente que no hace valer sus derechos en el tiempo que fija la ley.

Tratase de una institución universal de orden público, puesto que cuando la ley estima que determinada relación jurídica amerita no extinguirse a través de la prescripción liberatoria, lo señala expresamente, como en la acción de reclamación de estado civil, la acción de partición, etc.

Que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 2514 del Código Civil, la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos, exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, agregando el inciso segundo del mismo artículo que dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

Que a su turno, el artículo 2493 de nuestro código sustantivo, prescribe que “El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio”;

DÉCIMO OCTAVO: Que, de acuerdo al artículo 2332 del Código Civil, “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”. Plazo idéntico establece el artículo 40 de la Ley N° 19.966.

Por su parte, el artículo 2518 del Código Civil dispone en su inciso final que la prescripción “Se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2503”.

Que, luego, en el caso sub lite, el hecho dañoso tuvo lugar con las intervenciones quirúrgicas de 20 de julio de 2013 y 24 de agosto del mismo año, en tanto, la demanda se notificó válidamente a los demandados, con fecha 14 de diciembre de 2017, esto es, habiendo transcurrido más de 4 años.



No obstante, es preciso recordar que de acuerdo al artículo 45 de la citada ley N° 19.966: “El plazo total para el procedimiento de mediación será de sesenta días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado; previo acuerdo de las partes, este plazo podrá ser prorrogado hasta enterar ciento veinte días, como máximo. Si dentro del plazo original o prorrogado no hubiera acuerdo, se entenderá fracasado el procedimiento y se levantará un acta, que deberá ser firmada por ambas partes. En caso que alguna no quiera o no pueda firmar, dejará constancia de ello el mediador, quien actuará como ministro de fe. ***Durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiera lugar***”.

Luego, se desarrollaron 2 procesos de mediación, uno en contra del médico que participó en la intervención, dr. Ruiz Tevah, entre el 28 de julio y 27 de octubre, ambos de 2013; y otro en contra del hospital San Borja Arriarán, entre el 09 de septiembre de 2013 y el 25 de marzo de 2014, período en el cual debe entenderse suspendido todo plazo de prescripción, razones por las cuales no se cumplen los presupuestos jurídicos que hacen procedente la institución de la prescripción, debiendo procederse a su rechazo;

DÉCIMO NOVENO: Que, en cuanto al régimen aplicable y más allá de las consideraciones que se efectuarán respecto de la participación de cada uno de los demandados, es un hecho de la causa que la actora, sra. María Luisa Gamboa Valdés, luego de la intervención quirúrgica de 20 de julio de 2013, efectuada por el dr. Miguel Dennis Ruiz Tevah, representante de la sociedad Oftalmed Ltda., contratada por el Hospital San Borja Arriarán, de acuerdo a Licitación Pública para llevar a efecto determinadas prestaciones oftalmológicas, resultó con pérdida de visión del ojo derecho, aún después de realizarse una segunda intervención, al haberse suministrado un producto defectuoso y respecto del cual se dio alerta tanto nacional, el 27 de agosto de 2013, como internacional, disponiéndose en el primer caso, por el ISP, su retiro y no utilización en nuestro país.

Que, no obstante ello, lo cierto es que el prestador del servicio corresponde al Hospital San Borja Arriarán, institución que externalizó sus procedimientos, mediante la contratación de terceros, en este caso la Sociedad Oftalmológica Ltda., que se haría cargo de las intervenciones y suministros médicos, que se detallan en el acuerdo.

Luego, si bien la demandada Hospital San Borja Arriarán, no intervino directamente en la prestación del servicio y/o entrega de los suministros e insumos, lo cierto es que, se reitera, externalizó los mismos, no pudiéndose abstraer de su responsabilidad por el solo hecho de encontrarse vinculada contractualmente con un tercero, en conformidad a la cláusula 20 del contrato (ibook página 300), que dispone: “La Empresa declara que responderá frente a terceros y al Hospital, por los daños



«RIT»

Foja: 1

que pueden causar los servicios suministrados, en virtud del presente contrato”. Lo anterior, sin perjuicio de las eventuales acciones que pueda ejercer el Hospital en contra de sociedad Oftalmed Ltda.

Que, así las cosas, habiéndose utilizado un producto defectuoso en la intervención quirúrgica oftalmológica de la sra. María Luisa Gamboa Valdés, por parte de la sociedad contratada por el Hospital San Borja Arriarán, que trajo como consecuencia la pérdida de visión de su ojo derecho, estima esta magistrado que se cumplen los presupuestos de falta de servicio por parte del referido Servicio Público, lo anterior en conformidad a las normas legales citadas y disposiciones de la Ley N° 19.966;

VIGÉSIMO: Que, luego y antes de analizar las restantes alegaciones y defensas de las partes, estima esta magistrado que no existe reproche en el actuar del médico interviniente en su calidad de persona natural, sr. Ruiz Tevah, desde que la externalización del servicio se radicó en un tercero, la **Sociedad Oftalmed Ltda.** -sin perjuicio de tener presente al momento de resolver que el referido sr. Ruiz Tevah, corresponde a su representante legal-, no observándose hipótesis de solidaridad a su respecto, máxime cuando el resultado dañoso dice relación con un producto defectuoso, lo cual escapa a su ámbito médico y expertiz, conforme lo observado en documento agregado como medida para mejor resolver y que corresponde a un informe evacuado ante otro Tribunal por un caso análogo, así como lo declarado por el testigo sr. Antonio Cornejo, quien concurrió a estrados a deponer por el demandado sr. Ruiz Tevah, estimándose que no concurre hipótesis de responsabilidad a su respecto, y que, por el contrario, debió perseguirse la responsabilidad del prestador externo, lo que en todo caso escapa al ámbito de pronunciamiento de este Tribunal, considerando la forma en que se trabó la litis, resultando inoficioso referirse a las demás alegaciones de esta parte, por inconducente;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, luego, al estar acreditada la responsabilidad de la demandada Hospital San Borja Arriarán, por ser la obligada a la prestación del servicio, el que, se reitera, fue delegado en terceros, mediante contrato de servicios quirúrgicos de virectomías, fotocoagulación y consulta retinólogo, se procederá a analizar los perjuicios reclamados, que la actora avalúa en \$36.000.000 por concepto de lucro cesante, a razón de una remuneración mensual de \$300.000 por un período de 10 años y \$300.000.000 por concepto de daño moral.

Que, al efecto, cabe señalar que el lucro cesante ha sido definido como la pérdida de la legítima ganancia esperada.

Que, en cuanto al daño moral, ha de señalarse que para que surja la obligación de indemnizar los perjuicios, y pese su particular naturaleza, éste debe ser



probado por quien lo reclama, toda vez que constituye un presupuesto para el origen de la responsabilidad civil.

Así la indemnización del daño moral requiere que el mismo sea cierto, vale decir, que sea real y no hipotético, el que deberá ser demostrado por los medios de prueba legalmente establecidos por nuestro ordenamiento jurídico.

El daño moral consiste, equivale y tiene su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona. Se toma el término dolor en un sentido amplio, comprensivo del miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral ocasionado por el hecho dañoso.

También puede ser entendido, tal como lo hace el profesor René Abeliuk Manasevich como un menoscabo de un bien no patrimonial, en cuanto dolor, pesar, angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos, consecuencias del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo.

“El daño moral consiste en la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima, que son aquellos que afectan a la persona y lo que tiene la persona pero que es insustituible por un valor en moneda, desde que no se puede medir con ese elemento de cambio” (José Luis Díez Schwerter. El daño extracontractual. Editorial jurídica de Chile, pág. 88);

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, hechas las precisiones anteriores, procede desestimar la demanda en cuanto a indemnización del lucro cesante, desde que la actora, no rindió prueba alguna al efecto, relativa al hecho de prestar servicios remunerados con anterioridad a las intervenciones quirúrgicas de autos, así como tampoco su tiempo de ocupación laboral o eventual remuneración percibida, no aportando antecedentes relativos, por ejemplo, a cotizaciones previsionales, boletas de honorarios, o al menos declaración de testigos u otros medios de prueba a objeto de ser ponderados en forma legal por este Tribunal;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, luego, si bien no consta en autos prueba relativa al daño moral sufrido por la pérdida de la visión del ojo derecho, no es menos cierto que éste, y como lo ha determinado la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, puede desprenderse de ciertos hechos, dando lugar a las presunciones judiciales.

Así, por ejemplo, resulta evidente a juicio de esta magistrado que la demandada, sra. María Luisa Gamboa Valdés, quien al momento de los hechos (año 2013) tenía 66 años de edad, ha sufrido un daño irreparable producto de la pérdida de visión de uno de sus ojos, lo que evidentemente genera pesar y aflicción, y afecta aspectos típicos y básicos de la vida cotidiana, al verse disminuido su campo visual y



«RIT»

Foja: 1

autovalencia, viéndose afectada igualmente en lo estético, por las consecuencias inherentes a la pérdida de visión y desprendimiento de retina y cómo aquello afecta la musculatura ocular.

Que, por todo lo anterior, el daño moral será avaluado prudencialmente en la suma de \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos), con más reajustes de acuerdo a la variación que experimente el índice de precios al consumidor e intereses corrientes para operaciones no reajustables, ambos contados desde la fecha de notificación del presente fallo y hasta el pago efectivo, rechazándose en lo demás;

VIGÉSIMO CUARTO: Que la restante prueba rendida y no pormenorizada precedentemente en nada altera lo concluido por esta magistrado;

VIGÉSIMO QUINTO: Que, atendido lo dispuesto por el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, estimando esta magistrado que respecto del demandado Miguel Dennis Ruiz Tevah, la actora ha litigado con motivo plausible; y que respecto de la demandada Hospital San Borja Arriarán, aquella no ha resultado totalmente vencida, cada parte soportará sus costas.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 144, 160, 170, 254, 342, 346, 358, 384 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; 1698, 2314, 2332, 2503 y siguientes del Código Civil; Leyes 18.575 y 19.966; y demás normas pertinentes, se declara que:

I.- Se rechaza, sin costas, la excepción de prescripción de la acción deducida por las demandadas, con fecha 19 de febrero de 2018, a folios 17 y 18;

II.- Que se acoge parcialmente la demanda principal deducida por la sra. María Luisa Gamboa Valdés, con fecha 15 de septiembre de 2017, a folio 1, en contra del **Hospital San Borja Arriarán**, sólo en cuanto se condena a este último al pago de la suma única y total de **\$50.000.000** (cincuenta millones de pesos) por concepto de daño moral, con más los reajustes e intereses referidos en el motivo vigésimo tercero, rechazándose en lo demás;

III.- Que se rechaza la demanda deducida en contra del demandado **sr. Ruiz Tevah**;

IV.- Que cada parte soportará sus propias costas.

Regístrese, notifíquese y archívense los autos, en su oportunidad.

Rol N° C-25.651-2017.

Pronunciada por doña **Soledad Araneda Undurraga**, Juez Titular.

Autoriza doña **Daniela Ramírez Marambio**, Secretaria Interina.



«RIT»

Foja: 1

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. En **Santiago, veintiuno de Abril de dos mil veintiuno.-**



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 04 de abril de 2021, 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>