

Santiago, dieciséis de diciembre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

En los autos de esta Corte Rol N° 14.328-2021, caratulados "Fernández Quiñimil, Richard Boris y otros con Hospital Exequiel González Cortés", provenientes del Segundo Juzgado Civil de San Miguel, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios por falta de servicio, se dictó sentencia de primera instancia que rechazó la demanda en todas sus partes.

Para la adecuada exposición de los hechos materia de autos, es útil destacar que don Richard Boris Fernández Quiñimil, por sí y en representación de doña Patricia Angélica Quezada Mora y de su hijo de iniciales R.N.F.Q., dedujo demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio en contra del Hospital Exequiel González Cortés fundado en que el hijo de ambos, de 15 años a la fecha de interposición de la demanda, padece de la enfermedad de Hirschsprung, que afecta su tránsito intestinal. Expone que dicha enfermedad fue detectada cuando tenía tres años de edad, motivo por el que fue colostomizado en el año 2006, a la edad de cuatro años, fecha desde la cual han requerido la atención de diversos médicos del demandado, en busca de ayuda, atención y consejo, para que lograr avances en el estado de salud de su hijo. Explica que el cuerpo de este último se encuentra desfigurado, atendida la gran cantidad de



cirugías a que ha sido sometido, y en tal sentido añade que fue recolostomizado a la edad de 10 años y que, posteriormente, se le instaló un drenaje como consecuencia de las infecciones generadas por las fístulas que padeció, todo lo cual le produjo fibrosis interglútea y hemorragias debido a la mala manipulación de enfermería, a lo que agrega que tampoco hubo observación médica y que no se le hicieron curaciones por enfermería, causando que su salud empeorara cada día.

Señala que, en esas condiciones, durante el año 2015 viajaron a México y que, si bien allí se le prestó una buena atención médica, presentando cambios favorables, añade que, tras una biopsia, fueron halladas células cancerígenas y bacterias, circunstancia que fue explicada como una consecuencia de las múltiples cirugías y de la excesiva manipulación sufrida por su hijo. Agrega que, incluso más, en México se les indicó que R.N.F.Q., debido, entre otras conductas, a las diversas intervenciones e infecciones sufridas, así como a la permanente manipulación del área, se contagió del virus del papiloma humano.

En cuanto a la falta de servicio que reprocha al demandado, sostiene que consiste en la prestación de un servicio asistencial imperfecto, tal como lo pone de manifiesto el negligente actuar de los dependientes del centro de salud público demandado, quienes no emplearon



los procedimientos pertinentes en atención a las circunstancias del caso concreto. Subraya que la referida negligencia se materializó en la aplicación de diversos tratamientos y cirugías inadecuados para la enfermedad de su hijo, en torno a lo cual destaca que el hospital demandado no sólo debió brindar a Richard Nicolás el tratamiento idóneo para su condición de salud, sino que, además, debió evitar la infección de las heridas generadas por las intervenciones quirúrgicas practicadas, así como cualquier contaminación de los instrumentos utilizados en su tratamiento. En este sentido recalca que, asimismo, el demandado debió realizar curaciones de manera periódica a su hijo, a quien no pudo negar, en caso alguno, la atención y el tratamiento idóneos, ni mucho menos las curaciones necesarias para evitar la infección y la agravación de su estado de salud, pese a lo cual, desde el año 2006, tanto los médicos como el personal tratante, se han negado a hacer curaciones de manera periódica a su hijo y a brindarle el tratamiento necesario, tanto para sanarlo como para evitar su sufrimiento. Sostiene, por último, que, como consecuencia de las numerosas intervenciones y de la permanente manipulación del área afectada, su hijo se contagió del virus del papiloma humano.

Expuesto lo anterior recalca que los hechos descritos causaron perjuicios a los demandantes, los que



hace consistir, por una parte, en daño emergente, cuya reparación estima en \$26.749.342, y, por otro lado, en daño moral, que sólo sería compensado, a su juicio, con el pago de una indemnización ascendente a \$50.000.000 para cada uno de los demandantes.

La sentenciadora de primer grado desestimó la demanda fundado en que los hechos acreditados en autos no demuestran que la demandada incurriera en una falta de servicio que haya causado daños a los actores, considerando que la parte demandante no logró probar que Richard Nicolás recibiera una atención médica que no fuera la adecuada y correspondiente al problema de salud que le aflige y, además, que las atenciones que le han sido otorgadas no se hayan ajustado a la *lex artis*, en especial porque los procedimientos adoptados a su respecto a contar del año 2006, dada su extrema especialidad, no pueden ser debidamente calificados por la juzgadora.

En lo que atañe a la imputación, como falta de servicio, de haber sido contagiado con el virus del papiloma humano debido a la atención prestada por el personal del demandado, concluye que ello tampoco fue probado, considerando en particular que virus no presenta una vía de contagio única.

Finalmente, consigna que, si bien Richard Nicolás fue atendido exitosamente en el extranjero, resulta



igualmente irrefutable que su mejoría fue temporal, circunstancia que torna creíble la alegación del hospital demandado en el sentido de que la enfermedad que afecta al citado paciente ha sido abordada, dada su complejidad, con el tratamiento existente conforme el estado actual de la ciencia médica del área.

En contra de dicha decisión los actores dedujeron recurso de apelación, a propósito de cuyo conocimiento la Corte de Apelaciones de San Miguel confirmó la sentencia de primer grado, sin introducir modificaciones en ella.

Respecto de tal determinación, los demandantes dedujeron recurso de casación en el fondo, para cuyo conocimiento se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente acusa que la sentencia transgrede el artículo 38 de la Constitución Política de la República, los artículos 4 y 44 de la Ley N° 18.575 y el artículo 38 de la Ley N° 19.966, en tanto descarta la falta de servicio imputada al demandado por el sólo hecho de considerar insuficiente la prueba rendida, sin analizar la naturaleza y calidad de las atenciones prestadas por el hospital demandado, lo que permitiría determinar si hay falta de servicio o no.

Asevera que la falta de servicio de que se trata, por actuación tardía, se manifiesta en tres situaciones diversas: en una tardía determinación de la enfermedad



específica que aquejaba al paciente a los tres años de edad; en la defectuosa operación realizada en el año 2006, la que generó gravosos problemas y numerosas concurrencias a aseos quirúrgicos e intervenciones, en lugar de lograr algún tipo de avance o mejoría en la condición que padecía, y, por último, en la falta de diagnóstico del virus del papiloma humano, que fue detectado en el Hospital de Puebla, en México.

Subraya que la falta de servicio por diagnóstico tardío impide un tratamiento oportuno y se configura cuando existe una demora injustificada en la diagnosis, que no permite realizar tratamientos y acciones para paliar la enfermedad, a la vez que impide agotar todos los medios idóneos y necesarios.

Expone, por último, que muchas veces resulta difícil, por no decir imposible, probar que la actuación de la Administración ha sido deficitaria, situación que, según manifiesta, tiene mucho que ver con la posición del individuo ante el Estado, contexto en el cual el profesor Arturo Alessandri Rodríguez sostuvo que "la lucha en tales condiciones es bien desigual y seguramente se decidirá en perjuicio de la víctima, no obstante ser la más acreedora a protección".

SEGUNDO: Que, según asevera, las infracciones antes anotadas tuvieron influencia sustancial en lo dispositivo



del fallo, puesto que, de no haberse incurrido en ellas, se habría acogido la demanda intentada por su parte.

TERCERO: Que los magistrados del mérito tuvieron por establecidos como hechos de la causa los siguientes:

A.- R.N.F.Q. padece de la enfermedad de Hirschsprung, padecimiento que fue detectado cuando tenía tres años de edad y que derivó en que fuera colostomizado en el 2006, teniendo cuatro años de edad.

B.- Entre el año 2006 y el mes de septiembre de 2019 R.N.F.Q. fue atendido por diversos especialistas en el Hospital Exequiel González Cortés, en áreas tales como cirugía, infectología, inmunología, genética, gastroenterología, dermatología, kinesiología y psiquiatría-psicología.

C.- A los diez años de edad fue recolostomizado y, desde que tenía cinco años, ha presentado fístulas, habiendo sido ingresado a pabellón con la finalidad de realizar aseos quirúrgicos y operaciones de fístulas en múltiples ocasiones, las que reaparecen.

D.- En septiembre del año 2015 R.N.F.Q. fue llevado por sus padres al Centro Colorrectal para Niños ubicado en la República de México, centro de atención en el que se estableció que se había contagiado con el virus del papiloma humano, cuyas formas de transmisión son múltiples e incluyen, entre otras, la que puede acontecer



en procedimientos quirúrgicos, del paciente al personal médico.

En ese lugar, además, fue atendido por un experto en cirugía colorrectal pediátrica, el médico Luis de La Torre, siendo intervenido quirúrgicamente en tres ocasiones, con lo que se logró el cierre, de manera progresiva y completa, de la herida sagital posterior que presentaba, pese a lo cual, al mes de arribar al país fue reoperado en el hospital demandado porque reaparecieron las fístulas que habían sido intervenidas en el extranjero.

E.- Los demandantes señor Richard Boris Fernández Quiñimil y señora Patricia Angélica Quezada Mora son padres de R.N.F.Q., quien, a la fecha de interposición de la demanda, tenía 15 años de edad.

F.- La complicación del demandante no ha cedido a tratamientos habituales y ha obligado a terapias quirúrgicas más agresivas para evitar complicaciones mayores que lo pondrían en riesgo.

G.- Entre el año 2006 y el año 2019 R.N.F.Q. ingresó en más de 20 oportunidades a pabellón en el hospital demandado, tanto para practicar aseos quirúrgicos como correcciones colorrectales; asimismo, y aun cuando se han practicado biopsias, estudios inmunológicos, estudios genéticos y resonancias magnéticas, se mantiene la



presencia de fístulas perianales recurrentes con secreción e infección.

H.- Al menos en dos ocasiones, en marzo de 2016 y en marzo de 2018, se realizaron reuniones multidisciplinarias en el hospital demandado y en la última se plantearon las posibilidades diagnósticas relativas a su padecimiento.

I.- Después de su regreso al país, Richard Nicolás continuó siendo atendido en el nosocomio demandado y, además, fue presentado en la unidad de Coloproctología de adultos del Hospital Barros Luco Trudeau, para la continuación de sus tratamientos una vez cumplida la mayoría de edad.

Por último, dejaron explícitamente asentado que los hechos acreditados en autos no demuestran que el demandado haya incurrido en una falta de servicio que haya causado daños a los demandantes, pues no se demostró que Richard Nicolás recibiera una atención médica que no fuera la adecuada y correspondiente al problema de salud que lo aqueja.

CUARTO: Que la responsabilidad del Estado en materia sanitaria se genera por la existencia de falta de servicio, factor de imputación que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que



ello concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente.

Al respecto, resulta útil tener presente que los dos primeros incisos del artículo 38 de la Ley N° 19.966 establecen que: *“Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.*

El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio”.

QUINTO: Que esta Corte ha sostenido previamente, respecto del artículo 38 de la Ley N° 19.966 (por ejemplo, en autos rol N° 355-2010 y 20.723-2018), que el estudio de la historia fidedigna del Título III de la citada ley, en el que se encuentra considerado el citado precepto, permite aseverar que la inclusión dentro de la ley de la responsabilidad del Estado en materia sanitaria obedeció a la intención específica del legislador de regular esta materia especial siguiendo los lineamientos del artículo 42 de la Ley N° 18.575, pues efectivamente dicho título estableció, del mismo modo que la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que la responsabilidad de éste nace de la falta de servicio, que no es otra que el actuar defectuoso de los Servicios de Salud.



SEXTO: Que, en este contexto, cabe consignar que la falta de servicio corresponde a toda acción u omisión de la administración que genere daños para el administrado y en que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio. Frente a ello se pretende restringir la responsabilidad exigiendo un patrón de comparación adicional de normalidad, para situar la apreciación del factor de imputabilidad en concreto y no en abstracto, para lo cual se acude a dos factores diversos. Por una parte se adopta el criterio de normalidad del sistema, que sólo exige probar que el daño es producto de la actuación de la Administración, a la que cabe demostrar las causales de exclusión producto de su obrar normal o exento de reproche y, además, que el daño sufrido por el particular se encuentra comprendido en el que debe soportar normalmente una persona que viva en sociedad, puesto que la administración no se ha apartado de un comportamiento apropiado, mediano o estándar. Por otro lado, se invoca la noción de falla o falta de servicio, constituida simplemente como un defecto objetivo en el obrar, exenta de aspectos subjetivos, tales como equivocación, desacierto, incorrección, etc.

Desde tal perspectiva, aparece con nitidez que una ponderación objetiva y abstracta de la falla resulta determinante, puesto que la visión restrictiva de la responsabilidad siempre buscará estar a la situación



precisa, sin atender a las motivaciones que excedan tal contexto. En cambio, la apreciación objetiva pondera las condiciones en que debió prestarse el servicio y las compara con aquellas en que efectivamente se hizo, dados los criterios de cuidado, confianza, tutela y garantía que pesan sobre el Estado Administrador, servicio que debe ser examinado, entonces, no sólo en sus causas próximas o inmediatas si no en todas aquellas que condujeron a la producción del daño.

Así las cosas, ante un defecto en el obrar se podrá argumentar que el servicio no atendió adecuadamente un requerimiento por no contar con las condiciones técnicas o humanas necesarias; sin embargo, corresponde ponderar si, en un servicio público moderno, es factible que esas condiciones estén disponibles para que éste actúe correctamente, aspecto que importará decidir si es o no factible prescindir de ellas. Esa es la determinación inicial, ante una acción u omisión que origina daño a un administrado se debe precisar si la administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El sólo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio de la Administración; por otro lado, si ésta actuó se comparará su proceder con el exigido a un servicio moderno, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar.



SÉPTIMO: Asentado lo anterior, se ha de examinar la situación ocurrida en el caso concreto a que alude la presente litis, análisis que debe realizarse subsumiendo los supuestos fácticos determinados por los jueces del grado en la normativa aplicable.

En la especie, de los antecedentes descritos en el fundamento tercero se desprende que el Hospital Exequiel González Cortés no dio debido cumplimiento a sus obligaciones de atención de salud respecto de la que se prestó al paciente R.N.F.Q., en lo que atañe, específicamente, a la detección del contagio del virus del papiloma humano que fue advertido solamente en el Centro Colorrectal para Niños ubicado en la ciudad de Puebla, República de México, con ocasión del viaje que los actores efectuaron a ese lugar en el mes de septiembre del año 2015.

OCTAVO: Que, al respecto, resulta necesario consignar, en primer lugar, que constituyen hechos de la causa, al tenor de lo establecido en los fallos de primera y de segunda instancia, que, aun cuando R.N.F.Q. ha sido atendido en el Hospital Exequiel González Cortés desde el año 2006, el personal dependiente del demandado no se percató de que el citado paciente padece del virus del papiloma humano, agente viral cuya presencia en su organismo sólo fue notada por el personal sanitario del



Centro Colorrectal para Niños de la ciudad de Puebla en el mes de noviembre del año 2015.

NOVENO: Al resolver, los falladores del mérito descartaron la demanda en esta parte, considerando que los actores no lograron demostrar que el contagio del virus del papiloma humano que afecta a Richard Nicolás sea consecuencia de la atención prestada por el personal del demandado, en particular porque dicho agente no presenta una vía de contagio única.

Sin embargo, y tal como se desprende de la sola lectura de la demanda, la falta de servicio que los actores reprochan al demandado consiste en la prestación de un servicio asistencial imperfecto, negligencia que, a su juicio, se materializó en la aplicación de tratamientos inadecuados para la enfermedad de don Richard Nicolás Fernández Quezada, con lo cual el Hospital Exequiel González Cortés incumplió su deber de brindarle la atención necesaria, tanto para sanarlo como para evitar su sufrimiento.

DÉCIMO: Que, sobre este particular, cabe consignar que, como quedó dicho más arriba, el demandado corresponde a un hospital situado en la ciudad de Santiago, esto es, en la capital de la república, del que es esperable, como manifestación de un servicio moderno, que cuente con los medios materiales y humanos necesarios para afrontar los cuadros de salud y las afecciones más



complejas que se puedan presentar, de manera que, conforme a una apreciación objetiva de las condiciones en que se debió prestar el servicio en examen, es dable afirmar que el hospital en comento debió disponer de los elementos pertinentes para diagnosticar con claridad todos los padecimientos que afectaban al paciente de que se trata, único medio que habría permitido orientar correctamente el tratamiento aplicable, dada su específica condición.

En otros términos, tratándose de un servicio público moderno, situado en la ciudad más importante del país, es razonable esperar que cuente con los medios idóneos para agotar las actuaciones y procedimientos pertinentes a fin de establecer con detalle y cabalmente las afecciones que aquejan a su paciente, pues sólo a partir de esa base podrá otorgar a dicha persona las atenciones adecuadas que su condición requiere.

DÉCIMO PRIMERO: Que, todavía más, es posible observar que, para el cumplimiento del fin anotado en el fundamento que precede, no basta con la mera realización de exámenes y otros procedimientos materiales, sino que, además, se requiere de manera imprescindible una actuación oportuna, completa y debidamente coordinada de los profesionales del citado establecimiento.

En efecto, los diversos profesionales que han intervenido en la atención de don Richard Nicolás



Fernández Quezada no sólo han debido desplegar, de manera individual, sus mejores esfuerzos para atender a dicho paciente, sino que, además, han debido aunar su labor, coordinando, mediante la realización periódica de juntas médicas, sus conocimientos, pericia y habilidades para orientar, de la mejor forma posible, la atención dispensada al referido señor Fernández Quezada.

Empero, en autos sólo se acreditó la realización de dos juntas médicas, específicamente en los meses de marzo de los años 2016 y de 2018, actividad que resulta evidentemente insuficiente para el fin señalado más arriba, considerando la complejidad de la condición de salud del señor Fernández Quezada y el largo tiempo transcurrido desde el comienzo de su atención en el nosocomio demandado, contexto en el que no es posible comprender el porqué de semejante omisión, máxime si las dos efectivamente realizadas sólo se concretaron tras el retorno de Richard Nicolás al país y después de que se detectara, en el Centro Colorrectal para Niños de la ciudad de Puebla, que había contraído el virus del papiloma humano.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, así las cosas, resulta evidente que el Hospital Exequiel González Cortés incurrió en la falta de servicio reprochada, desde que la actuación negligente del personal de su dependencia se tradujo en que no se advirtiera oportunamente que el menor se



encuentra afectado por el virus del papiloma humano, pese a que dicho paciente es atendido en ese nosocomio desde el año 2006, condición que, sin embargo, sólo pudo ser detectada con ocasión de la atención que recibió en el Centro Colorrectal para Niños de la ciudad de Puebla, durante el año 2015.

En efecto, aun cuando pesaba sobre el demandado, y sobre los profesionales de la salud que de él dependen, el deber de desplegar todos sus esfuerzos, conocimientos y capacidades para establecer, con claridad y precisión, la totalidad de los padecimientos que afectaban al señor Fernández Quezada, como medio indispensable para entregar una atención adecuada a su particular condición, ya sea mediante la práctica de los exámenes y procedimientos pertinentes o a través de la realización periódica y oportuna de juntas médicas que abordaran el caso de que se trata, es lo cierto que tales conductas no se verificaron en la especie, desde que en dicho nosocomio no se detectó la presencia del virus del papiloma humano que lo aquejaba. Dicho negligente proceder constituye, precisamente, la falta de servicio que sirve de sustento a la demanda, en cuanto por ella se reprocha al demandado la prestación de un servicio asistencial imperfecto, consistente en la aplicación de tratamientos inadecuados para la condición de salud de R.N.F.Q., circunstancia que deriva, como es evidente, de un diagnóstico incompleto,



parcial e insuficiente, como el de autos, que ignoró el contagio de dicho agente viral.

Lo dicho reviste aun mayor gravedad si se considera la naturaleza y peligrosidad del virus en comento, pues, como surge de los antecedentes de la causa y no ha sido controvertido por las partes, el que padece R.N.F.Q. presenta un alto riesgo de producir procesos oncogénicos y lesiones precursoras de cáncer.

DÉCIMO TERCERO: Que en las anotadas condiciones se ha de dar por establecido que los jueces del mérito han incurrido, efectivamente, en el yerro jurídico que se les reprocha, en tanto concluyen que la falta de servicio de que se trata no concurre en la especie sin advertir que el personal dependiente del demandado no concretó, tal como era su deber, un diagnóstico exhaustivo y cabal de la condición de salud de R.N.F.Q., contexto en el que no era posible que se le otorgara el tratamiento idóneo que la misma requería, con lo que se ha configurado, a diferencia de lo concluido por los juzgadores del mérito, el factor de atribución de responsabilidad que sirve de sustento a la acción materia de autos, desde que los hechos establecidos en la causa dan cuenta de un funcionamiento indebido del servicio demandado.

DÉCIMO CUARTO: Que todo lo expresado permite concluir que el fallo impugnado ha infringido el artículo 38 de la Ley N° 19.966, pues el personal dependiente del



demandado prestó un servicio deficiente a R.N.F.Q., configurándose de este modo el factor jurídico de imputación que exige el ordenamiento jurídico para hacer nacer la obligación indemnizatoria del Estado en materia sanitaria.

DÉCIMO QUINTO: Que el yerro jurídico descrito ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto, de no haberse incurrido en él, los jueces del grado habrían tenido por establecida la responsabilidad del demandado, razón por la cual el arbitrio de nulidad será acogido.

Y teniendo presente, además, lo previsto en los artículos 764, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de quince de febrero de dos mil veintiuno en contra de la sentencia de uno de febrero del mismo año, pronunciada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, la que por consiguiente es nula y es reemplazada por la que se dicta separadamente a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco.

Rol N° 14.328-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por la Abogada Integrante Sra. María



Angélica Benavides C. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro Sr. Carroza por estar con permiso y la Abogada Integrante Sra. Benavides por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.

SERGIO MANUEL MUÑOZ GAJARDO
MINISTRO
Fecha: 16/12/2021 13:41:21

ANGELA FRANCISCA VIVANCO
MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 16/12/2021 13:41:22

ADELITA INES RAVANALES
ARRIAGADA
MINISTRA
Fecha: 16/12/2021 13:41:23



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A. Santiago, dieciséis de diciembre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a dieciséis de diciembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.



Santiago, dieciséis de diciembre de dos mil veintiuno.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivaciones décima séptima a décima novena, que se eliminan.

Se repiten, asimismo, los razonamientos tercero a décimo tercero del fallo de casación que antecede.

Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

1° Que esta Corte ha señalado reiteradamente que la falta de servicio "se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del Servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria". En este sentido, habrá de resaltarse que la omisión o abstención de un deber jurídico de la Administración generará responsabilidad para aquella si se trata del incumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, cuando se constate la ausencia de actividad del órgano del Estado debiendo aquella actividad haber existido, disponiendo de los medios para ello.



2° La falta de servicio que los demandantes imputan al Hospital Exequiel González Cortés radica en la prestación de un servicio asistencial imperfecto, que se refleja, en lo que interesa, en la aplicación de tratamientos inadecuados para la condición que afectaba a R.N.F.Q., a quien no se otorgó la atención idónea tanto para lograr su sanación como para evitar su sufrimiento, a propósito de lo cual mencionan que, debido a las numerosas intervenciones que sufrió y a la permanente manipulación del área afectada, se contagió del virus del papiloma humano.

3° El buen funcionamiento del citado hospital implicaba, en este caso, que, por tratarse de un servicio moderno, situado en la capital de la república, contara con los medios materiales y humanos necesarios para afrontar los cuadros de salud y las afecciones más complejas que se puedan presentar, lo que implicaba disponer de los elementos necesarios para determinar con claridad el diagnóstico de todos los padecimientos que afectaban al paciente de que se trata, pues sólo a partir de una correcta y cabal determinación de su condición de salud era posible orientar correctamente el tratamiento aplicable, dada su específica condición.

Pese a lo expuesto, los hechos asentados por los falladores del mérito demuestran que el personal dependiente del Hospital Exequiel González Cortés actuó



de manera negligente en la atención dispensada a R.N.F.Q., pues, aunque se trataba de un paciente que era atendido en dicho nosocomio desde el año 2006, no se agotaron los medios humanos y materiales requeridos para establecer de manera exhaustiva su estado de salud, lo que suponía diagnosticar la totalidad de las afecciones y enfermedades que lo aquejaban, todo lo cual se tradujo en que no se detectara, oportunamente, que dicho paciente había contraído el virus del papiloma humano, circunstancia que sólo pudo ser establecida con ocasión de la atención que recibió en el Centro Colorrectal para Niños de la ciudad de Puebla, durante el año 2015.

En otros términos, aun cuando pesaba sobre personal de la salud dependiente del demandado el deber de desplegar todos sus esfuerzos, conocimientos y capacidades para establecer, con claridad y precisión, la totalidad de los padecimientos que afectaban a R.N.F.Q., como único medio para entregar una atención adecuada a su particular condición, ya sea mediante la práctica de los exámenes y procedimientos pertinentes o a través de la realización periódica y oportuna de juntas médicas que abordaran el caso de que se trata, es lo cierto que tales conductas no se verificaron en la especie, desde que en dicho nosocomio no se detectó la presencia del virus del papiloma humano que lo afectaba.



4° Dicho negligente proceder constituye, precisamente, la falta de servicio que sirve de sustento a la demanda, en cuanto por ella se reprocha al demandado la prestación de un servicio asistencial imperfecto, consistente en la aplicación de tratamientos inadecuados para la condición de salud del mentado paciente, circunstancia que deriva, como es evidente, de un diagnóstico incompleto, parcial e insuficiente, como el de autos, que ignoró el contagio de dicho agente viral.

En efecto, la compleja condición de salud de R.N.F.Q. exigía que su atención fuera llevada a cabo con la mayor atención y acuciosidad, labor que, implicaba, como se ha dicho, la determinación precisa y completa de todas las afecciones que padecía, sin que sea admisible que, por descuido, falta de previsión o simple negligencia de su personal responsable, no haya sido posible advertir que había contraído el virus del papiloma humano, actuación negligente que implica un mal funcionamiento del Hospital Exequiel González Cortés, configurándose así una falta de servicio en los términos del artículo 38 de la Ley N° 19.966.

Lo dicho resulta aún más evidente y adquiere mayor gravedad si se repara en la naturaleza y peligrosidad del virus en comento, pues, como surge de los antecedentes de la causa y no ha sido controvertido por las partes, el que padece R.N.F.Q., que corresponde al denominado VPH-



58, presenta un "alto riesgo de producir procesos oncogénicos y lesiones precursoras de cáncer".

5° En ese contexto cabe resaltar que la adecuada atención del paciente requería, asimismo, de una actuación oportuna, completa y debidamente coordinada de los profesionales dependientes del demandado.

Para ello el señalado personal de la salud debió desplegar no sólo sus mejores esfuerzos individuales para tratar al paciente en comento, sino que, además, debió aunar su trabajo, coordinando, mediante la realización periódica de juntas médicas, sus conocimientos, pericia y habilidades para orientar, de la mejor forma posible, la atención de que se trata, pese a lo cual sólo consta la realización, en más de diez años, de dos juntas médicas, mismas que, además, sólo comenzaron después de que se estableciera que don Richard Nicolás se hallaba contagiado por el virus tantas veces mencionado, actividad que resulta a todas luces insuficiente para brindar una adecuada atención a este último, considerando la complejidad de su condición de salud, misma que no sólo fue reconocida por el demandado, sino que, además, se encuentra establecida como hecho de la causa.

6° Así establecida la falta de servicio, se deben examinar los restantes requisitos de la responsabilidad demandada, esto es, la relación de causalidad y el daño,



exigencias que, según se analizará, concurren en el caso de autos.

7° Para que se genere responsabilidad por falta de servicio es necesario que entre aquélla y el daño producido exista una relación de causalidad, esto es, un vínculo necesario y directo entre ambos conceptos.

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

Actualmente, la doctrina nacional distingue dos elementos integrantes de la relación de causalidad. El primero es el denominado "elemento natural", en virtud del cual se puede establecer que *"un hecho es condición necesaria de un cierto resultado cuando de no haber existido la condición, el resultado tampoco se habría producido"* (Enrique Barros Bourie, op. cit., página 376).



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

8° En materia sanitaria la certidumbre sobre la relación causal es difícil de establecer, por lo que en estos regímenes de responsabilidad en la mayoría de los casos sólo será posible efectuar una estimación de la probabilidad de que el daño se deba a un hecho o al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual el demandado deba responder.

En el caso concreto, las dificultades para establecer el vínculo causal son aún mayores, atendidos los grados de incertidumbre presentes. En efecto, una vez establecido que el servicio prestado al paciente fue deficiente, no debe perderse de vista que, en definitiva, se desconoce la consecuencia precisa que un diagnóstico y tratamiento oportuno hubiera tenido en su condición de salud, considerando, en especial, que el virus del papiloma humano que lo aqueja corresponde al denominado VPH-58, que presenta un "alto riesgo de producir procesos oncogénicos y lesiones precursoras de cáncer" y que dicha afección, además, puede ser prevenida mediante la oportuna aplicación de una vacuna específica.



Así las cosas, y aun cuando no es posible establecer de modo inequívoco el vínculo de causalidad entre la falta de servicio asentada y el daño cuyo resarcimiento se demanda, aparece con claridad que la falta de detección del contagio de que se trata ha redundado, por fuerza, no sólo en la falta de un oportuno y adecuado tratamiento para ese padecimiento y para las condiciones asociadas o derivadas de él, sino que, además, habrá de repercutir en la expectativa de vida de don Richard Nicolás Fernández Quezada, desde que, como quedó asentado más arriba, el virus de que se trata presenta un "alto riesgo de producir procesos oncogénicos y lesiones precursoras de cáncer", de modo que es dable suponer que la falta de servicio en que incurrió el demandado pueda impactar negativamente tanto en la calidad como en los años que restan por vivir a dicha persona.

De esta manera, entonces, es posible aseverar que una atención oportuna y apegada a la *lex artis* médica habría otorgado al paciente una posibilidad clara de contar con un tratamiento que, al menos, le permitiera combatir tempranamente y con eficacia una infección que, de manera potencial, podría desembocar en el desarrollo de cáncer. En tales condiciones, resulta pertinente traer a colación la teoría de la pérdida de la chance para los efectos de determinar la atribución de responsabilidad.



9° Respecto de la pérdida de la chance o pérdida de oportunidad se ha dicho, en relación a la doctrina extranjera, que: *"Enseñaba Cazeaux que 'entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises, como las llama la doctrina', y tal es el caso de la 'chance'. El mismo autor añadía: 'Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades"* (Félix Trigo Represas, "Pérdida de chance". Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008. Pág. 25).

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



oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado”, destacando enseguida que se trata del caso de “una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien ‘aleatorio’ que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja” (Mauricio Tapia Rodríguez, “Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?”, en “Estudios de Derecho Civil VII”. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011. Fabián Elorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, primera edición, junio de 2012. Pág. 650).

10° En la especie el vínculo de causalidad se relaciona estrechamente con la teoría en análisis, pues, al tenor de las ideas expuestas en los fundamentos precedentes, es posible concluir que la relación causal



se vincula con la circunstancia de que R.N.F.Q. se vio privado de una oportunidad de obtener precozmente un diagnóstico que le habría permitido combatir de forma eficaz y desde una fecha temprana la infección que lo aqueja, pérdida cierta y real que obliga al demandado a indemnizar los perjuicios derivados de su negligente proceder.

11° Establecido lo anterior cabe reseñar, en lo que se refiere al perjuicio demandado, que, si bien los actores han solicitado el resarcimiento del daño emergente que dicen haber sufrido, no será posible acceder a dicha petición desde que, por una parte, no desarrollan de manera alguna esta materia en su libelo, limitándose a expresar que este concepto consiste en los gastos causados por medicamentos, hospitalizaciones, cirugías y un tratamiento en el extranjero, aspectos acerca de los cuales, sin embargo, no entregan explicación alguna. Asimismo, impide acoger la demanda en este particular la circunstancia de que no se rindió prueba bastante para acreditar la existencia y monto de este capítulo de daños.

A diferencia de lo razonado en el párrafo que antecede, resulta indudable que los hechos materia de autos provocaron un daño moral cierto y evidente a los actores, considerando que la inadecuada e insuficiente atención prestada a R.N.F.Q. ha significado tanto para él



como para sus padres, un innegable pesar y una angustia y aflicción indiscutibles, pues, pese a sus esfuerzos (ejemplificados con las dos ocasiones en que Richard Nicolás fue llevado a México para tratar su condición), el estado de salud de este último no sólo no ha mejorado, sino que, más aun, se ha visto afectado por la tardía detección de una grave infección que, incluso, podría redundar negativamente en la expectativa de vida del citado paciente.

En estas condiciones, no cabe sino tener por debidamente comprobada la existencia del daño moral materia de autos, máxime si el demandado no rindió probanza alguna destinada a descartar su efectividad.

12° En lo que atañe a la regulación del monto de la indemnización a cuyo pago será condenado el demandado, cabe destacar que, como se ha dicho, la *"doctrina en este sentido es unánime. La oportunidad es lo que se debe indemnizar, y no lo que estaba en juego. Si es que se debe reparar la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, '(...) el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiera realmente matado al enfermo'*. Por eso se ha dicho que la indemnización o el valor es parcial, pues nunca debe ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida" (Ignacio Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi.



“Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pág. 268).

13° Entendidas así las cosas, estos sentenciadores han llegado al convencimiento de que, como consecuencia de la falta de servicio en que incurrió el demandado, los actores y, en especial, R.N.F.Q. en su calidad de directamente afectado, se han visto privados de una adecuada y oportuna atención de salud, lo que, a su vez, ha impedido a este último tratar de manera idónea, y desde una etapa temprana, la grave infección tantas veces referida, motivos por los cuales esta Corte ha decidido regular el monto de la indemnización que el demandado deberá pagar, pero en una suma considerablemente inferior a la solicitada por los actores, diferenciando la situación del propio paciente, esto es, de R.N.F.Q., de la de sus padres, quienes, si bien han resultado dañados como consecuencia de los hechos en estudio, no han sufrido una afectación tan grave como la que ha debido padecer su hijo, considerando que en la especie no se trata del estado de salud de aquéllos sino que del de este último.

Así las cosas, considerando que el de autos es un daño moral y haciendo uso de las atribuciones que son propias de estos falladores, se establece prudencialmente el monto de la indemnización que se habrá de pagar a R.N.F.Q. en la cantidad de \$40.000.000, mientras que el



resarcimiento que se habrá de enterar a sus padres, don Richard Boris Fernández Quiñimil y doña Patricia Angélica Quezada Mora, alcanzará a la suma de \$20.000.000, para cada uno.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de diecinueve de mayo de dos mil veinte, pronunciada por el Segundo Juzgado Civil de San Miguel, y, en su lugar, **se acoge** la demanda de indemnización de perjuicios deducida en autos, **sólo en cuanto** se condena al Hospital Exequiel González Cortés a pagar al demandante don Richard Nicolás Fernández Quezada la suma de \$40.000.000 y a los actores don Richard Boris Fernández Quiñimil y doña Patricia Angélica Quezada Mora la cantidad de \$20.000.000, para cada uno, por concepto de daño moral.

Dichas cantidades deberán ser solucionadas reajustadas de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de esta sentencia y hasta la del pago efectivo, más el interés corriente para operaciones reajustables que devenguen las señaladas sumas de dinero desde que el deudor incurra en mora, en el evento que ello acontezca, y hasta su pago efectivo.

Se confirma en lo demás apelado el referido fallo.

Regístrese y devuélvase.



Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco.

Rol N° 14.328-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por la Abogada Integrante Sra. María Angélica Benavides C. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro Sr. Carroza por estar con permiso y la Abogada Integrante Sra. Benavides por no encontrarse disponible su dispositivo electrónico de firma.

SERGIO MANUEL MUÑOZ GAJARDO
MINISTRO
Fecha: 16/12/2021 13:42:14

ANGELA FRANCISCA VIVANCO
MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 16/12/2021 13:42:14

ADELITA INES RAVANALES
ARRIAGADA
MINISTRA
Fecha: 16/12/2021 13:42:15



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A. Santiago, dieciséis de diciembre de dos mil veintiuno.

En Santiago, a dieciséis de diciembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

