

edp

C.A. de Valparaíso

Valparaíso, veinticinco de octubre de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

**En cuanto al recurso de casación en la forma:**

A folio 135 el abogado Fernando Ortiz Alvarado, en representación de la parte demandada, deduce recurso de casación en la forma en contra de la sentencia de primer grado que acoge la demanda de indemnización del daño moral por falta de servicio incoada por doña Marilia Carolina Florez Rojas, por sí y en representación de su hijo Ma'Ahu Cristóbal Tucki Florez, en contra del Servicio de Salud Metropolitano Oriente, y lo condena al pago de las siguientes prestaciones: a) \$150.000.000.- (ciento cincuenta millones de pesos) por concepto de daño moral a favor de doña Marilia Carolina Florez Rojas, b) \$100.000.000.- (cien millones de pesos) por concepto de daño moral a favor del Ma' Ahu Cristóbal Tucki Florez, más reajustes e intereses que allí indica.

Funda su recurso en las causales de los números 4 y 5 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la falta de requisitos exigidos por el artículo 170 del mismo cuerpo normativo y la de ultrapetita.

Solicita se anule la sentencia recurrida y se dicte una en su reemplazo, en la que se acoja la excepción de prescripción y, en su virtud, se rechace la demanda, sin costas.

Se ordenó traer los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

1º) Que la parte demandada pretende se anule la sentencia pronunciada en estos autos y se la reemplace por otra en la que se rechace la demanda, por estimar que ha sido pronunciada omitiendo los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y, además, incurriendo en el vicio de ultrapetita.

Respecto al primer yerro denunciado, señala que la sentencia omite las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento, al no analizar en su mérito legal y fáctico la prueba aportada al proceso, sin indicar porqué acepta algunas y rechaza otras. Estima que, de acuerdo a la prueba rendida, debió acogerse la excepción de prescripción opuesta por su parte.

En cuanto a la ultrapetita, indica que ello se produce al condenar el Tribunal a su parte en costas, en circunstancias que ello no fue solicitado en las pretensiones de la demanda. Además, aduce que al contestar la demanda hizo presente que el servicio que representa goza de privilegio de pobreza por el solo ministerio de la ley.

2º) Que el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil dispone en su inciso tercero: “*No obstante lo dispuesto en este artículo,*



*el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo”.*

3º) Que, según consta del escrito de folio 135, el demandado, conjuntamente con el recurso de casación, dedujo recurso de apelación, el que fundamenta en las mismas razones en que sustenta su recurso de casación en la forma, de modo tal que, concurriendo la circunstancia señalada en el considerando anterior, esto es, que el vicio denunciado no solo es reparable con la declaración de nulidad del fallo, éste será desestimado.

**En cuanto al recurso de apelación:**

Se reproduce la sentencia apelada.

**Y se tiene, además, presente:**

4º) Que la demandada apeló de la sentencia de primer grado, solicitando sea revocada y se rechace la demanda de indemnización de perjuicios deducida, lo que fundamenta en los siguientes argumentos:

a) **La acción se encuentra prescrita:** Al respecto, sostiene que los hechos ocurrieron el 2 de noviembre de 2012 y, a la época de notificación de la presente demanda -10 de enero de 2018-, habían transcurrido cinco años, dos meses y ocho días. Concluye que, de acuerdo a lo que dispone el artículo 40 de la Ley N°19966, que establece un plazo de 4 años de prescripción, aquél había transcurrido en exceso. Añade que el sentenciador rechaza la excepción aludiendo a una demanda deducida ante un tribunal incompetente, lo que habría interrumpido la prescripción; sin embargo, aclara que, a la fecha de notificación de aquella demanda -30 de noviembre de 2016-, también había transcurrido el plazo de prescripción.

b) **Falta de legitimidad pasiva:** Aduce que en el presente caso se omite señalar cuál es el acto específico del servicio demandado que produce el daño y el servicio debido al cual faltó. Estima que los actos personales de los médicos que intervinieron en el procedimiento no tienen la entidad jurídica para vincular al Servicio de Salud en una falta de servicio, ni puede alterar las decisiones y labores que le corresponden al Director del Hospital Hanga Roa y no al servicio demandado. Añade que la sentencia no indica porqué debe responder el servicio por faltas asistenciales, las cuales no se encuentran dentro de sus obligaciones.

c) **El daño moral no se encuentra acreditado:** Indica que la sentencia supuso el menoscabo moral de las dos víctimas sin que se haya acreditado fehacientemente. Respecto del menor en favor de quien se deduce la demanda, indica que el juez desprende la existencia del daño moral de la inspección personal del Tribunal y de las declaraciones de una terapeuta ocupacional; y el de la madre, por lo expuesto por ella en sesiones psicológicas emanadas de un profesional que no declara en autos, lo que, a su juicio, no resulta suficiente, de acuerdo a los reparos que expresa.



RZMVKWVPV

d) **La pretensión carece de causa de pedir:** Lo anterior deviene de la falta de reproche al actuar del servicio demandado. Luego de referir en qué consiste la causa de pedir, indica que la demandante pretende se declare la obligación de indemnizar, pero no tiene una fuente sobre la cual sustentarlo, ya que carece en los hechos de fundamento inmediato para ello.

e) **La sentencia da por existente un nexo causal entre hechos no atribuibles al servicio demandado y el supuesto daño producido, no acreditado:** Insiste en que el servicio demandado no ha incumplido ninguna de sus obligaciones, por lo que no puede existir relación de causalidad entre el actuar de su representada y los supuestos perjuicios producidos.

f) **El cuántum fijado en el fallo es excesivo:** Refiere que el monto regulado en el fallo excede los baremos referenciales establecidos por el Poder Judicial y resulta desproporcionado. Además, carece de respaldo.

g) **La condena en costas es improcedente:** Afirma lo anterior señalando que en la demanda ello no fue solicitado. Agrega que el servicio que representa goza de privilegio de pobreza de conformidad a lo que dispone el artículo 81 de la Ley N° 10.383, el artículo 16, inciso cuarto del D.F.L. N° 1/20015 del año 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de D.L. 2.763 del año 1979, que elimina el Servicio Nacional de Salud y el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales.

**En cuanto a la excepción de prescripción:**

5º) Que para resolver sobre la excepción perentoria de prescripción deducida por la demandada, resulta necesario tener presente los siguientes hitos procesales:

a) Los hechos que motivan la presente demandada se produjeron el día 2 de noviembre de 2012.

b) Según consta en la causa Rol C-29586-2016 que se tuvo a la vista por el Tribunal con fecha 30 de noviembre de 2016, se dedujo demanda de indemnización de perjuicios por falta de servicio por los mismos demandantes, contra el mismo servicio demandado y por los mismos hechos.

c) Esta demanda fue notificada al Servicio de Salud Metropolitano Oriente el 14 de diciembre de 2016.

d) Ante ello, el servicio demandado opuso la excepción dilatoria de incompetencia, la cual fue acogida por el tribunal a quo y, apelada esta decisión, fue confirmada por la Corte de Apelaciones, ordenándose el cúmplase el 13 de noviembre de 2017.

e) Previo a la interposición de la primera demanda, se llevó a cabo el proceso de mediación que exige el artículo 43 de la Ley N° 19.966, el que se extendió desde el 7 de marzo hasta el 5 de julio de 2016.

f) La presente acción se dedujo el 11 de diciembre de 2017 y fue notificada el 13 de marzo de 2018.



6º) Que debe considerarse, además, que, de acuerdo al inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966, durante el plazo que dure la mediación se suspende el término de prescripción tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar.

Enseguida, ha de tenerse presente lo señalado reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia, en orden a que el mismo efecto produce la interposición de la demanda ante tribunal incompetente. Así lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema en sentencia de casación pronunciada en los autos Rol 4993-2019, de 18 de mayo de 2020.

En consecuencia, tal como lo indica el fallo de primer grado, a la fecha de interposición de la demanda de autos, el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 40 de la Ley N° 19.966 aún no había transcurrido.

**En cuanto a la falta de legitimación pasiva del Servicio de Salud:**

7º) Que sobre el particular cabe recordar que la acción deducida en autos pretende la indemnización de los perjuicios causados con ocasión del actuar del personal del Hospital Hanga Roa en el procedimiento adoptado frente al parto de doña Marilia Carolina Florez Rojas y que provocó en su hijo Ma’Ahu Cristóbal Tucki Florez graves daños con secuelas que permanecen hasta hoy.

Tal situación se encuentra contemplada en la falta de servicio sanitaria que contempla en el artículo 38 de la Ley N° 19.966, estatuto especial que previene en sus dos primeros incisos 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”.*

A su vez, el artículo 41 de esa ley preceptúa que: *“La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos”.*

Respecto del artículo 38 de la Ley N° 19.966, la Excma. Corte Suprema ha dicho: *“...que una atenta lectura del precepto transcrito permite concluir que para que nazca la responsabilidad en materia sanitaria deben concurrir copulativamente los requisitos establecidos expresamente en la mencionada norma, esto es, la existencia de falta de servicio del respectivo Servicio de Salud, que haya causado un daño y que éste sea imputable al mismo. Ello es claro, pues la norma en comento señala justamente en su inciso 2º que se debe acreditar -en este caso por los actores- que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando falta de servicio.”* (Corte Suprema, Rol 355-2010, 30 de julio de 2012, considerando décimo tercero). Para



luego delimitar los contornos de la falta de servicio como *“toda acción u omisión de la administración de la cual se generan daños para el administrado y en que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio”*.

En consecuencia, dentro del régimen especial establecido por la ley 19.966, la responsabilidad por falta de servicio sanitaria recae en la administración, siendo del todo indiferente la responsabilidad personal del funcionario, sin perjuicio de la posibilidad de repetir en su contra, siendo necesario, en cada caso, acreditar los supuestos en que se sustenta la acción.

**En cuanto a la prueba del daño:**

8º) Que, tal como lo señala el fallo en revisión en su considerandos trigésimo sexto y trigésimo séptimo, se encuentra claramente acreditado el daño sufrido tanto por el niño como por la madre, dando cuenta del estado actual en que se encuentra Ma’Ahu, los padecimientos a los que está sujeto debido a los errores cometidos al momento del parto y la permanencia de ellos por el resto de su vida, lo que, además, se extiende a su madre, que no solo debió soportar los dolores físicos del mal procedimiento, sino que, además, se ve enfrentada día a día a la situación en que se encuentra su hijo, del cual debe hacerse cargo.

**En cuanto a la causa de pedir:**

9º) Que en lo que respecta a la omisión de la causa de pedir, basta para rechazar esta aseveración considerar lo expresado en el motivo 7º de este fallo respecto a la falta de servicio sanitaria y la responsabilidad que en ella ha cabido al Servicio de Salud Metropolitano Oriente, lo que excluye todas las alegaciones que se efectúan por el impugnante a la falta de un actuar directo por parte de ese servicio.

**En cuanto al nexo causal:**

10º) Que la sentencia en alzada dedica su fundamento trigésimo octavo a analizar la concurrencia de este requisito de la responsabilidad por falta de servicio sanitaria en este caso concreto, razonamientos que esta Corte comparte, en cuanto es dable concluir que los daños sufridos por los actores de esta causa se debieron al incumplimiento de un deber de atención eficaz y eficiente, por el cual la demandada debe responder, pues las acciones y omisiones del personal del servicio demandado determinaron el daño y el sufrimiento que experimentó y experimenta la madre hasta el día de hoy, como su hijo, siendo esas acciones y omisiones condiciones necesarias del daño ocasionado.

**En cuanto al cuántum de la indemnización:**

11º) Que, en lo que dice relación con el monto de la indemnización fijada por la sentencia, esta Corte hace suyos los argumentos vertidos en el considerando trigésimo nono del fallo recurrido, donde se da cuenta de la entidad y permanencia de los daños sufridos por los actores, los que se mantendrán de por vida.

**En cuanto a las costas:**



12º) Que, considerando que la condena en costas es una sanción económica y no forma parte del asunto controvertido, habiendo sido totalmente vencido el servicio demandado y teniendo presente que no se presentó al proceso de mediación y que no ha tenido motivos plausibles para litigar, sin que exista una disposición legal vigente que lo haga sujeto de privilegio de pobreza, tal sanción será mantenida.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 186 y 778 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

**I.- Que se rechaza** el recurso de casación en la forma deducido por la parte demandada en contra de la sentencia de diecinueve de octubre de dos mil veinte, pronunciada en los autos RIT C-54-2017 del Juzgado de Letras y Garantía de Isla de Pascua.

**II.- Se confirma**, en lo apelado, el referido fallo.

Regístrese, notifíquese, comuníquese y devuélvase, conjuntamente con su custodia.

Redacción de la Ministro Sra. Figueroa.

**N°Civil-2629-2020.**

No firma el Sr. Maggiolo no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por haber cesado su función como Ministro Suplente.



Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por Ministra Teresa Carolina De Jesus Figueroa C. y Abogada Integrante Pamela Viviana Prado L. Valparaiso, veinticinco de octubre de dos mil veintiuno.

En Valparaiso, a veinticinco de octubre de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.