PROCEDIMIENTO : ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA

MATERIA : INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

DEMANDANTE : [redacted] Y OTROS.

DEMANDADO : FISCO DE CHILE

ROL : C-2282-2021

_____/

Antofagasta, dieciséis de agosto de dos mil veintitrés.

VISTO Y CONSIDERANDO.

PRIMERO: Que, comparece don Miguel Avendaño Cisternas, abogado, en representación de don [redacted], dependiente; [redacted], labores de casa, y de doña [redacted], estudiante, todos del mismo domicilio del abogado, e interponen demanda en juicio ordinario de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, representado por el abogado procurador Fiscal, don Carlos Bonilla Lanas y/o por sus subrogantes legales, los Abogados don Oscar del Barrio Cortés y/o don Ricardo López Sánchez, todos con domicilio en calle Arturo Prat N° 482, oficina 301, Antofagasta, por la responsabilidad civil que les asiste en los daños ocasionados a sus representados.

Funda la demanda de lo principal, señalando que con fecha 26 de agosto de 2019, sus representados acudieron al servicio de urgencias del Hospital Militar del Norte, a eso de las 16:00, debido a que [redacted] presentaba un fuerte dolor de estómago y salía liquido de su gastrostomía, retirada en enero del mismo año.

El señor Hernán Araya, médico que la atendió en esa oportunidad vía remota y telefónica, le dio indicaciones a la enfermera de turno y le tomaron una tomografía que los resultados, según ellos, los entregaban al otro día. La dejaron ese día con una gasa sobre el agujero que quedó y donde se encontraba la sonda de alimentación y le dieron el alta a eso de las 22:00 hrs. Ese día, dado que la red de

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

apoyo de sus representados era limitada, tuvieron que moverse en Uber ida y vuelta y dejar al hermano de [redacted], de pocos años de edad, al cuidado de la señora que les ayudaba con los quehaceres de vez en cuando.

Asistieron el día siguiente a una revisión con el doctor Araya, en la consulta privada del mismo Hospital Militar. El médico revisó que estuviera bien puesto el parche que le pusieron, y agregó que estaba bien. Le consultaron si era necesario aplicar alguna crema, poner puntos, cirugía o realizar algún examen más a fondo, pero el médico Araya señaló a sus representados que no se preocuparan, que el orificio se le cerraría luego.

Durante los días siguientes, [redacted] mostró molestias aisladas, pero permanentes.

El día 14 de septiembre de 2019, los demandantes llevaron a [redacted] a Urgencias nuevamente, ya que comenzó a presentar dolor más intenso, se quejaba más de lo normal y era evidente su molestia. Sus padres dieron cuenta de dichos síntomas al mismo médico Araya.

Aquellos temían que se tratara de un nuevo caso de obstrucción intestinal de [redacted], pues había sufrido uno años antes. Para salvar la inquietud, el médico tomó una radiografía. Les señaló a sus representados que estaba todo normal, que tenía un virus y que veía algo de deposiciones y les animó a quedarse tranquilos. Les recetó Perenteryl.

El día 16, sus representados vuelven nuevamente a Urgencia del mismo Hospital a eso de las 19:00 hr., ya que el dolor de [redacted] se agravó.

Le tomaron esta vez exámenes de sangre y radiografía, llamaron al radiólogo de Resomag cerca de las 1:00 am del 17 de septiembre. El doctor de turno llamó nuevamente al Cirujano Araya, para la revisión de los exámenes.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Hecha la revisión, concluyeron que había bastante cantidad de heces en los intestinos y para poder evacuarlo le recetaron PEG. Les dieron de alta, le dieron los polvos a Amanda y empeoraron los dolores, al punto que a las 06:00 de la mañana del 17 de septiembre, se levantaron ya que el dolor de [redacted] era insoportable para ella, se revolcaba en el suelo y lloraba sin parar, pedía ayuda a esas horas.

Su familia decidió llevarla a Clínica Antofagasta esta vez, esperando que ellos pudieran hacer algo mejor de lo que se había hecho hasta ese entonces. A esa altura estaban desesperados y pedían atención rápida en la clínica. La doctora que atendió a Amanda en esa mañana del día 17 lo primero que hizo fue revisar la radiografía tomada el día anterior en el Hospital Militar a través de Resomag. Revisó la placa y de inmediato les informó que [redacted] padecía de una obstrucción y que debía hospitalizarse mientras llamaban al médico cirujano pediátrico de turno.

Llamaron al mismo médico Hernán Araya que se encontraba en otra clínica y estaría disponible tipo 13:00 hrs de ese día. Los demandante pedían insistentemente a la médico tratante que le pusieran algo para el dolor y ella decía que no, que debían esperar lo que dijera el médico cirujano. Naturalmente, sus representados no querían que la atendiera el mismo médico Araya, pero se les señaló que no había otro médico especialista.

Sus representados decidieron ir a la Clínica La Portada, tipo 10:30 hrs. de esa mañana. Ocurrió que tampoco tenían médico cirujano y ellos llamaron al médico de turno, que resultó ser también el médico Hernán Araya.

Con esas novedades no les quedaban alternativas en la ciudad y decidieron viajar de urgencia a Santiago, el mismo día 17 de septiembre de 2019, para ingresarla en Clínica UC.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Tanto la organización del traslado, como el vuelo fue traumático.

Abordaron con urgencia un taxi en dirección a la Clínica UC, a la que llegaron aproximadamente a las 16:30 hrs. [redacted] fue atendida inmediatamente. A las 17:00 horas ya tenían una nueva radiografía y escáner que reafirmó el estado de la obstrucción. Los doctores decidieron operarla de urgencia ese mismo día para no exponer los intestinos a necrosis u otro mayor. El médico Fernando Vuletín les comentó que había sido trasladada justo a tiempo.

Amanda ingresó a pabellón a las 19:00 hrs. aproximadamente. Fue una espera terrible para su familia, ya que la cirugía era crítica, pues si bien los exámenes arrojaban obstrucción, el médico advertía que no sabía qué encontrarían. Según la ficha clínica se practicó: "Laparotomía exploradora evidenciando gran dilatación de asas con punto de transición dado por brida + torsión de intestino delgado. Asas vitales, liberación de múltiples adherencias, practicado apendicetomía profiláctica por difícil acceso quirúrgico".

A las 23:00 tuvieron una respuesta satisfactoria de parte del médico que la operó. A [redacted] le habían destorcido el intestino y habían vaciado todo lo que tenía, también le habían sacado su apéndice. Así quedaría en cuidados intensivos por 4 o 5 días. Los corchetes que tenía en el estómago eran desde la pelvis baja hasta el esternón, prácticamente toda su cavidad abdominal, tenía sonda parenteral, ya que ella es muy delgada, tenía una epidural atrás en su espina dorsal, y sonda directa a su vagina.

Quedó hospitalizada hasta el 27 de septiembre, durante 10 difíciles días.

Todo ese tiempo fue necesario dividirse, el papá en la noche y la mamá en el día. Debieron comer y sustentar por

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

separado, todas esos costos y pagar un hotel cerca del centro para quedarse y pernoctar durante los 10 días. Tuvieron que comprar artículos de aseo, incluso ropa, pues habían llegado con lo puesto, gastaron montos importantes en comida diaria, movilización, tanto Uber como taxis y metro.

Don [redacted], debió faltar una semana al trabajo y esos días le fueron descontados, además que su cargo era complejo, quedó bien cuestionado, por faltar y estar ausente varios días.

Al día de hoy, desde el punto de vista post operatorio médico para [redacted] luego de la operación, bajó mucho de peso, tuvo desnutrición severa aguda, debido a la sonda nasoestomacal, no pudo alimentarse por dos meses bien, habiendo días que no podía comer, incluso tomar agua. El dolor persistente y las curaciones de 20 cm de su guatita de extremo a extremo en su estómago, se quejó de dolor por lo menos un mes y medio. Sus representados debieron mantener el paracetamol y los medicamentos para el dolor varias semanas. Respecto del lenguaje, también quedó con secuelas severas, dado que no podía hablar bien, fue un retraso tremendo para lo que ella venía hablando.

En motricidad, [redacted] tampoco podía mover con normalidad, su pie izquierdo quedaba un poco atrás y mis representados tuvieron que pagar tratamiento kinésico para que mejorara, pues pasaba el mayor tiempo del día acostada comiendo jaleas.

El orificio de la gastrostomía se volvió a abrir luego de la operación, por la magnitud del ordenamiento de sus intestinos, así que regularmente bota líquido gástrico, lo que no hacía antes de la operación. Sus brazos y manos quedaron con cicatrices por las agujas, a las enfermeras les costaba encontrar las venas. Quedó con moretones evidentes en

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

cada brazo y manos y boca, que solo se mejoraron con cremas que sus representados debieron comprar.

En lo psicológico, [redacted] quedó con trauma en su guatita y no hay día que pase que no se afirme junto con su vagina con ambas manos, como un tick recurrente que antes de la operación no hacía.

Sufrió, adicionalmente, irritación por varias semanas en la piel debido a las cintas que tenía pegadas. En la cabeza perdió pelo y tuvo una herida en el cuero cabelludo por estar acostada.

El mes de septiembre del año 2020 empezó a usar órtesis para poder corregir su marcha, ya que producto de sus cuidados no era posible realizar ejercicios muy bruscos y sus pies se vieron afectados notablemente teniendo un acortamiento en el musculo y haciendo que caminara en puntillas.

En cuanto al derecho, comienza exponiendo acerca de los derechos de los usuarios en el sistema de salud, advirtiendo que el derecho de las personas a que se les proporcione atención en salud se consagra a través de una red de atención, consistente en un sistema de salud proporcionado por servicios públicos. Así, el derecho a una prestación oportuna de salud, es una de las primeras garantías consignada en la DPI Técnica N°04 del Ministerio de Salud: "es deber del gobierno garantizar que se le brinde un servicio de atención de salud eficiente y eficaz", en armonía con lo cual el Estado debe poner a disposición del usuario todos los medios con que cuenta el establecimiento para su diagnóstico y tratamiento o, en caso de carecer de los medios para proporcionarlo, indicarle oportunamente al paciente dónde encontrarlos. Por su parte, la Ley N° 18.469, de 23 de noviembre de 1985, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

de prestaciones de salud, dispone, en su artículo 11 que: "Las prestaciones comprendidas en el Régimen General de Garantías en Salud se otorgarán por el Fondo Nacional de Salud, a través de los Establecimientos de Salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud y los Establecimientos de Salud de carácter experimental".

Y, por su parte, el artículo 12 permite a los usuarios realizar las prestaciones que señala la norma en la modalidad de libre elección: "No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, los afiliados y los beneficiarios que de ellos dependan, podrán optar por atenderse de acuerdo con la modalidad de "libre elección" que se establece en el artículo siguiente, caso en el cual gozarán de libertad para elegir al profesional o el establecimiento e institución asistencial de salud que, conforme a dicha modalidad, otorgue la prestación requerida".

Las instituciones de salud de las FFAA y las prestaciones de salud que éstas otorgan, así como el acceso a las mismas, se encuentran reguladas en la Ley N°19.465, de 2 de agosto de 1996. Y, como se sabe, las Fuerzas Armadas son órganos fiscales, regulados en la Ley orgánica Constitucional respectiva, N° 18.948, de 27 de febrero de 1990, de modo tal que también le resulta aplicable la responsabilidad según el artículo 44, en relación con el artículo 1, inciso 2 de la 18.575, o lo que es lo mismo, el servicio público puede ser responsable por falta de servicio al desarrollar su objetivo de proporcionar atención de salud a los ciudadanos.

Respecto al régimen de responsabilidad, alega concurrir responsabilidad extracontractual.

Sostiene además que en el caso del Estado y el organismo demandado, la responsabilidad extracontractual tiene raíz o fundamento constitucional, en los artículos 1, inciso 4°; 4,

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

5 inciso 2°, 6, 7 y 19 números 2, 20 y 24 de la Constitución Política de la República.

Los artículos 6 y 7 consagran el principio general, pues, además de establecer el principio de la legalidad y la nulidad de derecho público, disponen, perentoriamente, que todo acto en contravención a dichas normas originará las responsabilidades y sanciones que la ley determine.

También cita lo dispuesto en los artículos 38 inciso 2, 19 N° 24 en la Constitución Política, y artículo 4 de la Ley 18.575. Normas que configuran un sistema de responsabilidad, que obliga al Estado a indemnizar los detrimentos derivados de su conducta dañosa. Las principales características de la responsabilidad del Estado.

Afirma que los organismos centralizados actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco y están sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente, como ocurre en el caso sublite.

En ese sentido, en las Actas de Estudio de la Ley de Bases acerca del proyecto de ley, a fojas 389, se manifiesta que detrás de esta disposición: "hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración". Se señala, así que: "se agrega un criterio nuevo de responsabilidad (…) que atiende a la falta de servicio. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probando que a raíz de lo anterior se le ha causado un daño, está en situación de exigir indemnización por parte del Estado".

Pasa luego a analizar los elementos, que a su juicio, configura la responsabilidad de los demandados.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

1.- En cuanto a la acción u omisión, donde indica que la imputación de la conducta de los agentes de un órgano estatal recae directamente en el órgano cuando el agente actúa en el ejercicio de sus funciones. La responsabilidad o falta personal del funcionario pasa a un segundo plano.

Acusa que requerida la intervención del demandado, hay una evidente falla de tratamiento en la intervención quirúrgica, una acción y una desatención de la intervención médica que se le reclamaba, ésta no se produjo oportunamente, que se traduce en una conducta atribuible al demandado.

2.- Respecto a la culpa afirma que en el caso sublite, la falta de servicio existió, pues hubo falla en la atención a [redacted] y, como consecuencia, se producen daños por rebote en el caso de los demandantes, en tanto dice relación directa con la función que constituye el objetivo y la razón de ser del Hospital Militar del Norte, cual es proporcionar atención en salud íntegra al usuario hasta restablecerlo.

Estima, que tal como se han relatado los hechos, se ha producido una impericia en el diagnóstico. Como lo advierte la lex artis de la especialidad, la radiografía simple de abdomen es el examen más útil para hacer el diagnóstico de obstrucción intestinal. En la medida que la imagen observada en ella revele una acumulación de gases en un segmento intestinal, íleo segmentario; escasez o ausencia de gas en recto y niveles hidroaéreos nítidos, "limpios", todo ello correspondiendo a una obstrucción mecánica. Estos tres elementos estaban presentes en la radiografía de la segunda consulta, el 14 de septiembre de 2019, pero no se interpretan correctamente.

La exploración quirúrgica realizada finalmente, en el Hospital Clínico de la Universidad Católica, confirma el diagnóstico de una obstrucción mecánica, por bridas, en un paciente con intervenciones abdominales múltiples.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

En suma, tales conductas no satisfacen el estándar de actuación al que debe ajustarse el demandado en la prestación de los servicios médicos, teniendo en consideración que de conformidad a la lex artis los facultativos médicos están obligados al cuidado debido, y la infracción del deber provocó que la salud de la demandante empeorara y que su vida estuviera expuesta al riesgo.

3.- En cuanto a la relación de causalidad entre el hecho y el daño causado al acreedor, asevera que desde una perspectiva factual, si se elimina la conducta de la parte demandada, no puede explicarse la producción de os daños. En efecto, desde un punto meramente naturalístico, las acciones y omisiones descritas constituyen condiciones necesarias y suficientes para la dolencia o patología de su representada, de la manera que se produjo.

Desde el punto de vista la posición garante, el actuar culposo de los médicos intervinientes del Hospital Militar de Antofagasta, fue determinante en el curso causal del deterioro en la salud.

Las conductas desplegadas por el Hospital Militar del Norte derivaron en la denegación del tratamiento adecuado, lo que alteró el curso causal, desencadenado patologías reclamadas en la persona de la afectada.

4.- En lo tocante a los daños, afirma que la reparación debe dejar al damnificado en la misma e idéntica situación en que se encontraba si no se hubiera producido el hecho dañoso.

Arguye que en la especie, los daños a determinar por el tribunal comprenden los aspectos patrimoniales y extra patrimoniales.

a) Daño moral: expone que sus representados afrontaron menoscabos en el ámbito extra patrimonial, como consecuencia de las serias lesiones físicas, han experimentado, tanto en su cuerpo, como en su esfera psíquica, dolores, malestares y

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

menoscabos psíquicos que, de no mediar la intervención quirúrgica, no se habrían producido jamás.

Para la valoración del perjuicio, que es la determinación del quantum indemnizatorio, se debe tener en cuenta los siguientes parámetros:

-El interés extrapatrimonial afectado. Manifiesta que se trata de todas las afecciones que [redacted] y sus padres, han soportado tanto en su integridad física como síquica.

-Las circunstancias particulares de la víctima

-Las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, pues de ellas dependen el carácter y forma en la que se produjo la lesión.

Informa además, doña [redacted] y [redacted], padres de [redacted], en dicha calidad, han experimentado daño moral, que en la especie se conoce como daño por rebote, es decir, un intenso daño moral, fácilmente comprensible, tanto por las desgraciadas circunstancias en que tuvo lugar el tratamiento, como por el hecho de que hubiese podido gozar de la compañía, el calor, el amor y la alegría de su hija, de haberse intervenido conforme a la lex artis.

En consecuencia, estima que la parte demandada, como responsable civilmente, debe indemnizar el daño moral que ha causado a [redacted] y que avalua en la cantidad total de $70.000.000., (setenta millones de pesos); y, el daño moral por rebote causados a [redacted] y [redacted], que valoramos en la suma de $50.000.000 (cincuenta millones de pesos), para cada uno de los padres, o la suma mayor o menor que respecto de todos o de cada una de dichas peticiones estime racionalmente determinar conforme al mérito del proceso.

b) Daño patrimonial: Al efecto, requiere pago por $12.000.000, que comprende todos los gastos médicos y clínicos que ha gastado en su recuperación.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Por tanto, solicita se condene a la demandada a los montos antes referidos, por concepto de daño moral y daño emergente, a los que debe adicionase los intereses máximos que la ley permite estipular y con los reajustes por conceptos de Índice de Precio del Consumidor contados desde la presentación de la demanda civil o desde donde el tribunal determine, con condena en costas.

DEMANDA EN SUBSIDIO:

En el primer otrosí de su demanda, el abogado don Miguel Avendaño Cisternas entabla demanda subsidiaria por responsabilidad civil por hecho ajeno en contra del mismo Fisco de Chile, reiterando los fundamentos de hecho ya expuestos.

En cuanto al derecho, afirma que a acción se deduce para el caso que el tribunal no estime concurrente la falta de servicio, en atención a la modalidad de libre elección como fundamento de imputación de responsabilidad, por cuanto se ejerció la vigilancia de los facultativos y personal a cargo de [redacted], del modo que se ha narrado en el libelo.

En efecto, la responsabilidad por el hecho ajeno tiene como regla general la enunciada en el inciso 1° del artículo 2320, que dispone: "Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". Los ejemplos que aparecen en el artículo 2320 no son taxativos, por lo que el principio consagrado en el inciso 1°, es regla general en nuestro ordenamiento jurídico. Así lo afirma, entre otros, el profesor Alessandri.

Expone que los presupuestos para este tipo de responsabilidad son los siguientes:

a) En primer término, es preciso que exista un vínculo de subordinación y dependencia entre dos personas, es decir,

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

una correlación de autoridad, por una parte, y de obediencia, por la otra

b) Que ambos, hechor y responsable, sean capaces de delito o cuasidelito civil.

c) Que el subordinado haya cometido un ilícito civil.

Para que el subordinado haya cometido un ilícito civil, es necesario que a su respecto haya concurrido una acción u omisión, que sea dolosa o culposa, antijurídica y que exista relación de causa a efecto entre la conducta dañosa y el resultado.

La responsabilidad civil, así, deriva del actuar negligente de las intervenciones médicas descritas en los hechos, con el resultado de graves secuelas sufridas por [redacted], como se ha descrito en los hechos, provocando los daños señalados.

Para el tratamiento de la culpa, la causalidad y el daño, se remite a lo señalado en la demanda deducida en lo principal.

En consecuencia, solicita se acoja su demanda de indemnización de perjuicios, por montos ya señalados supra, o por los montos que determine el tribunal, a título de daño moral y daño emergente, a los que debe adicionase los intereses máximos que la ley permite estipular y con los reajustes por conceptos de Índice de Precio del Consumidor contados desde la presentación de la demanda civil o desde donde el tribunal determine, con condena en costas.

SEGUNDO: Que, a folio 14 comparece don Carlos Bonilla Lanas, Abogado, Procurador Fiscal, en representación del Fisco de Chile, quien contesta la demanda de autos solicitando su rechazo en todas sus partes, con costas.

Comienza controvirtiendo la versión de los hechos que se exponen en la demanda, y sus consecuencias jurídicas, correspondiendo a la pretensora el onus probandi.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Refiere que el Dr. Hernán Araya, mencionado por la demandante, está vinculado a dicha Instalación de Salud por un contrato de trabajo, en razón del cual presta servicios como médico cirujano, con una jornada de 4 horas semanales que, en la actualidad y al momento de la ocurrencia de los hechos que se señalan en la demanda, se desarrollan en el policlínico, no en el Servicio de Urgencia. En tal sentido, es relevante indicar que el Hospital Militar del Norte no cuenta con un servicio de telemedicina ni atenciones médicas por vía remota.

El hecho de que el Dr. Hernán Araya no atendió a la paciente y que, si lo hizo, no fue en el horario establecido en su contrato de trabajo, se puede dejar establecido a partir de los Datos de Atención de Urgencia de las tres consultas referidas, que estuvieron a cargo de 3 médicos distintos. La paciente [redacted], el día 26 de agosto de 2019, a las 16:18 horas, fue atendida por la Dra. Paula Carvajal Orrego; el día 14 de septiembre de 2019, a las 19:15 horas, por la Dra. Nora Rivera Rojas; y el día 16 de septiembre del mismo año, a las 19:55 horas, fue atendida por el Dr. Stewart Falconer. Teniendo en cuenta lo anterior, no resulta razonable responsabilizar al Fisco por los actos que realicen los trabajadores y empleados de las instituciones públicas fuera de su jornada laboral.

Asimismo, hace presente que la niña tiene un importante historial médico relacionado con afecciones que son relevantes para la correcta evaluación y ponderación de los hechos. En efecto, la niña, lamentablemente, padece una Diparesia Espástica que ha derivado en una serie de complicaciones desde su nacimiento, especialmente gastrointestinales, entre las que se cuentan una hernia diafragmática, por la que fue operada a las 17 días de nacida; una gastrostomía, a los 2 años, por desnutrición; una

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

malrotación intestinal, por la que fue intervenida a los 3 años; y, por último (previo a las atenciones de urgencia brindadas el HMN), en enero de 2019, el retiro del tubo de gastrostomía.

Así las cosas, el día 26 de agosto del año 2019, a las 16:18 horas, la niña [redacted] fue ingresada y atendida en la Unidad de Urgencias del Hospital Militar del Norte, por un cuadro de vómito y diarrea, con filtración de líquido desde la cicatriz que dejó las gastrostomía cada vez que se producía el vómito, sin fiebre ni dolor aparente al palpar el abdomen. En razón del examen clínico, la Dra. Paula Carvajal Orrego diagnosticó una repermeabilización de la gastrostomía retirada, haciéndose la curación y cobertura correspondiente, indicando control con cirujano infantil, receta para tratamiento farmacológico de Gastroenteritis Aguda y recomendando control en caso de vómito.

El día 14 de septiembre del año 2019, es decir, 18 días después de la atención de urgencia anterior, a las 19:15 horas, la paciente [redacted] ingresa al Servicio de Urgencias del Hospital Militar del Norte, con un cuadro de dolor abdominal, irritabilidad e inapetencia, sin fiebre. La Dra. Nora Rivera Rojas, quien atendió a la paciente aquel día, ordenó Radiografía simple de abdomen y hemograma, cuyos resultados, más el examen clínico, hicieron concluir a la facultativo que el diagnóstico era un cólico abdominal, con observación de enterovirosis. Se efectúa interconsulta con cirujano infantil. Resalta el hecho de que entre la atención del 26 de agosto y la del 14 de septiembre, la niña no haya sido evaluada por el médico tratante, por cuanto, atendido su historial médico, hacía razonable presumir que se podría estar desarrollando una complicación mayor, cuya resolución y

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

tratamiento adecuado superaría los márgenes de la atención médica de urgencia.

Finalmente, la paciente ingresa nuevamente al servicio de Urgencia el día 16 de septiembre de 2019, a las 19:55 horas, presentando diarrea, irritabilidad, dolor abdominal y deposiciones pastosas, sin fiebre. En aquella oportunidad fue atendida por el Dr. Stewart Falconer V, quien, teniendo en cuenta la opinión del médico cirujano que había atendido en días antes a la niña, quien entendió que no existía obstrucción intestinal, indicó la administración de suero fisiológico para la hidratación y Ketorolaco para el dolor y control con el pediatra para el día siguiente.

De tal manera, como se puede observar, las atenciones brindadas en el Hospital Militar del Norte se ajustan a la Lex Artis médica, por cuanto cada uno de los facultativos médicos que atendieron a la paciente presentaron sus diagnósticos y consecuentes tratamientos, en virtud de los resultados e indicios entregados por los distintos exámenes de laboratorio e imagenología y exámenes clínicos practicados a la niña.

Por otra parte, la demandante pretende establecer un nexo causal entre las atenciones brindadas por el Dr. Araya, que como ya se dijo no atendió a la niña en ninguna de las consultas de urgencia en el HMN, y una serie de efectos colaterales derivados de la cirugía a la que fue sometida la paciente en la Clinica UC, ubicada en Santiago. Pues bien, las lamentables consecuencias postoperatorias son las esperables para el tipo de cirugía a la que fue sometida la niña para resolver la obstrucción intestinal y dicen relación con la naturaleza misma de la intervención y con la condición de salud prexistente de la paciente.

En consecuencia, no se puede establecer, mediante la aplicación de ningún criterio lógico, una relación de

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

causalidad o de necesaria consecuencia entre la actividad desplegada por los facultativos del HMN y el daño (en su totalidad) señalado por la demandante, faltando, de tal manera, uno de los elementos requeridos para que se constituya la responsabilidad civil del Fisco por falta de Servicio.

De allí concluye que alega las siguientes defensas:

1) El Fisco de Chile no es responsable por los hechos en que se funda la demanda, por la falta de servicio, toda vez que el médico cuya acción desplegada se estima negligente y culposa por la parte demandante, si bien se encuentra vinculado al Hospital Militar del Norte por un contrato de trabajo, cuyo estatuto es el Código del Trabajo, las conductas que se le imputan y que habrían resultado en el daño irrogado a la paciente, habrían sido ejecutadas fuera de su horario de trabajo, actuando a título personal y en ningún caso en representación del Estado.

2) Como excepción perentoria, opone la inexistencia de un régimen de responsabilidad objetiva del Estado en los términos expuestos por la demandante, quien alega dentro del marco jurídico aplicable, la responsabilidad constitucional, directa y objetiva e integral del Estado por la acción de sus agentes.

La demandante ha sostenido, como principales fundamentos de derecho de su acción principal, los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política, 4 y 42 de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, que en su conjunto y armónicamente interpretados, hacen responsable al Estado directamente, siendo de cargo del demandante acreditar la falta de servicio.

Al respecto, precisa que dicha responsabilidad es directa de la administración, esto es, por un hecho que se pueda atribuir al órgano y es de carácter subjetiva, por

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

cuanto requiere, además de acreditar la existencia de una conducta productora del daño, la concurrencia de la denominada falta de servicio.

Ya ha sido fijado en varias oportunidades el sentido y alcance de la norma del artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República por nuestros tribunales superiores de justicia, declarando que ésta no es una norma de responsabilidad carácter sustantivo, de la que derivaría una responsabilidad objetiva y directa del Estado, sino que tal norma sólo tiene un carácter procesal al establecer que corresponde a los tribunales que determine la ley, el conocimiento de las controversias entre la Administración y cualquier persona que sea lesionada en sus derechos.

Es más, en el Acta Oficial de la Sesión N° 410 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, celebrada el día 30 de agosto de 1978, en el proceso de redacción de la Carta Fundamental se reconoció expresamente que la norma señalada tuvo por finalidad, exclusivamente, establecer una regla de competencia de los tribunales llamados a conocer de las causas contencioso administrativas "por un acto arbitrario o ilegítimo de la administración", como declaró el Presidente de la Comisión, el señor Ortúzar, y no establecer un régimen de responsabilidad extracontractual del Fisco de carácter objetivo e imprescriptible.

Debido a que nunca se dictó ley alguna destinada a la creación de tal judicatura especial, en la reforma a la Carta Fundamental aprobada en el año 1989 se suprimió la referencia que la Constitución Política de la República hacía de la existencia de los tribunales contenciosos administrativos, no obstante mantener el postulado de la especialidad de tales asuntos, entregando al legislador la facultad de determinar

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

en qué tribunales debía quedar radicada la competencia para conocer de los mismos.

La modificación de la norma consistió solamente en la supresión de la expresión "contencioso administrativos" de su texto, sin que se le añadiera expresión alguna que pudiera fundamentar alguna lectura de una supuesta responsabilidad objetiva del Fisco.

En conclusión, es claro que la norma, en su redacción final, contiene sólo una regla de jurisdicción y competencia para los llamados asuntos contencioso administrativos. Por una parte, define el ámbito específico u objeto propio de estos asuntos, las reclamaciones de las personas que sean lesionadas en sus derechos por la Administración del Estado o sus organismos y, por la otra, establece que tales reclamaciones quedan comprendidas en esa jurisdicción, correspondiendo a la ley determinar el tribunal competente para conocer de ellas.

Según lo expuesto, resulta absolutamente indiscutible que el artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política de la República, no es una norma de tipo substantivo, que esté destinada a regular la responsabilidad del Fisco, sino que se limita a entregar la competencia para conocer los asuntos contenciosos administrativos a los tribunales que señale la ley procesal común.

No es posible, por tanto, pretender que esta norma tendría este efecto, tan extraño a nuestra legislación, de eliminar el elemento subjetivo inherente a la obligación de indemnizar, para reemplazarlo por la mera relación de causalidad material entre el daño y la actividad de la administración.

Finalmente, debemos señalar que la norma del artículo 4° de la citada Ley N° 18.575, ubicada en el Título Primero sobre Normas Generales, sólo tuvo por objeto establecer, de

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

un modo general, el principio de la existencia de la responsabilidad del Fisco, sin pretender objetivar la responsabilidad estatal y está complementada por el artículo 42 del mismo cuerpo legal, que la limita a los casos de falta personal o falta de servicio y no la transforma – en caso alguno – en una norma de responsabilidad objetiva, sino que, por el contrario, lleva a la ineludible conclusión de que la responsabilidad del Fisco sólo es procedente si existe falta de servicio y ésta es una responsabilidad de carácter subjetivo y no objetivo.

En el mismo sentido se habrían pronunciado diversa jurisprudencia de los tribunales nacionales.

La responsabilidad del Estado solamente es procedente de existir falta de servicio o falta personal.

3) Alega también la inexistencia de la falta de servicio o responsabilidad directa de la administración en el caso concreto.

Como se dijo, la demandante ha afirmado que los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política, 4 y 42 de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, en su conjunto y armónicamente interpretadas hacen responsable al Estado directamente, siendo cargo del demandante simplemente acreditar la falta de servicio.

Arguye que la falta de servicio ha sido definida como: "El incumplimiento de un deber de servicio. Ese incumplimiento puede consistir en que no se preste un servicio que la administración tenía el deber de prestar, sea prestado tardíamente o sea prestado en una forma defectuosa de conformidad con el estándar de servicio que el público tiene derecho a esperar (Enrique Barros Bourie. "Tratado de Responsabilidad Extracontractual", Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 507.)

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Es claro e indiscutible que la Administración, en este caso el Ejército de Chile, sólo puede actuar de la manera como la ley lo permite y su actuación siempre debe ser ajustada a reglamento. En este caso concreto, la menor Amanda Welsh fue atendida las 3 veces que concurrió a la urgencia del Hospital Militar del Norte, donde se le practicaron los exámenes que el caso ameritaba y recibió las prestaciones correspondientes.

El principio básico de la responsabilidad del Fisco por daños causados a terceros está establecido en el artículo 4° de la Ley N° 18.575.

Además, el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra establecido de manera general en el actual artículo 42 de la Ley N□ 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que incorpora los conceptos de "Falta de Servicio" y "Falta Personal", como elementos atributivos de la responsabilidad del Estado. Vale decir, es necesario que exista una de aquéllas para generar responsabilidad del Estado.

En breve, es "Falta Personal" aquélla que obedece a una conducta personal del sujeto, pero íntimamente ligada a su posición como funcionario del Estado, en tanto que "Falta de Servicio" es la consecuencia de una mala organización o funcionamiento defectuoso o tardío de la Administración. Ambas nociones están naturalmente referidas a lo que puede exigirse de un servicio público y a lo que debe ser su comportamiento normal.

Este sistema subjetivo se fundamenta en la norma del artículo 4° de la citada Ley N° 18.575, que sólo tuvo por objeto establecer, de un modo general, el principio de la existencia de la responsabilidad del Fisco, la que está

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

complementada por el artículo 42 citado, que la limita a los casos de Falta Personal o Falta de Servicio.

En el presente caso, en que estamos frente a una acción indemnizatoria destinada a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Fisco por una actuación que la contraria califica de negligente, en circunstancias que el Sr. Araya Tello, no atendió en ningún momento a la demandante en el ejercicio de una función pública, en ninguna de las 3 ocasiones que concurrió a la urgencia del Hospital Militar del Norte.

De otra parte, si, como expresa, los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución Política, 4 y 42 de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración de Estado hacen responsable al Estado directamente, es porque ha de existir culpa del servicio, cuestión que no se da en la especie.

La noción de falta de servicio implica necesariamente una conducta infractora de los deberes del servicio, equiparable o equivalente a la culpa. Al respecto, se ha sostenido que: "ambas nociones suponen un juicio objetivo de reproche sobre la base de un patrón de conducta: mientras en la culpa civil se compara la conducta efectiva del agente con el estándar abstracto de conducta debida en nuestras relaciones recíprocas, en la falta de servicio tal comparación se efectúa entre la gestión efectiva del servicio y un estándar legal o razonable de cumplimiento de la función pública" (ibid., p. 506). A este respecto, la jurisprudencia de nuestros más altos Tribunales ha sido reiterativa en el sentido de establecer que la noción de "falta de servicio" se enmarca dentro de la teoría subjetiva de la responsabilidad del Estado.

La noción de falta de servicio, en tanto responsabilidad subjetiva, requiere siempre acreditar la culpa o negligencia en la actuación del Estado, cuestión que corresponderá a la

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

demandante probar, pues, tal concepto descarta de plano una responsabilidad objetiva de la administración.

Sostiene que corresponderá a la demandante acreditar que concurran copulativamente los siguientes requisitos: 1.-Falta o disfunción del servicio que la demandada estaba obligada a prestar.2.- El perjuicio causado; 3.-Una víctima no obligada jurídicamente a soportar el daño y 4.- Que la supuesta falta de servicio y el daño producido exista una correlación de causalidad resultando éste consecuencia de aquél. Ninguna de estas circunstancias se da en la especie.

RESPECTO A LA DEMANDA SUBSIDIARIA.

En referencia a esta acción arguye la demandada que el pretensor ni siquiera ha individualizado al supuesto autor del daño, lo que resulta imprescindible para que el tribunal pueda siquiera considerar otorgar una demanda de esta especie.

Reclama que de los distintos pasajes del texto de la demanda no queda claro si en esta acción se refiere a los facultativos que atendieron a [redacted] en la urgencia del Hospital Militar del Norte, que, fueron 3 médicos distintos, ninguno de los cuales corresponde al Dr. Araya Tello, quien sería el autor del delito o cuasidelito civil según la parte demandante.

Por otra parte, y aun obviando esa fundamental circunstancia, corresponderá a la demandante acreditar la responsabilidad civil del supuesto autor del daño, y demás circunstancias que hagan procedente la responsabilidad por el hecho ajeno. En concreto, le corresponderá acreditar i) que el dependiente sea capaz de delito o cuasidelito civil y que haya incurrido en dolo o culpa, causando daño a las demandantes; ii) que entre el Hospital Militar del Norte y el agente del daño exista un vínculo de subordinación y

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

dependencia; ii) Que el dependiente haya actuado dentro del ámbito de sus funciones.

Aún verificadas las condiciones anteriores, el inciso 2° del artículo 2322 del Código Civil que establece que la responsabilidad por los dependientes cesa si sus funciones las han ejercido "de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente".

En relación a los daños cuya indemnización se demanda, y de manera subsidiaria, para el evento improbable que se deseche las argumentaciones contenidas en los acápites precedentes, opone como alegación o defensa el exagerado monto de la indemnización demandada.

Indica respecto del daño moral que éste no lo genera la sola circunstancia de existir un grado de parentesco entre la víctima y los demandantes, sino que éste, el daño, debe explicarse en qué consiste y por qué habría sido sufrido.

Aduce que dado los montos demandados, aquello se inscribe plenamente en el área del lucro sin causa y no guarda relación alguna con la idea de compensar alguna pérdida, por grave y fundamental que ésta sea.

Comenta que será el tribunal deberá tener presente que la indemnización del daño moral no se determina arbitrariamente cuantificando en dinero la pérdida, sufrimiento, lesión o aflicciones sicológicas experimentadas como ocurre tratándose del daño material o pecuniario. Desde que el daño moral afecta a bienes extrapatrimoniales o inmateriales y, por lo mismo, no apreciables en dinero, es imposible medirlo en términos económicos.

Como consecuencia de lo anterior, mediante la indemnización del daño moral no pueden reclamarse desmesurados incrementos patrimoniales, como se pretende en esta demanda. Con ello, la actora se aparta enteramente de la

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

finalidad satisfactiva que corresponde a dicha indemnización, y, lo que es aún más inaceptable, se la estaría en los hechos, transformando en una fuente de lucro o ganancia, totalmente incompatible con lo que en esencia constituye la razón de ser de todas las formas de indemnización de perjuicios, que es la de reparar y no la de enriquecer.

Aunque la avaluación del daño moral no está contemplada en un texto legal expreso, los fallos judiciales en la materia han mantenido una cierta correspondencia entre ellos, lo que revela que se han aplicado principios de racionalidad y prudencia en la regulación de estas indemnizaciones.

La extensión de la reparación del daño moral debe guardar relación con nuestra realidad jurídica, social y económica. Asimismo, deberá considerar especialmente la prueba rendida en el proceso sobre la real entidad de los daños, puesto que no hay reglas que permitan presumirlo.

En suma, solicita se acojan las excepciones, alegaciones y defensas opuestas, rechazarlas en todas sus partes, con costas.

TERCERO: Que, a folio 19, la parte demandante evacúa el trámite de réplica, manifestando que de la contestación se desprende negación de un hecho fundamental, cual es, la atención brindada el 26 de agosto de 2019 por el médico Hernán Araya en el Servicio de Urgencias del Hospital Militar del Norte, quien además fue quien dio las instrucciones a la enfermera de turno sobre cómo proceder con la paciente, indicando además la toma de una tomografía y la aplicación de gasa sobre el agujero que tenía producto de una gastrostomía.

Reiterando la cronografía ya expresada en la demanda; indicando que es ahí donde comienza el dolor tanto físico como psicológico para la paciente y su familia, quien confiando en la reputación del mencionado reciento de salud acudieron buscando ayuda y una solución para el malestar de

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

la paciente [redacted], y es ahí donde después de varios exámenes se le dio un mal diagnóstico, lo que trajo como consecuencia todos los hechos ya mencionados en la demanda, consecuencias que se podrían haber evitado. De no haber mediado un diagnóstico errado, se podría haber ahorrado tiempo crucial y lo más importante, se le podría haber evitado todo el sufrimiento a la paciente.

En cuanto a la discusión jurídica ventilada por la contestación, apunta que en el caso del Estado, su responsabilidad extracontractual tiene fundamento constitucional, en conjunto con las normas de la Ley 18.575, lo que obliga al Estado a indemnizar los detrimentos derivados de su conducta dañosa.

Agrega que las principales características de la responsabilidad del Estado, son las siguientes: 1. Se trata de una responsabilidad constitucional, porque es consecuencia de la primacía normativa de la Constitución, consagrada en los citados artículos 6, 7, 38 inciso 2°, 19 N° 2 y N° 20 y 4°. Es responsabilidad impuesta a todos los órganos estatales, que deben velar por el bien común, con pleno respeto de las garantías y derechos que la Constitución reconoce y establece; 2. Es, además, una responsabilidad directa, es decir, se responde por el hecho de la persona jurídica y no por el del tercero. Esta afirmación encuentra perfecto fundamento en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución y 4° de la Ley de Bases Generales. Ambas disposiciones, separan claramente el actuar del funcionario de la responsabilidad del Estado; 3. Por último, por tratarse del Estado, esta responsabilidad se encuentra regida por el derecho público, que es la rama del ordenamiento jurídico encargada de regular la actividad del Estado tendiente a la obtención del bien común.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Por otra parte, en cuanto la falta de servicio reclama que es evidente que existió, pues hubo falla en la atención a [redacted] y, como consecuencia, se producen daños por rebote en el caso de sus padres.

En lo relativo a la culpa médica de conformidad a lo relatado, se ha producido una impericia en el diagnóstico. Como lo advierte la lex artis de la especialidad, la radiografía simple de abdomen es el examen más útil para hacer el diagnóstico de obstrucción intestinal. En la medida que la imagen observada en ella revele una acumulación de gases en un segmento intestinal, íleo segmentario; escasez o ausencia de gas en recto y niveles hidroaéreos nítidos, "limpios", todo ello correspondiendo a una obstrucción mecánica. Estos tres elementos estaban presentes en la radiografía de la segunda consulta, el 14 de septiembre de 2019, pero no se interpretan correctamente. La exploración quirúrgica realizada finalmente, en el Hospital Clínico de la Universidad Católica, confirma el diagnóstico de una obstrucción mecánica, por bridas, en un paciente con intervenciones abdominales múltiples. En suma, tales conductas no satisfacen el estándar de actuación al que debe ajustarse el demandado en la prestación de los servicios médicos, teniendo en consideración que de conformidad a la lex artis los facultativos médicos están obligados al cuidado debido, y la infracción del deber provocó que la salud de la paciente empeorara y que su vida estuviera expuesta al riesgo.

En cuanto al nexo causal insiste en que las acciones y omisiones descritas constituyen condiciones necesarias y suficientes para la dolencia o patología de su representada, de la manera que se produjo.

En cuanto al punto 6 controvertido por la demandada, recalca que la forma en que ocurrieron los hechos, se puede

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

colegir que se cumple con los términos de la figura de la responsabilidad por hecho ajeno, que contiene el artículo 2320 del Código Civil, es decir, la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia entre dos personas, pudiendo basarse este vínculo en la ley, un contrato o en una mera situación de hecho. Respecto a esto último es necesario mencionar que resulta evidente que el facultativo que atendió a [redacted] mantenía una relación-vínculo con la demandada.

En cuanto al punto 7 controvertido por la demandada, se remite a lo ya señalado, y que será demostrado en la etapa respectiva.

CUARTO: Que, con fecha 04 de marzo de 2022, el apoderado de la parte demandada evacúa el trámite de la dúplica.

Reitera que el Dr. Hernán Araya no atendió a la paciente, lo que se puede dejar establecido a partir de los Datos de Atención de Urgencia de las tres consultas referidas, que estuvieron a cargo de 3 médicos distintos. La paciente [redacted], el día 26 de agosto de 2019, a las 16:18 horas, fue atendida por la Dra. Paula Carvajal Orrego; el día 14 de septiembre de 2019, a las 19:15 horas, por la Dra. Nora Rivera Rojas; y el día 16 de septiembre del mismo año, a las 19:55 horas, fue atendida por el Dr. Stewart Falconer. En consecuencia, si el médico hubiese atendido a doña [redacted], lo que esta parte controvierte y en consecuencia deberá ser probado, lo habría hecho al margen del horario y funciones establecidas en su contrato de trabajo, por lo que no resultaría razonable responsabilizar al Fisco por sus supuestos actos.

Asimismo, recalca, conforme a los hechos expuestos en su contestación, que las atenciones brindadas en el Hospital Militar del Norte se ajustan a la Lex Artis médica, por cuanto cada uno de los facultativos médicos que atendieron a

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

la paciente presentaron sus diagnósticos y consecuentes tratamientos, en virtud de los resultados e indicios entregados por los distintos exámenes de laboratorio e imagenología y exámenes clínicos practicados a la niña, y que los daños alegados, en caso alguno pueden atribuirse a esas atenciones, y en realidad, podrían encontrar su explicación en la naturaleza misma de la operación a que habría sido sometida y sus condiciones preexistentes de salud.

QUINTO: Que, con fecha 07 de marzo de 2022 se recibió la causa a prueba, fijándose como puntos controvertidos, sustanciales y pertinentes, lo que allí se indican.

SEXTO: Que, a objeto de acreditar sus pretensiones, la parte demandante allegó al proceso los siguientes elementos de convicción:

I.- DOCUMENTAL. Folio 46.

1. Informe pericial médico legal.

2. Ficha de atención de urgencia de fecha 26 de agosoto de 2019 en el Hospital Militar del Norte de la paciente [redacted].

3. Ficha de atención de urgencia de fecha 14 de septiembre de 2019 en el Hospital Militar del Norte de la paciente [redacted].

4. Ficha de atención de urgencia de fecha 16 de septiembre de 2019 en el Hospital Militar del Norte de la paciente [redacted].

5. Cuenta Honorarios médicos de la paciente [redacted], de fecha 12 de noviembre de 2019.

6. Cuenta hospitalaria de la paciente [redacted], de fecha 01 de octubre de 2019.

7. Epicrisis de la paciente [redacted] en Red de Salud UC christus.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

8. Informe médico de la paciente [redacted] en Red de Salud UC christus firmado por el Doctor Alejandro Zavala.

9. Informe de ecografía de fecha 16 de septiembre de 2019, de la paciente [redacted] en Hospital Militar del Norte.

10. Registro de Atención de urgencia en Clínica Antofagasta de fecha 17 de septiembre de 2019 de la paciente [redacted] en Red de Salud UC christus

II.- EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS: Folio 59, 66 y 69.

En audiencias celebradas los días 15 y 21 de noviembre de 2022, oportunidad en que se exhibieron los siguientes documentos:

1. Boleta N°023507 de fecha 26 de agosto de 2018 de la paciente [redacted].

2. Boletín de ingreso N°003553 de fecha 28 de agosto de 2019 de la paciente [redacted].

3. Boleta N°029514 de fecha 27 de agosto de 2019 de la paciente [redacted].

4. Boletín de ingreso N°003581 de fecha 29 de agosto de 2019 de la paciente [redacted].

5. Boleta N°026119 de fecha 14 de septiembre de 2019 de la paciente [redacted].

6. Boleta N°026131 de fecha 14 de septiembre de 2019 de la paciente [redacted].

7. Boletín de ingreso N°003878 de fecha 17 de septiembre de 2019 de la paciente [redacted].

8. Boleta N°026395 de fecha 17 de septiembre de 2019 de la paciente [redacted].

9. Boletín de ingreso N°003885 de fecha 17 de septiembre de 2019 de la paciente [redacted].

III.- OFICIOS. Folio 71.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Se ofició a Red de Salud UC-Christus con domicilio en calle Marcoleta 367, piso 1, hall central, Santiago, quien remite los antecedentes médicos a folio 71.

IV.- INFORME PERICIAL. Folio 98.

Evacuado por el Dr. Guillermo Concha Grossi, médico cirujano, perito médico, quien plantea sus conclusiones, al tenor de los puntos de prueba fijados por el tribunal, en las páginas 17 y siguientes de su informe; y en lo pertinente indica:

"En el contexto de la atención de salud descrita del 16 de septiembre, era pertinente haber solicitado la evaluación por cirugía pediátrica, así como se efectuó el día 14 de septiembre, dado que la posibilidad de un cuadro de obstrucción intestinal no podía ser del todo descartada."

"La atención del día 14 de septiembre de 2019, en el contexto de los síntomas clínicos y ante la posibilidad diagnostica de un cuadro de obstrucción intestinal, se realizó un estudio imagenológico de radiografía de abdomen simple, informada con: "leve distensión de asas intestinales con formación de niveles hidroaéreos a predominio derecho, indispensable correlación clínica", en dicho contexto, era de importancia la solicitud de radiografía de abdomen simple de pie y de otra con rayo horizontal y/o una nueva TAV para así complementar el estudio, buscando activamente los niveles hidroaéreos sugerentes de oclusión intestinal, así como la posible ubicación o nivel de la obstrucción. La correlación clínica se refiere al radiólogo en su informe corresponde al cuadro clínico con antecedente de múltiples cirugías abiertas y dolor abdominal, por lo que ameritaba el avance en el estudio de la causa de la clínica que presentaba la paciente. De acuerdo con lo expuesto, esta atención no se ajustó al protocolo de estudio de obstrucción intestinal."

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

"La atención del día 16 de septiembre de 2019, ante el cuadro de dolor abdominal y diarrea junto a los antecedentes mórbidos de múltiples cirugías abdominales y consultas médicas previas, como se mencionó anteriormente el protocolo de estudio de obstrucción intestinal, si bien incluye la evaluación ecográfica para descartar patologías como invaginación intestinal, apendicitis aguda, hernia inguinal y de pared abdominal, no permite descartar la obstrucción intestinal por otras etiologías, como adherencias, donde el protocolo indica la realización de una radiografía y TAC de abdomen, por lo tanto, esta atención no se ajustó al protocolo de estudio de obstrucción intestinal."

SÉPTIMO: Que en apoyo de su defensa la demandada Fisco de Chile incorpora la siguiente prueba:

I.- DOCUMENTAL: Folio 37, 38 y 48.

1. Ficha clínica N° 86.188 de la paciente [redacted] del Hospital Militar del Norte.

2. Radiografía abdomen simple de la paciente [redacted] de fecha 14.09.2019 del Hospital Militar del Norte.

3. Ecografía abdominal de la paciente [redacted] de fecha 16.09.2019 del Hospital Militar del Norte.

4. Tomografía computada de abdomen de la paciente [redacted] de fecha 26.08.2019 del Hospital Militar del Norte.

II.- TESTIMONIAL. Folio 58.

1.- [redacted], quien declara al punto de prueba N° 2, que "Esto ocurrió el 2019 por lo que tuve que leer el folio de atención, yo la atendí 14 de septiembre a las 19:35 y venía con dolor abdominal, irritabilidad y deposiciones pastosas y liquidas con un día de tiempo, era una paciente en buenas condiciones generales, sin fiebre, normobárica, suturaba normalmente, su guatita

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

estaba blanda, no se veía dolorosa, debido a los antecedentes neurológicos previos, decidí tomar una hemograma, una radiografía de abdomen simple, PCR y un panel viral de deposiciones. Luego de eso termino mi turno y le deje a mi compañero que seguía."

Repreguntada acerca de resultados de los exámenes solicitados el 14 de septiembre, responde Pude rescatar la radiografía de abdomen simple y se veía abundante deposición en la ampolla rectal en el recto del intestino y un poco de gas en la ampolla rectal, además de veía un nivel hidroaéreo. Ese nivel al tener deposición en la ampolla y gas no había obstrucción intestinal.

Repreguntada si tiene conocimiento del estado de salud neurológico de la paciente. Responde: Si, la paciente tenía antecedentes de parálisis cerebral, tenía cirugías de una hernia y una gastrostomía y después en el 2019 le retiraron esa gastrostomía y estaba siendo alimentada por sonda si no me equivoco.

Repreguntada cual es el grado de atención que se le realiza al ingreso a urgencia debido a su condición neurológica. Responde "como dije, por sus antecedentes se le dio un trato C3 solicitando los exámenes, si no hubiera sido de esta forma, no se habrían solicitado."

Se le exhibe documento con fecha 06 de octubre de 2022. Responde "Efectivamente es mi atención inicial, en esa atención no había obstrucción intestinal, no descarto que pudiera evolucionar, pero en ese momento no existía.

Repreguntada cual es la analepsis que se indica en esta parte de la ficha. Responde: "Eso fue dos días después de mi atención, decía dos días de dolor abdominal, sin fiebre, sigue con deposiciones pastosas, fue derivada por cirujano quien descarto obstrucción, en demás se ve hidratada y mucosa rosada, ruido pulmonar normal, ritmo regular en dos tiempos y

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

solicito ecografía abdominal por ser la segunda consulta y abajo en indicaciones sale, le puso un suero, ketorolaco y control al día siguiente."

Se exhibe documento con fecha 06 de octubre de 2022 "radiografia abdomen simple"

Responde "Esto es lo que vio el radiólogo, el gas está bien distribuido, mucho material fecal y escasa material de gas en la ampolla rectal, leve distención de hazas intestinales con formación de niveles hidroaéreos, aquí hay un solo nivel por la materia fecal, ninguna de las hazas se rompió y el gas no se ha ido al nivel portal, no hay inflamación de apéndice y su columna está un poquito desviada por sus antecedentes."

Se exhibe documento con fecha 06 de octubre de 2022 "tomografía computada de abdomen". Responde "Este examen lo pidieron la primera vez por la salida de líquido de la gastrostomía, afectivamente se estaba abriendo y solo hay salida de líquido, pero no se formaron abscesos dentro del abdomen no había infección presente."

Repreguntada si pudo verificar el líquido debido a la gastrostomía. Responde "No lo recuerdo, todo está en el folio"

OCTAVO: OBJETO DE LA CONTROVERSIA. Que, el examen de los libelos rectores enseña que la discusión central radica en discernir si asiste obligación indemnizatoria al Fisco de Chile, con motivo a daños atribuibles ya sea por falta de servicio en la atención de salud brindada en el Hospital Militar del Norte a la menor [redacted]; o bien, por la responsabilidad del hecho ajeno.

NOVENO: DE LOS HECHOS ACREDITADOS: Que, en función a las pruebas incorporadas a la causa, especialmente: copia de ficha clínica del Hospital Militar de Antofagasta, y demás documental que obra a folio 37, 38, 46, 48, 59 y 71; atestado

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

testimonial de doña [redacted], y el informe pericial rendido por el médico don Guillermo Concha Grossi, este magistrado asume convicción de efectividad de los siguientes hechos:

1.- Con fecha 14 de septiembre de 2019, la menor [redacted], asistió al Servicio de Urgencia Hospital Militar del Norte, presentando un cuadro de irritabilidad, dolor abdominal e inapetencia, siendo atendida por la médico doña [redacted], quien ordena practicársele radiografía de abdomen simple, además de otros exámenes que luego se suspenden. La radiografía arrojó "patrón de meteorismo de distribución normal en asas intestinales. Abundante contenido estercoráceo y escasa cantidad de gas en la ampolla rectal. Leve distensión de asas intestinales con formación de niveles hidroaéreos a predominio del hemiabdomen derecho. Indispensable correlación clínica. No hay signos de neumoperitoneo ni de neumatosis portal. Reflexiones peritoneales y sombras de músculos psoas conservadas, simétricas".

Se le diagnostica cólico abdominal, con observación de enterovirosis, dándosele el alta.

2.- El día 16 de septiembre de 2019, consulta nuevamente en el servicio de Urgencia del Hospital Militar del Norte, con similares síntomas, oportunidad que es atendida por el médico don Stewart Falconer V., quien ordena practicar ecografía abdominal que informa "…abundante contenido estercoráceo en el marco colónico, con distensión del ciego de hasta 54 mm, sin cambios inflamatorios circundantes. Las asas de intestino delgado presentan calibre conservado. Apéndice en pelvis de calibre en el límite normal alto (5,8 mm) sin cambios inflamatorios evidentes en la grasa circundante. No se observa líquido libre peritoneal significativo…"

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Se ordena su egreso ese mismo día, con diagnóstico de cólico abdominal.

3.- El día 17 de septiembre de 2019, la menor es trasladada al servicio de urgencia de la Clínica Antofagasta, desde donde sus padres se retiran, sin obtener diagnóstico de la afección de la menor.

4.- En esa misma fecha, la menor es ingresada al servicio de urgencia de Red Salud UC Christus, de la ciudad de Santiago, con diagnóstico de obstrucción intestinal mecánica de alto grado sin necrosis, realizándosele procedimiento quirúrgico denominado laparotomía, que la mantuvo internada en aquel recinto, durante 10 días.

4.- Con fecha 01 de octubre de 2021, los padres de la menor, don [redacted] y doña [redacted], en representación de su hija [redacted], y a nombre propio, deducen demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, por la responsabilidad que le compete en los resultados dañosos que acusan, al Hospital Militar del Norte.

DÉCIMO: EN CUANTO AL FONDO: Que, en el ámbito de la responsabilidad civil por falta de servicio de parte de una rama de las fuerzas armadas o algún servicio dependiente de estas, este magistrado comparte y hace suya la doctrina fijada por la Excma., Corte Suprema, en la sentencia dictada con fecha 12 de mayo de 2022, en la causa Rol 35.370-2021, que en síntesis expresa lo siguiente: […el régimen de responsabilidad por falta de servicio no ha de fundarse en el artículo 21° de la Ley N°18.575, sino que más bien en el artículo 4° de la misma. El mencionado artículo 4° establece que "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 los hubiere ocasionado."

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

En efecto, la regla de exclusión contenida en el artículo 21 inciso 2° de la Ley N°18.575, no afecta el alcance general del artículo 4°, por lo que -a su respecto- debe atenderse a la concepción de Administración del Estado, que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de modo que éste régimen (falta de servicio) sí se aplica a las Fuerzas Armadas, como también a las de Orden y Seguridad Pública.

La regla de exclusión se extiende únicamente a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria, sin afectar el régimen de responsabilidad (Rol N°306-2020, caratulados "[redacted] y otros con Fisco de Chile").

De esta forma, resulta pertinente citar las disposiciones relevantes:

Artículo 4 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 los hubiere ocasionado".

Artículo 42 Ley N°18.575. "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".

UNDÉCIMO: Que, siguiendo la doctrina especializada del Profesor Luis Cordero, la falta de servicio es un criterio de atribución de responsabilidad de derecho público o también un título de imputación, pensado desde la perspectiva de la garantía, de modo que subyacen a ella las reglas de competencia, prerrogativas y deberes del poder público.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

En la doctrina francesa tradicional, se redujo la comprensión de la falta de servicios con la trilogía canónica: 1.- cuando el servicio no se presta, 2.- cuando se presta mal o 3.- se presta tardíamente.

En la actualidad, parece más bien correcto entender la falta de servicio como funcionamiento anormal, funcionamiento incorrecto o bien de mala organización del servicio.

Así, la falta de servicio se construye como un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, de modo que es una noción autónoma que está vinculada al carácter material o jurídico del acto singular o general, independiente de la legalidad del acto y con indiferencia de sus efectos penales. Es una noción amplia, en la medida que abarca junto con la falta positiva del acto cumplido equivocadamente, la falta por omisión y el retardo. De esta forma, estaremos en presencia de una falta de servicio, cuando este no se ha comportado como habría debido, a saber, cuando la acción o la abstención es de naturaleza tal que se justifica un reproche.

En la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos construida sobre la idea de falta, se le concibe como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa, debiendo apreciarse la misma no en relación a la culpa del agente sino de acuerdo de las leyes y reglamentos que rigen la función (el servicio) y al daño causado al administrado.

En la falta de servicio, categóricamente, no basta con la relación de causalidad, ya que es necesaria la existencia de este tipo falta, puesto que se debe considerar la responsabilidad por falta de servicio dentro de la responsabilidad subjetiva, pues la falta de servicio es considerada como la culpa del servicio.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

DUODÉCIMO: Que, la jurisprudencia nacional ha considerado la falta de servicio como todo mal funcionamiento de la entidad. Si el Estado presta un servicio público, tiene la obligación de prestarlo bien. Así también, ésta existe cuando hay omisión o ausencia de actividad estatal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta por el ordenamiento jurídico. De este modo, al ser la falta de servicio el factor que desencadena responsabilidad estatal, necesariamente supone que el organismo incurra en una falla en su actuación, que se traduce en ausencia de un servicio que debió haberse prestado o, al menos, debió haberse entregado de mejor forma. Asimismo, se ha dicho que la falta de servicio que irroga directamente responsabilidad al Estado, se produce si sus órganos administrativos no actúan, debiendo hacerlo, si su actuación es tardía o si ellos funcionan defectuosamente, causando perjuicio a los usuarios o destinatarios del servicio público y que si bien éstos últimos no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio, sí deben invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado por el patrimonio de la víctima.

La jurisprudencia para construir la noción de la falta de servicio, tradicionalmente utiliza los siguientes elementos i) Ilegalidad o incumplimiento de obligaciones legales (falta de diligencia); ii) Incumplimiento de estándares mínimos de funcionamiento de los servicios iii) Por vía negativa, al establecer que el funcionamiento normal no constituye falta de servicio; iv) Ser el pretensor usuario del sistema, no obstante en esto existe jurisprudencia contradictoria; v) dilucidando si hay reproche de incumplimiento a un mandato de alcance normativo general o un caso concreto .

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

En rigor, la falta de servicio se debe calificar en base a un criterio de objetividad, en el sentido que lo que se exige imputar responsabilidad es la anormalidad en el funcionamiento de los órganos de la Administración y no el comportamiento volitivo de algún sujeto. Decir que la Administración ha incurrido en falta de servicio es simplificar lo que en la realidad ciertamente ha ocurrido y es que el órgano administrativo ha actuado de manera anormal. En tales supuestos, el sistema de responsabilidad sigue siendo objetivo porque el fundamento sigue estando en el deber de reparar un patrimonio injustamente lesionado; pero si no hay culpa, no hay tampoco causa administrativa del daño; no hay, en suma, nexo causal.

Ahora bien, el establecimiento de la falta de servicio como criterio de atribución de responsabilidad implica que el Estado no se hace responsable por todo daño que puedan sufrir los ciudadanos producto de su relación con la actividad estatal. Por el contrario, para establecer la responsabilidad, se debe realizar un juicio de carácter comparativo-objetivo entre la actuación del servicio público y un estándar normativo relativo a cómo éste debería haber actuado. El juicio de responsabilidad, en realidad, atiende al establecimiento de la mala organización o el funcionamiento defectuoso del servicio, apreciando esas nociones en forma objetiva por referencia a lo que se está en derecho de exigir de un servicio público moderno, es decir, aquello que debe ser su comportamiento normal.

De esta forma cabe distinguir los conceptos de culpa civil y falta de servicio, ya que tratándose de la responsabilidad por culpa el agente, éste puede excusarse probando su actuar diligente, mientras que tratándose de la falta de servicio, la única manera de excusarse es probando el cumplimiento normal del servicio, sin considerar

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

necesariamente la conducta del funcionario público que materialmente llevó a cabo la actuación administrativa.

En conclusión, la falta de servicio consiste en un criterio de atribución de responsabilidad que difiere de los propios del Derecho Civil, y que tiene la virtud de servir de herramienta adecuada para equilibrar los intereses públicos y privados, pues exige definir lo que los ciudadanos pueden esperar de un servicio público moderno. Por ende, conforme al estándar de la falta de servicio, no puede exigirse al Estado que responda por todos los daños que sufran los administrados, como tampoco los particulares tienen el deber de tolerar los daños inferidos por un funcionamiento anormal o defectuoso del servicio. En el fondo, detrás de esta alternativa formal, existe una coincidencia sustancial: la prestación de servicios públicos por debajo de sus niveles normales de funcionamiento representa una actuación administrativa deficiente, toda vez que en las condiciones, espacio-temporales, dadas, era posible y esperable otra actuación.

Entonces, en la búsqueda y definición concreta de la falta de servicio, es clave determinar cuáles son las concretas normas de diligencia o cumplimiento de obligaciones, que es posible exigir a la Administración, es decir, cuál es el modelo de conducta que permite identificar (negativamente) el funcionamiento anormal de los servicios públicos y distinguirlo del funcionamiento normal. No cabe duda que los modelos de conducta de la Administración, son los que determina el legislador, o incluso la propia Administración, pero que son evaluados por el juez.

DÉCIMO TERCERO: Que, tal cual se postula en la memoria de grado: “Falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del estado administrador”, la responsabilidad de la Administración es directa, importando

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

en definitiva que la víctima del daño deba probar que el servicio no ha actuado, lo ha hecho de forma tardía o imperfectamente; sin que sea necesario para configurarla, identificar a la persona del funcionario.

La responsabilidad del Estado por actos de la Administración posee dos orígenes; el primero, como ya sabemos, fundado en la existencia de una Falta de Servicio y el segundo, derivado de una falta personal o culpa del funcionario público. Para algunos autores, existiría una responsabilidad solidaria entre el órgano y su empleado causante del daño; sin embargo para otros, en virtud de la teoría del órgano, se trataría siempre de una obligación directa de la Administración, ni solidaria ni subsidiaria, en relación con el agente.

A su vez, cuando la falta es personal y se desvincula plenamente del servicio, se le denomina "falta personalísima" y ha sido definida como aquella en la cual responde el agente personalmente, sobre su patrimonio, ante el juez civil, según las reglas del derecho privado.

Esta falta se separa del ejercicio de la función, ya sea materialmente, cuando se ha cometido sin ningún vínculo o relación con el servicio.

La principal consecuencia del daño producido por un actuar culposo o doloso del funcionario (con desvinculación plena del servicio), es que la Administración queda exenta de responsabilidad, por tanto, será el agente el único obligado a la reparación del perjuicio producido.

Cuando la culpa del funcionario se debe a una conducta más bien "institucional", "habrá una falta de servicio que abandona a su autor material para venir a imputarse directamente, acarreando consecuencialmente la responsabilidad exclusiva del ente público de que se trate.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Determinar si la falta es personal y totalmente desvinculada del servicio o por el contrario, constituye una culpa que hace responsable al Fisco por existir determinados nexos con el servicio, es una labor necesaria del Juez de la causa en base a ciertos parámetros o criterios.

Las faltas cometidas por los funcionarios dentro del ejercicio normal de su función, comprometen la responsabilidad del órgano estatal, esto es, cuando el agente ha permanecido enteramente dentro del marco y tiempo de la función. Determinar cuándo se ha actuado dentro de las funciones propias de cada servicio es una tarea del Juez, pero que en algunas ocasiones es auxiliada mediante la existencia de preceptos legales que regulan la actividad de aquellos órganos.

Por otra parte las faltas cometidas con ocasión del servicio, ha sido empleada por la jurisprudencia para imputar responsabilidad al Estado cuando el acto del agente, no se ha realizado dentro de la función del servicio. Se trata de una actividad que en principio podría ser catalogada como privada, pero que sin embargo posee algunos elementos propios del servicio que permiten que la falta no sea considerada como totalmente separable y justifican que el Fisco responda. Estos elementos son situaciones de hecho reconducidas a la labor desempeñada por el funcionario, como la utilización de instrumentos del servicio (como por ejemplo armas de fuego en las policías) o bien, si los hechos han ocurrido dentro de las dependencias de la institución pública. Se trata de actos extraños a la ejecución de la función, pero que la existencia de la función, no obstante, ha permitido.

DÉCIMO CUARTO: Que, si la Administración del Estado resulta condenada a reparar determinados perjuicios por conductas en que asiste falta personal, le corresponde un importante derecho, consistente en la acción de repetición.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Esta se encuentra recogida en el artículo 42 inciso 2° de la LOCBGAE, el artículo 152 inciso 2° de la LOCM y el artículo 38 inciso 3° de la Ley de Acceso Universal con Garantías Explícitas N°19.966. Todas esas normas contienen la idea que el servicio puede repetir en contra del funcionario que haya incurrido en falta personal. No obstante la acción de reembolso sólo procede en el caso que la falta personal sea cometida, "en función del servicio" o con "ocasión" de éste.

Según algunos autores, se trata de una acción restitutoria o de reembolso la cual tiene como antecedente que el Fisco haya cumplido con la obligación personal y directa de indemnizar al administrado de los perjuicios provocados, para otros es una hipótesis de subrogación de "pleno derecho" y de forma automática en favor del Estado respecto de la acción que tendría la víctima en contra del funcionario, puesto que a diferencia de lo que ha entendido alguna jurisprudencia, no existe solidaridad entre los funcionarios, es decir, cada uno de ellos responderá en la medida de su falta, la cual se apreciará de acuerdo a la gravedad y contribución al daño.

El régimen contenido en la Ley AUGE contempla reglas especiales que restringen la procedencia de esta acción. En efecto, el artículo 38 inciso 3° de la mencionada ley dispone: "Los órganos de la Administración del Estado que en materia sanitaria sean condenados en juicio, tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que haya actuado con imprudencia temeraria o dolo en el ejercicio de sus funciones, y en virtud de cuya actuación el servicio fue condenado. La conducta imprudente o dolosa del funcionario deberá siempre ser acreditada en el juicio en que se ejerce la acción de repetición, la que prescribirá en el plazo de dos años, contado desde la fecha en que la sentencia que condene al órgano quede firme o ejecutoriada".

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Al exigirse una conducta imprudente o dolosa del agente, se desincentiva la realización de conductas delictivas o de plano demasiado imprudentes y por otro, establece que el Fisco no podrá repetir en contra de los funcionarios del servicio de salud cuando se haya determinado en juicio que su actuación se debió a una culpa simple.

DÉCIMO QUINTO: Que, de su parte, la responsabilidad profesional pertenece por lo general al ámbito contractual, ya que está antecedida de una convención entre quien hace el encargo y quien presta el servicio, se trata de contratos a los que resultan típicamente aplicables las reglas del mandato y supletoriamente las del mandato civil (Barros Bourie. Tratado de Responsabilidad extracontractual).

Este tipo de relaciones profesionales deben ser calificadas de contractuales y quedan sujetas a los deberes generales de cuidado de quienes actual en el ámbito de intereses y de riesgos de terceros.

Ahora bien, más allá de ciertos aspectos no estructurales como en prescripción, no existen diferencias relevantes en el régimen a ocupar, especialmente en la naturaleza y prueba del deber de cuidado, el estándar de cuidado debido y los deberes conexos de información.

Los profesionales pueden contraer obligaciones contractuales de medios o de resultado, según sea la expectativa que el derecho cautela a quienes hacen el encargo. Contraen una obligación de medios, cuando el deber profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por la contraparte. Son de resultado, si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que se pretende obtener. La regla general es que las obligaciones sean de

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

medios, de modo que recaerá en el deudor la acreditación de cumplimiento de la debida diligencia esperada.

Los profesionales tienen el deber de adoptar, dentro de lo que resulta económicamente exigible, las medidas necesarias para satisfacer las expectativas normativas de seguridad que los terceros tienen respecto de su capacidad como experto. Por ello, los profesionales tienen deber de actuar conforme a la *Lex Artis* de su actividad, es decir de conformidad con los estándares de buen ejercicio profesional.

La culpa médica es un remilgo simple de aplicación de la culpa civil, de modo que se le aplican las reglas generales sobre deberes de cuidado, prueba y responsabilidad por el hecho ajeno, por lo mismo, los médicos responden por su negligencia definida de acuerdo a las reglas generales y no solamente por culpa grave.

Al médico se le exige la destreza, dedicación y el cuidado que definen a un buen profesional según reglas de prácticas correctas, es decir la obligación de medios le exige prestar sus servicios conforme a la *Lex Artis*. Por ello, en principio, un médico no es culpable de negligencia si ha actuado de acuerdo a una práctica aceptada como correcta por un cuerpo responsable compuesto de médicos calificados. En el mismo sentido, el error excusable no es identificable con la negligencia y por ello no da lugar a responsabilidad, siendo aquel que se comete aun habiéndose desplegado el cuidado y destreza exigible a un buen profesional. El daño que se debe al error no imputable, pertenece en definitiva a los riesgos generales de la vida que son soportados por la víctima.

La actividad de los hospitales y clínicas está sujeta a las reglas de la responsabilidad patrimonial aplicables al tipo de relación que se tiene con el paciente, de modo que les resultan aplicables los principios que rigen la

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

responsabilidad del empresario por el hecho propio y ajeno o de la administración del estado según corresponda, esto es: por culpa o falta de servicio.

Los deberes de cuidado que recaen sobre los médicos se transmiten en la forma de presunciones de culpa a los establecimientos de los cuales son dependientes. Los hospitales y clínicas responden por el hecho ajeno según las reglas generales. Por el hecho propio, también, si no ha dispuesto los medios necesarios para prestar el servicio en forma correcta.

DÉCIMO SEXTO: Que, en los casos de responsabilidad civil derivada de la actividad sanatorial, resulta relevante discernir la naturaleza del vínculo entre el establecimiento de salud y el médico o profesional involucrado, a efectos de caracterizar adecuadamente el régimen, criterio de imputación y las reglas a utilizar, esto es: las propias a la responsabilidad por hecho propio, por hechos ajeno, por falta de servicio, etc.

En este derrotero habitualmente encontramos: 1.- Relaciones de dependencia y/o subordinación; 2.- Relaciones de honorarios; 3.- Médicos independientes (no existe vínculo de dependencia, subordinación ni honorarios entre el médico y el establecimiento de salud).

Si bien, parte de la doctrina moderna sostiene que en todos los casos en que se causa un daño -a un paciente- en dependencias de alguna clínica u hospital, en ejecución de un acto médico quirúrgico por parte de médicos independientes, el sanatorio debe asumir la responsabilidad civil reparando el daño injustamente ocasionado, atendido a que es parte de un contrato médico integral donde asume posición de deudor en conjunto al galeno independiente, esto no es pacífico, existiendo no pocos autores ni sentencias que postulan una

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

solución diversa según el grado y tipo de relación que existe entre el galeno y el nosocomio.

En nuestro país, los usuarios de una prestación de salud, pueden elegir el establecimiento profesional de su preferencia, de conformidad a la cobertura del plan escogido al interior de una institución de Salud Previsional (ISAPRE) o según el tramo respectivo en el Fondo Nacional de Salud (FONASA). Los proveedores o prestadores de servicios médicos son las clínicas, los hospitales y los profesionales que trabajan de manera autónoma a la misma.

Siguiendo al Tesista Edgardo Campusano Ramos, en esta materia es posible apreciar tres tipos distintos de relaciones entre los médicos y los establecimientos de salud (i) Médicos vinculados laboralmente con el establecimiento de salud; (ii) Médicos vinculados al sanatorio a través de contratos de honorarios y que, en virtud del mismo, forman parte del grupo de galenos de la clínica que ellos denominan staff clínico; (iii) Médicos que se catalogan en doctrina como "independientes" al sanatorio (Responsabilidad civil de las clínicas por los llamados médicos "independientes. Tesis para optar al grado de magister en derecho mención derecho privado).

En la actualidad no hay dudas respecto a la responsabilidad civil de las clínicas por el hecho ajeno imputable a los médicos contratados laboralmente que hayan causado daños de manera negligente, sin perjuicio de la responsabilidad directa que puede concurrir por las negligencias en la organización y funcionamiento. En estos casos, los sanatorios serán civilmente responsables, ya sea indirectamente por el hecho culpable de sus dependientes; o directamente, por consideración a una negligencia en la organización misma del acto clínico. La única complicación que se advierte respecto de estos galenos, viene dada por

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

aquellos casos en que el facultativo se relaciona con la clínica a través de un contrato de trabajo y, simultáneamente, por un contrato de servicios u honorarios o un mero privilegio para actuar en ella, puesto que allí será necesario calificar si ello es relevante para la definición de responsabilidad civil, caso en el cual habrá de discernir si la prestación de servicios médicos se hizo al alero de una u otra vinculación. En el caso de los llamados médicos "independientes", estos corresponden a una categoría especial compuesta por facultativo que ejecutan actos médicos en una institución sanatorial, sin embargo, carecen de vínculos formales de subordinación o dependencia, no pertenecen al denominado staff clínico o al grupo de médicos asociados a su red de médicos.

Con todo, en el caso de los médicos independientes siempre asiste facultad-deber de la institución para admitir y/o acreditar la prestación de servicios de un médico independiente, siendo ese el espacio, punto o hecho de inflexión para establecer el grado de responsabilidad con que participan. Así, la mayoría de los médicos que se califican como independientes, en verdad se encuentran vinculados con los sanatorios por intermedio de sistemas de acreditación que los autorizan para actuar en el centro asistencial y que imponen al nosocomio una serie de deberes de monitoreo permanente de su comportamiento, lo que desvirtúa la doctrina que funda la irresponsabilidad en la ausencia de deberes de control.

Se han postulado diversas soluciones para discernir la responsabilidad de los establecimientos de salud por los actos cometidos por médicos dependientes, a honorarios e independientes, siendo estos últimos los que generan mayor divergencia en doctrina, puesto que algunos aducen que en esas vinculaciones no existe relación entre el paciente y el

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

establecimiento de salud, distinta a la de hospitalización, cuyas obligaciones excluyen todas aquellas estrictamente médicas, lo que daría lugar a una falta de legitimación pasiva de la clínica respecto a dicha pretensión.

Ante esa intríngulis, coexisten distintas vertientes teóricas que disocian la responsabilidad civil de los agentes involucrados (estipulación a favor de un tercero y la teoría atomista o individualista); y otra que mancomuna o aglutina la responsabilidad civil en todos los operadores prestadores del servicio médico. Este último, se estructura en el reconocimiento de un solo contrato que liga únicamente a dos partes, por un lado el prestatario, representado por el paciente; y por la otra, los prestadores del servicio médico, comúnmente representados por la institución de salud y el galeno independiente. El paciente es acreedor de una prestación de salud que deben suministrar ambos deudores de manera asociada, obligación compuesta por el acto médico propiamente tal y por todos aquellos servicios que complementan dicha ejecución de la obligación principal. De este modo, en aquellos casos en que un paciente contrata previamente con un médico particular la ejecución de un acto médico-quirúrgico, eligiendo posteriormente que se realizará en dependencias de una determinada clínica, la ejecución de dicho acto, es ejecutado de manera mancomunada y colaborativamente por dos prestadores de servicios médicos: la clínica y el médico particular. Ambos son deudores conjuntos del acto médico, cuyo acreedor es el paciente, no pudiendo ni uno y ni el otro desligarse de la obligación libremente pactada con el enfermo.

Lo anterior goza de perfecta lógica, puesto que el encadenamiento contractual, como fenómeno organizativo, no alcanza al paciente, pues a éste no le empecen las relaciones internas que los agentes de salud puedan haber celebrado para

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

cumplir la prestación al paciente. El contrato es único y confluyen una pluralidad de sujetos en calidad de deudores, los cuales conjuntamente deben promover el cumplimiento de la prestación prometida.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en la especie, por cuerda principal, se activó demanda de responsabilidad dirigida en contra de un establecimiento de salud dependiente del Estado (ejercito), fundada en la existencia de un daño antijurídico causado por una actuación susceptible de ser calificada como falta de servicio.

En consecuencia, la correcta solución del diferendo pasa por dirimir si es factible aplicar el criterio de atribución pedido; y cotejar si existen daños vinculables a la actuación de reproche.

DÉCIMO OCTAVO: Que, el Estado de Chile, luego de formular controversia general de los hechos, arguye ausencia de responsabilidad, fundado en que las atenciones de salud que se reputan causantes de los perjuicios, habrían sido prestadas por un empleado del Hospital Militar, fuera del horario de su jornada laboral.

Asimismo, alega inexistencia de un régimen general de responsabilidad directa y objetiva del Estado. Aduce que aquella, solo es procedente en caso de existir falta de servicio o falta personal; causales que no se configuran en el caso sub lite, pues la menor fue atendida efectivamente las veces que concurrió al servicio, se le practicaron los exámenes que el caso ameritaba y recibió las prestaciones correspondientes, de manera que no existe culpa del servicio. Amén, que el médico sr. Araya Tello, no atendió en ninguna de las oportunidades que la niña concurrió al servicio de urgencia, existiendo constancia que aquellas prestaciones fueron otorgadas por otros galenos.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

DÉCIMO NOVENO: Que, tal como se asentó en motivos precedentes, el día 14 de septiembre de 2019, la menor [redacted], ingresó al servicio de Urgencias del Hospital Militar del Norte, presentando fuerte dolor abdominal, irritabilidad e inapetencia, síntomas que arrastraba desde fines del mes de agosto de ese año.

En dicha oportunidad, tal como se constata en el instrumento: "Dato de Atención de Urgencia", que rola a folio 37, es atendida por la médico doña [redacted]; quien además concurre como testigo en la causa, por la parte demandada, a folio 58, declarando que la niña presentaba dolor abdominal, irritabilidad y deposiciones pastosas y líquidas, ante lo cual solo se dispuso la práctica de una radiografía simple de abdomen (folio 37), y otros estudios pertinentes, que luego fueron suspendidos.

La profesional, a propósito de aquel examen sostuvo: que el nivel hidroaereo, al tener deposición en la ampolla y gas hacía concluir ausencia de obstrucción intestinal. Añade y asevera que "en esa atención no había obstrucción intestinal, no descarto que pudiera evolucionar, pero en ese momento no existía".

En este contexto de análisis, se comprueba que al día 14 de septiembre del año 2019, además del examen antes referido, la institución demandada no dispuso otros medios ni estudios tendientes a determinar la presencia de una obstrucción intestinal.

VIGÉSIMO: Que, asimismo, es posible establecer que el 16 de setiembre de 2019, la menor nuevamente asiste al Servicio de Urgencia del Hospital Militar, atendida la persistencia de los síntomas. En esta ocasión, es atendida por el médico señor Stewart Falconer V., quien ordena la realización de una ecografía abdominal, conforme se lee del documento "Dato de

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Atención de Urgencia" (folio 37), cuyos resultados se consignan en el informe que rola a folio 46, doc. 9.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, de los antecedentes anteriores y tal como se advierte de las anamnesis consignadas en los Dato de Atención de Urgencia correspondientes a las atenciones de ambos días, se colige que estuvo en conocimiento de los profesionales que brindaron la atención, y por ende, del servicio, que la niña había sufrido varias intervenciones quirúrgicas en la cavidad abdominal, -la más reciente a inicios de ese mismo año, a fin de retirarle un tubo de gastrostomía-, por lo que resultaba fundamental la realización de otros exámenes en propósito de indagar la presencia de bridas u obstrucción intestinal por adherencia, conforme lo aconsejaba la lex artis, que la describe como patología recurrente en casos como los de [redacted]

En efecto, según expresa el perito médico Guillermo Concha Grossi, en la página 11 de su informe: "*Las adherencias son una consecuencia común e inevitable luego de una cirugía. La formación de adherencias es parte del proceso de cicatrización natural y ocurre en hasta el 93% de los pacientes después de una cirugía abdominal (1).*

En el caso concreto, el mismo experto añade "*se debe poner especial atención al antecedente de múltiples cirugías abdominales, dado que según la literatura los lactantes y niños que se someten a cirugías abdominales (laparotomías) tienen un riesgo especial de sufrir una obstrucción del intestino delgado por adherencias a lo largo de su vida, con una incidencia estimada del 4,2 % después de operaciones abdominales, que aumenta al 25-30 % para algunas cirugías específicas: hernia diafragmática congénita 6,3%, malrotación intestinal 14,2%, fundoplicatura abierta, 8,2% (2).*"

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el informe pericial emitido por el señor Guillermo Concha Grossi, médico cirujano, incorporado a la causa sin objeciones y cuyo carácter y conclusiones técnicas no fueron desvirtuadas en modo alguno, es determinante para definir falta a la praxis médica, puesto que aparece suficientemente fundado en literatura médica como en los antecedentes fácticos que se contienen en los diversos documentos médicos que obran en la causa.

Así, a la luz de dicho informe pericial se infiere que operó falta de servicio que se configura por la falta de diagnóstico oportuno, lo que se origina -a su vez- por la omisión de disponer otros exámenes idóneos e indispensables para descartar el cuadro de bridas, que fungía al efecto como una patología altamente previsible atendido el historial clínico del paciente.

De hecho, el perito, entre sus conclusiones en el apartado 3, expresa lo siguiente:

"La atención del día 14 de septiembre de 2019, en el contexto de los síntomas clínicos y ante la posibilidad diagnostica de un cuadro de obstrucción intestinal, se realizó un estudio imageonológico de radiografía de abdomen simple, informada con: "leve distensión de asas intestinales con formación de niveles hidroaéreos a predominio derecho, indispensable correlación clínica", en dicho contexto, era de importancia la solicitud de radiografía de abdomen simple de pie y de otra con rayo horizontal y/o una nueva TAV para así complementar el estudio, buscando activamente los niveles hidroaéreos sugerentes de oclusión intestinal, así como la posible ubicación o nivel de la obstrucción. La correlación clínica se refiere al radiólogo en su informe corresponde al cuadro clínico con antecedente de múltiples cirugías abiertas y dolor abdominal, por lo que ameritaba el avance en el estudio de la causa de la clínica que presentaba la paciente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

De acuerdo con lo expuesto, esta atención no se ajustó al protocolo de estudio de obstrucción intestinal."

"La atención del día 16 de septiembre de 2019, ante el cuadro de dolor abdominal y diarrea junto a los antecedentes mórbidos de múltiples cirugías abdominales y consultas médicas previas, como se mencionó anteriormente el protocolo de estudio de obstrucción intestinal, si bien incluye la evaluación ecográfica para descartar patologías como invaginación intestinal, apendicitis aguda, hernia inguinal y de pared abdominal, no permite descartar la obstrucción intestinal por otras etiologías, como adherencias, donde el protocolo indica la realización de una radiografía y TAC de abdomen, por lo tanto, esta atención no se ajustó al protocolo de estudio de obstrucción intestinal.

Ante resultados sugerentes de obstrucción intestinal, la conducta clínica inicial sería la hospitalización y en ese contexto se sugiere prescribir:

-Reposo intestinal con régimen cero.

-Hidratación y reposición hidroelectrolítica.

-Uso de sonda nasogástrica o vía gastrostomía para la descompresión gástrica lo que permite aliviar los síntomas, minimizar los riesgos de aspiración y proporciona acceso para la administración de medio de contrataste en caso de optar a manejo médico de la obstrucción con solución hiperosmolar (9).

Y posterior a lo indicado, según la evolución clínica, decidir si amerita un manejo quirúrgico."

También, en el apartado 2 del informe, el perito afirma que "*En la consulta del 14 de septiembre con los antecedentes mórbidos previamente descritos y en esta oportunidad con historia de dolor abdominal durante la noche, deposiciones pastosas y líquidas, afebril, hemodinamia estable. Abdomen blando, depresible con ruidos hidroaéreos presentes, sin*

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

Blumberg, y una radiografía de abdomen simple informada el 19 de septiembre con patrón de aire normal y niveles hidroaéreos en hemiabdomen derecho, en el contexto descrito, no era posible descartar la obstrucción intestinal por bridas, como causal del dolor abdominal de la paciente. En dicho contexto era procedente, complementar el estudio con más imágenes, como una TAC de abdomen y pelvis para identificar signos de obstrucción intestinal o mantener la paciente en observación clínica, si el cuadro no era concluyente, y así, monitorizar su evolución clínica e imagenológica en el tiempo; sin embargo, la paciente fue dada de alta con indicación de probiótivos, antiinflamatorios y régimen liviano. En este documento de atención de urgencia (DAU) se describen la suspensión de la realización de exámenes de sangre como hemograma, PCR y electrolitos plasmáticos, que hubiesen complementado la evaluación de la paciente respecto a la presencia de un cuadro abdominal agudo.

La atención del día 16 de septiembre, 48 horas después de la consulta anterior, donde la anamnesis hace referencia a la persistencia de dos días de dolor abdominal, deposiciones pastosas, diarrea y ausencia de vómitos, con un exámenes clínico que describe abdomen blando, depresible, indoloro, afebril y hemodinamia estable, se administra analgésico endovenoso (ketorolaco) y se complementa la evaluación con una ecografía abdominal cuya descripción, no sugieren la presencia de un cuadro de obstrucción intestinal ni de un cuadro u inflamatorio abdominal con líquido libre intrabdominal, como por ejemplo un cuadro de apendicitis aguda, sin embargo, de acuerdo a protocolo, la ecografía no permite descartar la obstrucción por bridas, ya que para esta etiología amerita continuar el estudio con TAC de abdomen (7). La ecografía es un examen operador dependiente, es decir, la imagen observada depende de la interpretación del

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

ejecutante, también cabe destacar la referencia que hace el mismo radiólogo en su informe "examen con limitaciones técnicas por condición clínica", en ese contexto era pertinente complementar con una radiografía de abdomen simple anteroposterior y otra con rayo horizontal y TAC de abdomen y pelvis para buscar precisión diagnostica y así poder confirmar o excluir la obstrucción intestinal como la causa del dolor abdominal persistente."

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en el mismo sentido, obra el informe aportado por la demandante a folio 46, emitido por el médico Hernán Lechuga Farías, cuyo contenido es conteste con el informe antes mencionado, al expresar, en sus conclusiones:

"*El antecedente de cirugías abdominales previas, la clínica y la radiología simple de abdomen permitían hacer el diagnóstico oportuno de una obstrucción intestinal por bridas, su omisión es constitutiva de negligencia médica".*

En síntesis, los hechos demuestran que en los diagnósticos médicos, desarrollados los días 14 y 16 de septiembre del 2019, concurre culpa del servicio, puesto que la institución, en su organización interna, dejó de actuar como debía, obviando hacer aquello que era esperable en el caso concreto e incurriendo en inobservancia de los protocolos médicos necesarios para obtener un diagnóstico correcto de la patología obstrucción intestinal, que permitiera una oportuna decisión y resolución de la dolencia que la afectaba.

Aun existiendo identificación personal de los autores de la infracción al protocolo, ello no obsta para definir culpa del servicio como se dirá, en la medida que existe error en el servicio manifestada entre otras por la aceptación de la conducta de los galenos aludidos.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

VIGÉSIMO CUARTO: Que, atentos a las alegaciones de la demandada, en orden a que el profesional de la salud médico Hernán Araya, no se encontraba en cumplimiento de su jornada laboral en las ocasiones en que se habrían efectuado las prestaciones de salud a la niña, y por ende, no sería exigible a la institución pública la reparación de daños causados por actos realizados por su dependiente en aquellas circunstancias, cabe resaltar que la demanda se dirige directamente en contra del Hospital Militar del Norte y no en contra de aquel médico, a quien sólo se menciona como uno de los profesionales que participaron de las decisiones que se acusan como causantes de daños a la paciente.

Nótese además, que los instrumentos: Dato de Atención de Urgencia, de los días 14 y 16 de septiembre de 2019, revelan que la menor fue atendida por dos profesionales distintos en el servicio de urgencias del Hospital Militar, a saber: la médico Nora Rivera Rojas y don Stewart Falconer V.; también evidencian que se hicieron consultas o contactos con el médico Dr. Araya, desconociéndose, con precisión, -dado que no se aportaron antecedentes atingentes a ello-, cuál fue su participación en aquellas atenciones, como tampoco se conoce si en esos momentos el profesional se encontraba en cumplimiento de un horario laboral o no, en ese recinto.

Tales antecedentes aparecen además ratificados con el Dato de atención de la Clínica Antofagasta, de fecha 17 de septiembre de 2019 (folio 46) en que se consignó "*paciente ya consultó previamente al hospital militar donde fue valorada por Dr. Araya quien comunico por vía telefónica que no había obstrucción intestinal en ese momento que fue hace 3 días pero por persistir sintomática recomienda dejar hospitalizada*".

Abona, en aquel sentido, la Boleta de Atención N°026119, que fue acompañada por la demandada a folio 59, de la que se

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

desprende cobro en favor del Hospital Militar, por servicio prestado por el Dr. Hernán Araya Tello, el día 14 de septiembre de 2019, a las 19:15 horas.

Los elementos expuestos, en su conjunto, autorizan a colegir que aquel profesional junto a otros del mismo establecimiento, en pleno ejercicio de sus funciones como médicos del Hospital Militar, conforme a la confesión espontánea manifestada en la contestación de demanda, sí tuvo participación, y por ende, contribuyeron en el error de diagnóstico que afectó a la menor [redacted].

Por lo demás, resulta indiferente a la hora de configurar la falta de servicio que se atribuye al Hospital Militar del Norte, la actuación aislada del galeno referido, pues lo cierto es que aquellas prestaciones de salud fueron otorgadas a través del Servicio de Urgencia y realizadas por los médicos que en esos momentos se desempeñaban cumpliendo labores en aquel servicio, es decir, doña Nora Rivera Rojas y don Stewart Falconer V., además de participación del Dr. Araya.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, ahora bien, todas las evidencias apuntan a establecer que los doctores, doña [redacted], don Stewart Falconer V., y don Hernán Araya, prestaron aquellas atenciones de salud en su calidad de dependientes del Hospital Militar del Norte, y, como tal, no estamos en hipótesis de falta personalísima, única causal que exonera plenamente a la institución de responsabilidad civil.

En cambio, de existir el fenómeno de culpa personal –cuya determinación excede el ámbito de competencia de este Tribunal-, y en evento de resultar el Estado condenado al pago de indemnizaciones, tiene éste derecho a repetir en contra de los médicos culpables.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, dirimido que en los actos sanatoriales desarrollados en el Hospital Militar del Norte,

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

los días 14 y 16 de septiembre de 2019, existió culpa de servicio por la falta o tardanza del diagnóstico de la patología obstrucción intestinal, resta definir la presencia de daños causalmente relacionados a dicha actuación, para declarar configurada la responsabilidad que se pretende.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, siguiendo la doctrina de la Profesora Carmen Domínguez Hidalgo (El principio de reparación integral del daño y su contenido: algunas consecuencias para el Derecho Chileno) el principio rector sobre el cual se debe articular todo proceso resarcitorio, es la reparación integral del daño causado en el ámbito patrimonial y extra patrimonial, pero siempre sobre la idea-base de reparar: todo el daño pero nada más que el daño, siendo en tanto la reparación del daño moral una compensación satisfactoria, es decir que no persigue borrar el perjuicio -cosa imposible- sino procurar con la atribución de una determinada cantidad de dinero, compensar las satisfacciones que la víctima o acreedor estimen del caso.

Ahora bien, la necesidad de reparar íntegramente el daño causado con motivo a un delito, cuasidelito o incumplimiento contractual, no importa en caso alguno, un deber de subsidio para el sentenciador, puesto que el legislador dispone que debe indemnizarse todo daño causado por el delito o cuasidelito y, por tanto, el material y el moral, con tal que –naturalmente- resulten comprobados, por los medios de prueba legales, tanto en existencia, naturaleza y monto los daños que pretende.

En el ámbito extra patrimonial, habrá lesión toda vez que exista un interés de dicha naturaleza comprometido y que no necesariamente se agota en la aflicción, el dolor o perjuicio emocional, sino que comprende una variada gama de aspectos relacionados con la persona y su identidad, siempre que no tengan carácter patrimonialista, como sucede a modo

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

ejemplar con la pérdida de agrado, perjuicio estético, pretium doloris perjuicio de afecto, perjuicio sexual, perjuicio juvenil, etc, ergo, todo menoscabo o lesión a un interés no patrimonial que resulte acreditado, debe ser objeto de reparación.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, tal cual se expresó antes, todo instituto de responsabilidad se afirma en la existencia de daños que sean susceptibles de vincular causalmente a la conducta de reproche; en este caso, a la falta de servicio por omisión, tardanza o dilación en el diagnóstico.

Por consecuencia, aun existiendo un factor de atribución, este solo es apto para generar responsabilidad en la medida que existan daños que puedan ser vinculados a ella; si se ausenta tal relación, no obstante existir falta de servicio y daño, no concurre derecho a la indemnización.

VIGÉSIMO NOVENO: Que, en este derrotero, cabe consignar que con motivo a la omisión o tardanza en el diagnóstico, los padres decidieron trasladar con urgencia al menor, el día 17 de septiembre de 2019, al Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile en la ciudad de Santiago.

Allí la menor fue ingresada con un diagnóstico de obstrucción intestinal de alto grado, sin necrosis, siendo sometida a una cirugía denominada *laparotomía exploradora*, que permitió resolver el cuadro de brida y torsión de intestino delgado que la aquejaban, permaneciendo interna por diez días. Todo ello conforme consta de la documental de folio 46, especialmente de la epicrisis (doc. 7), y de los antecedentes remitidos por ese Hospital, que se mantienen en custodia en el tribunal, según folio 71.

Si bien, se acreditó que hubo tardanza en el diagnóstico debido, se ausenta prueba eficiente para establecer, científicamente, que la referida dilación determinó la necesidad de una intervención quirúrgica; o dicho de otro

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

modo, no es posible asentar que la falta de diagnóstico oportuno, definió la intervención quirúrgica, es más, la prueba pericial rendida revela que la patología de urgencia que afectó al menor "obstrucción intestinal", es una consecuencia probable atendida su condición médica general y las intervenciones anteriores, de suerte que en ausencia de elementos técnicos específicos, resulta imposible dirimir que de haberse efectuado un diagnóstico precoz, se habría omitido la intervención, siendo ello suficiente para desestimar las pretensiones indemnizatorias devenidas a aquella circunstancia.

En consecuencia, es imposible determinar que la falta de servicio es la causa necesaria, directa e inmediata de la cirugía a que fue sometida la menor, ya que aun cuando el diagnóstico hubiere sido correcto y oportuno, existía probabilidad que las acciones a seguir hubieran sido las mismas, es decir, internar a la paciente y eventualmente proceder a una intervención quirúrgica. Así se desprende de las conclusiones del informe pericial, en su página 21, cuando indica que lo que procedía prescribir era la internación de la menor, reposo intestinal con régimen cero, hidratación y reposición hidroelectrolítica, uso de sonda nasogástrica o vía gastrostomía para la descomprensión gástrica, y "según evolución clínica, decidir si amerita un manejo quirúrgico."

Ergo, no es factible concluir de manera cierta que de no mediar la negligencia apuntada, la niña no habría sido intervenida, y por ende, los demandantes no hubieran incurrido en los gastos médicos por concepto de cirugías, de modo que es imposible reconocer allí un daño que sea causalmente vinculado y lo tanto, en ese acápite cabe rechazar la pretensión indemnizatoria.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

TRIGÉSIMO: Que, sin perjuicio de lo reflexionado, si es factible dar por acreditado, mediante presunciones derivadas del cúmulo de antecedentes e indicios que obran en la causa, que los demandantes debieron incurrir en gastos que no se habrían generado de no mediar la falta de servicio, a saber: el viaje repentino a la ciudad de Santiago de tres personas, y la estadía de los padres por diez días en aquella ciudad; entendiendo que en tales circunstancias se hizo necesario adquirir un traslado de urgencia, por ende, con un costo más elevado de lo habitual; además, de costear alojamiento y alimentación, lo que permite acoger la demanda ordenando la reparación del patrimonio así afectado, en la cantidad única de $2.000.000, que se fija, prudencialmente, en virtud al principio de normalidad que guía y orienta la materia.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, sin perjuicio de lo expuesto en relación al daño patrimonial, es posible dirimir que la actuación con falta de servicio, si causó afectación a intereses no patrimoniales en el menor y en sus progenitores, atendido que desencadenó angustia y temor en torno a lo desconocido (resultado lesivo subsecuente a la demora en el diagnóstico) que no se habría suscitado de haber obtenido un diagnóstico temporáneo; y que determinó actuaciones concretas como la decisión de traslado del recinto hospitalario diverso. Aquella afectación resulta previsible en toda persona normal, situada en la misma condición, lo que habilita a definir que la afectación que subyace, debe ser compensada.

En efecto, los antecedentes revelan que los padres dada la permanencia del cuadro de dolor, por al menos cuatro días, buscaron alternativas de atención médica dentro de la ciudad, decidiéndose de manera repentina y urgente el traslado a la ciudad de Santiago. En este contexto, se hace aplicable el principio de normalidad que señala a la relación parental

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

implicada entre los demandantes -dada la cercanía y sentimientos de amor que aquella conlleva-, como fundamento para la esperable producción de daño reflejo, cuya reparación se pretende.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, conforme se asentó, la pretensora, por causa de la tardanza en el diagnóstico y tratamiento oportuno, sufrió consecuencias lesivas de naturaleza patrimonial y extra patrimonial, que se relacionan causalmente con la conducta del servicio, lo que determina responsabilidad por falta de servicio y justifica condenar a dicho establecimiento a resarcir dichos perjuicio en el modo siguiente:

En el ámbito patrimonial, a título de daño emergente o directo, constituido por aquellos gastos que la actora tuvo que asumir con su peculio propio para el traslado de urgencia; cabe restablecer la desviación patrimonial, ordenando el pago de $2.000.000 (dos millones de pesos).

Luego, atendido que el error de diagnóstico y tratamiento oportuno, en función al principio de normalidad, determina efectiva lesión a intereses no patrimoniales, causado por el temor, incertidumbre y angustia devenido a la falta de servicio, conviene fijar en base a la prudencia su compensación de satisfacción, en la cantidad única y total de $4.000.000 (cuatro millones de pesos) para cada uno de los demandantes.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, en mérito a lo reseñado, cabe desestimar las defensas y excepciones impetradas por el Fisco de Chile, en cuanto a la inexistencia del criterio de imputación "falta de servicio"; como también a la inexistencia de responsabilidad bajo la figura de falta personalísima.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, la prueba pericial y documental incorporadas a la causa, fueron analizadas en su integridad,

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

y justifican las decisiones de este fallo La prueba testimonial, si bien, fue examinada, se estima que no aporta nuevos elementos a los que se contienen en los documentos emanados de ambas partes y por ende no resulta idónea para modificar las conclusiones que se contienen en los motivos anteriores.

TRIGÉSIMO QUINTO: DE LA DEMANDA SUBSIDIARIA: Que, habiéndose acogido la pretensión bajo la hipótesis de falta de servicio, resulta inoficioso emitir pronunciamiento en torno a la pretensión y defensas incoada por vía subsidiaria.

TRIGÉSIMO SEXTO: EN CUANTO A LAS COSTAS. Que, no resultando totalmente vencida ninguna de las partes, se les eximirá del pago de las costas.

En consecuencia, en mérito de lo expuesto y visto, además, lo dispuesto en artículos 144, 160, 170, 254, 342, 346, 384, 425, 426 y 427 del Código de Procedimiento Civil, 1.698 del Código Civil, artículos 4 y 42 de la ley N°18.575 y artículo 38 de la ley N°19.966, se resuelve que:

I.- Se rechazan las alegaciones impetradas por el demandado, Fisco de Chile, relativas a no concurrir falta de servicio e inexistencia de responsabilidad por falta personalísima.

II.- Se acoge la demanda de indemnización de perjuicios intentada por don Miguel Avendaño Cisternas, abogado, en representación de don [redacted], doña [redacted], y de [redacted], en contra del Fisco de Chile, sólo en cuanto se condena a este último, a pagar las siguientes indemnizaciones:

a) $2.000.000 (dos millones de pesos) por comncepto de daño emergente o patrimonial.

b) $4.000.000 (cuatro millones de pesos), a cada uno de los demandantes, por concepto de daño extra patrimonial.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

III.- Los valores ordenados pagar se reajustarán conforme a la variación del índice de precios del consumidor y devengarán intereses para operaciones no reajustables, desde que la presente sentencia cause ejecutoria.

IV.- Se rechaza, en todo lo restante, la demanda impetrada por don Miguel Avendaño Cisternas, abogado, en representación de don [redacted], doña [redacted], y de [redacted], en contra del Fisco de Chile

V.- Se absuelve a las partes del pago de costas.

Regístrese, notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol N°2282-2021

Sentencia pronunciada por don Jordan Campillay Fernández, Juez Titular.

En Antofagasta, a dieciséis de agosto de dos mil veintitrés, se notifica por estado diario sentencia precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC

C-2282-2021

Jordan Rodrigo Campillay Fernandez
Juez
PJUD
Dieciséis de agosto de dos mil veintitrés
15:56 UTC-4

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl

Código: PXXWXHXPEFC