Santiago, veintidós de septiembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos Rol N° 9481-2016 del Tercer Juzgado de Letras de Iquique, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios caratulados "Sarabia Tolosa Juan y otros con Servicio de Salud de Iquique y otros", la parte demandada deduce recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique que confirma la de primera instancia que acoge la demanda condenando a los demandados a indemnizar el daño moral causado a los actoras, pagando la suma de $80.000.000 a cada una de las hijas de Juan Sarabia Soria, esto es, Mildran Andrea, Duarnny Suyeins, ambas Sarabia Aguilar y $100.000.000 a María Isabel Soria Díaz, en su calidad de madre de aquél.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma.

Primero: Que la recurrente sostiene que la sentencia impugnada incurrió en la causal de casación prevista en el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación al artículo 170 N° 4 del mismo cuerpo normativo, por omitir "Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia".

Sostiene el recurrente que el fallo impugnado confirma con declaración la sentencia de primera instancia

esgrimiendo circunstancias completamente distintas a las establecidas en ella, sin dejar constancia alguna de las consideraciones o reflexiones que expliquen tal modificación. En efecto, la sentencia recurrida modifica sin explicación el fallo del a quo, atribuyéndole a los demandados la muerte de Juan Sarabia Soria, descartando con ello la defensa opuesta consistente en la pérdida de chance que, precisamente, se asimila a la pérdida del alea a que hacía referencia la sentencia de primera instancia.

Puntualiza que sin que se expusieran razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que justificaran la modificación de las circunstancias constituyentes de la falta de servicio, se condenó a sus representados ya no por la falta de oportunidad de una posible mejor calidad de vida o de una posible sobrevida de don Juan Sarabia Soria, sino que derechamente por la responsabilidad directa que sus representados habrían tenido en el lamentable fallecimiento de aquél. En este aspecto, refiere que, a mayor abundamiento, no existe en la sentencia impugnada valoración de la prueba, que justificara el cambio introducido.

Segundo: Que, respecto del vicio de nulidad alegado, esto es, la falta de consideraciones de hecho y de derecho, se debe consignar que éste sólo concurre cuando la sentencia carece de fundamentos fácticos o jurídicos que le sirvan de sustento, es decir, cuando no se desarrollan los

razonamientos que determinan el fallo y el mismo carece de normas legales que lo expliquen. Requisitos que son exigidos a las sentencias por la claridad, congruencia, armonía y lógica que deben observar en sus razonamientos.

Tercero: Que, en el caso de autos, la lectura de la sentencia atacada basta para desestimar la concurrencia del vicio que se acusa, toda vez que aquella, al confirmar el fallo de primer grado, hace suyo todos los argumentos que sustentan la decisión de acoger la demanda, los que se encuentran desarrollados extensamente en los fundamentos vigésimo quinto a cuadragésimo cuarto, razón por la que no es posible establecer que ésta cambiara las circunstancias por las que se acoge la acción, ya que aquellas se mantienen. Es más, arguye el recurrente que la sentencia impugnada, al responsabilizar a los demandados de la muerte de Sarabia Soria, cambia los argumentos, cuestión que implica rechazar su alegación de rebaja del monto de indemnización por pérdida de la chance sin entregar argumentos de hecho y de derecho, cuestión que no es efectiva, toda vez que tal alegación fue expresamente rechazada por el juez a quo en los considerandos trigésimo octavo a cuadragésimo segundo. En consecuencia, en la especie no se configura el vicio alegado, puesto que, como se reseñó, no es efectivo que el fallo impugnado cambie el fundamento del rechazo de la acción contenido en el fallo

de primer grado, sino que sólo agrega consideraciones para reforzar lo decidido.

Cuarto: Que, por consiguiente, procede rechazar el recurso de nulidad formal por la causal que se esgrime, puesto que ha quedado demostrado que en la especie la sentencia censurada satisface el requisito cuya falta se alega. Cuestión distinta es que el recurrente considere que los argumentos entregados por el sentenciador son errados, pues el vicio invocado se configura por la falta de consideraciones y no porque aquellas que contenga el fallo no sean del agrado del recurrente.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo.

Quinto: Que en el primer capítulo de nulidad sustancial se denuncia la vulneración, por falta de aplicación, de los artículos 38 y 41 de la Ley N° 19.966, en relación a los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575, disposiciones estas últimas que se acusa han sido falsamente aplicadas al caso concreto, todos ellos en relación a los artículos 19 y 20 del Código Civil.

Explica el recurrente que si bien el artículo 38 de la Ley N° 19.966 hace suya la doctrina de la falta de servicio, en los artículos siguientes ella es expresamente regulada en materia sanitaria, adquiriendo un carácter especial, que la distingue de aquella general consagrada en los artículos 4° y 42° de la Ley N° 18.575. En este contexto refiere que la sentencia impugnada, ha concedido a

los actores una indemnización global ascendente a la suma de $260.000.000 como indemnización del daño moral que les irrogó la falta de servicio en que habrían incurrido el Servicio de Salud de Iquique y Hospital Regional de esa ciudad en la atención de don Juan Sarabia Soria, infringiendo el artículo 42 del primer cuerpo normativo citado, toda vez que al establecer tal quantum desconoce los criterios establecidos en dicha norma para determinar el monto de la indemnización.

Explica que el fallo de primera instancia, confirmado por la sentencia en alzada, establece expresamente que la actuación de los funcionarios del Servicio de Salud de Iquique y del Hospital Regional, calificada como constitutiva de falta de servicio, está constituida en no haber diagnosticado oportunamente el VIH/SIDA y otorgado el respectivo tratamiento al paciente Sarabia Soria, privándolo de un alea de posible mayor y/o mejor calidad de vida, razón por la que se debió condenar a sus representados por el daño efectivamente causado por la falta de servicio de los demandados, aplicando a su vez la regla contenida en el citado artículo 41, que dispone que la indemnización será fijada por el Juez, atendiendo las condiciones físicas del afectado. En este punto añade que los sentenciadores debieron considerar al establecer el monto que al solicitar atención médica en el Hospital Regional el paciente ya se encontraba infectado por el

virus VIH, quedando establecido que dicha enfermedad no fue adquirida ni producida a raíz de la actuación de sus representados, motivo por el que los únicos hechos en que pueden tener responsabilidad aquellos, son en la falta de detección oportuna y eventual tratamiento que le habría permitido una mejor calidad de vida y probable extensión de la misma dando por establecida la relación de causalidad entre el daño y la falta de servicio; sin embargo, en la parte resolutiva, con infracción de ley, omite aplicar los artículos 38 y 41 de la Ley N° 19.966, condenando a sus representados por un daño total, consistente en el fallecimiento, sin que se tomara en consideración al fijar el quantum, las condiciones físicas de Juan Sarabia, previo a la actuación de sus representados, quien ya se encontraba aquejado de una enfermedad mortal, motivos por los cuales se debió fijar una indemnización sustancialmente inferior.

Sexto: Que en el segundo acápite del arbitrio se acusa la vulneración de los artículos 1437, 2284, 2314, 2316 y 2329 del Código Civil en relación con el artículo 38 de la Ley N° 19.966 y del artículo 20 Código Civil, normas que consagran la exigencia de relación de causalidad entre el daño y la falta de servicio para establecer la responsabilidad que, en el presente caso, se imputa a sus representadas, las que han sido conculcadas toda vez que se les condenó como responsables directos del fallecimiento del paciente Sarabia, y por ende, al pago por la totalidad

del daño, en lugar de haberlos condenado por la pérdida de oportunidad o chance de aquél, rebajando sustancialmente el monto de la indemnización a que fueron condenados.

Explica que la sentencia de primera instancia confirmada por el fallo impugnado, deja establecido como hecho de la causa que la falta de servicio consistió únicamente en la falta de detección oportuna y eventual tratamiento de VIH a Juan Sarabia Soria, negándole la posibilidad de acceder a una mejor calidad de vida y una posible extensión de la misma. Asimismo, desde el punto de vista de la conexión causal, establece que el daño sufrido por los demandantes encuentra su origen en el deficiente funcionamiento de los servicios demandados. Sin embargo, incurre en un evidente error de derecho, pues realiza una errónea interpretación de los preceptos que consagran la exigencia de un nexo causal en materia extracontractual, y en definitiva, con infracción de ley, los condena como responsables únicos y directos del fallecimiento del paciente, a una indemnización total, en circunstancias que solamente se configuró la relación de causalidad respecto de la pérdida de oportunidades generada, debiendo por lo tanto, haber acogido la excepción opuesta por la defensa, consistente en la rebaja de la indemnización por aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad o chance.

Añade que la teoría antes referida se define como de causalidad probabilística, conforme a la cual, en los casos

de incerteza causal, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, que deben ser indemnizadas. En tal caso, es posible condenar al facultativo por el daño sufrido, pero se reduce el monto de la indemnización, en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido igualmente, incluso de haber actuado aquél diligentemente.

Continúa señalando que, aplicando la teoría de la pérdida de la oportunidad al área de la responsabilidad médica, existen casos en que no es posible determinar con certeza si la negligencia médica provocó la agravación o la muerte del paciente, pero si es posible demostrar que tal actuación destruyó sus chances de sanar o sobrevivir. Así ocurre cuando se omite un examen, privando al paciente de la oportunidad de someterse a un tratamiento, o cuando sin ajustarse a la lex artis no se sana una herida, perdiendo el paciente las chances de evitar una invalidez, cuestión que se configura en la especie.

Puntualiza que la sentencia impugnada con infracción de ley, considera improcedente la disminución de la indemnización por la pérdida de la chance, por estimar que no es una alegación que atañe de manera directa a quienes demandan sino que a la víctima, lo que constituye un error.

En este orden de consideraciones refiere que el sentenciador no consideró factores esenciales para medir el

daño, esto es el carácter irreversible de la enfermedad que padecía el paciente Sarabia, la incertidumbre respecto a la posibilidad de prolongar su vida, la incerteza existente aún cuando no mediara la falta de servicio, respecto del éxito de un tratamiento, todas cuestiones que dejan de manifiesto la improcedencia de condenar a su parte a una indemnización como si hubiese producido la muerte del paciente, y no sólo la pérdida de una chance.

Séptimo: Que al explicar la forma en que los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que de no haberse incurrido en ellos los sentenciadores, habrían reducido sustancialmente el monto de la indemnización que se ordena pagar.

Octavo: Que para una acertada inteligencia de las materias jurídicas de que trata el recurso se debe tener presente que en estos autos se demanda al Servicio de Salud de Iquique y al Hospital Regional de esa ciudad, por las hijas y la madre de Juan Francisco Sarabia Soria paciente que falleció 08 de octubre de 2008, a raíz de una insuficiencia respiratoria severa, provocada por el virus de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), esgrimiendo las actoras que existió falta de servicio de los demandados toda vez que no existió diagnóstico oportuno de su enfermedad, y no obstante las múltiples atenciones que recibió no se le ordenó un examen para descartar la

enfermedad; sin perjuicio que además en abril de 2004, en el centro hospitalario antes aludido, la cónyuge de la víctima fue sometida a un examen preventivo de VIH, el que arrojó positivo, siendo este resultado confirmado por el Instituto de Salud Pública. Sin embargo, éste no fue notificada la víctima, siendo tratada durante años por una neumonía rebelde, al igual que Juan Sarabia Soria.

Al contestar la demanda, en lo que interesa al recurso, se esgrimió que en el caso concreto se configuraría, dado los términos en los que se plantea la acción, la pérdida de una chance, pues en atención a las características de la enfermedad que afectaba a Juan Sarabia Soria el resultado de muerte igual se produciría, lo que determina que la indemnización de perjuicios deba ser sustancialmente rebajada.

Noveno: Que, los jueces del grado establecieron como circunstancias fácticas de la causa, las siguientes:

a) Juan Francisco Sarabia Soria, asistió a centros de salud dependientes del servicio demandado desde el año 2000, realizándosele innumerables exámenes de laboratorio clínico que se vinculan inicialmente con la posible existencia de una diabetes "dudosa", apareciendo reiterados episodios de enfermedades respiratorias con compromiso febril, realizándose exámenes a partir del año 2005, los que dan cuenta de un compromiso del sistema respiratorio.

b) A partir del año 2005 se realizan reiterados exámenes y evaluaciones que dan cuenta de un compromiso del sistema respiratorio y otras afecciones ya no asociadas como inicialmente se refería a una "dudosa diabetes", sin que se realizara un examen preventivo que permitiera descartar la presencia de VIH.

c) Juan Sarabia Soria era cónyuge de Duarnny Aguilar Campusano, a quien se le realizó 16 de abril de 2004 un examen preventivo de VIH, el que dio resultado positivo y que, sin embargo, no fue notificado a la paciente, quien falleció el día 10 de julio del año 2008 producto de la enfermedad, la que sólo fue diagnosticada y tratada como tal a partir del día 30 de junio de 2008, sin respuesta, por lo avanzado del VIH, falleciendo a los diez días, el 10 de julio de ese año, en la UCI del Hospital Regional de Iquique a causa de una insuficiencia respiratoria severa provocada por el VIH/SIDA.

d) A raíz del caso de la paciente Dearnny Aguilar, se tomó conocimiento que 25 pacientes VIH positivos confirmados por el ISP desde el año 2006 no habían sido notificados para realizar la prueba de identidad y confirmarles que son portadores de VIH.

e) Asimismo, producto del caso expuesto en el literal precedente se inició un sumario administrativo, sancionándose a la Subdirectora de Cuidados al Paciente, al

Coordinador y a la Jefa del Banco de Sangre, por incumplimiento de obligaciones funcionarias.

f) Juan Sarabia falleció tres meses después que su cónyuge, a la edad de 35 años.

Décimo: Que sobre la base de los hechos establecidos en el fundamento precedente, la sentencia de primer grado, confirmada por el fallo impugnado, establece la falta de servicio de los demandados, la que se configura desde una doble perspectiva:

a) Por no haber notificado oportunamente a Dearnny Aguilar Campusano de su calidad de portadora de VIH, pues aquello repercutió de manera directa y lógica en su cónyuge Juan Francisco Sarabia Soria, ya que debido a la falta de acceso de su cónyuge a un diagnóstico oportuno de VIH, se impidió que por vía oblicua se detectara la infección de VIH de aquél y se adoptaran las medidas tendientes al tratamiento paliativo de la enfermedad.

b) Porque con prescindencia de la omisión en la notificación de la cónyuge, el paciente Sarabia Soria presentó desde el año 2000 sintomatología relacionada con la enfermedad que padecía, los que se incrementaron notoriamente en el año 2005, sin que se ordenara la realización del test de Elisa, en circunstancias que desde los conocimientos científicamente afianzados, y aun desde el conocimiento vulgar o común, aquello debió llevar a realizar los exámenes y tratamientos de VIH/SIDA.

Así, concluye que las actuaciones del Servicio de Salud importan un incumplimiento de las obligaciones legales, por el deficiente y negligente funcionamiento del Servicio de Salud y de sus funcionarios, los que sabiendo o debiendo saber el estado de gravedad en que se encuentra un paciente que padece de VIH/SIDA, no prestaron un servicio oportuno, eficiente y eficaz para lograr la detección, y de ser pertinente, el correspondiente tratamiento que mejorara los síntomas de VIH y la calidad de vida del paciente, amén de que los antecedentes médicos del paciente hicieron aconsejable y necesario, en atención a los síntomas de recurrentes afecciones respiratorias y deficiencia inmunológica, que se realizara el test ELISA.

Continúa la exposición señalando que existe la necesaria relación de causalidad, toda vez que el paciente Juan Francisco Sarabia careció de una oportuna detección de la calidad de portador del VIH/SIDA quien no recibió durante muchos años ningún tratamiento de su enfermedad y falleció sin un diagnóstico oportuno del VIH positivo; en efecto, si lo contrastamos con un funcionamiento eficiente y oportuno, el paciente hubiese conocido su patología, iniciando el tratamiento varios años antes de su fallecimiento, lo que sin duda hubiese mejorado su calidad de vida.

En lo relacionado con la alegación de la parte demandada en cuanto a que sería procedente aplicar la

denominada teoría de la pérdida de una oportunidad, se rechaza señalando que aquella resultaría digna de considerar si la demanda hubiera sido interpuesta por quien de manera directa sufre el perjuicio indemnizable, sea en forma personal –daño directo- o por vía indirecta –en tanto demanda como sucesor del daño personalmente sufrido por la víctima-, lo que no se ha realizado. Agrega "Del mismo modo, se estima que no es admisible el planteamiento de la demandada, toda vez que el fundamento de su pretensión no lo constituye la pérdida de una chance de Juan Francisco Sarabia Soria, sino del daño propio que la serie de circunstancias relacionadas con las actuaciones de funcionarios del Servicio de Salud de Iquique, que importaron una deficiente calidad de vida durante un largo periodo, la omisión de tratamientos cuya finalidad en el caso del VIH pueden contribuir a una calidad de vida compatible con el buen vivir, extendiendo la sobrevida de manera cada vez mayor según los avances de la ciencia y no por la consecuencia necesaria e inexorable de la vida, esto es, la muerte".

Agrega que en el caso sublite no se ha tratado de que la omisión en la información de la calidad de portadora de VIH a la cónyuge de Juan Francisco Sarabia Soria, pudo prolongar de manera indefinida o como en la ausencia de enfermedad, la vida del paciente, sino que bien pudo contribuir a una calidad de vida digna, lo que precisamente

han pretendido los programas estatales de tratamiento del VIH SIDA. En este orden de ideas sostiene que el perjuicio sufrido por quienes lo alegan, encuentra su relación de causalidad en el deficiente y negligente funcionamiento del Servicio de Salud de Iquique y el Hospital Regional de Iquique, por la omisión de señalamiento u orden médica para practicarse el examen denominado de ELISA por Juan Sarabia Soria, sumado a la falta de notificación a su cónyuge del VIH positivo y luego la notificación tardía del examen cuando el VIH se encontraba en una etapa terminal, siendo privado del derecho a recibir todos los tratamientos dispuestos por el Estado para pacientes portadores de VIH.

Finalmente, se establece que la prueba rendida permite establecer la existencia del daño moral sufrido por los actores, como consecuencia necesaria y directa de la actuación de la demandada Servicio de Salud de Iquique, pues existe una relación necesaria y lógica, de causa a efecto, entre el incumplimiento del deber de informar a doña Duarnny Aguilar Campusano que implicaron la falta de exámenes y tratamiento respecto de su cónyuge Juan Sarabia Soria, implicando para este último a ausencia por un extenso periodo de tratamientos que bien pudieron extender la vida o, permitir una calidad de vida adecuada y consistente con la enfermedad inmunológica que lo aquejaba, sin perjuicio que aún sin los exámenes de su cónyuge bien pudo por su sola condición de salud generar la decisión de

evaluar la calidad de portador de VIH SIDA, daño cuya indemnización se regula, en atención a que se descarta la aplicación de la teoría de la pérdida de la chance, lo regula en la suma de $80.000.000 en favor de cada una de las hijas de Sarabia Soria y $100.000.000 en favor de su madre.

Por otro lado, la sentencia de segundo grado, sólo agrega que "la sentencia cumple a cabalidad los requerimientos establecidos por el legislador para atribuirles responsabilidad en los hechos que culminaron con la muerte de Juan Francisco Sarabia Soria, y al consecuencial daño moral producido a los demandantes, dado que de su actuar resulta ser efectivo el hecho que se vincula directamente con su fallecimiento, resultando por lo mismo, responsables de la indemnización de perjuicios determinada en el fallo impugnado".

Undécimo: Que comenzando con el análisis del arbitrio en estudio cabe señalar que en el primer capítulo del recurso plantea la infracción de los artículos 38 y 41 de la Ley N° 19.966, sosteniendo que el sentenciador aplicó lo dispuesto en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575, en circunstancias que el legislador estableció una regulación distinta para la falta de servicio en materia sanitaria, lo que redundaría en un erróneo establecimiento del quantum indemnizatorio por concepto de daño moral.

Al respecto, se debe señalar que, en términos generales, lo sostenido por el recurrente no es efectivo, toda vez que el artículo 38 de la Ley N° 19.966, establece en su inciso primero: *"Los Órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio.".* Luego su inciso segundo señala*: "El particular debe acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del Órgano, mediando dicha falta de servicio".*

Tal como lo ha referido esta Corte en fallos anteriores, el concepto "falta de servicio" establecido en la Ley N° 19.966, sigue todos los lineamientos que son entregados en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575. En efecto, hasta antes de la dictación de este último cuerpo normativo la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil; sin embargo, la situación varió con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el derecho para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló

entonces el artículo 44 -hoy 42- que prescribió que "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". A partir de la mencionada modificación legislativa se ha desarrollado una labor doctrinaria y jurisprudencial destinada a establecer el contenido jurídico del referido concepto; y en esa labor esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que dicho factor de imputación supone la ocurrencia de un servicio tardío o defectuoso, que genere la consecuente responsabilidad indemnizatoria. En este contexto, el 3 de septiembre de 2004 se publica la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, cuerpo normativo que incorpora en el artículo 38 la responsabilidad de los Órganos de la Administración en materia sanitaria, la cual señala –al igual que la Ley N° 18.575- la falta de servicio, como factor de imputación que genera la obligación de indemnizar a los particulares por los daños que éstos sufran a consecuencia de la actuación de los Servicios de Salud del Estado.

Un estudio de la historia fidedigna del Título III de la ley en comento, en la cual se encuentra incorporado el artículo 38, permite aseverar que la inclusión de las normas de responsabilidad del Estado en materia sanitaria dentro de la ley, se debió a la intención específica del

legislador de regular esta materia especial siguiendo los lineamientos del artículo 42 de la Ley N° 18.575, pues efectivamente dicho título -que tiene origen en una indicación del Ejecutivo, presentada y discutida durante el segundo trámite constitucional del proyecto- estableció, al mismo modo que la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que la responsabilidad de éste nace de la falta de servicio, la cual no es otra cosa que el actuar defectuoso de los Servicios de Salud.

Duodécimo: Que, asentadas las ideas anteriores, cabe señalar que en atención a que como se asentó, la regulación contenida en la Ley N° 19.966 no es diferente a la contenida en los artículos N° 4 y 42 de la Ley N° 18.575, el primer capítulo de casación no podrá prosperar toda vez que la especialidad normativa era la idea central sobre la que se construye el recurso. Sin perjuicio que lo anterior es suficiente para descartar el acápite en estudio, es preciso consignar que tampoco es efectivo que los sentenciadores desconocieran los parámetros entregados en el artículo 41 de la Ley N° 19.966 al establecer el quantum indemnizatorio, sino que la regulación tiene que ver con otra materia que se introduce por el recurrente en este capítulo pero que se relaciona directamente con la alegación de pérdida de la chance cuyo rechazo origina el error de derecho denunciado en el segundo acápite de

casación, por lo que serán analizadas a propósito del examen que se realizará a continuación.

Décimo tercero: Que, como se señaló, en el segundo capítulo del arbitrio de nulidad sustancial se esgrime, en síntesis, que los sentenciadores incurren en error de derecho al rechazar la alegación de pérdida de la chance reduciendo el monto indemnizatorio, por cuanto el quantum establecido en la sentencia se relaciona con la responsabilidad por haber generado la muerte del paciente Sarabia Soria, en circunstancias que en el fallo se establece que la responsabilidad de los demandados se relaciona causalmente con la privación de la posibilidad de haber gozado el paciente de una mejor calidad de vida y mayor extensión de aquella, pues aun cuando hubiera sido diagnosticado a tiempo el paciente, igualmente aquello no habría impedido la muerte a causa de su enfermedad.

Décimo cuarto: Que, en atención a las alegaciones expuestas, es necesario consignar que respecto de la pérdida de la chance o pérdida de oportunidad, la doctrina extranjera ha referido que: "Enseñaba Cazeaux que 'entre lo actual y lo futuro, lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro, hay zonas limítrofes o zonas grises, como las llama la doctrina', y tal es el caso de la 'chance'. El mismo autor añadía: 'Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no

puede saberse si el afectado por ese comportamiento…, habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir, que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades" (Félix Trigo Represas, "Pérdida de chance". Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008. Pág. 25).

Entre nosotros se ha sostenido que: "La pérdida de una chance se encuentra entre estas últimas hipótesis (cuando no se sabe lo que habría ocurrido en el futuro de no haberse cometido el hecho ilícito), esto es, incide en la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida. Pero, a diferencia del daño eventual, en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado", destacando enseguida que se trata del caso de "una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien 'aleatorio' que estaba en juego (ganar un proceso, recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (olvidó apelar, no efectuó un examen, omitió certificar un documento, lesionó al postulante, etcétera). La victima en

todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojarle un beneficio o evitarle una pérdida (tratamiento médico, apelación de una sentencia, preparación de un examen, etcétera), y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja" (Mauricio Tapia Rodríguez, "Pérdida de una chance: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?", en "Estudios de Derecho Civil VII". Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011. Fabián Elorriaga de Bonis (Coordinador). Legal Publishing Chile, pág. 650).

Asimismo, se ha reseñado: "Las chances por las chances no se indemnizan. Estas deben representar para el demandado la posibilidad de estar mejor. No es la privación de una chance en sí lo que la hace indemnizable, sino la concatenación de ésta a un resultado eventualmente más beneficioso para la víctima. Lo que se sanciona con la pérdida de chance no es el hecho de que la víctima no haya podido optar, elegir, escoger, decidir (un análisis como ese sería incompleto); antes bien, la pérdida de la chance se hace indemnizable sólo cuando las chances representan para la víctima de su privación una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente [...]En pocas palabras, no es el derecho a optar lo que se indemniza, sino el derecho a optar por algo mejor" (Ignacio

Ríos Erazo y Rodrigo Silva Goñi. "Responsabilidad Civil por pérdida de la oportunidad". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, pág. 267).

En términos que son directamente aplicables al caso concreto, se ha sostenido que: "En cuanto a la pérdida de chance de supervivencia, Chabas ha dicho que, 'cuando el paciente pierde, por ejemplo, una chance de supervivencia, el perjuicio no es la muerte, es la eliminación de un simple potencial de chances…, la pérdida de una chance se caracteriza por el álea intrínseca al perjuicio; lo que estaba en juego aparecía afectado por un álea..., el álea está en la base; es un elemento constitutivo de lo que está en juego. El perjuicio, de hecho, no es la pérdida de la vida, sino la pérdida de las chances que le quedaban cuando el médico intervino' [...] El perjuicio no es la vida, sino la pérdida de la chance que le quedaba de continuar viviendo, cuando intervino el médico" (Félix Trigo Represas, op. cit. Pág. 191 y 192).

Décimo quinto: Que, sentado lo anterior, cabe consignar que en el caso concreto, los jueces del grado han establecido correctamente qué es lo indemnizable, pues han referido que el paciente careció de una oportuna detección de la calidad de portador del VIH/SIDA por lo que no recibió durante muchos años tratamiento de su enfermedad, cuestión que "si lo contrastamos con un funcionamiento eficiente y oportuno, el paciente hubiese conocido su

patología, iniciando el tratamiento varios años antes de su fallecimiento, lo que sin duda hubiese mejorado su calidad de vida".

En este mismo orden de consideraciones establecen que el daño propio de los actores se produce por "la serie de circunstancias relacionadas con las actuaciones de funcionarios del Servicio de Salud de Iquique, que importaron una deficiente calidad de vida durante un largo periodo, la omisión de tratamientos cuya finalidad en el caso del VIH pueden contribuir a una calidad de vida compatible con el buen vivir, extendiendo la sobrevida de manera cada vez mayor según los avances de la ciencia y no por la consecuencia necesaria e inexorable de la vida, esto es, la muerte".

Así, los sentenciadores son coherentes en el análisis respecto del daño que se encuentra vinculado causalmente con la falta de servicio, según se expuso en el fundamento décimo, señalando siempre que el daño está constituido por la pérdida de la oportunidad de recibir un tratamiento oportuno que pudiera haber mejorado la calidad de vida del paciente y haberle otorgado la posibilidad de extender la sobrevida; sin embargo, incurriendo en un claro error de derecho, desecha la alegación relacionada con la aplicación de la teoría de la pérdida de la chance al caso concreto, bajo el argumento de no poder aquello ser invocado por las víctimas por repercusión y rebote.

En efecto, en el caso concreto, el vínculo de causalidad, que se relaciona estrechamente con la teoría en análisis, se establece no con la muerte del paciente, porque en definitiva él era portador de una enfermedad mortal, razón por la que la atribución de su muerte a la falta de servicio presenta grados de incertidumbre que impiden establecer el nexo causal, por lo que la omisión de diagnóstico y tratamiento oportuno sólo puede relacionarse causalmente con la pérdida de la oportunidad de una mejor sobrevida que le habría entregado al paciente el tratamiento oportuno, pues de no mediar la falta de servicio establecida en autos, aquél habría tenido la opción de mejorar su calidad de vida y eventualmente haberla extendido, chance de la que fue privado por la actuación negligente de los funcionarios pertenecientes a los servicios demandados. Tal chance, también la tenían las demandantes de estos autos, quienes demandan en calidad de víctimas directas –pues no demandan por el daño sufrido por el paciente- sino que su propio daño, por la pérdida temprana e irrecuperable de Juan Sarabia Tolosa, quien era padre e hijo de las actoras, daño que, como se señaló, sólo puede vincularse a una oportunidad de contar con su pariente por un tiempo mayor, en condiciones dignas de sobrevida.

Así, lo relevante es que la falta de servicio, esto el mal funcionamiento del Servicio de Salud y el Hospital de

Iquique, privó no sólo al paciente de la posibilidad de una mejor calidad de vida y extensión de aquella, sino que también a las actoras, pues sólo este es el daño que puede atribuirse a los demandados. En esta perspectiva, la pérdida de la chance, en cuanto a aquella determina la rebaja de la indemnización es aplicable al caso concreto, pues no puede serles indemnizado el daño relacionado con la muerte del paciente, porque respecto de aquello no es posible establecer el vínculo de causalidad.

Décimo sexto: Que, por consiguiente, sólo cabe concluir que la sentencia que se revisa incurrió en una errónea aplicación de los artículos 38 y 42 de la Ley 19.966 en relación a los artículos 1437 y 2329 del Código Civil, normas que permiten establecer el vínculo de causalidad entre la falta de servicio y el daño para establecer la responsabilidad demandada, lo que ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo, toda vez que de no haber incurrido en él no habría rechazado la alegación de aplicar en el caso concreto la teoría de la pérdida de la chance cuestión que redundó directamente en la regulación del quantum indemnizatorio según lo señaló expresamente el fundamento cuadragésimo cuarto del fallo de primer grado confirmado por la sentencia impugnada.

Décimo séptimo: Que lo antes razonado, obliga a la invalidación del fallo, razón por la que el recurso de casación en el fondo será acogido.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por el artículo 764, 765, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se **acoge el recurso de casación en el fondo** deducido en lo principal de la presentación de fojas 534 en contra de la sentencia de diecinueve de enero de dos mil dieciséis que rola a fojas 532 y siguientes, la que en consecuencia se anula y se la reemplaza por la que se dicta, en forma separada y sin previa vista, a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Aránguiz.

N° 9.481-2016.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pierry por haber cesado en sus funciones. Santiago, 22 de septiembre de 2016.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintidós de septiembre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, veintidós de septiembre de dos mil dieciséis.

Dando cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de casación precedente, se dicta el siguiente fallo de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce íntegramente la sentencia casada con excepción del fundamento segundo.

Sin perjuicio de haberse reproducido expresamente las modificaciones introducidas por el fallo casado a la sentencia de primer grado, se elimina además sus fundamentos trigésimo sexto y trigésimo séptimo, el considerando cuadragésimo y el párrafo primero del fundamento cuadragésimo.

Asimismo, se reproducen los fundamentos noveno, décimo cuarto y décimo quinto del fallo de casación que antecede.

Y se tiene, además, presente:

1) Que, tal como lo expone el Juez a quo, en estos autos se logró establecer que el Servicio de Salud de Iquique y el Hospital Regional, incurrieron en falta de servicio en las atenciones que brindaron al paciente Juan Sarabia Soria, toda vez que en la atención médica no le entregaron un diagnóstico oportuno de la enfermedad que padecía, VIH, sin que se le realizaran exámenes para descartar la existencia de tal patología a pesar de que el paciente presentaba sintomatología que lo hizo consultar permanentemente en los centros médicos a cargo del Servicio

de Salud de Iquique desde el año 2000, intensificándose aquellos a partir del año 2005, falleciendo el paciente el 8 de octubre de 2008, producto de una insuficiencia respiratoria severa causada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, sin que se le realizara un diagnóstico certero de la enfermedad.

2) Que asimismo la falta de servicio se configura porque la cónyuge de Sarabia Soria, no fue notificada del resultado positivo para VIH del test de Elisa realizado en abril del año 2004, el que sólo fue comunicado en junio del año 2008, cuestión que determinó que tampoco se adoptaran las precauciones y ordenaran los exámenes para establecer si la víctima de estos autos también sufría la enfermedad y otorgarle el tratamiento indicado para mantener bajo control la patología mejorando su calidad de vida y extendiendo la expectativa de ésta.

3) Que los demandantes revisten la calidad de víctimas directas del daño causado por la falta de servicio del personal dependiente de los servicios demandados desde que han padecido un perjuicio personal constituido por la privación a que fueron sometidos, en cuanto se trata de los hijos y madre de Juan Sarabia Soria, de haber contado no sólo con la presencia de su familiar durante un tiempo mayor, sino que el tiempo en que estuvo a su lado –cuatro años sin diagnóstico- hubiera tenido aquél una mejor calidad de vida, sin que tuviera que enfrentar el sinnúmero

de infecciones que se presentaron como sintomatología de la enfermedad y sus consecuencias, al punto que en diciembre de 2007 su pulmón tenía un severo compromiso restrictivo con importante deterioro de su capacidad ventilatoria funcional.

4) Que estando asentado en el fundamento cuadragésimo tercero, párrafo segundo del considerando cuadragésimo cuarto y motivaciones cuadragésimo quinto a quincuagésimo del fallo en alzada, el daño moral sufrido por los actores, en lo que atañe a la regulación del monto de la indemnización a cuyo pago serán condenados los demandados, cabe destacar que, como se ha dicho, la "doctrina en este sentido es unánime. La oportunidad es lo que se debe indemnizar, y no lo que estaba en juego. Si es que se debe reparar la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, '(…) el juez no puede condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiera realmente matado al enfermo'. Por eso se ha dicho que la indemnización o el valor es parcial, pues nunca debe ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida" (Ríos Erazo y Silva Goñi, op. cit. Pág. 268).

5) Que, atendido a que como se señaló, la falta de servicio no privó de la vida al señor Sarabia Soria, sino que de la opción de tener una buena calidad vida y luchar dignamente por ella, oportunidad de la que también fueron privados sus familiares directos, actores de estos autos,

quienes no se pudieron contar por un tiempo mayor con la presencia de un padre e hijo que, a pesar de su enfermedad, mantuviera una buena calidad de vida, se regula el monto de la indemnización que el demandado deberá pagar en una suma considerablemente inferior a la solicitada por los actores, pues se estima que no resulta posible avaluar el monto en relación a la pérdida por la muerte del paciente sino sólo la pérdida de la chance en los términos que han sido explicados.

6) Que, en consecuencia, se establece prudencialmente el monto de la precitada indemnización por concepto de daño moral en las siguientes cantidades: $20.000.000 a cada una de las hijas de Juan Sarabia Soria, esto es Mildran Andrea y Duarnny Suyeins, ambas Sarabia Aguilar y $30.000.000 en favor de María Isabel Soria Díaz, madre de la víctima.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 144 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se confirma** con declaración el fallo de primer grado condenando únicamente al Servicio de Salud de Iquique y al Hospital Regional "Dr. Ernesto Torres Galdames-Iquique" a pagar la suma de $20.000.000 (veinte millones de pesos) a cada una de las hijas de Juan Sarabia Soria, esto es Mildran Andrea y Duarnny Suyeins, ambas Sarabia Aguilar y $30.000.000 (treinta millones de pesos) en favor de María Isabel Soria Díaz, madre de la víctima, sumas que deberán ser reajustadas desde la fecha

en que la presente sentencia quede ejecutoriada y pagadas con intereses a contar de la fecha en que el demandado incurra en mora, si ello aconteciere.

Se previene que el Ministro señor Aránguiz, sobre la base de los mismos presupuestos estuvo por regular las indemnizaciones referidas $40.000.000 para cada una de las hijas y en $50.000.000 en favor de la cónyuge sobreviviente, por estimar que dichas cantidades guardan una mejor relación con el inmenso daño de todos modos producido.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Aránguiz.

Rol N° 9.481-2016.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., y Sr. Manuel Valderrama R. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Pierry por haber cesado en sus funciones. Santiago, 22 de septiembre de 2016.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintidós de septiembre de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.