

MATERIA CIVIL

**Corte de Apelaciones de Santiago
Valdés con Fisco
12 de diciembre de 2005**

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de Apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia, que condenó al Fisco de Chile a pagar la suma de \$ 50.000.000 por concepto de indemnización del daño moral, ocasionado a raíz de la errónea inoculación de un recién nacido.*

DOCTRINA: *El daño moral es el dolor, la aflicción, el pesar en la víctima o en sus parientes más cercanos o aquel que consiste en el dolor psíquico y aún físico que se experimenta a raíz de un suceso determinado. Se refiere al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, tales como la salud, el honor, la libertad y otros análogos.*

El cuántum de la indemnización por daño moral no tiene un carácter compensatorio, desde que no es objetivamente dimensionable, sino que sólo debe ser reparatorio, por lo que debe estar destinado a morigerar, disminuir o atenuar las consecuencias del mal sufrido considerando la situación y realidad general, tanto del país como de los demandantes, respecto de lo cual no tienen cabida indemnizaciones desproporcionadas a tales realidades.

Santiago, doce de diciembre de dos mil cinco.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos 2º y 8º, que se eliminan. En el motivo 12º, fs. 176, se sustituye el término lítica por lícita. Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1º.- Que la causal invocada por el demandante para inhabilitar el testimonio de doña Silvia Alejandra Irene Olmedo Montero, doña Marcel Lyda Plata Cisternas, don Medardo Luis Burgueño Aguilera, y don Ricardo Enrique Sáez Gallardo, todos profesionales del área médica del Hospital de Carabineros de Chile, es la contemplada en el artículo 358 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por ser dependientes de la parte que los presenta. Dicho motivo de inhabilidad, para ser tal, ha de fundarse en la existencia de un temor razonable por parte del empleado o dependiente para el caso que deponga en contra de su empleador, en términos que ello le signifique un riesgo en su estabilidad laboral, lo que en la especie no se da, desde que los nombrados testigos no dependen del Fisco en aquellos términos, sino que tanto su designación, atribuciones y dependencia en el cargo están regulados por los reglamentos y la ley, por manera que, cuando se trata de profesionales calificados y de especialidad y que además declaren sobre hechos propios de su profesión, como es el caso, no les puede ser aplicable dicha limitación, pues no existe aquel eventual peligro. De igual modo, en la especie, no resulta probado ni posible que se les haya ordenado deponer en el proceso en términos que se limite o condicione su actuación, atendida la naturaleza y carácter de sus respectivas profesiones;

2º.- Que del modo antes señalado, habrá de revocarse la decisión relativa a las tachas opuestas a su respecto, rechazándolas, y consecuencialmente ponderar sus declaraciones;

3º.- Que, al efecto, los nombrados Olmedo Montero, Plata Cisternas, Burgueño Aguilera y Sáez Gallardo declararon en una misma audiencia y su respectiva acta rola desde fs. 106 a 116. En ella se consigna que la primera, doña Silvia Olmedo Montero, médico pediatra, neonatóloga, en lo sustancial y respondiendo al punto 5.) del auto de prueba de fs. 86, dijo que, ocurrido el accidente de la inoculación equivocada, el Hospital avisó a los padres de los menores, se formó un comité con los mejores especialistas de Santiago y se dio inicio a un tratamiento con antibióticos que duró seis meses para los afectados, con controles periódicos, sin costos para los padres, permitiéndoles inclusive consultar especialistas en el extra-sistema, sin costo para ellos y con cargo a la institución. Agrega, por último, que el Hospital no ha escatimado medios ni tiempo en el caso, ha hecho todo lo necesario;

4°.- Que, por su parte, doña Marcela Lyda Plata Cisternas, enfermera, que se desempeñó como tal en el Servicio de Vacunatorio alrededor de veinte años, declarando respecto de la puntos 3 y 4 del auto de prueba que rola a fs. 69 –que fue complementado por el antes citado de fs. 86– expresa que el Hospital pidió el BCG al Laboratorio y desde allá les enviaron un medicamento diferente, el cual estaba rotulado en inglés, de aspecto similar, pero que era para un uso diferente. Agrega que los frascos eran parecidos, del mismo tamaño y color y que se almacenaron en el mismo lugar que se hacía con la vacuna. Expresa que, a su juicio, era imposible impedir el error porque el problema fue del Laboratorio, que envió un medicamento que era desconocido y la enfermera y auxiliar a cargo del Servicio de Vacunatorio, pese a estar capacitados en su función, no lo pudieron distinguir porque no se tuvo conocimiento de que existiera dos BCG distintos;

5°.- Que el doctor Medardo Burgueño Aguilera, en torno al punto 4 del auto de prueba de fs. 86, expresó que el error obedece a fortuitos que ocurren en la vida, pues la vacuna BCG que se ocupó en otros servicios se terminó antes de lo presupuestado, acordándose comprar otro stock a un laboratorio particular para usarla en la vacunación de los menores. Se pidió ésta con urgencia y el vendedor envió al Hospital un producto denominado BCG INMUDNOCYST, el cual era de apariencia similar a la vacuna BCG, con etiqueta con dicho nombre y difería sólo en el color de la tapa de costumbre, lo que no es raro en los Laboratorios. Ninguno de ellos –los médicos y funcionarios– sabía de la existencia de este producto, pues nunca había sido promocionado y el laboratorio no advirtió que era de uso exclusivo en Urología. Agrega, en relación al punto 5, que se tomaron todas las medidas legales y médicas para reparar el error, formándose equipo de estudio y trabajo con expertos tomados de la mayoría de los hospitales de Santiago. Manifiesta que todos los niños han ido creciendo y desarrollándose bien y que han presentado patologías posteriores normales. Sobre los posibles efectos adversos para el futuro, expresa que en medicina ello no es posible asegurar, pues sólo tiene valor lo que es demostrable por el método científico; y

6°.- Que, finalmente, el Dr. Ricardo Sáez Gallardo, Subdirector Médico (S) del Hospital al momento del incidente, declarando al punto 3 de fs. 69, expresa que el sistema de compra del medicamento que se encargó por haberse agotado el stock depende del Vacunatorio y no del

Subdirector Médico; agregando que tuvo conocimiento de los hechos sólo cuando estos ocurrieron;

7º.— Que, como puede verse, los testigos de la demandada han declarado básicamente sobre la existencia de un presunto error de envase y rotulación del nuevo producto comprado por el Hospital a un laboratorio particular y que ellos almacenaron como de costumbre disponiendo su uso en la vacunación de los menores, circunstancia en la cual están contestes dos de ellos. Sin embargo, pese a haber sido examinados legalmente y sin tacha, sus declaraciones no alteran las conclusiones de los fundamentos 9º al 13º inclusive del fallo en alzada en cuanto a la responsabilidad civil que afecta al organismo demandado, siendo de advertir que, además y con los mismos antecedentes allí analizados, se encuentra establecida la existencia de falta de servicio adecuado, por culpa de sus agentes, al suministrar, por error, una vacuna equivocada al menor de que se trata en autos.

8º.— Que, no obstante, el testimonio conteste y no contradicho por otros medios, de los Dres. Olmedo Montero y Burgueño Aguilera, en cuanto a la conducta posterior del Hospital relativa a prestar adecuada atención médica a los pacientes y sus familiares, evitando mayores daños y ulteriores consecuencias, permiten a este tribunal considerar que, apreciando su fuerza probatoria conforme a la regla 2º del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, ello constituye un hecho de la causa que habrá de considerarse debidamente al momento de determinar el monto de la indemnización;

9º.— Que, en general y respecto al daño moral, cuya concepción y aplicación como consecuencia de la responsabilidad extracontractual y contractual, muy particularmente esta última, se ha incrementado por la vía de la creación jurisprudencial, para concordar en que éste se identifica con los dolores y turbaciones psíquicas que derivan del quebranto padecido. Así nuestros tribunales han dicho que el daño moral es el dolor, la aflicción, el pesar en la víctima o en sus parientes más cercanos o aquel que consiste en el dolor psíquico y aún físico que se experimenta a raíz de un suceso determinado. Estos daños, en consecuencia, son aquéllos que se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, tales como la salud, el honor, la libertad y otros análogos.

10º.- Que, de este modo, tales concepciones han permitido el reconocimiento del daño moral y su posterior desarrollo por la dogmática, en atención a que pone el acento en la persona y la lesión de sus atributos más caros. Que esta ya marcada tendencia se refleja claramente en la literatura jurídica nacional y así el profesor Fernando Fueyo Laneri en su obra *Instituciones del Derecho Civil Moderno* afirma: Para mí es como un axioma que el concepto jurídico de daños abarca toda forma de daños, esto es, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial, agregando que la jurisprudencia chilena ha tenido la oportunidad de recalcar que la palabra daño comprende el perjuicio, dolor o molestia que se cause, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que corresponde, además del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial que se ocasione por acto ajeno”. Sostiene que siendo el daño por esencia patrimonial y extrapatrimonial, del mismo modo el daño moral juega tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual.

11º.- Que, sin embargo, otra cosa es el cuántum de la indemnización por daño moral el cual, ciertamente, no es compensatorio, desde que no es objetivamente dimensionable, sino que debe ser sólo reparatorio, por lo que debe estar destinado a morigerar, disminuir o atenuar las consecuencias del mal sufrido;

12º.- Que en tal perspectiva, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que existe certeza sobre la existencia del daño moral, el cual se encuentra acreditado en el proceso básicamente con la declaración de los testigos de la actora Katya Emily Vergara Silva, Rodolfo Eduardo Marchant López, Elena del Carmen Silva Orellana, Hernán Francisco Gálvez Flores y Luis Alberto Vergara Silva, quienes en la audiencia que recoge el acta de fs. 98, y al tenor de la pregunta: Para que diga el testigo, si ha notado luego de ocurrido los hechos materia de autos algún grado de aflicción en los padres del menor Vicente declararon, respectivamente, en lo pertinente, y en síntesis: Ruby y Rolando estaban muy angustiados, y para mayor gravedad creo que al par de meses Rolando quedó sin trabajo, y la incertidumbre de ellos era mayor, por lo que nos contaron, no tenían claro cómo iban a asumir esos gastos, si el hospital se iba a hacer cargo. Sí, lo veo preocupado. Veo que este asunto de lo que pasó se va alargando, no hay una solución rápida, por eso lo veo preocupado, y yo como padre lo entiendo, yo noto un cambio, si hace un mes atrás lo veo más preocupado, porque hasta el

momento no veo ninguna solución a lo que está pasando. Sí, siempre que los he visto, están en la misma situación que no saben lo que va a pasar con el niño más adelante. Sí, noté bastante apesadumbrados a los muchachos, a los esposos Ruby y Rolando, también sé que él perdió su trabajo por este asunto y también pasaron muchas incomodidades por este asunto; y por supuesto, porque es una enfermedad nueva, no hay una vacuna por la cual se vaya a disminuir el proceso que va a tener, porque no se sabe con certeza qué secuelas va a tener más adelante, tal vez, pueda tocar un órgano vital;

13º.- Que a lo anterior ha de sumarse el contenido de las publicaciones en los diarios de la época, acompañados al expediente, con noticias alarmistas, a todo lo cual debe agregarse la circunstancia indiscutida de que cualquier matrimonio normal ve alterada su vida con una situación semejante provocando en ellos, la sola incertidumbre diaria y del futuro, una aflicción y dolor que la jurisdicción no puede dejar de recoger y considerar;

14º.- Que al momento de regular el monto de la indemnización por este daño extrapatrimonial, cabe considerar, además de su carácter de reparación compensatoria ya antes referida, la situación y realidad general tanto del país como de los demandantes, respecto de lo cual cabe advertir que no tienen cabida indemnizaciones desproporcionadas a tales realidades. Asimismo, debe ponderarse positivamente la reacción adecuada y oportuna del Hospital de Carabineros de Chile con miras a resolver el incidente, como se ha dejado dicho en el motivo 8º que precede. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de diecisiete de septiembre de dos mil uno, escrita a fs. 169, en cuanto por su decisión I, acoge las tachas formuladas por la demandante a los testigos de la demandada y se declara, en cambio, que dichas objeciones quedan rechazadas. Se confirma, en lo demás apelado, la aludida sentencia, con declaración que se reduce a treinta millones de pesos (\$ 30.000.000.-), como suma única y total, la indemnización que el Fisco de Chile deberá pagar a los demandantes de autos, con los reajustes e intereses a que se refiere el fallo en revisión. Acordada con el voto en contra de la abogada integrante señora Paulina Veloso Valenzuela, quien estuvo por revocar la sentencia de autos, rechazando la demanda en todas sus partes, teniendo para ello especialmente en cuenta: Que sin perjuicio

de considerar que está probada en autos la falta de servicio, esta juez considera que no concurre sin embargo el requisito del daño para dar origen a la responsabilidad alegada. En efecto, el perjuicio debe ser real, cierto y probado. En la especie, se ha alegado el daño moral, haciéndose consistir en el dolor por el eventual efecto nocivo en la salud del menor derivado del error de vacunación. Es decir, se trataría de un dolor por la incertidumbre, por la preocupación. Y sin desconocer que efectivamente los padres podrían haber padecido de preocupaciones y sufrimientos por las circunstancias del caso, ésta no parece ser de tal entidad que amerite su indemnización. En todo caso, tal dolor o aflicción por la preocupación no ha sido tampoco probado en autos, no aportándose ningún antecedente que permita a esta disidente estimar la realidad del daño, su naturaleza y magnitud.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Dolmestch; y la disidencia, de su autora.

N° 2545-2002.

Pronunciada por la Sexta Sala de esta Il. Corte de Apelaciones, Integrada por los Ministros señor Hugo Dolmestch Urra, señora Dobra Lusic Nadal y la Abogada Integrante señora Paulina Veloso Valenzuela, quien no firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.