

En Santiago, veintisiete de enero de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada con excepción de los considerandos séptimo a vigésimo primero, vigésimo cuarto y vigésimo quinto. Se elimina asimismo el párrafo final del considerando vigésimo tercero, que comienza “ Ahora bien, ...” y termina “...ser rechazada.”

Y se tiene el su lugar además presente:

Primero: Que en primer término cabe consignar que en estos autos se demandó además del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente al Hospital Doctor Sótero del Río, institución que, según lo reconoce expresamente la parte demandante en su escrito de fojas 153, es dependiente del Servicio de Salud demandado, y es este último el que se encuentra dotado de personalidad jurídica. Por ello, aun cuando no se alegara en forma la falta de legitimación pasiva del hospital por parte del Servicio de Salud, lo cierto es que ello corresponde a un presupuesto de la acción, de manera que los jueces deben realizar el análisis correspondiente, de oficio o a petición de parte. En el caso sublite, por carecer de personalidad jurídica el Hospital Doctor Sótero del Río la demanda interpuesta en su contra no puede prosperar.

Segundo: Que para determinar el momento desde el que se debe computar el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual por falta de servicio debe tenerse presente que el artículo 2332 del Código Civil dispone: *“Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”*. Por su parte, el artículo 2314 del mismo cuerpo legal establece: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de a pena que le impongan las leyes por el delito y cuasidelito”*.

Tercero: Que en el caso de autos el daño demandado según se indica en el libelo de fojas 1 y siguientes sería consecuencia de una actuación y una omisión de la demandada. En primer término de la administración que el Servicio de Salud hiciera de la vacuna contra la poliomelitis a Lucas Pérez Rodríguez el 8 de enero del año 2001, y, en seguida, de una omisión continua en el tiempo, a saber, el no informar el Servicio de Salud a los actores la verdadera causa de la situación de salud de Lucas Pérez, tratándolo como un enfermo terminal, sin necesidad de rehabilitación ni estimulación de ningún tipo.

Cuarto: Que en lo que dice relación con la administración de la vacuna el año 2001 cabe o



daño que se alega puede producirse o manifestarse con posterioridad a la perpetración del acto en atención al desconocimiento del o los afectados de su existencia, caso en el que, realizando una interpretación armónica de los artículos antes transcritos, el plazo de prescripción debe computarse desde que el daño se manifiesta, por cuanto de entenderse, como lo sostiene el demandado al realizar una interpretación literal del artículo 2332 del Código Civil, que es desde la perpetración del acto, en el caso de autos la acción habría nacido prescrita, de manera que tal interpretación importa restarle sentido al artículo antes citado por cuanto significa negar la posibilidad de accionar en los casos en que su existencia sea conocida transcurrido el plazo de cuatro años desde su acaecimiento.

Quinto: Que en lo que se refiere a la omisión que se le imputa al Servicio de Salud de informar la verdadera causa del estado de salud de Lucas, ella se habría prolongado hasta el mes de septiembre del año 2005, época en que, según lo señalan los actores en su libelo y en la querrela cuya copia rola a fojas 449, tomaron conocimiento del verdadero diagnóstico, de manera que el plazo de prescripción ha de contarse desde esa fecha.

Sexto: Que por lo expuesto en los considerandos precedentes no es posible tener por establecido que al momento de notificarse la demanda, el cinco de junio del año 2009, la acción interpuesta se encontraba prescrita, dado que si bien la demandada afirma en su escrito de apelación que los actores tenían conocimiento del informe del Instituto de Salud Pública desde el año 2002, ello no consta en los antecedentes incorporados a la causa. Tampoco hay alguna prueba que permita establecer que con anterioridad al 5 de junio del año 2005 estuvieran en conocimiento de tal antecedente, o del informe del Instituto Carlos Malbrán, de Argentina.

Séptimo: Que, en cuanto al fondo de la acción deducida, según lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, existe falta de servicio cuando éste ha funcionado deficientemente, no ha funcionado debiendo hacerlo, o lo ha hecho en forma tardía, falta de servicio que debe ser acreditada.

Octavo: Que en lo que dice relación con la falta de servicio en que habría incurrido el Servicio de Salud por la administración de la vacuna contra la Poliomiélitis al menor Luca Andrés Pérez Rodríguez, cabe señalar que se encuentra establecido en la causa con el certificado de nacimiento de fojas 1 que Lucas Pérez Rodríguez nació el 7 de noviembre del año dos mil. Asimismo, son hechos no controvertidos, según se lee del escrito de apelación de la parte demandada, que el 8 de enero del año dos mil uno, cuando Lucas Pérez tenía dos meses de edad, se le administró la vacuna antes señalada, en virtud del programa nacional



controvertido que como consecuencia de tal hecho resultó con debilidad muscular severa y parálisis progresiva que le impedía respirar y deglutir, parálisis que lo mantiene hasta hoy dependiente de un ventilador mecánico y con cuidados médicos en su domicilio.

Sin embargo no es posible determinar que tan lamentable suceso sea consecuencia de falta de servicio por parte de la demandada. En efecto, según lo disponía ya el artículo 4 del Decreto Ley 2763, vigente a la época de los hechos que nos ocupan, al Ministerio de Salud le corresponde formular y fijar las políticas de salud. De acuerdo al artículo 17 de dicho Decreto Ley, los servicios de salud dependen del Ministerio de Salud, para los efectos de someterse a la supervigilancia de éste en su funcionamiento, y deben sujetarse a sus políticas, normas y planes generales. Por su parte, el Decreto con Fuerza de Ley N° 286 del año 1960, al que se remite el Decreto Ley 2763, disponía que a los Servicios de Salud les correspondía la articulación, gestión y desarrollo de la Red Asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas.

Pues bien, tal como se indica por los propios demandantes, la administración de la vacuna contra la poliomielitis por el Servicio de Salud obedeció a razones de Políticas de Salud Pública- que formula el Ministerio de Salud- destinadas básicamente a prevenir una epidemia de esa enfermedad. No puede entonces estimarse la administración de la vacuna en cuestión como una falta de servicio del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente, por tratarse de un órgano con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se limitó a ejecutar los planes y programas de vacunación que elaboró el Ministerio de Salud, organismo centralizado que actúa bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco, que no fue demandado en esta causa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que si bien es efectivo, y de hecho así consta en autos, que tal inoculación puede provocar efectos adversos, como la que sufrió Lucas Pérez, lo cierto es que también consta que ello es en una ínfima relación respecto de quienes reciben la vacuna, de manera que por cierto, como política pública en orden a reducir y finalmente erradicar una enfermedad tan devastadora como la poliomielitis, la aplicación de la vacuna no puede estimarse como una falta de servicio. De hecho, del documento que rola a fojas tres, acompañado por la parte demandante, datado el año dos mil uno, se lee que la OPS (Organización Panamericana de Salud) , a esa época estimaba “que el riesgo de poliomielitis paralítica relacionada con la primera dosis de la vacuna en América Latina es un caso por 1.500.000 dosis distribuidas”.



Noveno: Que entonces, la complicación sufrida por el menor Lucas Andrés Pérez Rodríguez es de muy escasa ocurrencia, y si bien es conocido que existe una mínima posibilidad de que acontezca, lo cierto es que la administración de la vacuna contra la poliomielitis no puede entenderse como una falta de servicio por parte del Servicio de Salud, máxime, si, como es un hecho público y notorio, con dicha medida se ha logrado la erradicación de tal enfermedad en nuestro país.

Décimo: Que el otro hecho en que los actores fundan su acción es la omisión en que habría incurrido del Servicio de Salud de informarles la verdadera causa del estado de salud de Lucas Andrés Pérez Rodríguez, aseverando en cambio que el origen de su situación era una enfermedad genética llamada enfermedad de Werdnig Hoffman, incurable y progresiva, adoptándose las decisiones médicas en base a este falso diagnóstico, omisión que se mantuvo en el tiempo, descubriendo recién el año 2005, por una carta anónima, que desde octubre del año 2001 dicho organismo ya sabía que los padecimientos de Lucas eran consecuencia de la administración de la vacuna contra la poliomielitis.

Al respecto cabe señalar que, según consta de los documentos rolantes a fojas 2 y 3 de autos, cuyos originales se guardan en custodia, el 28 de marzo del año 2001 el Instituto de Salud Pública informó al Servicio de Epidemiología del Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente que el examen practicado a las deposiciones del menor Lucas Pérez arrojó enterovirus positivo. Por su parte, consta también que con fecha 10 de octubre del año 2001 el Servicio de Salud Sur Oriente comunicó al director del Hospital Dr. Sotero del Río que el Instituto Doctor Carlos Malbrán de Argentina confirmó respecto del menor de autos que padecía parálisis Fláccida Aguda asociada a Polio vacunal.

Sin embargo consta también de la presentación al comité de ética que formulara el 9 de julio de 2002 doña Blanca Maldonado V, médico miembro del equipo UTI pediátrica de dicho hospital -quien depone a fojas 377 como testigo presentada por la parte demandante- presentación guardada en custodia, que, dada la discordancia entre los hallazgos clínicos y los resultados de EMG, se decidió replantear el caso y le realizaron al menor una biopsia muscular y de Nervio Sural que resultaron compatibles con Atrofia Miotónica Espinal tipo I, Síndrome de Werdnig Hoffman. Por ello realizaron un estudio genético en USA para confirmar dicha enfermedad, el que si bien no fue determinante, no la descartó. Esto último aparece también de la lectura del documento de fojas 448, que aunque se encuentra en un idioma distinto al castellano –inglés-, y sin traducción, fue presentado por la propia demandante de manera que a su respecto constituye



presunción judicial que, por revestir caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar convencimiento, constituye plena prueba acerca del hecho de no haber resultado descartado el diagnóstico señalado.

Es decir, no se trata acá de una omisión o de un ocultamiento por parte del hospital, dependiente del Servicio de Salud demandado, de la verdadera causa del padecimiento del menor, sino de la existencia de dos diagnósticos, basados el primero en un análisis de las deposiciones de éste y el otro en el resultado de tres exámenes denominados EMG – electromiografía. De hecho, al declarar en estrados la profesional mencionada sostuvo que efectivamente se planteó el diagnóstico de parálisis secundaria a la vacuna de polio y se inició el estudio, que se realizaron tres electromiografías y una resonancia nuclear magnética cuyos resultados no fueron compatibles con ese diagnóstico. Por eso se cambió la hipótesis diagnóstica a la de una atrofia espinal tipo I (Werdnig Hoffman), que es una enfermedad genética, incurable, progresiva y determina una dependencia absoluta de ventilación mecánica. Agregó la testigo que dentro del estudio de esta enfermedad se solicitó una biopsia muscular, que se hizo en el Hospital Calvo Mackenna, el que entregó un informe concordante con ese diagnóstico.

Cabe señalar que si bien la testigo agregó más tarde que ignoraba de los documentos que habrían remitido en forma anónima a los padres del menor en los cuales aparece que el Servicio de Salud tenía como diagnóstico una parálisis secundaria a una vacuna, también dijo que al menor se le hizo un examen de deposiciones que se envió a Argentina, en el que se constataba la excreción de virus poliovacuna en la deposiciones, el que fue cotejado con la infectóloga jefe, quien sostuvo que ello era normal y no constituía diagnóstico de polio, de manera que sí tenía antecedentes de los documentos en cuestión desde que expresamente hizo referencia a estos exámenes de deposiciones y conclusiones del Instituto Carlos Malbrán de Argentina en su presentación al comité de ética, lo que además nuevamente corroboró al declarar en el juicio, debiendo considerarse al respecto que son justamente estos dos documentos, los fundantes de la acción de los actores. Es más, en el resumen de la historia clínica de Lucas Pérez, suscrito por quien se identifica como Cecilia Castillo, Médico, realizado cuando éste tenía diez meses de vida, ya se hace alusión al resultado del examen de deposiciones y del hecho de haberse enviado muestra a Argentina para determinación de si se trataría de un virus nativo o era consecuencia de la vacuna.

Undécimo: Que, en consecuencia, ha resultado establecido en autos que si bien el personal del hospital que atendió al menor en un principio conoció de los antecedentes

los padecimientos de



Lucas eran consecuencia de la vacuna, atendido el resultado de otros exámenes que se le practicaron, que no eran compatibles con tal diagnóstico, es que optaron por el segundo diagnóstico, esto es, la enfermedad de “Werdning Hoffman”, la, que según consta de los antecedentes médicos incorporados a la causa, especialmente de los resúmenes de la historia clínica suscritos por diversos médicos, presenta síntomas similares a los que tenía el menor. Tanto es así que quien fuera su médico tratante desde el año 2003, cuando éste ya había dejado el hospital, depuso en estrados que sólo se habría enterado de que el menor no era portador de tal enfermedad cuando los padres se lo señalaron, el año 2007, agregando que le llamaba la atención que el menor aún se encontrara vivo.

Duodécimo: Que es un hecho no controvertido por las partes, y así ha quedado establecido con los antecedentes médicos incorporados, a los que se ha hecho referencia en los considerandos anteriores, así como con la declaración de la testigo Blanca Maldonado, que la enfermedad de Werdning Hofman es progresiva e irrecuperable, cuyos síntomas se presentan antes de los cinco meses de edad. Los pacientes que la padecen rara vez sobreviven el año de edad. Es una enfermedad que no tiene tratamiento conocido.

Por ello, tampoco existió falta de servicio en el tratamiento que prestó a Lucas el Servicio de Salud, ni ha quedado demostrado en autos que su situación sería diferente de haber recibido algún tratamiento diverso, debiendo considerarse al respecto que es un hecho público y notorio que, lamentablemente, la poliomielitis, aún en nuestros días, es una enfermedad que no tiene cura, al igual que la que le fuera diagnosticada a Lucas el año 2001.

Decimotercero: Que, en consecuencia, no habiéndose establecido la falta de servicio en que se funda la demanda no es posible acoger la acción deducida, por lo que resulta infundado pronunciarse acerca de la concurrencia de los demás presupuestos de la acción intentada.

Por estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 144 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **Se revoca** la sentencia de veintitrés de mayo del dos mil dieciséis, escrita a fojas 487, y **se rechaza** la demanda interpuesta a fojas siete y siguientes, sin costas por estimarse que existió motivo plausible para litigar.

Lo anterior es sin perjuicio de las prestaciones médicas ambulatorias que solventa la parte demandada en virtud de lo dictaminado por esta Corte de Apelaciones en los recursos de protección roles 52-2002 y 329-2009 respectivamente.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción de



01310215531964

Rol N° 1055-2016-Civil

No firman las Ministras señora Mera ni señora Vásquez, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa por encontrarse ausentes.



01310215531964

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de San Miguel integrada por Fiscal Judicial Cecilia Venegas V.
San miguel, veintisiete de enero de dos mil diecisiete.

En San miguel, a veintisiete de enero de dos mil diecisiete, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la
resolución precedente.



01310215531964