

Pauta de corrección
Examen de Derecho Procesal II
Prof. Carbonell

06 de enero de 2017

- No coloque su nombre en esta prueba. La identificación se hará mediante el número estampado en la parte superior (debe anotar su nombre bajo el número correspondiente de la lista que firmará al entregar el examen)
- Cuide su ortografía y redacción. Las ideas o argumentos mal expresados revelan falta de comprensión de los contenidos. Conteste exclusivamente lo que se pregunta con claridad y precisión
- No se absolverán consultas durante la prueba
- Puede usar su código; no podrá intercambiarse entre los estudiantes
- Tiene 2:30 horas para contestar

Lea atentamente el caso que se plantea a continuación y responda las preguntas consignadas al final

Con fecha 8 de diciembre de 2016 el señor Ernesto Águila dedujo demanda en contra de la Clínica Las Condes para obtener indemnización de perjuicios por daño emergente y daño moral, en régimen de responsabilidad extracontractual. En su demanda, consigna lo siguiente. El día 5 de julio de 2010 ingresa a Clínica Las Condes para ser intervenido quirúrgicamente de su cadera, la que estaba afectada de artrosis, y para que se le sometiera a un procedimiento de artroplastia total de cadera derecha, con la implantación de prótesis. El referido día fue llevado al Pabellón N° 2 para ser sometido allí a la indicada operación de la cadera derecha. La operación, al decir del médico a cargo de la operación, fue exitosa, instalándose una prótesis correctamente, recuperando la movilidad de la cadera a los 3 meses y pudiendo levantarse a los 5 meses. No obstante, en el año 2013 el Sr. Águila comenzó a sentir fuertes dolores en la misma cadera operada. Ante la intensidad del dolor y luego de diversos exámenes en diversas clínicas de la ciudad pudo observarse que se había quedado alojado dentro del fémur un trozo de la sierra utilizada para realizar el corte en la cabeza femoral, lo que luego había originado una infección generalizada en la zona. Luego de diversos tratamientos con antibióticos, el Sr. Águila tuvo que ser nuevamente operado en agosto de 2014 con el objeto de quitar el cuerpo extraño alojado en el fémur y al mismo tiempo realizar una mantención de la prótesis que le fuese instalada en la primera intervención quirúrgica.

El demandante sostiene en su demanda que el error médico le causó, a más de molestias y deterioro físico, un sufrimiento espiritual a él y a su familia de gran magnitud. Solicita, por ende, que se le indemnice los perjuicios patrimoniales y morales sufridos por esta negligencia médica.

En la contestación de la demanda, la Clínica Las Condes indica lo siguiente:

a) Que la acción indemnizatoria se encontraría prescrita. En efecto, cita el artículo 2332 del Código Civil que establece que las acciones que concede el título referido a los delitos y cuasidelitos “prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”. La perpetración del acto sólo puede entenderse que se realizó el día 5 de julio de 2010, prescribiendo la acción en el año 2014.

Por su parte, el demandante, en su escrito de réplica niega esta interpretación de la parte demandada indicando que, en tanto el daño sólo pudo ser constatado en el año 2013, la norma del artículo 2332 sólo puede hacer referencia a la perpetración del acto “dañoso”, es decir, desde que el demandante tiene conciencia de tener un daño respecto del cual puede demandar. Con esa consideración, la acción no estaría prescrita.

- b) Que no existe real daño por parte del Sr. Águila, pues en agosto de 2014 igualmente debía haberse sometido a una operación quirúrgica de mantención de la prótesis de la cadera por lo que no habría ningún daño extra al generado por esta otra operación necesaria.
- c) Que la rotura de la sierra, al ser muy delgada y pequeña, es parte del riesgo normal de este tipo de intervenciones quirúrgicas cumpliéndose la *lex artis* médica y no existiendo negligencia por el mero hecho de no percatarse de su rotura.

Preguntas

- 1) Usted es juez de primera instancia en esta causa. Las partes han presentado sus escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica. ¿Qué acto procesal correspondería en esta etapa? Explique en qué consiste y qué alternativas podrían darse (5 puntos)

Respuesta:

Finalizada la etapa de discusión, el juez debe llamar a conciliación, según lo prescribe el art.262 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC). No debe tratarse de los casos del art.313 CPC, es decir, del allanamiento, del caso en que no exista controversia sobre los hechos sustanciales y pertinentes, ni del caso en que las partes pidan al juez que falle sin más trámite. Otra forma de decir lo mismo: deben existir hechos sustanciales y pertinentes y controvertidos. El juez cita a una audiencia para un día no anterior al quinto ni posterior al decimoquinto contado desde la fecha de notificación de la resolución, pudiendo solicitar la comparecencia personal de las partes (y no a través de apoderados). Las alternativas son:

- a) Una o ambas partes no comparecen o compareciendo, rechazan la conciliación (art.268 CPC): en este caso, el secretario certifica el hecho, y pone a disposición del juez el expediente (carpeta electrónica, habiendo entrado en vigencia la ley sobre tramitación electrónica) para que examine si existen hechos sustanciales y pertinentes controvertidos, y en tal caso, dicte la sentencia interlocutoria que reciba la causa a prueba, según dispone el art.318 CPC.
- b) Se lleva a efecto la audiencia de conciliación. En ella el juez actuará como amigable componedor, intentado obtener un avenimiento total o parcial. El avenimiento total pone término al juicio, considerándose el acta en que se consigna como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales; el avenimiento parcial le pone término sólo en la parte en que se logra acuerdo, y el juicio continúa en aquella respecto de la cual el acuerdo no se produce, en conformidad a lo explicado en la letra anterior.

- 2) La resolución que recibe la causa a prueba señaló como hecho controvertido el siguiente: “Interpretación correcta del artículo 2332 del Código Civil. Momento desde el cual debe contarse la prescripción extintiva de la acción indemnizatoria”. La parte demandada considera incorrecto este punto de prueba. ¿Puede impugnar esta resolución? ¿Mediante qué vía? ¿Con qué fundamentos? (10 puntos)

Respuesta:

La sentencia interlocutoria que recibe la causa a prueba (“auto de prueba”) puede impugnarse, interponiendo recurso de reposición y apelación en subsidio, solicitando, en este caso, que se excluya tal punto de prueba, toda vez que la interpretación jurídica no es una cuestión de hecho, sino de derecho. Dicho de otra forma, si hay interpretaciones discordantes respecto al momento desde el cual debe contarse la prescripción extintiva, las partes en sus escritos, y en último término el juez en la sentencia, deberán presentar argumentos que justifiquen una u otra interpretación como la “correcta”, pero no es algo que pueda probarse.

- i) El recurso de reposición (art.181 CPC) es un medio de impugnación que se dirige al tribunal que la dictó

una resolución para que la enmiende, en este caso, para que elimine el hecho en cuestión. Este recurso presenta particularidades tratándose de la resolución que recibe la causa a prueba: procede en contra de una sentencia interlocutoria, cuando por regla general procede en contra de autos y decretos; debe interponerse dentro de 3ero. día, cuando la regla general es 5 días; se resuelve de plano o incidentalmente, siendo la regla general su fallo de plano.

ii) La apelación subsidiaria se interpone, conjuntamente con la reposición, para el caso de que ésta no sea acogida. Se dirige al superior jerárquico para que enmiende la resolución que recibe la causa a prueba con arreglo a derecho, eliminando el hecho en cuestión. Este recurso presenta particularidades tratándose de la resolución que recibe la causa a prueba: sólo puede interponerse con carácter subsidiario; debe interponerse dentro de 3ero. día, cuando la regla general es 5 días; se concede en el sólo efecto devolutivo, es decir, sin paralizar ni suspender la competencia del juez, quien seguirá conociendo de la prueba y de la causa hasta su terminación, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva, cuando la regla es que si no hay disposición expresa y se conceda sin limitar sus efectos se entenderá que comprende el devolutivo y el suspensivo.

3) Redacte tres puntos que debiesen incluirse en la resolución que recibe la causa a prueba indicando qué justifica que deban incluirse allí (15 puntos)

Respuesta:

Se recibe la causa a prueba, fijándose como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos los siguientes:

1) Efectividad de que el Sr. Ernesto Águila debía ser sometido a una operación quirúrgica de mantención de la prótesis de la cadera en agosto de 2014.

La acreditación de esta afirmación fáctica es fundamental para determinar si existió o no el daño invocado por el demandante, toda vez que es uno de los contraargumentos indicados por el demandado.

2) Efectividad de haber sufrido Sr. Ernesto Águila daño moral y patrimonial. Hechos y circunstancias que los constituyen. Naturaleza y monto de los mismos.

Relacionado con el punto anterior, deben acreditarse los daños invocados.

3) Si estos daños se produjeron por haber quedado alojado un trozo de sierra en el fémur derecho durante la primera operación de julio de 2010.

Aunque nada se dice expresamente, será necesario probar esta relación de causalidad para dar lugar a la responsabilidad extracontractual solicitada.

4) Efectividad de que el médico cirujano guardó la diligencia debida en la operación de julio de 2010.

La diligencia está siendo invocada por el demandado y, aunque no expresamente, ha sido negada por el demandante al entablar una acción de este tipo.

5) Efectividad de que la rotura de la sierra es un riesgo normal en operaciones de fémur.

Vinculado con el punto anterior, y al ser un hecho afirmado por el demandado con relación a su diligencia, es necesario probarlo, ya que el demandante niega la diligencia al entablar esta acción, como se ha señalado en el punto anterior.

Justificación general: respecto de estos hechos, existe controversia, en el sentido que, de la relación del caso, algunos de ellos aparecen claramente contradichos por la contraparte y otros son indispensables para la resolución del asunto controvertido. En este caso, es fundamental saber si el hecho generador del daño es imputable a culpa (negligencia) del médico cirujano que realizó la operación en la Clínica Las Condes, si el daño efectivamente se produjo, y si existe relación causal entre el hecho y el daño, desde el punto de vista de los hechos que deben acreditarse para dar por configurada la responsabilidad extracontractual (y dar lugar a la indemnización de perjuicios morales y patrimoniales perseguida por el actor)

- 4) ¿Cómo cree que el demandado podría probar lo indicado en la letra c) de su contestación de la demanda? ¿Qué valor tendría la referida prueba? Indique al menos **dos** medios probatorios y descríbalos con detalle, señalando su valor (20 puntos)

Respuesta:

El demandado podría probar que la rotura de sierra es un riesgo normal en operaciones de fémur y que, al ser un riesgo normal, no actúa negligentemente si sucede esta rotura y no es capaz de detectar que se haya alojado el trozo de sierra en el fémur (punto 5) del auto de prueba), a través de los siguientes medios:

1) Puede presentar libros o artículos científicos que describan el alto riesgo de roturas (por ejemplo, indicando porcentajes en que ello sucede y las dificultades para detectar la permanencia del trozo, por sus mínimas dimensiones, en una operación de fémur). En este caso, se trataría de un **instrumento privado emanado de un tercero** (autor del libro o artículo) y que requiere reconocimiento judicial para tener valor probatorio. Así las cosas, vale como prueba testimonial. Las reglas sobre el **valor probatorio de la prueba testimonial** aplicables, considerando tan solo la prueba rendida por el demandado para probar este enunciado fáctico, serían las siguientes (art.384 CPC): a) si es un solo el autor y/o se presenta sólo un libro/artículo presentado, su declaración como testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial que, si reúne los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento, puede constituir plena prueba del hecho; b) si son dos o más los autores que rinden testimonio, y se encuentran contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y dan razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario.

2) Puede aportar **informe de peritos**, de especialistas a nivel nacional o mundial, que den cuenta de los riesgos de rotura en este tipo de operaciones, de los porcentajes de concreción de esos riesgos, de la extensión de las obligaciones de diligencia establecidas por la *lex artis* médica tratándose de cirugías en general y de este tipo de cirugía en particular. Precisamente, el informe de peritos procede para probar puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte. Para el nombramiento del perito, deberá estarse a lo prescrito en los arts.414 y ss. CPC. El **valor probatorio** del informe de peritos será apreciado por el juez en conformidad a las reglas de la sana crítica (art.425)

3) Agregándose un punto de prueba como “efectividad de que el Sr. Águila fue informado de los riesgos de la operación e igualmente prestó su consentimiento”, el demandado puede aportar el contrato médico suscrito entre la Clínica y el Sr. Águila, o el consentimiento informado firmado por el Sr. Águila, o algún otro documento en que conste que el Sr. Águila ha sido informado con respecto a los riesgos normales de la operación de fémur, donde aparezca expresamente el riesgo de la posible rotura de la sierra y/o complicaciones posteriores a la operación. Estos **instrumentos privados de parte**, para tener valor probatorio, deben ser reconocidos. El reconocimiento puede ser expreso, tácito o judicial (art.346). Es expreso: cuando así lo ha declarado en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer; y cuando igual declaración se ha hecho en un instrumento público o en otro juicio diverso. Es tácito: cuando, puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, apercibir a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo. Es judicial: cuando se declare la autenticidad del instrumento por resolución judicial. Con respecto a su **valor probatorio**, el instrumento privado emanado de parte, reconocido o mandado tener por reconocido tiene el mismo valor que el instrumento público (art.1702 CC). Esto quiere decir que hace plena prueba respecto de: el hecho de haberse otorgado; fecha otorgamiento; haberse efectuado las declaraciones;

veracidad de las declaraciones en él contenidas (tanto de las del funcionario, sobre hechos propios o apreciados por sus sentidos, como de las dispositivas y enunciativas efectuadas por las partes)

4) Puede solicitar la **absolución de posiciones** del Sr. Águila sobre la efectividad de haber sido informado de este riesgo. La confesión consiste precisamente en el reconocimiento que realiza una parte de hechos determinados que le son desfavorable, beneficiando a la contraria, y que resultan importantes para la resolución del asunto controvertido. La confesión puede ser judicial o extrajudicial, y expresa o tácita. Judicial es la que se presta en el mismo juicio y extrajudicial incluye la prestada en otro proceso, a más de la prestada fuera de todo juicio. Es tácita cuando se niega a confesar o da respuestas evasivas o no comparece al segundo llamado a absolver posiciones, dándosele por confeso respecto de preguntas formuladas asertivamente, o categóricamente afirmadas (art.394 CPC). Su valor probatorio dependerá del tipo de confesión. En este caso, se solicita la confesión judicial sobre hechos personales, y sea expresa o tácita, hace plena prueba en su contra, y no se recibirá prueba en contra de hechos claramente confesados (art.402; sin embargo, regla del art. 428)

5) ¿Cómo cree que el demandante podría contradecir lo indicado en la letra b) de la contestación de la demanda? ¿Qué prueba debiese aportar? ¿Qué valor tendría la referida prueba? Indique al menos dos medios probatorios y descríbalos con detalle, señalando su valor (20 puntos)

Respuesta:

El demandante puede contradecir la afirmación de la letra b) por dos vías:

1) Desvirtuando la efectividad de la afirmación del demandante de que debía someterse igualmente a una operación de mantención de prótesis, señalando, en cambio, que fue una simple recomendación del médico aprovechar la segunda operación para ello, pero que no existía el “deber” de hacerlo en aquella oportunidad, sino que la mantención debía realizarse en un tiempo no superior a 10 años.

Medios de prueba:

a) Informe del médico tratante; ficha o historia clínica; libros o artículos científicos en que se consigne este tiempo máximo de renovación de la prótesis. Instrumento privado emanado de un tercero, que requiere ser reconocido judicialmente para tener valor probatorio (igual a punto 1) respuesta anterior)

b) Informe de peritos que avalen la recomendación de realizar una mantención cada 10 años (y no cada 4 años). El juez apreciará su valor probatorio en conformidad a las reglas de la sana crítica.

c) Testigos: enfermeras o asistentes que hayan estado en las consultas médica donde se le haya entregado al Sr. Águila la información sobre la operación y mantención de la prótesis como máximo cada 10 años.

Testigos presenciales del hecho (haberse dado aquella información). Su valor probatorio es el de la prueba testimonial (igual a punto 1) respuesta anterior)

2) Señalando que, si bien debía someterse a aquella operación de mantención en época cercana a aquella en que le extrajeron el trozo de sierra, esta segunda operación y, especialmente el período pre-operatorio y post-operatorio, le irrogó mucho mayores daños que los que habría sufrido por una simple operación de mantención.

Medios de prueba:

a) Testigos que acrediten el dolor físico y la angustia del Sr. Águila entre el año 2013 y agosto de 2014. Su valor probatorio es el de la prueba testimonial (igual a punto 1) respuesta anterior)

b) Informe de perito de psicólogo que acredite el deterioro psicológico sufrido por el Sr. Águila frente a la incertidumbre sobre su estado de salud y los fuertes dolores sufridos. El juez apreciará su valor probatorio en conformidad a las reglas de la sana crítica

c) Informe de los médicos que consultó que constatan el dolor físico padecido por el Sr. Águila.

Instrumentos privados de terceros (igual a punto 1) respuesta anterior)

d) Boletas, facturas médicas de las diversas consultas médicas y de la operación. Instrumentos privados de terceros o de las partes (en el caso de atenciones en la misma Clínica Las Condes), que requieren reconocimiento. El valor probatorio se ha enunciado en puntos 1) y 3) de pregunta anterior.

6) ¿Puede el juez ordenar alguna diligencia de prueba de oficio? Fundamente brevemente (5 puntos)

Respuesta:

En principio, y en conformidad al principio dispositivo, son las partes las que tienen la carga de probar sus afirmaciones sobre los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones. Así, son ellas las que deben ofrecer y aportar la prueba en la oportunidad y con los requisitos previstos por la ley, valiéndose de los medios probatorios expresamente regulados por el legislador. Sin embargo, la restricción a las facultades oficiosas del juez tiene una excepción, ya que, dentro del período para dictar sentencia definitiva (que es de 60 días contados desde que se notifica la resolución que cita a las partes a oír sentencia, una vez transcurrido el plazo de 10 días que tienen las partes vencido el probatorio para presentar observaciones a la prueba) puede dictar una o más medidas para mejor resolver. Es decir, la ley faculta al juez para ordenar la producción de los mismos medios probatorios contemplados en el Código de Procedimiento Civil (art.341 y ss), con el objeto de esclarecer hechos que se estimen indispensables para resolver el asunto y que o bien no resulten probados, o bien requieran de explicación o aclaración (art.159)

7) Vencido el probatorio, el demandante presenta un escrito de observaciones a la prueba. Construya dos inferencias probatorias, a partir de la prueba rendida, que el demandante incorporará en este escrito para convencer al juez. Además, explique en un párrafo el estándar probatorio que debe aplicar el juez, indicando cómo estaría superado en este caso (20 puntos)

Respuesta:

a) Inferencias probatorias epistemológicas

Máxima de la experiencia (regla general de enlace/garantía): En un alto porcentaje de las operaciones de fémur se rompe la sierra que se utiliza

Definición (regla general de enlace/garantía): Se entiende por riesgo normal aquellos porcentajes que superan el 60% de probabilidad de ocurrencia

Prueba (elementos probatorios/razones):

- Literatura científica que indica que en un 85% de las operaciones de fémur se rompe la sierra

Enunciado a probar (conclusión/preensión): La rotura de sierra es un riesgo normal (de frecuente ocurrencia) en las operaciones de fémur

Máxima de la experiencia (regla general de enlace/garantía): Los médicos que trabajan en clínicas prestigiosas conocen los riesgos y la extensión de su deber de diligencia asociado a las operaciones que practican

Prueba (elementos probatorios/razones):

- La Clínica Las Condes, donde se llevó a cabo la primera operación, es una clínica prestigiosa, lo que se encuentra avalado por rankings nacionales e internacionales

Enunciado a probar (conclusión/preensión): El cirujano conocía los riesgos y extensión de su deber de diligencia en la operación del fémur

Máxima de la experiencia: Los médicos especializados en cirugías de cadera conocen los riesgos propios de la intervención (como por ejemplo, la rotura de la sierra).

Prueba (elementos probatorios/razones):

- La operación de cadera es un procedimiento complejo que requiere de especialización. Por lo mismo, la rotura de la sierra es una situación que el médico pudo haber previsto en relación a su experticia.

Enunciado a probar: El médico pudo prever el riesgo de la rotura de la sierra y tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso.

b) Inferencia probatoria normativa

Presunción jurisprudencial (regla general de enlace/garantía): Se presume que si una persona está sometida a dolores físicos y a incertidumbre sobre su estado de salud durante un período prolongado de tiempo, de más de 6 meses, sufre un daño moral.

Prueba (elementos probatorios/razones):

- El Sr. Águila tuvo dolores físicos entre 2013 y agosto de 2014 (durante más de un año), acreditados mediante prueba de testigos e informes médicos
- El Sr. Águila tuvo un estado de angustia, acreditado por perito psicológico, producido por la prolongada incertidumbre acerca de su estado de salud.

Enunciado a probar (conclusión/preensión): El Sr. Águila sufrió daño moral

c) Inferencia probatoria definitiva

Definición (regla general de enlace/garantía): Se entiende por diligencia debida en cirugías de cadera la evitación de sus riesgos normales y la adopción de las medidas para contrarrestarlos, en caso de que se produzcan.

Prueba (elementos probatorios/razones):

- Es un riesgo normal en las cirugías de cadera la rotura de la sierra con que se corta el fémur, acreditado por informe de peritos e instrumentos privados de terceros reconocidos en juicio
- El cirujano no adoptó las medidas necesarias para contrarrestar ese riesgo, toda vez que no se cercioró de que quedó alojado un trozo de sierra en el fémur, siendo este último un hecho no controvertido

Enunciado a probar (conclusión/preensión): El doctor no fue diligente en la operación de 2010.

d) Párrafo estándar de prueba

Teniendo a la vista la prueba rendida y el valor probatorio de los medios de prueba individualmente considerados, corresponde hacer una valoración general de los mismos para determinar si han igualado o traspasado el umbral de suficiencia probatoria exigida por el ordenamiento jurídico procesal civil, que corresponde al de prueba preponderante. En este caso, la hipótesis fáctica que como demandante hemos venido sosteniendo se encuentra, como se desprende de los razonamientos antes efectuados a partir de la prueba rendida, mucho más acreditada que la tesis sostenida por el demandado. Más aún, el demandado no ha logrado ni acreditar su diligencia, ni contrarrestar la prueba del daño sufrido, ni desvirtuar la evidente relación de causalidad que existe entre el hecho negligente de haber dejado el trozo de sierra en el fémur derecho de mi representado y el daño patrimonial y moral causado.