

TRIBUNAL : 27° Juzgado Civil
ROL N° : C-22998-2016
PARTES : ZUÑIGA CON CLINICA SANTA MARIA
CUADERNO : Principal

Contesta demanda

S. J. L. (27° Civil)

FRANCISCO MIRANDA SUÁREZ, abogado, por la demandada, Clínica Santa María S.A., en los autos sobre demanda civil de indemnización de perjuicios en juicio ordinario, rol No. C-22998-2017, caratulados " **ZUÑIGA CON CLINICA SANTA MARIA**", a US. respetuosamente digo:

Estando dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 308, 309 y siguientes del Código del Código de Procedimiento Civil, vengo contestar la demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual de autos solicitando que ella sea rechazada en todas sus partes, el mérito de los antecedentes de hecho y de derecho que a continuación paso a exponer:

I.- FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA DE AUTOS.

La demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual interpuesta por Mauricio Fernando Zúñiga San Martín y Catherine Ximena Espinoza Guzmán actuando en representación según señalan de su hija, menor de edad, Ignacia Antonia Zúñiga Espinosa, se basa en la existencia de un contrato que denominan "contrato de asistencia hospitalaria", que se habría perfeccionado desde que los representantes de la menor ingresaron a dependencias de mi representada con el fin de que ella sea atendida en sus dependencias, como manifestación de voluntad del paciente o sus representantes dirigida a que sea el centro asistencial el que proporcione la atención de salud en forma directa.

Se señala que mi representada habría incumplido o cumplido de manera imperfecta su obligación de medios, culminando según señalan en la extirpación a la menor referida, de la trompa de Falopio derecha y el ovario derecho, solicitado mi representada sea condenada a pagar a favor de la menor Ignacia la suma de UF 3.000.-

1.- No nos referiremos por ahora a los fundamentos de hecho contenidos en la

demanda contraria, los que controvertiremos, aclararemos y precisaremos en el capítulo pertinente de esta contestación en cuanto ellos contienen una serie de aseveraciones, atribución de expresiones y comentarios a terceros, que no son parte de esta acción.

2.- En relación con los fundamentos de derecho, se afirma primeramente por la contraria que “los hechos descritos permiten concluir que se infringió la obligación de diagnóstico y cuidado que es consustancial al acto médico, lo que acarrea responsabilidad de la demandada..”, agregando luego que “se ha infringido la obligación principal que contrae el centro hospitalario que consiste en disponer efectivamente de los medios humanos y técnicos, que permitan diagnosticar oportunamente la patología, enfermedad o condición en que se encuentra el paciente, y efectuado el diagnóstico dar el tratamiento adecuado, todo de acuerdo a la lex artis ad hoc, que no es otra cosa que el correcto actuar del médico en el caso concreto”.

Se señala por los demandantes que procede en la especie asimismo la responsabilidad que emana del artículo 2322 del Código Civil, conforme al cual los amos responden por la conducta de sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones.

Se mencionan brevemente por los demandantes los otros requisitos de la responsabilidad civil contractual, en especial la relación de causalidad respecto de la cual se señala “que se confirma el nexo causal entre el daño producido consistente en la pérdida del ovario y trompa derecha y la acción terapéutica durante la actuación del personal médico que atendió a la paciente.

3.- Finalmente en relación con los perjuicios y su evaluación, se sostiene en la especie que los perjuicios que deben ser indemnizados comprenden el daño moral experimentado por la menor, que estiman en la cantidad de UF 3.000.

II.- RECTIFICACION DE HECHOS, ACLARACIONES Y PRECISIONES.

Previo a pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones planteadas por los demandantes en su acción, esta parte controvierte y niega el relato de hechos efectuado en la demanda de autos que no se atiene ni a la realidad de los antecedentes, síntomas y situaciones relacionadas con las atenciones de la paciente en el Servicio de Urgencia de mi representada.

1.- A la paciente Ignacia Zúñiga Espinoza, le había sido diagnosticado por ecografía, un quiste ovárico derecho de 3cm de diámetro mayor en periodo prenatal. Al

consultar en febrero de 2006, a la doctora Elizabeth Erdos Gattoni, sus padres portaban ecografía abdominal tomada al mes de vida, la que describe un útero de 2.4 x 1.1. x 0.9 cms a nivel de cuerpo y 0,6 cms a nivel de cuello, ovarios de morfología conservada, sin lesiones quísticas, informando la ecografista doctora Ester Ureta, que se destaca en especial a derecha que hay regresión de imagen quística anterior. Se trataba de una ecografía normal por lo que como es habitual, se indica control al inicio de la pubertad.

La conducta de todos los profesionales de salud a este respecto y en relación con estas consultas exámenes y procedimientos, son adecuados a las normas de la buena práctica médica, habida consideración además que cuando los quistes son menores de 5 cm (pequeños) sólo se les hace seguimiento, ya que en el post-parto, al disminuir las hormonas que estimulan activamente los ovarios fetales, la evolución natural de estos quistes es hacia la resolución espontánea y no vuelven a producirse en la infancia. Ello es lo que sucedió con el quiste que presentaba la paciente, que desapareció al mes de vida. Lo anterior es tan efectivo que en una ecotomografía abdominal tomada por otra causa con fecha 9 de septiembre de 2007, es decir al año 8 meses de edad, no describe imágenes quísticas ováricas.

2.- Luego, 3 años y 6 meses después la paciente presenta cuadro de dolor abdominal que se estudia con ecografías abdominales realizadas con fecha 22 y 24 de agosto de 2009, sin lesiones quísticas anexiales, sólo escaso líquido libre a nivel pelviano, lo que constituyen hallazgos inespecíficos, y Tac abdominal de 25 de agosto de 2009 que revela aumento de densidad en área anexial derecha de 2 x 3 cms de diámetro mayor a vascular, sin que se vean quistes ni tumores ováricos, es decir hallazgos inespecíficos. .

Una ecografía abdominal de 25 de agosto de 2009, después del TAC, revela formación alargada de ecogenicidad aumentada en área anexial derecha de 3 a 4 cms de diámetro mayor, avascular al doppler, y en su parte superior estructura tubular de interpretación incierta. Los ovarios no se delimitan con claridad. Ni se ven quistes ováricos siendo nuevamente hallazgos inespecíficos.

Hago presente a SS., que la expresión hallazgos inespecíficos comprende o se refiere a que pueden corresponder a varias patologías, siendo el profesional médico, conforme a su experiencia, conocimiento y capacidad técnica quién, según la sintomatología, compromiso del estado general del paciente y signos físicos abdominales de irritación peritoneal, decide si opera o no y el momento para hacerlo, asumiendo una

conducta conservadora cuando los hallazgos son inespecíficos como en esta paciente, pues una decisión quirúrgica implica una intervención compleja y riesgosa, en este caso, laparotomía, cirugía abierta de mayor riesgo.

Esa conducta motiva la cantidad de exámenes e imágenes, pues se trata de zonas en que la visión del útero y los anexos es difícil, especialmente en la temprana infancia si no se obtiene o dispone de un buen llene vesical y/o existen deposiciones en intestino grueso.

La conducta de los médicos además en este caso se sustentaba en exámenes de imágenes que eran inespecíficas, habida consideración de que nunca se vio una imagen típica de torsión anexial, y dichos profesionales trataban de precisar un diagnóstico para evitar una cirugía innecesaria de mayor riesgo.

3.- La paciente es intervenida el día 25 de agosto de 2009 por el equipo médico del doctor Marcelo Valenzuela y el diagnóstico post operatorio es torsión anexial derecha (necrosis) y se realiza anexectomía derecha, describiéndose en el protocolo operatorio que **“ el anexo torcido está unido a una formación tubular que se dirige hacia cefálico por el retroperitoneo y parece tener relación con el útero. Anexo izquierdo normal pero con igual formación tubular hacia retroperitoneo (posible malformación de genitales internos)”**.

No se describen en dicho protocolo quistes o tumores en anexo derecho.

4.- En suma SS., se puede concluir de lo expuesto:

4.1. la menor presentó un quiste del ovario derecho en periodo de recién nacida, enero de 2006, que tuvo una regresión espontánea habitual y que no tiene relación alguna con la torsión anexial derecha que presentó la menor en agosto de 2009, la que se produjo sin la presencia de quiste o tumor ovárico, como se comprobará.

4.2. es posible que la torsión anexial se produjo favorecida por la condición o variante anatómica o malformación de genitales internos descrita en el protocolo operatorio.

4.3. El diagnóstico de torsión anexial es un diagnóstico difícil, más aún si se produce sin lesión quística o tumoral acompañante como en la especie, y si además ocurre a una edad infrecuente (3 años). Se trata de un cuadro más frecuente desde la pubertad en adelante, y los síntomas que da, tales como dolor abdominal, náuseas, vómitos, son inespecíficos y pueden presentarse en muchas otras patologías, algunas de ellas no quirúrgicas.

4.4. Los hallazgos en imágenes fueron inespecíficos, y las imágenes típicas de torsión se

ven sólo en algunos casos, razón por la cual se realizaron varios exámenes de imágenes a la paciente.

4.5. En la primera consulta a urgencia de 22 de agosto de 2009, la menor fue evaluada por dolor abdominal de 3 horas de evolución y dos episodios de vómitos líquidos, encontrándose afebril, mostrando abdomen sin resistencia muscular ni blumberg en un abdomen sensible, se solicitó ecografía abdominal como se dijo sin hallazgos patológicos y un examen completo de orina normal. En la reconsulta al servicio de urgencia el día 24 de agosto de 2009, se destaca que la paciente el día previo permaneció bien, sin dolor, sin analgesia y que el día de la consulta reaparece dolor abdominal bajo, dos deposiciones blandas, decaídas lo que se asocia a poco apetito, oportunidad en que la madre aportó antecedente de control ecográfico prenatal efectuado a la paciente que había detectado quiste ovárico, el que había involucionado completamente.

Como se acreditará y ya ha sido resuelto en investigación penal previa, la conducta de los médicos que atendieron a la paciente se ajustó por completo a las normas de la buena práctica médica, evaluando en todo momento a la paciente, realizando exámenes y finalmente ordenando su ingreso a hospitalización para evaluación y seguimiento de los síntomas, no obstante que a las 20.15 hrs del día referido se consigna que la sintomatología abdominal había disminuido considerablemente, descartándose en ese minuto una intervención de urgencia. Al momento de su ingreso a hospitalización se consigna como diagnóstico probable, observación de abdomen agudo quirúrgico, interrogante de apendicitis aguda o gastroenteritis aguda, disponiéndose en régimen cero e hidratación parenteral para mantener una conducta expectante con observación y control estricto durante la noche. La paciente pasó buena noche, durmió relativamente bien, no presentó fiebre ni vómitos. No obstante en la visita de cirugía a las 6.30 de la mañana se constata que aún persistía dolor a la palpación profunda de hemi abdomen razón por la cual se solicita tac abdominal, que revela presencia de una estructura en región vesical derecha de explicación incierta, motivo por el cual con otra ecografía se confirmó que se trataba del anexo del lado derecho complicado, luego de lo cual y habiéndose completado estudio de imágenes se solicitó pabellón.

De acuerdo a lo informado a los padres, en el acto quirúrgico también se extirpó el apéndice cecal que estaba vecino y paralelo a la estructura descrita previamente y que presentaba fenómenos inflamatorios por vecindad.

5.- Todos los comentarios, referencias o afirmaciones que se atribuyen en la demanda a profesionales de salud no son efectivos y constituyen meras suposiciones o ficciones que no buscan sino pretender justificar una persistente conducta de la contraria de imputar por medios diversos, una supuesta conducta negligente de los profesionales médicos que atendieron a su hija.

6.- Por otro lado, confirma el obrar ajustado a la *lex artis* por parte de los profesionales de salud que atendieron a la menor, la decisión adoptada por la justicia penal en relación a querrela que interpusieron los demandantes en relación con los mismos hechos. En efecto, la contraria ha omitido toda referencia al respecto, en el sentido que accionó en su oportunidad mediante querrela criminal, en contra de los profesionales médicos, por los mismos hechos que ahora somete a conocimiento y decisión de SS., pero ahora mediante demanda de responsabilidad civil contractual.

Pues bien, como se acreditará, dicha querrela e investigación criminal concluyó en su tramitación, sin encontrar responsabilidad penal alguna, decretándose el sobreseimiento definitivo y total en dicho proceso penal, luego de que el informe de la Unidad de Responsabilidad Médica del Servicio Médico Legal, determinase que no se verificaba en relación con los mismos hechos que ahora se somete a conocimiento de SS., infracción alguna a la *lex artis*.

Lo cierto entonces es que, aunque la contraria no lo quiera admitir o haya omitido deliberadamente toda referencia en su demanda al hecho de haber existido una investigación penal, la conducta de los profesionales médicos en relación con los hechos de autos que se cuestiona y en la que se basa la responsabilidad contractual que se imputa a mi representada, sea directa o bajo la forma de responsabilidad por hecho del dependientes, ya ha sido evaluada y analizada, encontrándose ajustada a la *lex artis*, motivando el sobreseimiento definitivo a que nos hemos referido.

III.- EXCEPCIONES Y DEFENSAS

A.- EXCEPCION PERENTORIA DE REGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE.

1.- En la especie se pretende crear por los demandantes una ficción jurídica, en términos de sostener que la paciente Ignacia Zuñiga, de 3 años de edad a la fecha de los

hechos que se cuestiona, se vinculó con mi representada por medio de un contrato de asistencia hospitalaria, en que los comparecientes actuaron meramente como sus representantes.

Se sostiene en los fundamentos de derecho, a propósito de lo que se denomina “Primera Fuente de Responsabilidad : el contrato”, y a propósito de la existencia del contrato, que “ la relación contractual nace desde que se produce el ingreso del paciente al hospital con el fin de ser atendido en sus dependencias, la voluntad de Ignacia, manifestada legalmente por sus padres, está dirigida a que sea el centro asistencial Clínica Santa María, la que proporcione la prestación de salud en forma directa, a través de los medios con que el último cuente”.

2.- Lo cierto es que lo sostenido por los demandantes carece de toda realidad y sentido, pues en los hechos la única vinculación contractual se produjo entre mi representada y el padre de la menor, como consta de todos los procedimientos, documentos y formularios de admisión, atención, consentimientos, etc.

3.- Lo anterior se ve refrendado además, como se acreditará, que en acción judicial previa, los padres invocaron ellos mismos su calidad de parte de un contrato, demandando por sí la responsabilidad contractual de mi representada.

Así las cosas, no estamos sino en presencia de una estrategia que busca dar sustento a una falsa relación contractual, para eludir las normas sobre prescripción extintiva de las acciones, como se acreditará.

4.- Conforme a lo anterior, el único fundamento o fuente o estatuto aplicable en la especie, es la ley, - como lo dicen expresamente los demandantes al referirse a la segunda fuente de responsabilidad- en este caso, las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil, como SS. habrá de declararlo en definitiva.

B.- EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN.-

Siendo procedente en la especie las normas de la responsabilidad extracontractual, a las que alude la demandante como segunda fuente de responsabilidad, y perjuicio de que como se dirá no se cumplen los requisitos de la responsabilidad extracontractual tampoco, en la especie la acción invocada por la contraria se encuentra prescrita, no procediendo al tratarse de una responsabilidad extracontractual, la suspensión de la prescripción de la acción ordinaria a favor de menores de edad, de acuerdo al art. 2520 en relación con el

artículo 2509 N° 1 del Código Civil.

1.- En efecto, conforme a los propios antecedentes aportados por la demandante, las atenciones que se cuestionan tienen lugar entre los días 22 y 25 de agosto de 2009. Como sea el caso, la demanda de autos, ha sido notificada a mi representada fuera del plazo de 4 años que procede conforme al estatuto de responsabilidad extracontractual, que procede aplicar en la especie.

2.- La prescripción es una institución de orden público cuyo fundamento se vincula con consideraciones de utilidad y seguridad jurídicas, entre ellas, la certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas y consistencia de los derechos, en la medida que concurran los requisitos que al efecto ha establecido el legislador: prescriptibilidad de la acción, transcurso del tiempo e inactividad de las partes.

3.- No procede en la especie, por no ser aplicable el régimen de responsabilidad contractual, la suspensión de la prescripción en la forma que pretenden los demandantes.

La suspensión de la prescripción está regulada en el Párrafo 2° del Título XLII del Libro IV del Código Civil, específicamente en el artículo 2509 que dispone este beneficio en su numeral 1°, entre otros, a favor de los menores. En seguida, el Párrafo 3° del mismo título contiene la normativa general relativa a la prescripción extintiva, señalándose en el artículo 2515 que el tiempo para que opere tal prescripción es, en general, de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco años para las acciones ordinarias. En la regulación de la prescripción extintiva de la acción ordinaria se contienen reglas atinentes a su interrupción y suspensión. Particularmente el artículo 2520 dispone que: “La prescripción que extingue las obligaciones se suspende a favor de las personas enumeradas en los números 1° y 2° del artículo 2509...”. En el Párrafo siguiente, esto es, en el N° 4 del Título XLII el Código norma lo concerniente a la prescripción extintiva de “ciertas acciones que prescriben en corto tiempo”, es decir, en un lapso distinto al de cinco años previsto en el artículo 2515.

Los dos primeros artículos, 2521 y 2522, pormenorizan determinadas acciones que prescriben en los períodos que en ellos se indican, y el artículo 2523 establece las modalidades especiales que rigen las situaciones de los dos primeros preceptos en cuanto a suspensión e interrupción de la prescripción.

Luego, el artículo 2524 que contiene la disposición genérica sobre las prescripciones extintivas de corto tiempo a que están sujetas ciertas acciones, -desde que no particulariza ninguna en especial-, precisa que “corren también contra toda persona, salvo

que expresamente se contenga otra regla”. Es claro que la expresión “corren también” es concordante con la mención del inciso 1º del artículo 2523 que precede a esta norma, en cuanto allí se hace expresa alusión a la improcedencia de la suspensión de la prescripción respecto de las acciones singularizadas en los artículos 2521 y 2522. Que en las condiciones antes anotadas, quedan comprendidas en el texto del artículo 2524 del Código Civil, entre otras acciones, las que derivan de los ilícitos civiles, esto es, delitos y cuasidelitos, el pacto comisorio y otras de corto tiempo, que en general no se suspenden, a menos que expresamente se establezca una regla diversa.

Las conclusiones anteriores armonizan con la finalidad de estabilidad jurídica que inspira la institución de la prescripción, circunstancia que justifica que la suspensión del plazo sea una situación de excepción y, como tal, de interpretación y aplicación restrictiva a las situaciones especialmente previstas por la ley.

C.- EN LA ESPECIE NO SE DAN LOS SUPUESTOS QUE PERMITAN CONFIGURAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL, SEA CON FUENTE EN UN SUPUESTO CONTRATO O EN LA LEY:

C.1.- Ausencia de acción u omisión culpable.-

En la especie SS, se siguieron y cumplieron, por los profesionales médicos aludidos en la demanda, y por todo el personal de mi representada, todos los procedimientos normales y habituales, y considerando los síntomas de la paciente en sus consultas al Servicio de Urgencia, los antecedentes mórbidos y anamnesis de la paciente. No había antecedente suficiente y específico alguno que permitiera concluir que la paciente presentaba una torsión anexial, ni los síntomas ni evolución demostraban su existencia. La sintomatología de la paciente era inespecífica y los hallazgos preoperatorios fueron inespecíficos.

La doctrina se ha encargado de determinar los requisitos que hacen procedente la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, los cuales son los siguientes:¹

a) El incumplimiento de una obligación;

¹ ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. Las obligaciones Tomo II Edit. Temis, Stgo. 1993, pág.673.

- b) La existencia de perjuicios;
- c) La relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios;
- d) que los perjuicios provengan de la culpa o dolo del deudor;
- e) No concurrencia de una causal de justificación o exención de responsabilidad;
- f) la mora del deudor.

En la especie, no se configura ni cumple ninguno de los requisitos antes descritos en relación con mi representada y que harían procedente una responsabilidad contractual.

1.- Tal como hemos señalado, la parte demandante invoca en apoyo de su pretensión el incumplimiento de un contrato que denomina de “*contrato de asistencia hospitalaria*”.

Debemos primeramente descartar la existencia de incumplimiento de las obligaciones de mi representada en relación con la vinculación contractual que se invoca, y menos que haya existido un incumplimiento que sea además bajo cualquiera forma o modalidad de culpa.

2.- Resulta necesario precisar, tal como lo ha hecho la doctrina y la reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, que las obligaciones que asume el establecimiento de salud y sus profesionales son obligaciones de medios y no de resultado por lo que ningún establecimiento o profesional están en condiciones de garantizar y asegurar un resultado, sea en la formulación de una hipótesis diagnóstica (como en la especie), sea en relación con un tratamiento, procedimiento o intervención.

En consecuencia y en relación con el contrato que la contraria denomina de “contrato de asistencia hospitalaria”, mi representada sólo puede y podía asumir obligaciones que jurídicamente se califican como de medios, y no de resultado. La obligación de medios, en el derecho, y aplicada al caso concreto del ámbito contractual médico, se entiende como la obligación de poner todos los medios técnicos, conocimiento científico, para lograr un fin determinado, es decir, el deudor de tal obligación - como lo reconoce la doctrina - cumple con desplegar el esfuerzo y actividad debidos para el logro de un interés o bien final o resultado aleatorio, a diferencia de la obligación de resultado, en la cual el deudor de la

obligación promete y asegura un resultado definitivo, como lo sería una certeza diagnóstica por ejemplo. ²

3.- Como consecuencia de lo anterior, el eventual incumplimiento culpable deberá medirse a la luz de la obligación de medios que asume un establecimiento como mi representada y sus profesionales.

La culpa, entendida como la falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho o en el cumplimiento de una obligación, no concurre en la especie. No existe culpa alguna en la forma de negligencia, imprudencia o impericia que sea atribuible a mi representada y sus profesionales, por un supuesto error diagnóstico y las consecuencias que de ello se habrían derivado según el demandante, toda vez que:

- Mi representada es una institución de reconocido prestigio que cuenta con todas las autorizaciones y certificaciones necesarias para prestar servicios a la Comunidad en general. Dispone y provee a los pacientes y profesionales de salud de los elementos físicos y humanos necesarios para la prestación de tales servicios.
- Los profesionales médicos que atendieron a la menor, al igual que todos aquellos que prestan servicios para mi representada, en cualquiera calidad o forma de vinculación, son debidamente acreditados ante la institución, y cuentan no sólo con los títulos y habilitaciones profesionales, sino que con la experiencia, capacidad y conocimientos necesarios.
- La atención, exámenes y tratamiento determinados por dichos profesionales, se ajustaron a los procedimientos, técnicas y de reglas generales de su profesión, atendiendo a los síntomas que presentaba la menor al momento de su ingreso.

4.- Tal como se ha señalado en la demanda, el fundamento de la culpa de mi representada, estaría en el error diagnóstico consistente en la no detección, por parte del profesional médico Marcelo Valenzuela y/o Pedro Bustos, de una torsión ovárica, diagnóstico a que en el caso de la menor no era posible llegar como cree la contraria, toda vez que:

- a) los síntomas que presentaba no eran específicos, sino que eran inespecíficos,

² ENRIQUE BARROS BOURIE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006, pág. 658

confundibles con una apendicitis, gastritis u otra patología.

- b) el diagnóstico de una torsión anexial como se ha dicho y quedará demostrado es complejo y no habían antecedentes, imágenes o síntomas que permitiesen concluir que sufría de dicha torsión. No había otra sintomatología asociada a un evento de esa naturaleza.

5.- Si no es posible sostener en forma alguna la posible responsabilidad de los profesionales que atendieron a la menor u otros profesionales del Servicio de Urgencia, menos es posible sostener y tampoco se entiende la posible responsabilidad de mi representada Clínica Santa María S.A., pues, en el peor e irreal de los casos, es decir, que el médico o los médicos que se indica hubiese incurrido en un error diagnóstico dada la existencia de un diagnóstico diferencial complejo, lo que se descarta de plano, y conforme lo dispone el artículo 2320 del Código Civil, que la demandante plantea como criterio de atribución de responsabilidad subsidiario, aún con la autoridad y cuidado que le corresponde a la demandada Clínica Santa María, no podría haber evitado su ocurrencia.

En efecto:

- a) Mi representada cuenta con todas las autorizaciones y certificaciones necesarias para prestar servicios a la Comunidad en general. Dispone y provee a los pacientes y profesionales de salud de los elementos físicos y humanos necesarios para la prestación de tales servicios, contando con un de destacados profesionales médicos especialistas, medios de apoyo técnico y humano, instalaciones adecuadas, infraestructura y equipamiento. Se trata además de una institución privada de reconocido prestigio nacional e internacional, cuya actividad se sujeta a los más altos estándares, encontrándose acreditada, siendo una de las pocas entidades privadas de nuestro país que ha logrado dicha acreditación.

- b) Los profesionales que atendieron a la menor, debidamente acreditados y calificados, que disponen de la experiencia, capacidad y conocimientos necesarios, prestaron una atención que se ajustó a los procedimientos, técnicas y de reglas generales de su profesión, atendiendo a los síntomas, anamnesis e impresión diagnóstica.

- c) Asimismo, y sin perjuicio de haberse ajustado el diagnóstico a la lex artis, tampoco procede pretender hacer responsable a mi representada por un eventual error diagnóstico de dicho profesional, considerando además que desde el punto de vista legal,

ético y profesional, mi representada no puede interferir, definir ni vigilarla la forma en que el médico aplica su criterio médico, elabora hipótesis diagnósticas, aplica en definitiva la *lex artis*, siendo este un ámbito propio del ejercicio profesional, discrecionalidad y razonamiento médico.

Es más, el propio Reglamento sobre Clínicas y Hospitales Privados, contenido en el Decreto Supremo N° 161 de 1982, dispone expresamente, en su artículo 20, que **es a los profesionales tratantes a quienes corresponde “ a) La formulación de diagnósticos, solicitudes de exámenes y procedimientos; b) La prescripción de tratamientos y su ejecución cuando ello sea procedente; y c) La concesión de altas y sus indicaciones.”**

En este sentido resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 2320 del Código Civil, pues aún con la autoridad y cuidado que le corresponde a mi representada no podría haber evitado la ocurrencia del supuesto error diagnóstico que se imputa.

6.- Habiendo seguido en consecuencia, los profesionales médicos, todas las normas, técnicas y procedimientos que la *lex artis* sugiere para elaborar la hipótesis diagnóstica en el caso de la paciente, en consideración a los síntomas que presentaba, su anamnesis, los signos vitales, la ausencia de fiebre, etc., no es posible bajo ningún respecto sostener que ha habido una acción u omisión culpable de mi representada.

7.- Confirma el obrar ajustado a la *lex artis* por parte de dichos profesionales, la decisión adoptada por los tribunales de justicia sobre este mismo caso. En efecto, los demandantes accionaron en su oportunidad mediante querrela criminal, en contra de todos quienes resulten responsables, por los mismos hechos que ahora somete a conocimiento y decisión de SS. Al interponerse contra todos quienes resulten responsables, claramente se está involucrando a todos los profesionales médicos, precisamente por considerar que su conducta en el supuesto error diagnóstico y negligencia que los demandantes persisten en imputar, no se habría ajustado a la *lex artis*.

Pues bien, dicha querrela criminal, como se acreditará, interpuesta ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 0910031173-6, culminó con el sobreseimiento definitivo de los imputados, a saber, los mismos profesionales por cuya conducta ahora se pretende que responda mi representada.

Es decir, la contraria pretende forzar una definición diversa en sede civil, para eludir la decisión en sede penal, basada entre otros elementos, en el peso del informe de ente pericial del Estado, a saber el Servicio Médico Legal, ente profesional y competente que consideró la conducta de los profesionales que atendieron a la menor, como ajustada a las normas de la lex artis.

Así las cosas, las afirmaciones de la contraria para sustentar una responsabilidad contractual, carecen de sustento alguno,

Aunque la contraria no lo quiera admitir o haya omitido deliberadamente toda referencia en su demanda, esa conducta profesional, ya ha sido evaluada y analizada, encontrándose ajustada a la lex artis.

C.2.- INEXISTENCIA DE DAÑOS O BIEN LOS PERJUICIOS INVOCADOS NO SE AJUSTAN A LOS REQUISITOS Y CONDICIONES DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.

2.1.- Consideraciones previas en relación con la naturaleza y fines de la reparación de perjuicios.

SS., no debe perder de vista que en materia de reparación de eventuales perjuicios, deben tenerse en consideración todos los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico en materia de daño indemnizable y causalidad o nexo causal. Es decir, en relación con el perjuicio y monto SS., debe determinar con precisión si se ajusta a esos criterios imperantes en nuestro ordenamiento jurídico y no excusa indagar acerca del nexo causal en relación con los perjuicios invocados, si ellos están relacionados o no con las conductas que se ha estimado generadoras de responsabilidad a mi representada, si tales perjuicios son directos, o por el contrario provienen de situaciones ajenas al control de mi representada, emanan de terceros, etc.

Asimismo, cabe tener presente que la indemnización de perjuicios puede tener una naturaleza reparatoria o bien compensatoria. En el primer caso, estará destinada a dejar al afectado en el mismo estado en que se encontraba antes de ocurrir el hecho que causó el daño. En el segundo caso, en cambio, por ser imposible esa reparación, la indemnización estará destinada a compensar a la víctima, procurándole los medios para mitigar el daño.

Sin embargo, en cualquier caso la indemnización de perjuicios **jamás puede ser una fuente de enriquecimiento para quien sufrió el daño.**

En ello está de acuerdo la unanimidad de nuestra doctrina y jurisprudencia citada por diversos autores (3)

2.2. Sin perjuicio de las antedichas consideraciones, alegamos que los supuestos perjuicios por daño moral no cumplen con los requisitos o condiciones establecidos en nuestro ordenamiento jurídico para que sean indemnizados, y en subsidio además que son inexistentes o no se han experimentado como perjuicios o de existir no son de responsabilidad o cargo de mi representada.

Cabe hacer presente que el daño que sufre la víctima es un requisito indispensable de la responsabilidad civil. En cuanto a los requisitos, para que el daño de lugar a reparación, conforme al criterio uniforme de nuestra doctrina y jurisprudencia, debe reunir las siguientes características:

- 1° Ser cierto y serio;
- 2° No haber sido ya indemnizado, y
- 3° Lesionar un derecho o interés legítimos.

En relación con el primero de los requisitos mencionados, esto es la certidumbre del daño, ello significa que el daño debe ser real, efectivo, tener existencia (R.D.J., T. 24, sec. 1ª, p. 567). Con esto se rechaza la indemnización del *daño eventual*, meramente hipotético, que no se sabe si existirá o no o ha existido o no (R.D.J., T. 39, sec. 1ª, p. 203). La certidumbre del daño hace referencia a la materialidad del mismo, lo que sólo puede resultar de su prueba.- Los perjuicios demandados por concepto de **DAÑO MORAL**, constituyen por decir lo menos un exceso, ni menos es posible entender la estimación por completo arbitraria que se hace.

Sin perjuicio de todo lo señalado, y habida consideración de la naturaleza contractual de la relación jurídica invocada con respecto a mi representada, ello hace que el daño moral

3 ENRIQUE BARROS BOURIE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006, pág. 215 y siguientes; RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones T.I.*, Edit. Temis, Santiago, 1993, pág. 200 y siguientes; PABLO RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 256 y siguientes.

pretendido sea además improcedente considerando lo que el propio legislador establece como daño susceptible de indemnizarse en el ámbito de la responsabilidad contractual, según lo dispuesto en el artículo 1558 del Código Civil.-

Para estos efectos el daño moral constituye un perjuicio indirecto o imprevisto, del cual mi parte no puede responder dado el claro tenor del artículo 1558 del Código Civil, conforme al cual la eventual indemnización sólo puede referirse a los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al momento de contratar y es imposible haber previsto un daño moral.

El único escenario en el que la indemnización podría extenderse a perjuicios aún imprevistos, es en el caso de que se pruebe dolo lo que es, por decir lo menos imposible en un caso como este, en que por una parte no ha existido ninguna intención de inferir injuria o lesión o daño al demandante, ni menos puede pretenderse calificar el supuesto e inexistente incumplimiento de mi representada como un incumplimiento con culpa grave, en presencia de un diagnóstico diferencial. En todo caso, y como todo daño, el de carácter moral debe probarse, ya que su falta de prueba hará necesario su rechazo, como lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Santiago, la que expresamente ha resuelto que “*la solicitud relativa al daño moral deberá ser desestimada, porque no se ha producido ninguna prueba relativa a este capítulo de la demanda*” (Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de junio de 1997, G.J. N° 204, p. 141). Así las cosas, el *daño moral como requisito de la acción de responsabilidad debe ser acreditado legalmente*. (Hernán Corral Talciani, “Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual”, Ed. Jud. de Chile 2003, p. 166). Importante es entonces acreditar que el monto demandado corresponda efectivamente a una pretensión reparatoria, ya que ciertamente es una tentación hacer del daño moral no una reparación, sino una fuente de lucro y especulación. (Hernán Corral Talciani, obra cit. p. 166)

En el caso concreto de los demandantes, la suma que se pretende claramente no tiene un ánimo reparatorio y se aleja de los parámetros indemnizatorios que nuestros tribunales han fijado como reparación por concepto de *pretium doloris*, como ya hemos señalado.

En subsidio de lo anterior, y de considerar SS., que ha habido, responsabilidad imputable a mi representada, que además existe efectivamente un daño que sea atribuible a incumplimiento, no es posible acceder de manera alguna a la reparación solicitada, en la forma y monto solicitada, pues en concreto, de la lectura de la demanda y la fundamentación de su pretensión surge que el posible error diagnóstico habría impedido

(sin evidencia técnica y científica alguna soportante) tener una mayor posibilidad de curación o disminución de las supuestas secuelas a que alude el demandante.

Los propios demandantes señalan que de no mediar el retardo en el diagnóstico e intervención, se hubiesen reducido las probabilidades de pérdida de esos órganos y muy posiblemente se habrían salvado". Es decir, se estaría tan sólo ante la **pérdida de una chance no procediendo indemnizar el daño demandado porque ni mi representada ni sus profesionales son responsables o autores** directos del supuesto perjuicio final. ⁴ No es mi representada o sus profesionales quienes causaron una torsión ovárica a la menor.

En estos casos de pérdida de una chance no se puede imputar causalmente al profesional el resultado final que padece el paciente pues en gran parte obedece a un proceso natural de desarrollo y evolución de una patología o enfermedad. Señala Vasquez Ferreyra (ob. cit.) citando a Tanzi que "en cuanto a la responsabilidad profesional y la responsabilidad médica en particular, se plantea con claridad la pérdida de chance. La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual **que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente**". "En resumidas cuentas, cuando el daño consiste en la pérdida de una chance de mejoría mayor o incluso supervivencia, el tribunal no puede condenar a pagar una indemnización total. Es que el médico no "puso" la enfermedad en el paciente sino que simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta. El límite de su responsabilidad estará dado por la pérdida de la chance de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad."⁵ Obviamente que la indemnización por pérdida de chance será siempre inferior a la que corresponda al padecimiento final que sufre el paciente como consecuencia del desarrollo de la enfermedad que lo aqueja.

En definitiva S.S., **concluimos en esta parte señalando que lo único que puede ser indemnizado es la posibilidad de que, de haberse actuado por completo con apego a la lex artis como cree la contraria, se hubiera podido logrado evitar el resultado final. Por ende, se deberá acreditar en estos autos por la parte demandante, que imputa a**

4 VAZQUEZ FERREYRA, ROBERTO. Derecho Médico y Mala Praxis, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2000, pag. 174 y siguientes

5 VAZQUEZ FERREYRA, ROBERTO. Derecho Médico y Mala Praxis, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2000, pag. 177

mi representada un error diagnóstico, y por ende una falta a la lex artis, que un diagnóstico más pronto o temprano con un tratamiento inmediato hubiese evitado la intervención y resultado final, si ello era posible y de qué factores dependía.

Finalmente, y en subsidio de todos los argumentos y alegaciones de mi parte, en relación con los perjuicios, y aún en el evento de que SS., estimase que existe responsabilidad en la especie de mi representada, acreditándose algún grado de culpa de mi representada, se rebaje sustancialmente el quantum indemnizatorio pretendido por la demandante, habida consideración de que el monto de la indemnización solicitada es, por decir lo menos excesivo y contrario a la práctica jurisprudencial de nuestros tribunales, como se ha señalado, en el sentido de que la indemnización nunca puede ser fuente de lucro o enriquecimiento sino una estricta reparación satisfactoria de los perjuicios reales causados.

C.3- AUSENCIA DE RELACIÓN CAUSAL.

Por otra parte, para que una persona quede obligada a indemnizar perjuicios no basta que éste exista y que haya habido un acto culpable y un resultado lesivo; es preciso, además, que el daño tenga por causa directa y necesaria del hecho del autor, de manera que sin éste no se habría producido. y que no medie ningún otro factor, hecho o circunstancia que contribuya a su producción. Lo cierto es que **NO HAY SECUELA ALGUNA** para la paciente que pueda atribuirse a un supuesto error diagnóstico, demora en la atención o tratamiento, y de existir un daño o secuela ella proviene no del hecho u omisión de los profesionales de mi representada sino que de la propia condición o complicación de salud que experimentó la menor.

POR TANTO,

Sírvase SS., en mérito de los antecedentes de hecho y de derecho, y lo dispuesto en el artículo 309 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, tener por contestada la demanda de autos y negarle lugar en todas sus partes, declarando:

a) que se rechaza la demanda por no concurrir los elementos para hacer valer la responsabilidad contractual de mi representada, encontrándose además prescrita la acción en sede de responsabilidad extracontractual, y en subsidio declarar que mi representada no ha incurrido en ninguna clase de culpa o incumplimiento, no existiendo daño alguno que sea indemnizable, o en subsidio que no hay relación causal en la forma señalada,

- b) Que para el caso de acoger la demanda de autos se rebaje la indemnización en la forma señalada
- c) que la demandante debe pagar las costas de la causa si ha sido totalmente vencida.-