

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Carlos Pizarro Wilson

Profesor de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

CORTE SUPREMA, 1 DE SEPTIEMBRE DE 2014. ROL 7549-2013. CITA EN LÍNEA CL/JUR/6139/2014; 74840. EL MÉDICO DEBE PROBAR LA DILIGENCIA DEBIDA.

La jurisprudencia en materia de responsabilidad médica sigue en movimiento. Un caso del norte de Chile nos permite volver sobre el recurrente problema de la culpa y la prueba de la misma. Conforme la sentencia de la Corte Suprema de 1 de septiembre de 2014, se dieron por asentados los siguientes hechos. Con fecha 31 de agosto de 2005 se realizó a la demandante una plastia gástrica, con *bypass* gástrico en dos tiempos, en dependencias de la clínica La Portada de Antofagasta en la que actuaron como primer cirujano el demandado Néstor Alejandro López Pérez y como segundo cirujano, el demandado Jorge Arcuch Cabezas. La operación se realizó con laparoscopia, pero por dificultades derivadas de la apertura gástrica al iniciar la confección del tubo, deriva a cirugía abierta, completándose la resección sobre la sonda hemostática con ligasure (instrumento que corta al tiempo que cicatriza) suturando con punto corrido específico. La evolución posoperatoria es normal hasta el cuarto día en que se produce

salida de saliva y aire por el drenaje constituido por un tubo paragástrico. El día 10 de septiembre se da de alta a la demandante, continuando con control ambulatorio periódico y manteniéndola con medicamentos. El día 18 de septiembre se retiran los tubos para cambiarlos progresivamente por otros de menor calibre. El 21 de septiembre en control postoperatorio, la paciente presenta fiebre, se le dan indicaciones de tratamiento y se la cita a control para el día 23 del mismo mes, fecha en la que se constata una filtración por el trayecto del drenaje por lo que el médico Néstor López decide su hospitalización. El día 23 de septiembre persiste la fiebre y filtración por uno de los trayectos del drenaje, se realiza escáner que demuestra un derrame pleural izquierdo con una colección tabicada plural izquierda (acumulación de líquido separado en dos espacios), cuadro que se trata con una punción bajo TAC, en la que se extraen doce centímetros de pus, confirmándose la existencia de una infección por cocáceas Gram; se efectúa, además, una punción torácica en la que se extraen trescientos centímetros de líquido pleural, levemente opalescente, iniciándose terapia con tres antibióticos endovenosos. El 24

de septiembre ante la imposibilidad de instalar tubo de drenaje se realiza una nueva intervención quirúrgica consistente en una laparotomía exploradora, con el objetivo de drenar y resuturar el estómago, evoluciona con persistencia de salida de líquido con sedimento purulento por lo que se mantiene tratamiento con tres antibióticos. Con fecha 5 de octubre de 2005, con autorización del demandado Néstor López Pérez, la demandante es trasladada vía aérea al hospital clínico de la Universidad Católica de Chile, ubicado en la ciudad de Santiago.

Según expone la Corte Suprema

“en base a los hechos consignados en los dos motivos que preceden, los falladores de la instancia, consideraron, como fundamento esencial de su decisión, que correspondiéndole a los demandados la carga de probar el correcto ejercicio de las técnicas de sutura, atendido lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1.547 del Código Civil, no lograron acreditar dicha circunstancia. Agregan que, por el contrario, de lo señalado en el fundamento 5°, aparece claramente que las complicaciones no se hubieren generado de no haberse producido una apertura de la fistula por deficiencias en la sutura, lo que implica necesariamente una negligencia en el ejercicio profesional, la que, en definitiva, se atribuye sólo al primer cirujano, el demandado don Néstor López Pérez”.

En la parte que interesa a este comentario, la Corte Suprema señaló:

“Que en base a los hechos consignados en los dos motivos que preceden, los falladores de la instancia, consideraron, como fundamento esencial de su decisión, que correspondiéndole a los demandados la carga de probar el correcto ejercicio de las técnicas de sutura, atendido lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1.547 del Código Civil, no lograron acreditar dicha circunstancia. Agregan que, por el contrario, de lo señalado en el fundamento 5°, aparece claramente que las complicaciones no se hubieren generado de no haberse producido una apertura de la fistula por deficiencias en la sutura, lo que implica necesariamente una negligencia en el ejercicio profesional, la que, en definitiva, se atribuye sólo al primer cirujano, el demandado don Néstor López Pérez”.

En definitiva, la Corte Suprema ratifica dos ideas claves para entender la responsabilidad médica. Por una parte, que los médicos tienen, en general, obligaciones de medios, lo que implica que su compromiso se limita a una conducta conforme a la *lex artis*, la que queda modelada por la reglamentación pertinente y los conocimientos científicos dominantes y, por otra, es necesario destacar que se consolida la idea de que los médicos deben acreditar que actuaron conforme a

la *lex artis* o, lo que es lo mismo, que cumplieron con su obligación, según dispone el artículo 1547 inciso 3° del *Código Civil*. Esta jurisprudencia, en consecuencia, ratifica la idea acertada de que el médico tiene la carga de probar que fue diligente, lo que equivale a que acredite el cumplimiento, lo que lo exime de toda responsabilidad por pago o solución de su deuda. Esta forma de entender el problema de la carga de la prueba en las obligaciones de medios es consistente con el artículo 1547 inciso 3° del *Código Civil* y con el artículo 1698 del mismo *Código*, lo que, por cierto, favorece la posición del paciente en los problemas de responsabilidad médica.

CORTE SUPREMA, 2 DE OCTUBRE DE 2013. ROL 4325-2013. IDENTIFICADOR VLEX 471899166. DEBER DE INFORMAR. RESPONSABILIDAD MÉDICA

El consentimiento informado constituye un asunto que ha atraído el interés dogmático, lo que dista en cierta medida con su aplicación en los tribunales². De ahí el interés en realizar un comentario sobre esta sentencia que alude en forma indirecta a la información que debe ser proporcionada al paciente, así como sus consecuencias jurídicas desde la perspectiva de la responsabilidad civil. Conforme lo indica la sentencia de la Corte Suprema

“la actora demanda de indemnización de perjuicios por falta

de servicio al Servicio de Salud de Concepción, fundada en que fue diagnosticada en el Hospital Traumatológico de Concepción de Hallux Rigidus, razón por la que se le realiza una artroplastia de resección del 1° y 2° orтеjos derechos; sin embargo, no fue informada de la eventualidad que podría ser amputada del segundo orтеjo y tampoco prestó su consentimiento para llevar a cabo ese procedimiento, en esas circunstancias sostiene que si le hubieran señalado todas las posibles complicaciones ella no se habría sometido a la intervención quirúrgica. El daño lo hace consistir en que la amputación de una parte del segundo dedo de su pie derecho le ha causado una deformación, pues el segundo orтеjo se ha montado por encima del tercer dedo, produciendo un serio daño estético, complicaciones dérmicas y erosiones que provocan constante dolor e incomodidad”.

Sin embargo, la demanda fue desechada, indicando:

“efectivamente el consentimiento informado es un derecho de los pacientes y elemento integrante de la *lex artis* médica, sin que exista prueba de que a la demandante se le informara de la eventualidad de la resección del segundo orтеjo, de su tratamiento posterior y de los riesgos asociados;

¹ PIZARRO WILSON (2008), pp. 255-265.

² DE LA MAZA (2010).

sin embargo, no es posible atribuir a la falta de información en sí misma la generación de un daño independiente de lo correcto del procedimiento médico”.

Resulta relevante considerar que para la Corte Suprema

“la circunstancia de no haberse informado debidamente la probabilidad de resección del segundo orjejo no pude ser causa del resultado dañoso, puesto que del informe del Servicio Médico Legal y de las declaraciones de los médicos que operaron a la actora se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, que era necesaria la resección del segundo orjejo y que la decisión fue tomada durante la cirugía, pues sólo con la intervención del hallux (juanete) del primer orjejo (dedo) –respecto de lo cual había consentido la paciente– podía advertirse que la diferencia de tamaño con el segundo dedo conllevaría otro tipo de complicaciones como pérdida de estabilidad”.

Y se agregó:

“tampoco existe prueba de que el daño que se dice ocasionado se habría eliminado en virtud de la efectiva información previa a la paciente de las posibles consecuencias del acto médico, sin que sea posible inferir de los antecedentes que

la resección del segundo orjejo hubiese podido ser informada a la paciente dado que surgió durante intervención, cuestiones que descartan además cualquier nexo causal”.

El razonamiento de la Corte concluye indicando:

“no basta que se haya acreditado que no se dio la información completa a la paciente respecto de las posibles dificultades, puesto que tal circunstancia en sí es inocua, siendo imprescindible para que prospere la pretensión de la demandante que de tal omisión derive un daño que deba ser indemnizado. Por de pronto la sentencia de primer grado –confirmada por el fallo impugnado– en el considerando vigésimo establece que se desconoce el estado actual del pie intervenido quirúrgicamente y la movilidad de la demandante, por lo que no es posible establecer la existencia del daño. Como se observa, falta uno de los requisitos esenciales para acoger la acción, cual es el perjuicio, por lo que resulta innecesario avocarse al estudio de la relación de causalidad, pues al faltar tal elemento ella jamás pudo configurarse”.

Es fácil concluir que para el voto de mayoría del fallo el deber de informar carece de relevancia si no tiene una consecuencia directa en un daño diverso a la mera falta de información,

sin que se haya hecho cargo de la pérdida de posibilidad o, quizá, sea una forma oblicua de acoger la denominada teoría del consentimiento hipotético informado. Ambas aristas de la sentencia son criticables, en términos que reduce la información al paciente a una cuestión marginal e insignificante, relegando el derecho a la información del paciente a la nada. Sin embargo, el voto de minoría se orienta en mejor doctrina, pues sostuvo:

“la falta de información a la paciente de las posibles consecuencias y complicaciones de la operación a que fue sometida por parte del médico tratante, sí configura falta de servicio, por cuanto es parte del deber que asume un prestador de un Servicio de Salud informar cabalmente al paciente de las consecuencias y riesgos de un procedimiento a que será sometido, para evaluar si el usuario o paciente está dispuesto, igual, a someterse al mismo. El hecho de que la amputación del segundo ortojo del pie derecho se tornara imprescindible durante la intervención, no libera de responsabilidad al Servicio por su omisión al no haber informado cabalmente al paciente de esta eventualidad, porque bien pudo éste haber rechazado la operación. En estas circunstancias era razonable estimar la demanda”.

Acá está previsto el derecho del paciente a elegir, lo que es un reflejo de su derecho a la autodeterminación. Cierta doctrina se ha planteado que sería plausible excluir el deber de informar en la hipótesis que el paciente aun conociendo en forma oportuna la información eso no habría hecho cambiar su decisión de someterse al tratamiento en que se verificó el riesgo no informado. Es lo que se conoce como teoría del consentimiento hipotético informado. Es justamente esta teoría la que pareciera acoger el fallo de mayoría. Hoy el deber de informar tiene una fuente legal indiscutida. El artículo 10 inciso 1º de la ley N° 20.585 dispone:

“Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”.

Si se verifica una infracción al deber de informar el daño consecutivo y esencial es la pérdida de la posibilidad de escoger si realizarse o no el tratamiento respectivo. El paciente solo puede decidir una vez que ha recibido la información completa y pertinente

de los riesgos que involucra la cirugía. Si eso no ocurre, entonces no pudo decidir, su consentimiento se encuentra viciado por falta de información. La pérdida de la posibilidad constituye un daño en si mismo que el fallo de mayoría desconoce, entendiendo que solo podría ser recepcionada la indemnización por afectación a la información si concurre un daño consecutivo y diverso, lo que no se habría verificado en el proceso. La razón para desechar la demanda fue que no había daño, a pesar de que hubo reconocimiento que no se le informó del riesgo acaecido. En nada altera esta conclusión que no haya existido falta a la *lex artis* durante la intervención, pues en ese caso habría una hipótesis de responsabilidad civil diversa a la pérdida de posibilidad por afectación al deber de informar. Por último, una podría entender que el fallo de mayoría acoge la tesis del consentimiento hipotético, lo que quiere decir que no hay lugar a indemnización si el paciente habiendo sido informado es factible concluir que igualmente habría aceptado la intervención asumiendo los riesgos. Sin embargo, el consentimiento hipotético desprecia la autodeterminación del paciente. Al entender que hubiese aceptado y asumir que aceptó, se invisibilizan los trazos particulares del paciente, tratándolo como un sujeto estándar, en modo especial, carente de sensibilidades, o más aún, estas se estiman irrelevantes (dignidad del paciente). Entender que el paciente hubiese aceptado o asumir que aceptó, deja el deber de informar reducido a

la nada. Solo quedarían unas migajas de deber de informar, siendo, en realidad, resorte del médico determinar qué riesgos informar, los que se reducirían a aquellos que en opinión de un paciente estándar podrían significar un cambio de opinión respecto a la intervención. En efecto, si todos los riesgos que se entiende su ausencia de información, es irrelevante para la decisión del paciente, significa que todos esos riesgos no corresponde informarlos. Si no se informa, se asume que el paciente igual acepta la intervención, se concluye que no existe deber de información respecto de los mismos.

En suma, el fallo no se condice con una comprensión adecuada del deber de informar, sino que lo reduce a una expresión insignificante al entender que se requiere un daño consecutivo diverso a la pérdida de la posibilidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- PIZARRO WILSON, Carlos (2008). “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXI, Valparaíso, 2º semestre.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010). “Consentimiento informado, una visión panorámica”, disponible en www.scielo.cl/cielo.php?pid=S0718-00122010000200_004&script=sci_arttext#n1 [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2014].