

Voces: DAÑOS Y PERJUICIOS - INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - MALA PRAXIS - MÉDICOS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - PRUEBA - CARGA DE LA PRUEBA - INDEMNIZACIÓN - PÉRDIDA DE LA CHANCE - LUCRO CESANTE

Partes: F. de R. M. S. c/ SIMECO (Sistema Médico Asist. Del Consejo de Cs. Ec. CBA) y otro | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: L

Fecha: 2-dic-2015

Cita: MJ-JU-M-97483-AR | MJJ97483

Producto: MJ,SYD

Se condena por mala praxis al médico demandado, pues no realizó estudios necesarios tendientes a la correcta recuperación de la actora, lo cual derivó en perjuicios a causa de un proceso infeccioso. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

1.-Corresponde condenar por mala praxis al médico demandado actuante en una operación de columna que se le realizó a la actora, ya que de las conclusiones de la perito médica puede razonablemente inferirse, que el profesional omitió ordenar la realización de algunos estudios médicos frente a la presencia de dolor y de un posible absceso en la zona de la herida postquirúrgica.

2.-Si bien le incumbía a la actora la carga de demostrar la culpa del galeno a quien demandó por mala praxis, corresponde aplicar el principio de las cargas probatorias dinámicas y por ello era el médico quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar que ordenó la realización de todos los estudios luego de la operación que le practicara, o bien podía haber acompañado al proceso las constancias que así lo demostraran.

3.-Resulta procedente otorgar una indemnización por pérdida de la chance derivada de mala praxis médica, ya que la omisión de efectuar los distintos estudios médicos impidió a la paciente conocer con antelación la infección que sufrió luego de la operación -de ser ello posible- y en su caso alcanzar una curación, máxime cuando el diagnóstico precoz de la infección y el tratamiento oportuno mejora el pronóstico y minimiza el riesgo de la evolución a la cronicidad.

4.-Es impropio otorgar una indemnización por lucro cesante derivado de una mala praxis por una operación de columna, puesto que no se ha demostrado alguna pérdida de ganancia vinculada con la responsabilidad, ya que los meses durante los cuales la damnificada no acreditó actividad laboral son los mismos que corresponden al período del postoperatorio, momento en el cual debió cumplir con prescripciones médicas referidas precisamente a la cirugía a la cual fue sometida, por ello no es posible escindir si durante esos meses la actora dejó de trabajar porque no conocía la patología que la aquejaba o porque cursaba un período de postoperatorio.

En Buenos Aires, a los días del mes de diciembre del año dos mil quince, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado "F. de R., M. S. c/ SIMECO (Sistema Médico Asist. Del Consejo de Cs. Ec. CBA) y otros s/ daños y perjuicios" de acuerdo al orden del sorteo la Dra. Iturbide dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 2073/2101 en la que la Señora Jueza de primera instancia admitió parcialmente la demanda promovida por Marta Susa /2217, 2229/2239 y 2257/2259 los del demandado Piqué Covone, por lo que las actuaciones quedaron en condiciones de dictar la sentencia definitiva.

II.- La actora explicó al promover la demanda que los últimos días del mes de mayo del año 2004 sufrió fuertes dolores en la zona lumbar, precisamente en la base de la columna vertebral, por lo que concurrió a la guardia de la Clínica L que se trataba de un hematoma no reabsorbido después de la cirugía.

Afirmó que el médico demandado una vez más actuó negligentemente pues certificó un absceso de la herida quirúrgica a más de 30 días de la cirugía, por lo que debió realizar análisis y estudios que no efectuó y la privó de un tratamiento oportuno que le permitiera sortear con éxito las complicaciones mencionadas. Agregó que a partir del tercer día de las referidas extracciones, la herida comenzó a cicatrizar y a fines de julio de 2004 empezó el proceso de rehabilitación, aunque con dolores en la zona afectada. En septiembre de 2004, el Dr. Piqué Covone ordenó la aplicación de corticoides en quirófano, pero los dolores seguían y el profesional entonces le explicó que se debían a la inestabilidad de la columna y recomendó la realización de una cementación de columna. Frente a ese panorama, la actora consultó con otros profesionales y todos coincidieron en desaconsejar la técnica de cementación de columna y como el médico demandado insistió con que debía hacerse, comenzó a atenderse con otro profesional, el Dr. Selser, quien le informó que la prótesis colocada era inadecuada y aconsejó retirarla y colocar otra más apropiada al caso. El 14 de noviembre de 2004 debía efectuarse la cirugía en el Instituto Fleni, pero no se realizó debido a un pico febril de la paciente. Como esa fiebre continuaba, fue tratada en el Instituto Alexander Fleming donde se determinó que el proceso febril obedecía a un foco infeccioso (osteomielitis) ubicado en el sitio quirúrgico donde se le había colocado la prótesis el 1ro. de junio de 2004. Luego de un tratamiento con antibióticos, pudo ser intervenida quirúrgicamente en el Instituto Fleni, el 8 de febrero de 2005. Al factor de atribución, e incluso hasta la legitimación, que para algunos es un presupuesto de la acción de rango no excluyentemente procesal), pero ello no quiere decir que siempre y todos los daños causados antes de la nueva ley deban ser juzgados por la ley anterior.

La nueva ley regula las "consecuencias" de aquella ilicitud pasada, y es labor del intérprete

diferenciar los "hechos constitutivos" de los "efectos o consecuencias" (usando terminología de Moisset de Espanés) siendo éstos claramente operativos conforme a la nueva ley (cfr. Saux, Edgardo "Ley aplicable al juzgamiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos acaecidos durante la vigencia del Código derogado", en Rev. La Ley. 20 de octubre de 2015).

VI.- Una vez efectuada la aclaración preliminar, habré de analizar en primer término el enfoque doctrinal y jurisprudencial aplicable al caso.

La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente la materia es la de la existencia de un contrato entre el médico y el paciente cuya infracción, por lógica, pondrá en marcha los principios de la órbita contractual. La impronta de orden público, que por cierto cada día penetra más en la estructura del acto jurídico, en su contenido y en sus efectos, no parece que pueda inducir a suponer que exista una crisis del contractualismo en la materia (conf., "Responsabilidad civil de los médicos", pgs. 74 y 75). Ahora bien, en relación a la responsabilidad de los hospitales públicos, sanatorios, centros médicos y obras sociales, también se ha afirmado en nuestro país la tesis básicamente contractualista. En efecto, en todo el espectro de obligaciones cuyo objeto está constituido por prestaciones intuitu personae, para el acreedor es en principio irrelevante la sustitución de la persona del deudor, cuando el comportamiento seguido por su auxiliar o sustituto es equivalente al comprometido por aquél. Por ello, el ámbito de los sujetos por los cuales se responde no se limita al concepto jurídico de los dependientes, sino que comprende a todo el que auxilia al deudor en el cumplimiento de la obligación asumida, o la cumple en lugar suyo. Como consecuencia de ello, el deudor debe responder expuesta es válida para las distintas variantes de contratos de prestación de servicios médicos. No media dependencia entre el médico -ejecutor inmediato- y el deudor directo, pero éste debe valerse de técnicos o especialistas dada la índole misma de la obligación asumida, y la condición de persona de existencia ideal que suele revestir, y que le impide obrar por sí. En esa medida, el médico se constituye en sustituto del establecimiento asistencial o de la obra social que lo contrata y se vale de su acto médico para el cumplimiento de su prestación. La explicación del fundamento de la responsabilidad de las clínicas, también ha sido buscada en la figura de la estipulación a favor de un tercero, consagrada por el artículo 504 del Código Civil (ver en el mismo sentido, art. 1027 del Código Civil y Comercial).

Conforme a esta postura, el nosocomio, la obra social o la empresa de cobertura asistencial prepaga, responden frente al paciente (beneficiario) en virtud de la estipulación celebrada previamente por aquellos (como estipulantes) con el médico (como promitente). De ello emerge la responsabilidad contractual y directa de tales entes, que descansaría, además, en la obligación de seguridad (conf., CNCivil, Sala E, 25/11/1980, L.L., 1981-D-136 y ss.; ídem, Sala C, fallo 36.846-S, L.L. 1985-C-638). Así, la responsabilidad de las clínicas es objetiva, pues revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefragable por la violación de la obligación de seguridad que incumbe a esos entes asistenciales (ver en ese sentido Lovece Graciela, "Prestaciones asistenciales. Alcances de la obligación de seguridad" en Rev. La Ley 18/9/15).

En ese marco, estará permitido a los centros asistenciales y a las obras sociales probar la ausencia de culpa del facultativo, cuando están en juego obligaciones de medios, puesto que aunque es factor de imputación (culpa) no hubiere de proyectarse reflejamente sobre la entidad, su prueba en sentido negativo impide el nacimiento de la obligación de seguridad por falta de una exigencia: la culpa del médico. Además, tanto en los supuestos de obligaciones de medios como en los de obligaciones de resultado, la clínica podrá hacer patente que el daño no es imputable a la culpa del galeno o a la violación del deber objetivo -surgido en los deberes de

fines-, respectivamente, sino por provenir (el daño) de un caso fortuito en sentido amplio (causa ajena) -hecho de la víctima, hecho de un tercero por el cual el ente no debe responder o cualquier otro casus genérico-, con lo cual queda destruida la relación de causa a efecto (conf. Bueres, obra citada, págs.386/387). De tal manera, se supera la ausencia de subordinación profesional del médico al ente asistencial, obstáculo insoslayable para dar pie a una responsabilidad refleja, a pesar de que entre ambos sujetos pueda haber de por medio una locación de servicios o un contrato de trabajo que suponga subordinación jurídica entre el médico y la institución, pues esta circunstancia difiere de la anterior en razón de que no atañe a la dependencia técnica, científica, puramente intelectual, sino a las facultades del establecimiento de fijar reglas destinadas al galeno para la atención de pacientes, cumplimiento de horarios, condiciones del lugar, empleo de personal, etcétera (conf., Bustamante Alsina, "Responsabilidad civil de los médicos jugará un papel importante el precepto del artículo 909 del Código Civil, en cuanto en la órbita contractual autoriza a considerar las aptitudes profesionales del facultativo si éstas fueron tenidas en mira al contratar (ver en el mismo sentido, art. 1725 Código Civil y Comercial de la Nación).

Una vez realizada esta operación in concreto, el magistrado imaginará el tipo abstracto que le sirva de comparación.

Ese estándar será fluido, variable, laxo, y estará referido al obrar de un médico prudente de la categoría o clase a la que pertenezca el sujeto deudor (conf., Bueres, obra citada, T. 2, págs.118 y 119). Picasso, por su lado, sostiene que la culpa médica no es un tipo especial de culpa, sino que se rige por los mismos parámetros antes indicados. De modo que para apreciar si un galeno ha incurrido en culpa, deberá compararse su obrar con el que cabría esperar de un médico medio de su misma clase o especialidad puesto en iguales circunstancias (cfr. Compagnucci de Caso, Rubén H., "La culpa en la responsabilidad médica", en LL 1994-A-227; Picasso, Sebastián, "Error y culpa médica", en "Responsabilidad civil", dirección de Aída Kemelmajer de Carlucci).

De lo expuesto se colige que no existe una culpa profesional específicamente considerada, o sea, no existe un concepto de culpa médica diferente al que describe el artículo 512 del Código Civil (en el mismo sentido, ver arts. 1724 y 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación), sin perjuicio de que el patrón comparativo no sea cualquier persona sino, por el contrario, el "buen médico" de su misma categoría o especialidad. Lo hasta aquí reseñado lleva a indagar en la carga de la prueba, cuestión que se encuentra estrechamente vinculada con el encuadre de la responsabilidad contractual o extracontractual y con las obligaciones de medios o resultados. El principio general es que la carga de la prueba pesa sobre quien ha sufrido el daño, vale decir el paciente. Este debe demostrar que el médico ha obrado con imprudencia o negligencia, o impericia, ya sea en la intervención quirúrgica que le haya practicado, en la confección del diagnóstico, etc. Hace ya varios años destacados encuentros jurídicos, tales como las "IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" (San Juan-1989); "Primeras Jornadas de Rosario sobre Responsabilidad Civil en el ejercicio de profesiones liberales" (Rosario-1989); "Segundo Congreso Internacional de Daños" (Buenos Aires-1991), han insistido en que, si bien cuando la responsabilidad profesional se basa en el factor subjetivo de atribución (de culpa), ésta debe ser probada por el damnificado, tal concepción no impide que el juzgador tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y la carga probatoria dinámica que implica que la carga de la prueba recaiga en aquél que se halla en mejor situación de demostrar. Esta postura fue avalada por destacados juristas, entre otros, Alberto J. Bueres, Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal, Roberto M. López Cabana, Roberto H. Brebbia, Eduardo Zannoni, Rubén Campagnucci de Caso, Aída Kemelmajer de Carlucci, Isidoro H. Goldenberg, Carlos A.

Parellada, Félix A. Trigo Represas, Gustavo Bossert y Graciela Messina de Estrella Gutierrez. La "teoría de las cargas probatorias dinámicas" le impone la carga de probar a quien está lo advirtió la experta que se efectuó un centellograma el 26 de julio de 2004, pero preguntada acerca de si el Dr. Piqué Covone solicitó un cultivo, una interconsulta con infectología, eritrosedimentación y recuento de glóbulos blancos (fs. 1645 vta.), respondió que no (fs. 1659, ptos. 4, 5 y 6). Tampoco surge de la historia clínica -que en sobre se encuentra reservada- alguna constancia al respecto. En ese sentido, cabe destacar que las omisiones en la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y de asentar en ella todos los pormenores necesarios según la patología de que se trate.

Si bien es cierto que a la actora le incumbía la carga de demostrar la culpa del galeno, no ha de pasarse por alto que se aplica el principio de las cargas probatorias dinámicas y en mi opinión era el médico quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar que ordenó la realización de todos los estudios que detalló la experta a fs. 1659, pto. 7). Si hubiese ordenado su realización bien podía haber acompañado al proceso las constancias que así lo demostraran.

Tampoco surge probado pues no se asentó en la historia clínica, cuál fue la antibioticoterapia que se le ordenó a la paciente luego del 22 de junio de 2004 y, en su caso, si los antibióticos era prescriptos por la enfermedad de base de la actora o por otra razón. En ese orden, es preciso aclarar que si bien es cierto que la actora abandonó el tratamiento con el Dr. Piqué Covone, dicha circunstancia ocurrió en el mes de julio de 2004 y lo que aquí se evalúa es su accionar desde la cirugía y sobre todo, a partir del 22 de junio de 2004 en que la actora tuvo un pico febril y la herida quirúrgica supuró y es desde ese momento en que debió ordenar los estudios que la perito detalló y evidentemente no lo hizo.

Por consiguiente, considero que existió una omisión en la atención de la paciente durante el postoperatorio por parte del Dr. Piqué Covone. No desconozco que a fs. 1692 la perito estimo que actuó correctamente al expresar que el accionar médico fue el correcto y la evolución desfavorable no tiene relación con dicho accionar ni con los métodos terapéuticos escogidos y/o propuestos, los cuales son totalmente válidos, pero dicha afirmación no descarta la responsabilidad del profesional interviniente por la omisión aludida.

Es que la afirmación de la experta referida a que los métodos propuestos eran válidos se vincula con la técnica de cementación recomendada y si bien no existen dudas acerca de que la infección existió y constituye una consecuencia indeseable de la cirugía a la que la paciente fue sometida, por lo cual no corresponde responsabilizar al médico por el hecho de que la actora contrajera la enfermedad, es preciso esclarecer si el demandado tenía posibilidades de conocerla y tratarla correcta y oportunamente y en su caso si podía evitarse su cronificación. Evidentemente, el centellograma que ordenó el médico demandado que no mostró infección no fue suficiente si la experta indicó que debían efectuarse varios estudios más.

Desde esa óptica, no mucho más es necesario para concluir en que la omisión de efectuar los distintos estudios médicos provocó una pérdida de la chance de la paciente de conocer con antelación la infección -de ser ello posible- y en su caso alcanzar una curación. El diagnóstico precoz de la infección y el tratamiento oportuno mejora el pronóstico y minimiza el riesgo de la evolución a la cronicidad.

En suma, comprobada la omisión por parte del galeno de ordenar la realización de distintos estudios médicos, es decir de llevar a cabo las diligencias necesarias cuando la actora tuvo un

pico de fiebre y se extrajo líquido y un hematoma (nótese que la experta indicó que "la infección se hace evidente cuando comienza la herida evoluciona en forma tórpida tiene lugares en la herida que no Cód. Procesal otorga a los jueces, estimo reducido el importe concedido por la sentenciante de la instancia anterior, por lo cual propongo elevar a \$ 120.000 el rubro pérdida de chance. b) Daño psicológico y su tratamiento Por el tratamiento psicológico la Sra. Juez estableció la suma de \$ 14.400. La parte actora pidió que se otorgue una suma por el daño psíquico pues la sentenciante lo omitió. A su vez cuestionó el importe concedido para el tratamiento. El Consejo Profesional de Ciencias Económicas apeló la procedencia de la partida con fundamento en que el gasto en cuestión lo cubre SIMECO.

Se conoce al daño psíquico como una clase de lesión a la persona que constituye fuente de daños resarcibles y no se identifica con el daño moral, aunque ciertamente puede generarlo (Zavala de González, Matilde, "Tratado de daños a las personas- Disminuciones psicofísicas", T. 1, pág. 110, editorial Astrea). Dentro de esta perspectiva, el daño psíquico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros pero, ya sea como situación estable o bien accidental y transitoria, implica en todo caso una faceta morbosa que perturba la normalidad del sujeto y trasciende en su vida individual y de relación. Existe la posibilidad de que la víctima experimente un daño exclusivamente psíquico, sin lesiones corporales. Es decir, aquél no debe ser restringido al proveniente de una agresión anatómica.

La doctrina ha señalado que el menoscabo físico o psíquico que puede padecer una persona, sin perjuicio de tener en cuenta las consecuencias disvaliosas patrimoniales o extrapatrimoniales, por su sola existencia, constituye un daño jurídico porque vulnera un derecho reconocido a toda persona por el Código Civil, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, como es el derecho a su integridad psicosomática. Por ello, es resarcible con independencia de las consecuencias patrimoniales o morales que pudiere ocasionar (cfr. Alferillo, Pascual E., "El daño psíquico. Autonomía conceptual y resarcitoria", diario La Ley del día 7 de octubre de 2013).- Nuestros tribunales, por su lado, han resuelto que "para cuantificar el daño psíquico, no debe asignarse un valor absoluto a los porcentuales informados por el perito, sino que es menester compulsar la efectiva medida en que la mengua psíquica repercutirá patrimonialmente en la situación de la lesionada -en el caso, tenía diecisiete años, era estudiante y vivía con sus padres- tanto sea en la disminución de sus aptitudes para el trabajo, como en otros aspectos de la vida social" (CNCiv., Sala "A", 16/5/00, LL, 2000-E-924, N° 15.273).

En sen de daños" (Dir.: Claudio M. Kiper), T. II, p. 253, Editorial La Ley, 2008). En la especie, por la índole de las lesiones que sufrió la actora es razonable concluir en que no estaba en condiciones de movilizarse a través de medios de transporte público, así como también que se vio obligada a utilizar automóviles de alquiler.

Consecuentemente, estas partidas resultan admisibles.

Ahora bien, como estos rubros quedan reducidos a la pérdida de chance y no a la totalidad de las dolencias que tuvo la actora con motivo de la operación quirúrgica del 1ro. de junio de 2004, propongo al Acuerdo que se establezca la suma de \$ 15.000 para indemnizar en conjunto a los gastos médicos y de traslado (art. 165 del Cód. Procesal).

X.- Intereses La actora y la aseguradora cuestionaron el cómputo de los intereses, Por su lado,

el codemandado Piqué Covone apeló la tasa de interés a aplicar.

Se ha sostenido en anteriores oportunidades que, en el caso de una mala praxis médica, si la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la pretensión, los intereses deben correr desde ese momento.

Es que, aún frente a hipótesis de responsabilidad contractual, tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva, no es necesaria la previa intimación para constituir en mora (conf. CNCiv., 13/06/02, Sala "E", "López Beatriz Isabel c/Hospital Británico de Buenos Aires", elDial - AE1AB2).

En igual sentido, la Sala H de la Excma. Cámara Civil ha establecido que el punto de partida del cómputo de los intereses debe efectuarse desde el momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico de los demandados, si las consecuencias dañosas se produjeron en formacoetánea con el hecho ilícito motivo de la litis por la existencia de una mala praxis médica (conf. autos: "Raso de Scibetta Cristina Alicia c/Aranovich, Fernando y o. s/Responsabilidades profesionales", del 03/04/01; íd "Taborda Juan c/Fiorentino Jorge s/ordinario", L.nº 397.402 del 08/11/04).

En el caso, la deuda de responsabilidad -cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses- es previa a la promoción de la demanda y a la resolución jurisdiccional que la reconoce, aún cuando su existencia y magnitud sólo se aprecien en esa oportunidad. Al ser así, las consecuencias dañosas sufridas por la parte actora se produjeron en forma coetánea con el hecho que motivó esta litis, por lo que el deber de resarcir nació a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico de los demandados (conf. CNCiv. Sala H, "Ordoñez María Cristina c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/Daños y Perjuicios-Resp. prof. Médicos y aux.", R. 446.956; 30/1

se impone a los vencidos (conf. art. 68 del Código Procesal).- Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art.164, 2º párrafo, del Código Procesal y art.64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Gabriela Alejandra Iturbide

Marcela Pérez Pardo

Víctor Fernando Liberman