

## Mala Praxis Intervencion Oftalmologica

JURISPRUDENCIA

Mala praxis. Intervención oftalmológica

Se confirma la

sentencia que rechazó la demanda de mala praxis por pérdida de la visión en una intervención de cataratas. En la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, a treinta y uno de marzo de dos mil quince, reunidos los señores Jueces de la Excma. Cámara Primera de Apelación para dictar sentencia en los autos caratulados: ?B. M. L. c/CARDONA ANDREA y otra y/o quien resulte civilmente responsable DAÑOS Y PERJUICIOS?, del Juzgado Civil y Comercial N° 5, del Departamento Judicial San Nicolás, habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Dres. José Javier Tivano y Fernando Gabriel Kozicki, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ª.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 445/457vta.? 2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez Dr. Tivano dijo: I.- Antecedentes: En el presente proceso pretendió la demandante M. L. B., obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de lo que calificó como una mala praxis de su médica oftalmóloga tratante Andrea Beatriz Cardona, quien según sostuvo, sin brindarle atención profesional adecuada y ante su negligente obrar, le generó la pérdida de la visión de su ojo izquierdo y las demás consecuencias que son objeto de reclamo, en el caso la incapacidad sobreviniente, el daño moral, el daño estético y los gastos farmacéuticos. La pretensión incluyó a ?Clínica Alvear S. A.? por ser ésta el ámbito en el que se desarrolló la intervención de la demandante. La demandada Andrea Beatriz Cardona, en la oportunidad procesal pertinente, cuestionó severamente el reclamo que de tal forma se le dirigió, postulando de su parte el íntegro rechazo del mismo. Requirió además la citación de su aseguradora ?La Economía Comercial de Seguros Generales S.A.?, entidad que por fuera de la invocación de la existencia de una franquicia, se presentó en tiempo propicio reclamando el rechazo de la demanda. En términos similares en cuanto a su negativa sobre la procedencia de la pretensión se manifestó la Síndico interviniente en el proceso falencial de la firma ?Clínica Alvear S.A.?. II.- La sentencia: El pronunciamiento de la instancia anterior rechazó en integridad el reclamo indemnizatorio pretendido por la actora. Para así decidir consideró ausente de acreditación a la relación de causalidad adecuada entre el obrar médico culposo y el resultado dañoso, actividad que evaluó como de exclusivo resorte de la parte accionante. En el fallo que viene a nosotros en apelación se otorgó preponderancia al dictamen pericial de fs. 386/388 y sus posteriores aclaraciones, en las que el experto señaló que las complicaciones que advirtió en la paciente demandante pueden ocurrir aún sin haberse realizado una deficiente intervención profesional. Sopesó además el Magistrado que en el sub judice la ausencia de historia clínica no resulta susceptible de perjudicar los intereses de los demandados por aplicación de la presunción en su contra ante el extravío de la misma, ello en consideración a que el establecimiento asistencial demandado se encuentra cerrado y en proceso de quiebra desde larga data. III.- El recurso: Lo así decidido no conformó a la demandante, ello a tenor de la vía recursiva intentada a fs. 474. La accionante, por medio de su memorial de fs. 510/522 -y dicho aquí en forma muy abreviada- cuestionó la justicia del decisorio, el que según su entender se desentendió por completo de la ausencia de consentimiento informado por parte de la profesional tratante y del incumplimiento de la demandada de brindar información adecuada. Destacó además acerca de la falta de colaboración de parte de la accionada al ocultar prueba decisiva para el fallo de la causa como lo es la historia clínica, lo que ha de provocar la inversión de la carga probatoria y por ende la admisión del reclamo. A fs. 523 se ordenó la pertinente sustanciación, la que fue objeto de las respuestas de fs. 527/527 vta. y 528/530 vta., por lo que la providencia de fs. 531 ha dejado la causa en condiciones del dictado del presente pronunciamiento, por lo que de su contenido me instruyo a los fines de proponer al Acuerdo la solución que propicio para el caso en debate. IV.- Una liminar aclaración corresponde que realice aquí antes de emprender el tratamiento de los agravios de la demandante, como lo es que la circunstancia de haber entendido el suscripto en la presente causa como Juez de Primera Instancia a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 5 de este Departamento Judicial, en modo alguno me imposibilita conocer como integrante del Tribunal de Alzada que debe decidir sobre el recurso propuesto. Y ello ha de ser así en consideración a que no ha de darse actuante el supuesto aprehendido por el art. 17, inc. 7° del C. P. C. y C. en atención a que no he emitido opinión en la cuestión de fondo, limitándome al dictado de resoluciones de mero trámite o procesales (cfr. art. 32 del C. P. C. y C. a contrario sensu; Fassi-Yáñez, ?Código Procesal Civil y Comercial...?, 3ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, T. 1, pág. 234, nota 53). V.- Expuesto lo anterior he de analizar a continuación los agravios formulados por la demandante procurando seguir el mismo orden en que han sido propuestos a su tratamiento en la expresión de agravios de fs. 510/522, ello con la salvedad de que como Jueces no nos encontramos obligados a realizar el tratamiento de la totalidad de las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que se haga mérito de aquellas que se consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (cfr. CS, 8 de noviembre de 1981 in re ?Dos Arroyos S.C.A. c/Ferrari de

Noailles?, en Actualización de Jurisprudencia, N° 1440, LL, 1981-D, pág. 781). Tales cuestiones esenciales son ésas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo (cfr. SCBA, Ac. 21917, DJBA, T III, pág. 15; en igual sentido Ac. 35221 in re ?Ramos de Pagella C/Escot?, 22 de abril de 1986) y con la salvedad de que la obligación de tratar las cuestiones esenciales no ha de conllevar la de seguir a las partes en la totalidad de las argumentaciones (cfr. SCBA, AC. 51.443; Ac. 84.270 y Ac. 89.683, entre varios de su registro). Expuesto lo anterior, el primer aspecto de la presentación de referencia nos dice de la ausencia de consentimiento informado que es de estilo en las prácticas médicas como la del caso, derecho a la información que se encuentra incorporado de manera expresa en la Carta Magna desde la reforma de 1994. He de señalar sobre esta primera cuestión, que la temática inherente a la ausencia del consentimiento informado y el derecho a la información, ha de encontrar un valladar insorteable para su tratamiento por esta Alzada como lo es la expresa letra del art. 272 del C.P.C. y C., norma que nos impide fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de primera instancia; no puede ser otra la solución en tanto el elemental principio de congruencia que consagra la norma de mención nos impide introducirnos en la cuestión en la forma en que recién ahora lo ha venido a pretender la demandante cuando nada se dijo sobre el tópicico en la demanda de fs. 11/18 ni en sus sucesivas ampliaciones de fs. 47/48, 52/52 vta., 82/82 vta. y 86/86 vta..- Y es que no debe pasarse por alto que la Alzada constituye un área de revisión que, por tal razón, carece de potestad para decidir sobre cuestiones que no han sido sometidas al Magistrado anterior, principio igualmente aplicable aunque se las introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (cfr. Sclarici en Highton-Areán, ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...?, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, T.5, pág. 344; Fassi-Yañez, ?Código Procesal Civil y Comercial...?, 3ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, T. 2, pág. 500). Por fuera de lo anterior, señalo a todo evento que la información adecuada que con base en el art. 42 de la Constitución de la Nación Argentina postula la accionante, lo es en el marco de los derechos del consumidor y el usuario, cuestión que regulada como se encuentra en la ley 24.240 y sus modificatorias, ha de excluir su aplicación a los servicios de profesiones liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello (cfr. art. 2º, segundo párrafo, texto según ley 26.361; Farina ?Código Civil y leyes complementarias...?, Director Zannoni - Coordinadora Kemelmajer de Carlucci, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, T. 12, pág. 1030).

VI.- Se agravio además la demandante que en el fallo se le achacara a su parte inactividad probatoria cuando no se consideró la falta de colaboración de la demandada Cardona, quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar que su desempeño fue el correspondiente, ya que de manera deliberada no aportó la historia clínica, ello a tenor de la pormenorizada contestación de demanda que realizó con base en constancias de la misma, para luego e intimada a su presentación, manifestar que la misma estaba en la clínica, entidad que a su hora indicó que no la poseía. Expresó que tal ocultamiento impidió que la labor pericial arribara a la verdad de lo acontecido y que de haber ello sido así otro hubiera sido el pronunciamiento, de manera que dicha circunstancia ha de tener la virtualidad de variar la carga probatoria en los presentes autos. Comenzaré este punto diciendo que este Tribunal, en diversas integraciones, ha sostenido que en atención a los principios del onus probandi es quien alega el incumplimiento de su obligación por parte del profesional tratante, quien debe acreditar los extremos fundantes de su pretensión, habilitándose un apartamiento del mismo solo en supuestos de excepción (cfr. art. 375 del C.P.C. y C.; RSD-581-03; RSD-225-05 entre varios más en similar sentido de los registros de este Tribunal). Lo expuesto no aparece aquí como una mención dogmática en especial consideración en que a la fecha de la intervención que sirve de causa fuente al reclamo -2 de octubre de 2001- no resultaban de aplicación al sub iudice los términos de la ley N° 26.529 -Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado- cuyo art. 23 establece el carácter de orden público de la misma y su vigencia a partir de los noventa días de la fecha de su publicación, efectuada en el caso en el Boletín Oficial del día 20 de noviembre de 2009 (cfr. Prévot en ?Código Civil y leyes complementarias...?, Director Zannoni - Coordinadora Kemelmajer de Carlucci, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, T. 13, págs. 689 y 747), ni tampoco su decreto reglamentario N° 1089/2012, ello por evidentes razones temporales (cfr. arts. 2 y 3 del Código Civil), sin que debamos expedirnos en relación a la modificación introducida a la primera por parte de la ley N° 26.742 y ello no solo por similares razones vinculadas a la aplicación de las normas en relación al tiempo, sino también por tratarse de un supuesto del todo diferente al que aquí nos convoca. Y es que sin perjuicio de que no he de desconocer que diversos antecedentes del Tribunal que integro nos dicen que la ausencia de historia clínica ha de jugar cual una presunción en contra de los responsables de la atención médica, no puede aquí pasarse por alto que en oportunidad de contestar el traslado de la expresión de agravios -fs. 528/530 vta.-, sostuvo la accionada Cardona que las precisiones que dio en oportunidad de efectuar la contestación del traslado de la demanda encaminada en su contra lo fue con la asistencia de anotaciones personales que llevaba sobre el caso. Tal explicación adviene del todo ajustada a los términos de la presentación de la contestación de la demanda de fs. 92/125, específicamente fs. 122 vta. en donde explicó que la documentación ofrecida no se encontraba en su poder, postulando su requerimiento por medio del correspondiente oficio en el

estadio procesal oportuno, ello en sentido coincidente con la respuesta de fs. 233 al requerimiento de fs. 204 vta.- Destaco que aunque se quisiera tomar esa ausencia de historia clínica como elemento presuncional en contra de los intereses de la demandada, lo cierto es que en la evaluación pericial de fs. 386/ 388 no se advierte una absoluta imposibilidad de su realización, ni puede ello colegirse de la frase del experto que nos dice ?...Al no existir en los protocolos quirúrgicos ni en los informes de los oftalmólogos que intervinieron ninguna mención expresa, es dable pensar que no hubo ningún acto que pudiese encuadrarse en ?Impericia, Imprudencia o Negligencia?? -ver fs. 388-. Tampoco se logra colegir que la dificultad a la que reiteradamente refiere el experto para determinar si la intervención fue adecuada o defectuosa guarde vinculación con la ausencia de la historia clínica, tanto más cuando en las aclaraciones de fs. 403/405 y 411 se señaló en modo potencial sobre la posibilidad de aclarar la cuestión de haberse accedido a la misma. Destaco además, por fuera del criterio que reseñara en los pródromos de este punto VI.- en relación a la carga de la prueba en los juicios por mala praxis médica, que mal puede en el caso postularse una inversión probatoria en la forma pretendida por la demandante cuando se advierte de parte de la misma una cierta indeterminación en cuanto a la atribución de responsabilidad, ello si hemos de estar a lo sostenido a fs. 13, segundo párrafo. Por fuera de lo anterior y aunque echáramos mano de la eventual presunción ante la ausencia de historia clínica, tal circunstancia ha de quedar del todo aislada ante la ausencia de otros datos que permitan establecer la endilgada negligencia de la demandada, como se verá a continuación al evaluar el aporte probatorio pericial. VII.- Parece propicio a esta altura señalar, como lo sostuve desde mis tiempos de juez de primera instancia, que si la responsabilidad profesional resulta aquella en la que incurren quienes ejercen una profesión y faltan a los deberes específicos que tal incumbencia les impone, es del caso que la configuración de tal responsabilidad requiere de los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil, elementos entre los que debe contarse la relación de causalidad adecuada. Para ello es imprescindible formular un juicio de probabilidad, determinando que aquel se halla en conexión causal con el acto ilícito, es decir que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (cfr. art. 901 del Código Civil). Esta relación causal a la que vengo haciendo referencia, exige una relación efectiva y adecuada -normal- entre una acción u omisión y el daño, el cual debe haber sido ocasionado por aquella (cfr. arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113 y 1114 del Código Civil). De allí deriva que si la profesional tratante -en el caso la Dra. Cardona- por omisión de las correctas diligencias correspondientes a la naturaleza de la prestación asistencial, o por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación, se coloca en la misma posición que el deudor culpable (cfr. arts. 499, 512 y 902 del Código Civil), no siendo necesaria la falta notoria de impericia, grave inadvertencia, o graves errores de diagnóstico y/o tratamiento (cfr. SCBA, Acs. 31.702, 38.114, 35.597, 45.177, 62.097, 65.802, 71.581, 75.676, entre muchos otros de los registros del Alto Tribunal Provincial). Así las cosas, para que exista responsabilidad profesional debe mediar una omisión de la conducta debida, fundándose tal responsabilidad en la culpa (esta Cámara RSD-44-94, RSD-37-2011), siendo menester, en consecuencia, acreditar la conexión causal entre esa acción u omisión y el daño, debiendo haber sido originado u ocasionado este último por dicha acción u omisión, todo lo cual debe ser debida y suficientemente probado (cfr. SCBA, Ac. 55.404). Reitero conforme lo reseñado en párrafos pretéritos, que en atención a los principios del onus probandi es quien alega el incumplimiento de su obligación por parte del médico tratante, quien debe acreditar los extremos fundantes de su pretensión, habilitándose un apartamiento del mismo solo en supuestos de excepción, no advirtiendo en autos que se configure circunstancia alguna que amerite tal inversión probatoria (cfr. art. 375 del C.P.C. y C.; RSD-581-03, RSD-224-05 de los registros de este Tribunal). Y si es obvia la trascendencia que en este tipo de juicios reviste la prueba pericial, la que si bien no resulta imperativa ni obligatoria para los magistrados, pues ello tendría la virtualidad de convertir al perito en autoridad jurisdiccional del proceso, no lo es menos que para dejarla de lado el juzgador debe tener razones suficientes para evitar que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad. Así las cosas, en la evaluación pericial que corre agregada a fs. 386/388 se señaló que la accionante presenta en su ojo izquierdo un edema crónico de córnea por descompensación severa de la misma y secuelas de una irido ciclitis antigua probablemente post operatoria, siendo muy probable que estas manifestaciones sean post operatorias y a consecuencia de la cirugía de cataratas. Señaló además el experto que no se puede determinar si durante la cirugía hubo alguna acción deficiente y que la irido ciclitis y la descompensación de la córnea son complicaciones que se dan aproximadamente entre el 1% y el 5% de las cirugías de cataratas realizadas en forma reglada, pudiendo ocurrir estas sin que se hayan realizado malas maniobras, concluyendo que se trató de una complicación indeseada pero no provocada. Agregó el Perito a fs. 403/405 que el edema de córnea puede ser una complicación en el post operatorio de una cirugía de cataratas, se trate de una intervención bien reglada o realizada bajo algún error intra operatorio, indicando los diversos factores pre operatorios; que es muy probable que las complicaciones mencionadas por la demandante sean post operatorias, mas debe aclararse que pueden deberse a malas maniobras intra operatorias como asimismo a complicaciones de una cirugía bien reglada sin que se hayan cometido acciones impropias, ello de modo que no puede definir si dicha intervención fue realizada en forma reglada o en forma defectuosa. A su hora y en forma coincidente el informe producido a fs. 273 por el Director de la Clínica Oftalmológica Meroni, señaló que no resulta

factible determinar con seguridad si debe considerarse deficiente a la cirugía, ello en relación a la descompensación que allí reseñó, motivo por el que no puede decirse que el dictamen pericial de fs. 386/388, y sus aclaraciones, se encuentre desvirtuado por otras pruebas arrimadas a la causa que desvirtúen las conclusiones del dictamen o dejen al magistrado en situación de incertidumbre sobre el mérito que le merezca la labor luego de una crítica concreta y razonada (cfr. De Santo, "La Prueba Pericial", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1997, pág. 80). VIII.- En base a todo lo anteriormente expuesto y en tanto que el proporcionar un tratamiento adecuado no asegura siempre una favorable evolución del paciente, del plexo probatorio al que he hecho referencia en párrafos precedentes, no surge acreditado según mi entender el nexo de causalidad adecuado, motivo por el que corresponde rechazar el recurso de apelación articulado por la demandante. Doy así mi voto por la afirmativa. Por iguales fundamentos el Sr. Juez Dr. Kozicki votó en el mismo sentido. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez Dr. Tivano dijo: En mérito a lo precedentemente expuesto propongo a mi colega de esta Alzada que rechazemos el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y en su mérito confirmemos la sentencia dictada a fs. 445/457 vta., con costas de Alzada a cargo de la accionante vencida (cfr. arts. 68 y concordantes C.P.C. y C.). Así lo voto. Por iguales fundamentos, el Sr. Juez Dr. Kozicki votó en el mismo sentido. Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1°.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y en su mérito confirmar la sentencia dictada a fs. 445/457 vta..- 2°.- Imponer las costas de Alzada a actora vencida. Notifíquese y devuélvase.- 001991E