

## Mala Praxis Medica Dolor En El Tobillo Implante

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Dolor en el tobillo. Implante En el marco de un juicio por daños y perjuicios, se rechaza la demanda interpuesta, pues no se encuentra acreditada la relación de causalidad. En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 7 días del mes de julio del año dos mil dieciseis, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala II de la Cámara Civil, para conocer de los recursos interpuestos en los autos: "Cortez, Cristina Mabel c/ Galeno Argentina S.A. s/ daños y perjuicios" respecto de la sentencia corriente a fs. 352/360 de estos autos, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía hacerse en el orden siguiente: Dras. GUIADO, CASTRO y UBIEDO. Sobre la cuestión propuesta la Dra. GUIADO dijo: I.- Que contra la sentencia dictada a fs. 352/360 que admitió la demanda y condenó a Galeno Argentina SA a pagarle a Cristina Mabel Cortez la suma de Pesos Ochenta y Siete Mil Seiscientos (\$ 87.600) con más sus intereses y costas del proceso, se alza únicamente la demandada quien expresó agravios a fs. 369/83 los que fueron respondidos a fs. 385/96. Según refiere la actor en el relato de la demanda, como consecuencia de un gran dolor que padecía en el tobillo izquierdo, que comenzó a fines del año 2010, efectuó diversos controles médicos. De un estudio de imágenes surgió "tenosinovitis tibial posterior asociada a ruptura parcial del tendón, tenosinovitis del flexor largo del dedo gordo y flexor largo de los dedos, foco de edema óseo ubicado en el maléolo interno, adelgazamiento de ligamento peroneo-astragalino anterior a correlacionar con antecedente?". Ante tal situación el Dr. Diego Javier Yearson indicó su resolución quirúrgica mediante la colocación de "placa en escalón para osteotomía de calcáneo cage de Peck, y set de grapas esqui-médica" con un diagnóstico de "disfunción del tibial posterior grado 2?". Así preparados para efectuar la cirugía, ésta fue suspendida por falta de suministro de la prótesis aludida. Nuevamente aplazado el acto -y por la no autorización por parte de la auditoría medica de la demandada de la prótesis solicitada- fue dispuesta para el día 9 de mayo de 2011 con el mismo diagnóstico pero disponiendo la utilización de otro material quirúrgico "tornillos canulados clavijas para canulados, set completo amper 3,5 original Stybas?". Realizada la cirugía, la actora enfatiza que le ha causado perjuicios la modificación de forma de fijación de la prótesis en razón de la conducta asumida por la demandada, basado en que debió hacerse una intervención con doble abordaje por la necesidad de recurrir al injerto de la cresta ilíaca cuya extracción genera una cicatriz que se traduce en un daño estético permanente. Ello es motivo de la presente demanda conjuntamente con el reclamo del daño psicológico su tratamiento, el lucro cesante y daño moral. Agrega que la primera indicación era prácticamente no invasiva ya que no era necesario realizar injerto alguno como finalmente ocurrió, por lo que hoy no presentaría entonces daño estético. El Sr. magistrado luego de encuadrar jurídicamente la cuestión dentro de las previsiones del art. 42 de la Constitución Nacional y las leyes correspondientes a la garantía y deber de seguridad como causa fuente en la responsabilidad por el incumplimiento de un contrato, analizó el material probatorio aportado en la causa y encontró acreditado que fue la demandada quien por no proveer los elementos solicitados por el galeno en dos oportunidades indirectamente impuso un abordaje distinto al que aquél estimó y respecto del cual incluso es el de su preferencia, precisión y baja irradiación para el paciente y el médico. En base a ello supone un incumplimiento contractual sin justificación. Evaluó dicha conducta como un ejercicio abusivo del derecho (conf art. 1071 del Código Civil) por haber cancelado en dos oportunidades la operación, provocando una dilación en la atención de la afiliada. En razón de ello admitió la demanda en cuestión y condenó a la accionada a abonarle la suma antes aludida. La demandada al expresar agravios sostiene que existió una incorrecta valoración de la prueba rendida en autos lo que descalifica a la decisión adoptada como acto jurisdiccional válido. Insiste en que no es cierto que por no haberse autorizado el material solicitado en una primera oportunidad, la accionante padezca algún daño estético. Agrega que para responder civilmente debe existir un nexo de causalidad adecuado entre la acción u omisión del agente o el hecho causante y un daño producido. Sostiene que en el presente caso ello no se ha verificado. Finalmente se queja por la procedencia y cuantía de los rubros admitidos. II.- Ante todo cabe destacar que por imperio del art. 7 del nuevo Código, la normativa aplicable para el tratamiento de las quejas relativas a la responsabilidad resulta aquella vigente al tiempo de la ocurrencia del hecho. Ello es así porque es en esa ocasión en la que se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil, discutidos en esta instancia (conf. Aída Kemelmajer de Carlucci, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", ed. Rubinzal Culzoni, doctrina y jurisprudencia allí citada). Sentado ello puedo adelantar mi opinión en el sentido que las quejas bajo estudio recibirán acogida por las razones que pasaré a señalar. En primer lugar conviene recordar que la relación de causalidad entre la conducta de la accionada y el hecho dañoso es una de las condiciones imprescindibles de la responsabilidad civil. Es que el sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que deba ser soportado por quien no ha

contribuido a su realización. Por ello se ha señalado también que con gran frecuencia el daño deriva de una serie concatenada de acontecimientos o lo que es igual, de una pluralidad muy diversa de causas, y todas ellas con independencia de que sean directas o indirectas, remotas o próximas, constituyendo un antecedente sin el cual el resultado final no se hubiera verificado. Cuando esto sucede, estamos frente a la disyuntiva de establecer cual o a cuales de todos corresponde atribuir relevancia jurídica. La complejidad del asunto proviene de que los hechos no aparecen perfectamente dibujados, sino que comúnmente integran un conjunto o masa de acontecimientos que actúan como factores determinantes, condicionantes o coadyuvantes de sucesivos fenómenos y que interfieren recíprocamente en sus respectivas derivaciones, de manera de presentar un panorama que dificulta el nexo de causalidad que se está analizando. Bajo tales directivas, aplicadas al caso de autos, del relato efectuado por la actora en el acápite III de fs. 25 vta., se desprende que aquélla entiende como fuente productora del daño que padece y por el que reclama, que la primera intervención indicada era prácticamente no invasiva, ya que no era necesario realizar injerto alguno como finalmente ocurrió. Que de haberse autorizado el material solicitado hoy no presentaría daño estético alguno ya que la prótesis cumplía acabadamente con esa función reparadora. Finalmente aclara, lo que a mi criterio resulta algo confuso, que la técnica empleada para la cirugía era la misma, que lo que variaba era el modo de fijación, que debió hacerse finalmente con un injerto desde la cresta ilíaca en reemplazo de la placa escalonada. Concluye que ello generó una cirugía de doble abordaje por la necesidad de recurrir al mencionado injerto. De allí que según sus dichos se ha configurado un acto lesivo y arbitrario por parte de la demandada al negar el uso de la prótesis recomendada generándose así el daño. Abordando los propios argumentos esbozados por la actora, entiendo que ninguno de ellos ha sido acreditado en autos con la finalidad de establecer la relación causal de los hechos aludidos y el daño cuyo resarcimiento pretende. En primer lugar la declaración testimonial del Dr. Niño Gómez obrante a fs. 212 resulta clara a los fines de dilucidar la cuestión. Allí dice que Diego Yearson es médico de su servicio, que le comentó el problema de la actora, que se solicitó una placa en escalones para osteotomía de calcáneo porque es el material que se usa en el servicio de pierna y pie para esta patología. Que sabe que finalmente ?...la prótesis autorizada fue ?tornillos canulados no sabe si de 6,5 mm o 7 mmm?. En efectos es lo mismo uno y otro...? (respuesta a pregunta nro 14). Continúa diciendo ?Diego me dijo que no le autorizaban la placa después de la suspensión. Me dijo que si le autorizaban los tornillos, entonces le dije que utilizara ese implante. Tomé esa decisión porque en el año 2004 el equipo de pierna y pie ganó el premio de la Academia Nacional de Medicina con un trabajo sobre esta patología. En ese entonces no existía la placa en escalón y los casos presentados en el trabajo fueron fijados con tornillo de 6,5 o 7 mm o sea que ya había experiencia con el uso de tornillos? (respuesta a pregunta nro 15). Al ser preguntado si la cirugía en placa en escalón es menos invasiva que la que se realizó, respondió ??es igual?. El grado de invasión es el mismo Lo que puedo aclarar es lo que comente de la radiación. En general la placa es utilizada por dos motivos uno mayor precisión en el grado de desplazamiento y dos el más importante la no utilización de rayos x? ? (respuesta pregunta nro 18). Agrega respecto de las consecuencia que tiene la prótesis finalmente utilizada para el paciente ??ninguna. La misma que cualquier implante. No es una mejor que otra, es nada más que precisión y protección del equipo quirúrgico de la radiación (respuesta pregunta nro 19 fs. 213). Seguidamente el testigo ilustra con relación al injerto de la cresta ilíaca al ser interrogado en la pregunta nro 20 se lo interrogó (¿que debe recurrirse al injerto de la cresta ilíaca para que pueda realizarse la colocación de tornillos en forma completa y acabada?). Respondió ?..No, no es así. El injerto de la cresta ilíaca es para otra cosa. No para esta osteotomía del calcáneo que es el motivo de discusión??. Preguntado sobre el motivo por el que se le realizó tal injerto a la actora dijo ?No lo sé y no me consta porque no vi ninguna radiografía. Supongo que le deben haber realizado dentro del procedimiento lo que se llama ?osteotomía de Vincent Mosca para eso se usa el injerto...Se usa porque lo requiere la patología, cuanto hay antepie abducto? (respuesta pregunta nro. 21. Posteriormente respecto de cuáles son las consecuencias para el paciente de este tipo de cirugía, la colocación de la placa y los tornillos, respondió que las dos producen curación (respuesta pregunta nro. 22). A fs. 222 prestó declaración el Dr. Diego Yearson, quien intervino en la cirugía. Dijo que la placa en escalón se usa para la osteotomía de calcaneo, la cage de Pech se usa en el alargamiento de la columna externa con las grapas. Con relación a los argumentos esbozados por la actora al promover la demanda, expresó que el material que le dieron es aceptable. A la pregunta nro 25 (?que en razón del actuar de Galeno se realizó una cirugía de doble abordaje perjudicando al paciente?) respondió ?.. no, el doble abordaje se hace siempre...a veces requiere la injerción de la cresta ilíaca, depende de la evolución de la enfermedad? (respuesta pregunta nro 26 a fs. 222 vta). A la pregunta nro. 27 (?que dicho injerto no era necesario de haberse autorizado el material solicitado en dos oportunidades?) dijo ?...No, son cosas distintas, una cosa son implantes y la otra es una técnica quirúrgica son cosas distintas que no tienen que ver?no cambiaron los abordajes quirúrgicos? (ver también respuesta a pregunta nro 28). Finalmente dijo que siempre con el injerto de la cresta ilíaca hay una cicatriz y que en este caso hubo un cambio en el pedido de implantes para poder hacerse la cirugía. Por último expresa respecto de las ventajas de la colocación de la placa escalonada ?es mi método de preferencia por precisión y baja radiación para el paciente y el médico? (ver respuesta a pregunta nro. 36. De lo expuesto hasta aquí, analizando los dichos no sólo del médico jefe del servicio sino del que

intervino en el acto quirúrgico, (testigos propuestos por la propia actora ver fs. 34) pueden arribar a las siguientes conclusiones. La primera concerniente a que la técnica indicado liminarmente no es menos invasiva que la que finalmente se utilizó, así lo expresó el Dr. Niño respuesta ro 28). Que con la reserva de los motivos de su preferencia, ello no influye en las consecuencias, en tanto el médico aludido fue claro que respecto de la utilizada no hay efectos a considerar. La segunda conclusión a que me permito arribar consiste en que la utilización del injerto no tuvo que ver con el cambio del material quirúrgico ni con la técnica (ver respuesta nro 27), sino con la patología de la enfermedad. En consecuencia la cicatriz que la actora hoy padece por haberse procedido a realizarlo se debe a ello y no a la utilización de tornillos en lugar de la placa. Por último y en tercer lugar, frente al mismo diagnóstico, la utilización de otro implante no modificó el abordaje quirúrgico como se señaló en la demanda, y nuevamente se reitera que el injerto de la cresta ilíaca no guarda relación con el tipo de implante sino con la evolución de la enfermedad (declaración del Dr. Yearson, pregunta nro. 25). A mi entender estas conclusiones con basamento a las declaraciones de los médicos tratantes, controvierten los argumentos que esbozó la actora al promover la demanda. Asimismo éstas no se encuentran enervadas por las conclusiones periciales obrantes en el dictamen de fs. 173/8. En efecto allí la perito medica especialista en ortopedia y traumatología, luego de analizar las constancias obrantes en la causa y los antecedentes médicos, dijo que el parte quirúrgico de fs. 72 deja constancia del procedimiento que se efectuó en la cirugía, agregando que en la epicrisis de fs. 73 se consigna que la actora tuvo un post operatorio sin complicaciones y que se concedió el alta de internación el día 11 de mayo de 2011. Fue controlada por el Dr. Yearson en consultorios externos, dejándose asentado la excelente evolución clínica de las heridas quirúrgicas posteriormente de la condición anatómica y funcional del pie. Comenzó con rehabilitación a los dos meses y medio obteniendo su alta definitiva el 24 de octubre de ese mismo año. Continúa diciendo que la condición actual del pie operado manifiesta un muy buen resultado quirúrgico, con restitución de la anatomía funcional, sin alteraciones en la marcha, movilidad articular, forma, fuerza, sensibilidad y sin dolor. Entiendo que si bien expresó que los diferentes gestos quirúrgicos han obligado a realizar los dos abordajes que se efectuaron sin que existan diferencias en las heridas quirúrgicas con el uso de la placa y Peck o con tornillo e injerto, considera que la obtención de este último como relleno representa la única diferencia con la cirugía programada. Dicho injerto se ha obtenido de la cresta ilíaca homolateral del miembro operado, siendo el lugar de aporte de injerto más frecuentemente utilizado, lo que es atribuible tanto a la presencia de la cicatriz como el dolor residual referido (ver fs. 177). Ahora bien, la declaración del médico interviniente como del jefe del servicio es elocuente en reafirmar la inexistencia de diferencia alguna como así la relación del injerto como una necesidad por la patología y no por el implante. De allí que en definitiva no puede entenderse que existió incumplimiento contractual por parte de la demandada si proveyó un implante "aceptable". Parece difícil de creer que el médico prosiguiera con la terapéutica si no estaban garantizados los elementos necesarios para llevarla a cabo, por lo menos ello no fue materia de debate. Por lo demás tampoco puede atribuirse relación alguna entre el supuesto incumplimiento por parte de la demandada y la utilización del injerto de la cresta ilíaca, pues es un procedimiento habitual tal como lo refiere la perito designada en autos (ver punto 14 fs. 178). Tampoco es un dato menor o que no deba tenerse en cuenta que en todo caso la no aceptación del material quirúrgico que la demandada proveyó, el que como he dicho se encuentra avalado y aceptado tal como se ha expresado a lo largo del proceso probatorio, debió en todo caso debatirse previo a la operación y no después, pues la circunstancia de que la actora se hubiera sometido a la misma hace suponer que fue debidamente informada del procedimiento propuesto, alternativas, abordaje y consecuencias, debiendo seguramente haber prestado su consentimiento informado, pues de lo contrario estaríamos frente a un incumplimiento de los médicos que en ningún momento fue alegado por la interesada. En síntesis la demandada si bien no proveyó el implante originariamente solicitado si lo hizo respecto a otro que fue aceptado por el médico tratante y por la misma actora, más allá de la disconformidad que ahora intenta hacer valer, pero en definitiva tal situación ninguna vinculación tiene con la obligación de seguridad emergente del contrato de prestación medico sino que guarda relación con el procedimiento habitual y ampliamente aceptado por la medicina para tratar la patología que presentó la actora. Lo dicho a mi criterio es suficiente para receptar las críticas de que se trata. En función de ello y siendo entonces que no encuentro establecida la relación de causalidad aludida es que propongo a mis colegas la revocatoria de la sentencia apelada y el rechazo de la demanda en cuestión, con costas de ambas instancias a cargo de la actora vencida (conf. art. 68 del ritual). Por razones análogas, las Dras. CASTRO y UBIEDO adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó el acto. Se deja constancia de que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Informática Judicial a los fines previstos por las Acordadas 15/13 y 24/13 de la C.S.J.N. MARIA LAURA RAGONI Secretaria Buenos Aires, 7 de julio de 2016. Por lo que resulta de la votación sobre la que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1º) Revocar la sentencia apelada, rechazando la demanda deducida por Cristina Mabel Cortez contra Galeno S.A. 2º) Imponer las costas de ambas instancias a la actora vencida (conf. art. 68 del ritual). Regístrese, notifíquese y devuélvase. PAOLA M. GUIADO PATRICIA E.

CASTRO CARMEN N. UBIEDO

013944E