

## Error En El Diagnostico Tratamiento Medico Incorrecto

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Error en el diagnóstico. Tratamiento médico incorrecto En el marco de un juicio por daños y perjuicios, en el que se persigue el resarcimiento por el error de diagnóstico y consecuente yerro en el tratamiento médico brindado a la actora, se confirma que rechazó la demanda pues no se logró probar la culpa de los médicos demandados a raíz de la complejidad de la afección padecida.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 2 días del mes de mayo de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la sala ?G? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: ?S C A C/ L M A Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS? respecto de la sentencia de fs. 534/544 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores: CARLOS ALFREDO BELLUCCI- CARLOS A. CARRANZA CASARES.- A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Bellucci dijo: I.- La actora, afiliada a la Obra Social Unión del Personal de la Nación, demandó a las galenas M A L y L L G, su obra social y citó en garantía a la aseguradora de las mencionadas profesionales, achacándoles a éstas la responsabilidad por el error de diagnóstico y el consecuente yerro en el tratamiento médico brindado por la Dra. L G, a quien consultó (por pertenecer a esa obra social) a raíz de dolores que comenzaron en su tobillo derecho, continuaron en su codo derecho y fueron extendiéndose hacia la totalidad del brazo, para culminar afectando todo su cuerpo. Para así pretender en derecho, solicitó y obtuvo beneficio de litigar sin gastos concedido a fs.49 del acólito incidente n° 61095/2011.- Las médicas compelidas arguyeron que las consideraciones diagnósticas e indicaciones brindadas fueron pertinentes y acordes a los antecedentes personales y familiares de la paciente accionante, el examen clínico y los estudios aportados. En similares términos se explayó la obra social demandada, quien planteó la defensa de falta de legitimación pasiva y adujo que en las profesionales demandadas no ha habido violación de los deberes ético jurídicos sino por el contrario, existió un acabado cumplimiento de las obligaciones propias de los profesionales, que es de medios y no de resultado. Sostuvo que la citada en garantía carece de responsabilidad en los hechos descriptos en la demanda y que, de acuerdo a los principios generales de la carga de la prueba, debió la peticionaria comprobar los extremos aludidos en el libelo de inicio.- II.-Trabada la litis, agotadas las etapas de cognición y debate, a fs.534/544, el colega de la anterior instancia rechazó tal reclamo por considerar que la actora no logró acreditar la culpa de las médicas demandadas a raíz de la complejidad de la afección padecida, dada la semejanza entre varias patologías que presentan síntomas similares. En virtud de lo decidido consideró que devino abstracto el tratamiento de la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la obra social demandada. Allí se regularon honorarios a los profesionales que actuaron en la lid, y se fijó el plazo de diez días para que ellos fueran honrados.- III.- Suscita avocación revisora de este colegiado el remedio concedido a la peticionaria que, a fs. 565/570 con respuesta a fs. 572/575 y fs. 577/580, se agravia porque entiende que quien emitió el ?dictum? soslayó la conducta negligente de las demandadas en el control médico de la evolución del tratamiento, como así tampoco valoró las secuelas del mismo en virtud de su prolongación en el tiempo basándose, concluye, en un peritaje parcial y huero del sustento probatorio aportado en la causa.- IV.- En atención a la fecha de los hechos juzgados y en función de lo que explícitamente dispone el art. 3 del c.c. que en lo sustancial coincide con el art. 7 del noble código unificado (ley 26.994) y en función del principio de irretroactividad legalmente consagrado, la revisión que emprenderé lo será a la luz de las normas del viejo código de Vélez.- V.- La Sala ha dicho reiteradamente que del juego armónico de los arts. 265 y 266 del Código Procesal se desprende que el memorial debe contener una crítica concreta y razonada del pronunciamiento apelado, puntualizando cada uno de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyan (conf. r. 21.988, del 5-5-86; r. 23.105, del 18-8-86; r. 31.959, del 4-9-87; r. 77.856, del 8-10-90; r. 81.284, del 11-2-91; r. 135.005, del 13-8-93; r. 169.518, del 24-4-95, r. 243.770, del 16-4-98; o r-250.058, del 13-7- 98; r.444.226, del 28-11-05; r.451.496, del 27-3-06; r. 463.668, del 11-12-06; entre muchos otros).- Bajo tales pautas se concluye con facilidad que la pieza en estudio al mismo tiempo que reedita afirmados de la presentación inaugural y soslaya hacerse cargo de las bien fundadas razones que dio el colega de grado para arribar a la conclusión no estimatoria que provoca escozor en la recurrente, en principio es no idónea para socavar los pilares basales en que asentó el pronunciamiento de mérito.- Es más bien una muy respetable disidencia subjetiva con respecto a las científicas y bien fundadas razones dadas como fundamento del fallo adverso, que crítica concreta alguna enderezada a demostrar yerro u omisión en el epiquerema de grado.- No obstante, echando mano al criterio amplio con que este colegiado suele visualizar los ruegos de revisión, en aras a dar cabida al ejercicio legítimo del derecho de defensa, de raigambre constitucional, me permitiré volcar, luego del pormenorizado estudio de todo el expediente, consideraciones relevantes que echan

por tierra el intento bajo lupa de examen.- En primer lugar destaco, siguiendo una tendencia doctrinaria y jurisprudencialmente mayoritaria aún frente a quienes hoy ven en cualquier elemento una deficiencia en el método de diagnóstico y/o tratamiento, que a tenor de la naturaleza de la obligación que asume el médico frente al paciente, el incumplimiento consiste en la especie en la culpa que no es otra que la prueba cabal de la omisión que se endilga al galeno, por lo que incumbe a la peticionaria demostrar certeramente aquellas pretendidas negligencias y omisiones en que, a su entender, habría incurrido el o los profesionales intervinientes. Ello implica, al propio tiempo, la no inversión de la carga de la prueba que en modo alguno exige el régimen jurídico en vigencia, y muy por el contrario una imposición de los hechos (conf. Llambías, Jorge J. "Código Civil Anotado", t. II-A, Ed. Abeledo Perrot, p. 117; CNCiv., sala "A", en ED, 66-320; ídem, sala E, en ED, 77-246; entre otros; arts. 512, 902, 905, 906 y concs. Cód. Civil y 377 del Cód. Procesal; ver mis votos en L. 137.784, del 27/2/95 y L. 213.703, del 21/8/97). Es que, en tanto la actividad de los médicos es una obligación de medios, en rigor no existe diferencia de régimen respecto de la existencia de los presupuestos que dan viabilidad a la acción resarcitoria por incumplimiento, uno de los cuales es la responsabilidad. Ello, por cuanto en este tipo de vínculos jurídicos de contenido patrimonial, el incumplimiento (por cuestión de hecho y no de derecho), es la demostración de la culpa alegada (art. 505, inc. 3º, 506, 512 y concs. del Código Civil; 377 del Cód. Procesal; Demogue, René, "Traité des obligations a général?", t. V, Nº 1230 y sigtes., ed. 1928, París; Alterini, Jorge H., en la voz "Obligaciones de resultado y de medios?", en enciclopedia Jurídica Omeba?, t. XX, P. 702, 4º AP, Bs. As., 1965; Mazeaud; Henry-Tunc André, en "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual?", t. I, vol. I, Nº103-2, p. 126 y sigtes., traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Bs. As. Rezzónico, Luis M. "Estudios de las obligaciones en nuestro derecho civil?", t. I, p. 159; Bustamante Alsina, Jorge, "Prueba de la culpa?", en La Ley, 99-982, texto a nota Nº 30; Llambías, Jorge J. "Tratado...Obligaciones?", t. I, Nº 171 y sus citas, a las que "brevitatis causae" me remito; mi voto, L. 189918, del 12/7/96 y en L. 198.359, del 8/8/96).- Sin duda la discusión central que se plantea en los agravios gira en torno a la prueba tanto de la culpa -presupuesto del incumplimiento y factor de atribución que debe verificarse en la especie- como en el nexo de causalidad jurídicamente relevante entre la conducta obrada y el daño, pues ambos son elementos indispensables de la responsabilidad civil tanto en la órbita contractual como en la extracontractual.- La determinación del fenómeno causal constituye el resultado de un proceso de abstracción y generalización que da relevancia a una de las condiciones del caso concreto elevándola a la categoría de causa (conf. Goldenberg, Isidoro, "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Ed. Astrea 1989, p. 34), y una vez establecida la relación causal material, corresponderá determinar si al agente del hecho antecedente, le cabe o no una responsabilidad en términos de justicia (conf. CNCiv., sala C, del 8/4/84, del voto del doctor Durañona y Vedia, en La Ley, 1984-D, 327). Pero la demostración práctica o científica de la causa respecto de un determinado resultado no basta para la sanción jurídica, pues el derecho no es una física de las relaciones humanas. Corresponderá entonces investigar cuál de todas las causas posibles es por sí sola apta para producir el resultado, ponderación que deberá efectuarse atendiendo a lo que suele suceder, a lo que ocurre corrientemente en el curso de la vida (Llambías, Jorge J. "Obligaciones?", t. I. p. 372, Nº 288, nota Nº 14; Goldenberg, op. y p. cit.), y luego analizar si en el caso concreto, aquél era previsible para los sujetos que han sido traídos al pleito.- En orden a lo expresado, recalco que el experto galeno (fs. 427/433) ilustró acabadamente la dificultad para establecer un diagnóstico en ambas patologías (fibromialgia y poliomiocitis); en tal sentido sostuvo que ambas enfermedades tienen una evolución lenta que puede obligar a un replanteo del diagnóstico. En ese orden de ideas, expuso que la poliomiocitis es una enfermedad del tejido conjuntivo caracterizada por la presencia de debilidad muscular de predominio proximal en la cintura escapular y pélvica, músculos respiratorios, de la deglución y el miocardio. En cuanto a la fibromialgia, explicó que se trata de una patología crónica y compleja que provoca dolor muscular generalizado que puede llegar a ser invalidante, asociado a mal descanso nocturno y fatigabilidad que afecta las esferas biológica, psicológica y social de los pacientes. El dolor suele ser difuso, profundo y en muchas ocasiones difícil de describir.- De la compulsa de la causa el perito advirtió que la supuesta damnificada presentaba debilidad generalizada cuando comenzó a ser asistida, con elevación de las enzimas musculares (protocolo que no ha sido adjuntado al expediente). Además consignó que ostentaba un electromiograma compatible con el diagnóstico de la enfermedad; a raíz de ello los profesionales que la atendieron decidieron tratarla con la medicación de elección para su tratamiento, como son los corticoides, para luego agregarle drogas inmunosupresoras (metotrexate y aziatropina) ante la falta de mejoramiento del cuadro clínico.- Es dable recordar que no todo error presupone un obrar culposo, aun cuando el mismo pueda haber producido alguna secuela o desencadenado alguna complicación médica. Una equivocación en sí misma no puede ingresar dentro del campo de la culpa, lo que puede obedecer, entre otras cuestiones, a que el error sea excusable. El error médico en ciertas ocasiones se encuentra justificado a partir de las circunstancias en que debió desarrollarse la actividad médico asistencial, o por el carácter científicamente discutible u opinable de la materia. De allí que al hablar de error excusable o inevitable nos referimos a aquellas situaciones que la doctrina ha conceptualizado como supuestos en los que había razones para errar, de acuerdo a lo previsto por el art. 929 del Código Civil. Ello en atención a que la decisión o procedimiento que a la luz de los resultados aparece como equivocada o errada, no cabe juzgarla

como error inexcusable si nos colocamos en el momento y bajo las circunstancias en que el médico debió actuar, si tomamos en cuenta las especiales características de la enfermedad o afección del paciente o su inespecífica sintomatología, todo lo cual frecuentemente evita poder adoptar la decisión médica que permita instaurar un tratamiento eficaz.- Por otra parte, existen diversas enfermedades que, en determinado estadio, comparten similares signos y síntomas, lo que genera muchas veces que el profesional pueda sospechar una enfermedad y no la otra, por su mayor frecuencia o por alguna otra circunstancia, por lo que si a la postre se revela que en realidad el paciente tenía otra afección, ese fallo no permite avalar que se haya actuado con culpa, pues el error no resulta objetivamente injustificable. En definitiva, al médico no se le puede imponer el deber de acertar, pues estamos en un terreno en cual muchas veces la decisión que debe adoptar no pasa de un juicio conjetural (conf. Acevedo, Rafael "El error médico?", p.147 y sgtes. Asociación Mutual Argentina Salud y Responsabilidad Profesional, 2011). En tal orden de ideas, el experto ilustró que los dos grupos de galenos que han asistido a la actora han realizado su labor correctamente y de acuerdo a las reglas de la sana práctica, dado que la poliomiocitis era claramente una opción diagnóstica y el tratamiento de elección es el que adoptaron las demandadas (conf. fs. 431 vta./432).- En cuanto al rezongo vertido por la apelante referido a la sobrevaloración de la conclusión a la que arribó el perito médico, cabe precisar que el código de forma indica que la fuerza probatoria del informe pericial será estimada por el juez, teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, al concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o letrados conforme los artículos 473 y 477 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 477). Corresponde subrayar que el juez no debe apartarse porque sí de las conclusiones del perito en tanto y en cuanto éstas demuestren cumplir con ciertas condiciones. Si el objeto del peritaje es ilustrar el criterio del magistrado, deben los peritos fundar sus conclusiones, exponiendo los antecedentes de orden técnico que hubieren tenido en cuenta, lo que deriva de su misión, que es asesor y nada más, ya que quien resuelve la cuestión es el magistrado, que en su debido momento examinará los hechos alegados, estudiando la prueba producida conforme las reglas de la sana crítica y estableciendo la mayor fuerza de convicción, es decir que la libertad de apreciación de la prueba que tiene el juez, no desaparece o se limita por tratarse de una experticia y puede apartarse de sus conclusiones, pero no se trata de algo antojadizo o arbitrario.- En el caso, no me apartaré de sus conclusiones, a las que ponderaré junto con otros elementos de convicción a la luz de lo prescripto por los arts. 386, 477 y 497 CPCyC.- En tal sentido, frente a la ausencia de todo elemento de convicción acerca de lo infundado o arbitrario de la meritada y bien fundamentada actuación del experto, que obviamente me coadyuva en suministrarme conceptos y criterios que me exceden pero que son fruto de su saber específico, convencido estoy que en el "casus" ha inexistido "inscitia".-(arts.163,377, 386,477 y cc. del rito;906 y cc. de la ley sustantiva).- Pero ello no lo es todo para concluir en la sinrazón de las quejas.- VI.- En lo concerniente a la alegada falta de valoración de las secuelas del tratamiento inadecuado al que fue sometida la actora, he de recordar que el daño, para ser indemnizable, debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético. Pero, por otra parte, ese daño cierto puede ser actual o futuro, entendiéndose por este último el que aun no se ha producido, pero que aparece desde ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual, según las circunstancias del caso y la experiencia de la vida (Conf. Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", pág. 26). Aún tratándose del daño emergente, ya sea que se accione por responsabilidad contractual o extracontractual, el perjuicio para que sea resarcible, además de cierto, debe quedar fehacientemente probado, carga que pesa sobre quien lo invoca, y debe hacerlo aportando a la causa la necesaria información para su determinación por parte del juzgador, sin que sea bastante la posibilidad de su existencia, toda vez que no corresponde acordar indemnización, sobre la base de meros enunciados, o simples conjeturas.- Es indudable que la preceptiva del art.519 del Código Civil, destaca la comprobación del daño -menoscabo que experimenta el acreedor en su patrimonio- a causa del obrar ilícito de aquel contra quien dirige su acción, porque si queda en la nebulosa, transita la senda de lo conjetural, hipotético o meramente probable. Este daño, además debe ser personal de quien pretende su reparación de modo que ha sido sufragada o soportada por un tercero, sólo éste posee legitimación para demandar su reintegro. El menoscabo que se pretende indemnizable ha de subsistir en el momento en que se lo computa, pues si ya ha desaparecido, o ha sido compensado, ya no existe como daño actual (Lambías, C. Civil Anotado, ed. 1979, t. II-A, pág. 158, parágrafo 16 b)(esta sala, rec. libre n° 172.696, con sent. del 20/7/95). En el caso de marras, el perito medico destacó que no se advirtieron al momento de la entrevista secuelas del tratamiento realizado a la actora y que la incapacidad que presentó fue fruto de su enfermedad y no de los tratamientos realizados (conf. fs. 431 vta., respuestas 4 y 6).- Tales fundamentadas afirmaciones, que fueron ratificadas por el experto a fs.444, no obstante el extenso rezongo de fs.569/vta., ninguna objeción a aquéllas se hizo oportunamente.- Éstas, y las bien fundadas razones dadas por el "a-quo" que las parcas críticas no corroen, me inclinan decididamente a votar por la afirmativa como mi respuesta al interrogante copete de este acuerdo.- De suscitar concurrencia en mi muy apreciado par, corresponderá confirmar el decisorio apelado, en todas sus partes, con costas dealzada a cargo de la peticionaria devinta en toda su intentona revisora.- (arts. 68 y cc. de la ley de forma).- Tal es mi parecer, y así lo propongo convencido y fundadamente al cónclave.- El Señor Jueces de Cámara Doctor Carlos A. Carranza Casares votó

en igual sentido por análogas razones a las expresadas en su voto por el Doctor Bellucci.- Con lo que terminó el acto.- Buenos Aires, 2 de mayo de 2017.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: I.- Confirmar la sentencia recurrida en todo cuanto decidió, y fue materia de inanes quejas, con costas de alzada a cargo de la apelante devinta.- II.- honorarios... Se deja constancia de que la publicación de la presente se encuentra sujeta a lo establecido en el artículo 164, segundo párrafo del Código Procesal.- Notifíquese, regístrese y devuélvase. La vocalía nro. 20 no interviene por hallarse vacante (art. 109 RJN).- CARLOS ALFREDO BELLUCCI CARLOS A. CARRANZA CASARES 018648E