

Mala Praxis Medica

JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica

En el marco de una acción de daños y

perjuicios derivados de la quemadura en una pierna de la actora con un electro bisturí durante una intervención quirúrgica, se confirma la sentencia que condena a la clínica y los médicos y que exime de responsabilidad a la obra social. En la ciudad de San Isidro, a los 21 días del mes de junio de dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Tercera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, en los términos del art. 36 de la ley 5827, doctoras MARIA FERNANDA NUEVO y MARÍA IRUPE SOLANS, para dictar sentencia en el juicio: ?Castellucci, Mirta Alejandra c/ Clínica Privada Independencia S.A. y otro s/ daños y perjuicios? causa n° SI-1534-2011; y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dras. Nuevo y Soláns resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTION ¿Es justa la sentencia apelada? VOTACION A la cuestión planteada, la señora Juez doctora Nuevo dijo: 1.- El asunto juzgado La sentencia de fs. 524/572 hizo lugar a la demanda promovida por Mirta Alejandra Castellucci contra Clínica Privada Independencia S.A., Miriam Mónica D'ambrosi y Roxana Noemí Slaiman, condenando en consonancia a todos ellos, para que dentro del plazo de diez días de quedar firme la pertinente liquidación paguen a aquélla la suma fijada (\$ 75.900), con más los intereses y costas. A su vez rechazó la demanda que Castellucci articulara contra la Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles de Buenos Aires (O.S.E.C.A.C) e impuso las costas en el orden en que fueran causadas. La condena se hizo extensiva a ?Seguros Médicos S.A.? en la medida del seguro contratado por las dos demandadas con las que contractualmente se encuentra unida. Apelan las demandadas Slaiman y Clínica Privada Independencia conforme los agravios presentados a fs. 627/630 y a fs. 631/634, contestados por la actora a fs. 639/642 y a fs. 643/646. Finalmente la aseguradora ?Seguros Médicos S.A.? adhiere a la expresión de agravios introducida por ?Clínica Privada Independencia? a fs. 630. 2. ? Los agravios Cuestiona la codemandada Roxana Noemí Salaiman la responsabilidad atribuida a su parte en la sentencia de Primera Instancia. Por su parte la codemandada ?Clínica Privada Independencia S.A.? cuestiona los montos de la condena por incapacidad sobreviniente, daño psicológico y daño moral. 3.- La normativa aplicable Conforme la fecha del acontecimiento del hecho que acarrea el presente litigio (09/02/2010), la responsabilidad en debate debe ser juzgada a la luz del Código Civil vigente en aquel momento (arts. 3 C.Civil, 7 CCyC; cf. SCBA C. 107.423 del 2.3.2011; C. 104.168 del 11.5.2011), sin perjuicio de las referencias que puedan efectuarse, en lo pertinente y sin desmedro de la normativa aplicable a las nuevas disposiciones legales como consolidación de criterios existentes a la época de vigencia del Código Civil (causa n° SI-30288-2008 del 3-5-2016 RSD. 46/2016 de la Sala IIa y causa SI-49591-2010 del 2/3/2017 RSD: 2/17 de esta Sala IIIa). 4.- La responsabilidad No es un hecho controvertido que Mirta Alejandra Castellucci se internó el 9/2/2010 en la Clínica Privada Independencia S.A. (demandada), con el fin de que le fuera practicada una cirugía (cesárea y ligadura de trompas), procedimiento que estuvo a cargo de las Dras. D'ambrosi y Slaiman (demandadas), ambas pertenecientes a la cartilla de OSECAC (demandada) y que durante el desarrollo de la intervención recibió una quemadura en su miembro inferior derecho, provocado por un electro bisturí. Esgrime la médica demandada que no existe en el caso un factor de atribución de la responsabilidad ?subjetivo u objetivo- que permita formular una imputación sobre la médica actuante por lo que debe rechazarse la demanda de autos en cuanto a ella incumbe. Al respecto la sentencia argumentó que en el ámbito contractual, cuando el daño es ocasionado por el empleo de cosas (artefactos, material médico, medicamentos, etc.), el fundamento de la responsabilidad de los médicos, clínicas, establecimientos asistenciales, etc.)es objetiva y derivada de la obligación tácita de seguridad (art. 1198 del C, Civil (conf. Bueres, ?Responsabilidad civil de los médicos?, pág. 503 y ss.). Esta obligación de seguridad le cabe tanto a la clínica como al médico por las cosas que emplea en el desempeño de su profesión, consistente en asegurar que no derivarán perjuicios al paciente de las cosas de las que se sirve. Por ello cuando el paciente resulte dañado por los aparatos o instrumental utilizados, con independencia o al margen del acto médico puro, la sola infracción de ese deber de seguridad presume la responsabilidad del profesional y correlativamente libera la paciente de la carga de la prueba de la culpa o negligencia del médico, que de lo contrario le habría correspondido, más allá de la vigencia de la teoría de la carga probatoria dinámica (conf. trigo Represas, ?Responsabilidad de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión, LL, 1981-B-781). Teniendo en cuenta lo expuesto, el agravio de la recurrente en el cual asevera la inexistencia en el caso de un factor subjetivo u objetivo de atribución de responsabilidad sobre su persona sin siquiera indicar donde existiría el error del Juez al arribar a una conclusión contraria, resulta meramente dogmático. No basta que la apelante afirme una opinión encontrada (inexistencia de factor de atribución), porque es su carga probar concreta y razonadamente en qué radica el error que atribuye al juez, en el ejercicio de la

sana crítica, al concluir con una solución distinta a la por ella propugnada. Es que los agravios deben ser suficientes sobre cada una de las cuestiones debatidas y cuya modificación se pretende. Aquellas sobre las que la impugnación resulta vaga o meramente afirmativa, o traduce una simple discrepancia subjetiva que no configura una crítica razonada quedan excluidas de la consideración de la Alzada (arts.260, 261, 266 CPCC.; causa SI-40116-2013 del 14/3/2017 RSD: 12/2017 de esta Sala IIIa.). Sostiene la médica demandada que no es dueña ni tiene a su cuidado el instrumental con el que opera, que es provisto en el momento del acto quirúrgico en el quirófano de la clínica, por lo que considera que no es responsable de que se le haya entregado un instrumento defectuoso. Alega que cualquier reclamo debió ser dirigido y habilitado exclusivamente hacia el propietario del equipo o hacia la empresa que lo utiliza al prestar servicios de salud. Dicho agravio es una reiteración de su alegación primigenia, efectuada al contestar la demanda (ver fs. 239) que nada aporta sobre la circunstancia ¿puesta en evidencia por la Juzgadora- en relación a que las médicas demandadas, al desempeñar su labor en una clínica, y pese a no ser dependientes de ella en el aspecto técnico-científico, deben responder por la acción dañosa de las cosas que participan en el acto, aun cuando sean de propiedad de la clínica, en su calidad de deudoras directas, sin perjuicio de que puedan o no haberse considerado guardianas de dicha cosa. Así la apelante omite toda referencia a dicho argumento esencial consintiéndolo. Si el fundamento por el que la juzgadora determinó la responsabilidad de la demandada no es cuestionado en los términos del art. 260 del CPCC, queda comprendido entre aquellos aspectos o conclusiones de la sentencia que, no rebatidos, quedan tácitamente consentidos y escapan a la labor recursiva y revisora de la Cámara (S.C.B.A., 13-11-79 en DJBA 116, 383; causa 106.468 del 16-4-09 RSD: 11/09 de esta Sala IIIª). También alega la recurrente que se trató de un vicio de la cosa que para la médica constituyó un caso fortuito. Considera que yerra la Juez al considerar que su parte estaba en mejores condiciones de probar que el electro bisturí tenía fallas técnicas. Aduce que quien tenía toda la información sobre el aparato era la Clínica Independencia por ser su propietaria; en tanto ella estaba imposibilitada de ofrecer prueba porque desconocía la identificación precisa del aparato y la empresa que realizaba el mantenimiento. Dicho agravio tampoco ha de tener cabida, puesto que en la práctica de la medicina, la utilización de aparatos que carecen de protección frente a eventuales fallas (en el caso, un electro bisturí), es riesgosa e importa una grave negligencia por parte de quien se sirve de ellos. Incluso, en la hipótesis de los más seguros, si también son susceptibles de fallar, de lo que no se da cuenta el paciente por estar anestesiado, parece necesario ¿como mínimo recaudo de diligencia- que el personal que integra el equipo controle constantemente su buen funcionamiento, deber que también pesa sobre quien dirige durante el acto quirúrgico a tales profesionales. En tal hipótesis, la producción de un accidente del tipo es previsible, por lo que la situación no encuadra dentro del caso fortuito alegado. Si la profesional era quien estaba en ese momento a cargo del equipo, sobre ella pesaba la supervisión total del acto quirúrgico y, por tanto, de los elementos de que se servía para realizar la operación. De allí que la falta de ella o, en su caso, la utilización de elementos riesgosos, sin contralor suficiente, hace presumir su responsabilidad (art. 1113 del C.Civil, CNCiv, Sala E 16/10/98, ¿Desalvo, Miguel Angel c. Institutos Médicos Arntártida y otros?, JA, 2002-II, síntesis; en similar sentido CNCiv, sala H, 14/11/01 ¿Dieguez, Oscar c. Barredo, Claudio y otros?; Lexis, n° 30010396, citados por Amílcar R. Urrutia ¿Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica?, Hammurabi, 2010, p. 254) Atento todo lo expuesto, que en el caso el factor de atribución es objetivo ¿por vicio del electro bisturí que dañó a la paciente-, que la damnificada acreditó el vicio del instrumental utilizado y el nexos causal entre ese material defectuoso y el daño, correspondía a la médica responsable para liberarse probar la ruptura de ese nexos causal, lo cual no se ha logrado demostrar en la causa (art. 375 del CPCC; art. 1113 del C.Civil). Por consiguiente ha de confirmarse la sentencia apelada en cuanto le atribuye la responsabilidad por las lesiones sufridas por la actora.

5.- El resarcimiento 5.1.- Incapacidad sobreviniente y daño psicológico En lo medular se queja la Clínica Privada Independencia (demandada) porque se la hace responsable de toda la extensión de los daños físicos y psicológicos sufridos por la actora, los cuales ¿a su entender- hubieran sido menos gravosos de haber permitido aquella que la trate un equipo de profesionales especialistas. Cabe señalar que el razonamiento de la demandada se sustenta en que la actora abandonó el tratamiento ofrecido por la Clínica y no continuó el mismo con ningún otro profesional, infiriendo de ello que las secuelas ¿físicas y psicológicas- que padece no son completamente atribuibles a su parte. Sin embargo no se justifica aceptar sin más tal inferencia estando en juego la conservación o la restauración de la propia salud de una persona (conf., causa 1000.034 del 10/10/2006 RSD: 227/2006 de la entonces Sala IIa). En efecto, no sólo no está demostrado en autos que la actora omitiera someterse a un tratamiento de curación respecto a la lesión en su pierna como sostiene la apelante a fs. 632 ni que tal conducta haya sido la causa de las secuelas actuales (art. 375 del CPCC), sino que frente al daño sufrido durante el acto quirúrgico por parte de la paciente en las instalaciones de la Clínica demandada, su inasistencia posterior a la consulta de los profesionales de dicho nosocomio, no puede razonablemente ser entendida como un abandono del tratamiento que opere como factor limitativo o exonerativo frente al daño, sino por el contrario, como una actitud comprensible y justificada de parte de aquella que padeció el accidente en tal nosocomio (doctr. causa ¿Pusterla de Masciotra, Alicia c. Datsira s. ds y ps., 100.034 del 10/2006 de la entonces Sala IIa, CC0001 QL 2351 RSD-45-99 S 17/06/1999; JUBA sumario B2900919). A

ello cabe agregar que la experta médica designada en autos fue preguntada respecto a la incidencia del resultado dañoso ante la no realización del tratamiento propuesto (ver fs. 444vta.). Y su respuesta fue categórica al indicar que ¿de ninguna manera se puede aseverar que la cicatriz que posee la actora en la actualidad hubiera tenido un resultado mejor con la continuación de un tratamiento por cirugía plástica? (sic fs. 453; art. 474 del CPCC). Así entonces la hipótesis planteada por la recurrente en torno a que de haber concurrido la Sra. Castellucci, a un tratamiento bajo la supervisión de un cirujano plástico, sus secuelas físicas y psicológicas habrían sido menos gravosas, no se encuentra demostrada en autos (art. 375, 384 del CPCC; arts. 901, 902, 903 y cc. del C.Civil). Por consiguiente el agravio que pretende reducir el monto de la condena por incapacidad sobreviniente y por daño psicológico en base al tal argumento ha de ser desestimado, confirmándose así la sentencia en este aspecto.

5.2.- Daño moral Protesta la parte accionada por considerar elevada la suma fijada por daño moral (\$35.000). Cuestiona que la sentencia considerara el daño estético que padece la actora dentro del presente rubro ya que la cicatriz que detenta la víctima no se advierte a simple vista. Las heridas antiestéticas inciden de modo adverso en las posibilidades de la víctima, tanto por generar gastos destinados a disimularlas -cosmética- o a mejorarlas o eliminarlas -cirugía-, cuanto por causar dificultades a vencer frente a la oferta de trabajo y en toda otra esfera de la actividad humana. Pero ello ha de apreciarse no únicamente en vista de la extensión y ubicación de las heridas afeantes, sino más concretamente, de un conjunto de circunstancias en que, como la edad y sexo de la víctima, y características de su oficio o profesión, es apetecida la regularidad de la apariencia (conf. causa 110.307 del 26-04-11 RSD 33/11 de la Sala III^a). Es que, no por irracional, discriminatoria o injusta, puede desconocerse la realidad de que los seres humanos son en gran medida proclives a decidir ciertas opciones -principalmente en las relaciones sentimentales, sociales y laborales- conforme a lo visible (causa 103.560 del 2-11-09 RSD: 130/09 de esta Sala IIIa). Debiendo considerarse en el caso que por la ubicación de la cicatriz (en la pierna derecha sobre el tercio medio interno, de 6 cm de diámetro, distendida, deprimida, discrómica e hipersensible; fs. 424vta.), acaso resulte difícil a la actora, en determinadas épocas del año y en virtud de las vestimentas, poder disimularla. De ahí que ¿contrariamente a lo sostenido por la apelante- estas lesiones, repercuten en la persona como daño moral (doctr. causa 24963/2008 RSD 27/12 del 17.4.12 de la Sala IIa y causa en igual sentido 111083 del 8/9/2011 RSD: 110/2011 de esta Sala IIIa). Y ello es así porque el daño moral comprende todo menoscabo que haya gravitado en la paz y tranquilidad de la persona (causa SI-25457-2008 del 20/12/2016 RSD: 216/2016 de la Sala IIIa). En su justiprecio, ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima porque la indemnización no puede llegar a enriquecer al reclamante (causa D3896/07 del 13/03/2014 RSD: 23/2014 de esta Sala IIIa). Así entonces, teniendo en mira las circunstancias del caso (la Sra. Castellucci tenía 40 años a la fecha de la intervención quirúrgica, fue madre de un varón el día del hecho de autos -fs. 8-, en su vida cotidiana estaba afectada anímicamente -testigo fs. 372 respta. 4^a-, debió concurrir a los médicos para su tratamiento -testigo fs. 484-) y acudiendo a una representación intelectual de los padecimientos que, en la vida de relación importaron para la actora la afectación de su pierna luego de dar a luz mediante una cesárea, no se encuentra demostrado en autos que la suma fijada en la instancia de origen (\$35.000) deba reducirse como pretende la apelante (art. 165 del CPCC; art. 1078 del C.Civil, art. 1741 del CCYCN; art. 16 de la CN. Y 11 de la C.P.B.A.).

Voto por la afirmativa. La señora Jueza doctora Soláns por los mismos fundamentos votó en igual sentido. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA POR ELLO, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo: a) se confirma la sentencia apelada en todo lo que decide y ha sido materia de agravios; b) se imponen las costas devengadas ante esta Alzada a las demandadas vencidas (art. 68 del CPCC); c) se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad legal (art. 31 de la ley 8904).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

023140E