

Mala Praxis Medica Responsabilidad Del Cirujano Cirugia Reparadora Cemic Dictámenes Contradictorios Discapacidad Rechazo De La Demanda

JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Responsabilidad del cirujano. Cirugía

reparadora. CEMIC. Dictámenes contradictorios. Discapacidad. Rechazo de la demanda Se confirma la sentencia que rechazó la demanda incoada contra el centro médico, el cirujano y la aseguradora de riesgos del trabajo demandados, por la mala praxis médica atribuida con motivo de una cirugía reparadora, ya que los dictámenes contradictorios obrantes en la causa no brindaron al juzgador información suficiente para arribar a una solución uniforme sobre el abordaje que lucía apropiado a la dolencia del actor, de modo que no pudo concluirse que las secuelas invalidantes tuvieran suficiente nexo causal con el obrar médico.

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 12 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala ?I? de la Cámara Civil, para conocer de los recursos interpuestos en los autos: ?F F J c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas y otros s/ daños y perjuicios res. Médica s/ daños y perjuicios? respecto de la sentencia corriente a fs. 1078/1087 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. UBIEDO, GUIADO y CASTRO. Sobre la cuestión propuesta la Dra. UBIEDO dijo: I. La sentencia de fs. 1078/1087 rechazó la demanda deducida por F J F contra el Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas (CEMIC), contra el galeno E S P y contra Responsabilidad Patronal A.R.T.. Impuso las costas al accionante, quien apela el pronunciamiento expresando agravios a fs. 1148/1151, los que han sido contestados a fs. 1157/1163 y fs. 1175/1172 por CEMIC y por el galeno y su aseguradora citada en garantía, respectivamente. El conflicto se genera entre las partes a raíz de la cirugía reparadora del manguito rotador del miembro superior derecho efectuada al accionante el 21 de abril de 2009 respecto de la cual el actor en su calidad de paciente afirma que no logró mejoría por lo que tiempo después se somete a una segunda intervención con otro profesional, no obstante lo cual no ha recuperado la capacidad y movilidad total del miembro afectado. Atribuye su discapacidad al accionar del cirujano demandado quien -a estar a los términos volcados en la demanda- habría incurrido en mala praxis al efectuar la intervención. Al contestarse la demanda por parte del profesional médico y el Centro de salud demandado éstos atribuyen el no deseado resultado a la culpa del paciente por no utilizar el cabestrillo conforme lo aconsejado, pese a que le fuera reiterado ese consejo al concurrir a las consultas post operatorias. En iguales términos se expide la citada en garantía. En sus reproches la recurrente se remite a lo señalado por el perito médico consultor de su parte, quien no coincidiera con el dictamen del perito designado de oficio. De tal suerte reprocha tanto al rechazo de la demanda por la supuesta ausencia de responsabilidad médica del cirujano cuanto a la culpa atribuida al paciente. Asimismo solicita se impongan las costas en el orden causado. II) El primer agravio de la recurrente hace al marco legal aplicable al caso, ya que se reprocha la aplicación del nuevo ordenamiento de fondo sancionado por ley 26994, vigente desde el 1° de agosto de 2015. El reproche es atendible. Es que en este sentido es precisamente lo normado por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, interpretado por la colega de la instancia de grado como fundamento para considerarlo aplicable al caso, el que lleva a esta Sala a la aplicación de un criterio distinto. Así, se ha señalado en numerosos pronunciamientos que por imperio del referido art. 7 del nuevo Código, la normativa aplicable es aquella vigente al tiempo de la ocurrencia del hecho. Ello 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), lo que excluye claramente la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.996). Dicho esto y siendo que este Tribunal se encuentra facultado para determinar la norma aplicable - conf. principio iura novit curia se destaca que el marco que he de tener en cuenta a los fines de este pronunciamiento es el que establece el Código Civil de la Nación (ley 340) vigente a la época de la prestación médica cuestionada y cuyas consecuencias son cuestionadas en autos. A mayor abundamiento señalo que no comparto el fundamento de la magistrada del que se trasuntaría que considera que la presencia de daños generaría una suerte de novación de la obligación nacida de resultados del contrato pasando a constituirse entre imputado y damnificado una relación de víctima y victimario, sin tener en cuenta -a mi juicio- que de darse nexo causal entre el hecho y el daño se está en el marco de las obligaciones contractuales y su incumplimiento. En suma, no encuentro mérito para compartir el criterio de la magistrada de grado en este punto. Ello sin perjuicio de señalar que en el caso -como se verá- el marco legal tenido en cuenta por la sentenciante no ha de alterar la solución a que habré de arribar, paso a considerar los agravios del actor recurrente. Reprocha también la quejosa la errónea valoración de las probanzas arribadas y la conclusión a que la magistrada arribara al señalar que el profesional actuó conforme las pautas de su ciencia en tanto que el paciente no cumplió con la prescripción de utilizar el

cabestrillo para inmovilizar el brazo. Es del caso analizar prima facie la conducta del galeno demandado durante el acto quirúrgico visto que se cuestiona la técnica de abordaje que utilizara para reinsertar el manguito rotador, atribuyéndose a ese accionar consecuencias invalidantes. Por tanto debe establecerse si entre la intervención quirúrgica que efectuara P. y el deterioro físico y demás daños a que se refiere la pretensión resarcitoria existe nexo causal adecuado. Se relató en la demanda que F.G.F. sufrió un esguince del manguito rotador que fuera diagnosticado como tal y sometido a tratamiento kinesiológico. Al no ceder los síntomas concurrió a su ART quien lo derivó al CEMIC donde fuera atendido por el traumatólogo demandado quien diagnosticara rotura del manguito rotador, siendo sometido a cirugía para lograr su re inserción. Es precisamente la actuación profesional durante el acto quirúrgico la que merece el reproche del paciente quien entiende, que se erró en el abordaje ya que se cercenó parte de la musculatura del Deltoides para llegar al manguito rotador, procediéndose luego a su sutura, lo que provocó una debilidad de ese importante músculo. El perito designado de oficio dictamina a fs.465/467 que los pasos que se siguieron tuvieron una adecuada ejecución, agregando que la dehiscencia del deltoides se produjo por la falta de colaboración del propio paciente ya que no usaba el cabestrillo permanentemente, pese a lo indicado por el cirujano, lo que hizo constar el galeno en su ficha de consulta. (v.fs. 466 vta.). A su vez, al responder a fs. 479 y fs. 495 a las impugnaciones de las partes señala que en la segunda intervención efectuada a fin de reinsertar el manguito, el cirujano interviniente Dr. R efectuó el mismo procedimiento que su antecesor realizando la reposición muscular y reparación del manguito rotador, utilizando dos arpones ya que encontró deshilachado el implante anterior. Agregó que no todas las operaciones logran el mismo resultado jugando en el caso el hecho de que el actor era obeso y no respetó las indicaciones del galeno de mantener inmovilizado el brazo durante varios días. Agrega que no existió iatrogenia en la cirugía cuestionada y existen un 30 % de causas que no son atribuibles al cirujano sino a circunstancias tales como edad, diabetes, miopatías, inadecuado cuidado post operatorio. Por su parte el accionante basa sus cuestionamientos precisamente en la opinión de su consultor técnico quien a fs. 471 señala que conforme lo dicho por el mismo demandado en el acto quirúrgico que llevara a cabo se ?desinsertan fibras del Deltoides...?se reinsertan las fibras del deltoides totalmente?. Ello es demostrativo de que no se divulsionaron -o separaron- estas fibras sino que fueron seccionadas para posteriormente ser suturadas, dejándose un sector de mayor debilidad en el músculo seccionado debiendo en la segunda intervención llevada a cabo para reparar la dehiscencia ?reinsertar el deltoides?. En rigor, sin desmerecer los conocimientos y opinión científica de los profesionales médicos que han dictaminado en autos, dada la contradicción de sus opiniones, no encuentro mérito para atribuir mala praxis al accionar del demandado durante el acto quirúrgico. El hecho de que la demandada se encuentre en mejores condiciones (sea por contar con mayor y eficaz información, acceso a elementos probatorios y conocimientos que le permitan arrimar probanzas de utilidad para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos), no relevaba a la reclamante de la carga de probar las circunstancias que permitan establecer la culpa médica que se imputa (conf. art. 377 del CPCCN). Como bien se ha dado en señalar pacíficamente en doctrina y jurisprudencia que por conocida omito citar, el paciente no puede establecer a priori en que aspecto ha fallado la atención médica pero, para adquirir certeza que permita imputar responsabilidad debe encontrarse sustentada su calificación en elementos que gocen de suficiente fuerza de convicción. En el caso, no pudo pasarle por alto al actor que bien podía anticiparse una divergencia de dictámenes periciales como la que finalmente se presentó en autos. Así, la imputación de responsabilidad sólo encuentra correlato en la opinión de su consultor técnico que no se ve corroborada con otros elementos de prueba que permitieran arrimar a mi ánimo la suficiente fuerza de convicción en punto a la existencia de un proceder inadecuado contrario a las reglas del arte, esto es, la utilización de una técnica de abordaje contraria a la utilizada en cirugías del tipo de la llevada a cabo por el demandado y contemporáneas a ese accionar. Esta Sala, ha sostenido en distintos pronunciamientos y anteriores integraciones que no cabe atribuir culpa al galeno si el tipo de patología, posibilidad de curación, diversas vías de abordaje en cuanto al tratamiento a seguir y/o ausencia de protocolos específicos llevan a una discusión científica en la que los profesionales no han arribado a un consenso médico al respecto y vale señalar que ?la culpa comienza donde terminan las discusiones científicas (Alberto J. Bueres, responsabilidad profesional de los médicos pag. 234; esta Sala in re ?Encina Cesar Daniel c/ Wainstein Bernardo s/ daños y perjuicios del 12/2013 con voto de la suscripta y sus citas?). En suma, no logrando los dictámenes arrimar a mi ánimo la suficiente información en la materia arribo a la conclusión de que existen al menos dos modos de abordaje. Siendo así y no pudiendo determinar cual era el abordaje apropiado a la dolencia y estado del manguito rotador mal puedo atribuir nexo causal entre las secuelas invalidantes que denuncia el accionante y que surgen del dictamen pericial del perito designado de oficio (v. fs. 465 vta.). Propicio en consecuencia confirmar el pronunciamiento recaído. En cuanto a las costas del proceso considero que por las particularidades del caso y la falta de coincidencia de los dictámenes técnicos agregados a la causa, las costas de la instancia de grado deben ser impuestas por su orden, receptando en este sentido los agravios del accionante. En cuanto a las correspondientes a esta segunda instancia han de imponerse en un 80 % al actor y un 20 % a la parte demandada integrada por el galeno y la Asociación CEMIC, como así también a la citada en garantía, lo que así propongo. Por lo expuesto, si mi criterio es compartido, propicio

confirmar el pronunciamiento recaído con el alcance referido. Por razones análogas, las Dras. GUIASADO y CASTRO 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 2° 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, 12 de octubre de 2017. Por lo que resulta de la votación sobre la que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1° Confirmar la sentencia apelada; 2) Imponer las costas de la instancia de grado por su orden, mientras que las de alzada se imponen en un 80 % al actor y un 20 % a la parte demandada integrada por el galeno y la Asociación CEMIC, como así también a la citada en garantía. Para conocer en los recursos de apelación interpuestos a fs.1090, 1097, 1099, 1102, 1103, 1105, 1107 y 1134 contra las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia dictada a fs.1078/1087, cabe ponderar las constancias de autos, la labor profesional apreciada en su calidad, eficacia y extensión, la naturaleza del asunto, el monto reclamado, las etapas cumplidas, el resultado obtenido y las demás pautas establecidas en los arts.1, 6, 7, 9, 37, 38 y concordantes de la ley 21.839 modificada por la ley 24.432. Teniendo ello en cuenta, los honorarios regulados a la letrada apoderada de la parte actora Dra. Delma Núñez de Craviotto, se reducen a la suma de \$ 29.000. Por no resultar elevados los honorarios del letrado patrocinante del codemandado P Dr. Julio Roberto Albamonte, se los confirma. Resultando reducidos los honorarios regulados al Dr. Pedro Oscar Alejandro Bancoff -apoderado del codemandado P-, se los eleva a la suma de tres mil pesos (\$3.000). Por resultar equitativos los honorarios regulados a los Dres. María Gabriela Paredes y Ana Inés Marchetti, por la representación del codemandado P y la citada en garantía Seguros Médicos, se los confirma. Asimismo, por resultar equitativos los honorarios regulados a los letrados apoderados de CEMIC Dr. Julio Frigerio y Nicolás Castilla Sastre, se los confirma. Considerando los trabajos efectuados por los expertos, el Decreto ley 16.638/57, el art.478 del Código Procesal y la ley de arancel para abogados de aplicación supletoria en lo pertinente, los honorarios regulados al perito médico Waldimer Jorge Volij no resultan elevados, por lo que se los confirma. Por resultar equitativos los honorarios regulados a los peritos psicóloga Julieta Lorena Cortina y contador Miguel Angel Ferro, se los confirma. En cuanto a los honorarios de consultores técnicos, cabe mencionar que sus honorarios, deben fijarse en una proporción menor de la que se establece para el perito designado de oficio puesto que revisten el carácter de profesionales coadyuvantes a la postura de la parte que los propuso (esta Sala exps. 71.055, 90.591, 132.261/98, 27368/07 entre otros). Por ello, los honorarios regulados al consultor médico Vicente José Vilella resultan equitativos, por lo que se los confirma. Por la actuación en la alzada, atento el interés debatido en ella y las pautas del art. 14 de la ley 21.839, regúlense los honorarios de la Dra. Delma Núñez de Craviotto en la suma de diez mil pesos (\$10.000) y los de los Dres. Federico Carlos Tallone, Julios I. Frigerio y María Gabriela Paredes en la suma de quince mil pesos (\$15.000) para cada uno de ellos.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. PAOLA M. GUIASADO PATRICIA E. CASTRO CARMEN N. UBIEDO

Correlaciones: Q., J. D. c/Clínica Monte Grande SA s/daños y perjuicios - Cám. Nac. Civ. - Sala M - 25/10/2012 - Cita digital IUSJU207181D Calabro, Elizabet Mabel c/Lancuba, Diego s/daños y perjuicios - Cám. Civ. y Com. Junín - 24/11/2016 - Cita digital IUSJU014850E 025648E