

## Mala Praxis Medico De Guardia Fractura Derivacion Para Intervencion Quirurgica

### JURISPRUDENCIA

### Mala praxis. Médico de guardia. Fractura. Derivación para

intervención quirúrgica Se modifica la sentencia apelada distribuyendo la responsabilidad en un 50% a cada parte por los daños y perjuicios sufridos por la accionante como consecuencia de la negligente atención del médico de guardia que la atendiera, quien omitió indicar la derivación a traumatología a la paciente que presentaba una fractura que requería intervención quirúrgica.

En la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, a cuatro de diciembre de dos mil dieciocho, reunidos los señores Jueces de la Excma. Cámara Primera de Apelación para dictar sentencia en los autos caratulados: ?Delcogno, Luciana Paola c/Agotegaray, Juan Ignacio y otros s/daños y perjuicios?, del Juzgado Civil y Comercial N° 1, del Departamento Judicial San Nicolás, habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Dres. Amalia Fernández Balbis, Fernando Gabriel Kozicki y José Javier Tivano, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ª.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs.346/356vta.? 2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza Dra. Fernández Balbis dijo: La magistrada de grado dictó sentencia en autos, en la que acogió la pretensión indemnizatoria en favor de la actora por los daños producidos como consecuencia de lo que consideró un error de diagnóstico y del posterior tratamiento conservador (inmovilización de la rodilla) del médico de guardia, Dr. Juan Ignacio Agotegaray, tras su atención el día 4 de diciembre de 2009 en el Sanatorio de la Fundación Nuestra Señora del Rosario, condena que alcanzó tanto al nosocomio como a la aseguradora, TPC Compañía de Seguros, en la medida del contrato. I.- Los agravios: La actora, el médico, la Fundación y la aseguradora presentan recursos de apelación contra el fallo. La primera, se agravió de la insuficiencia de los montos admitidos en concepto de incapacidad, daño moral, tratamiento médico y psicológico y por el incorrecto abordaje hecho a este último (fs. 374/ 384 vta.). El galeno y la Fundación señalaron (a fs. 387/392) que la demanda debió ser rechazada con fundamento en que el médico de guardia había actuado con las previsiones del caso al inmovilizar la zona y derivar la atención a médicos especialistas de la elección de la paciente, dado que no le correspondía a él continuar con el tratamiento prolongado. Para ello, se apoyaron en la prueba producida, cuya valoración por la magistrada consideraron absurda. Dijeron, además, que la actora (que nunca fue internada, por lo que no se hizo Historia Clínica) regresó al Sanatorio recién el 29 de Diciembre, para hacer consulta a los traumatólogos que la atendieron y llevaron a cabo los estudios del caso, sin haber visto más al demandado Dr. Agotegaray. La aseguradora, en tanto, se agravió de que la jueza tuviera por acreditada la culpa médica y la relación de causalidad entre el obrar del médico y el daño basándose en una pericia que no consideró la circunstancia de atención en guardia médica sanatorial ni reparó en la restante prueba aportada. [Sustanciados los agravios y evacuados los traslados, en orden a disipar toda duda frente a una eventual nulidad procesal que pudiera plantearse ante la falta de intervención de la Asesora de Incapaces (en virtud del certificado de fs. 10/11), se dispuso la medida que obra a fs.428/430 (conf. art. 34 inc. 5° del CPCC). La cuestión quedó despejada con lo manifestado y acreditado por la propia actora (fs. 451/456, 459 vta., 450 y 450 vta.) y por la funcionaria de ese Ministerio, que consideró que no debía intervenir dado que aquella no se encontraba comprendida en la prerrogativa del art. 103 del CCC ni en el art. 38 de la Ley n° 14.442 (fs. 458), con lo que la causa quedó en condiciones de tratamiento de los recursos. II.- Acerca de la responsabilidad del médico: 1. Relató la actora que tuvo un accidente con su bicicleta el día 3 de Diciembre por el que fue atendida en el dispensario de La Emilia y que al día siguiente concurrió a la guardia del Sanatorio de Nuestra Señora del Rosario, donde fue asistida por el Dr. Juan Ignacio Agotegaray (fs. 27) quien ordenó tomarle placas. Conforme la planilla de guardia de fs. 108, el 4/12/09 se asentó el motivo de la consulta: traumatismo de rodilla, e idem en el campo ?diagnóstico presuntivo? tras la radiografía indicada como n° 1 (de la que no obra agregado informe radiológico), mencionándose (a fs. 12): ?Inmovilización de rodilla. Fr. Peroné?. 2. Constituyó materia controvertida la derivación para atención en consultorios externos de traumatología, invocada por el médico como indicada conforme protocolo y negada por la paciente, que regresó a la clínica -esta vez en consultorio- recién el día 29 de Diciembre, sólo porque los padecimientos naturales por la fractura continuaron en el tiempo siguiente a aquella atención pues, según expuso, nada le dijo el médico acerca de la necesidad de un posterior control. 3. Veamos, entonces, si los hechos de autos constituyen un supuesto de responsabilidad profesional, tomando como punto de partida que éste responde por los daños generados en la medida en que incurra en la omisión de aquellas diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por imprudencia, impericia o negligencia, y en tanto ese obrar esté en relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, debiéndose agotar las diligencias necesarias a fin de que no queden dudas sobre la conexión causa- efecto que debe mediar entre el acto médico imputable y el daño producido. 4. En primer lugar, la conducta del médico de guardia, se entronca con la existencia de una chance del paciente de poder ser atendido o derivado con miras

al tratamiento adecuado o a la cura más aconsejable que posibilite su restablecimiento. Como regla, su decisión sobre el cuadro no es definitiva (conf. Rinessi, Antonio Juan, "Responsabilidad del médico de guardia", en Rev. de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2003-3, págs. 187/189).

5. Ese principio en la materia fue el invocado, aquí, como de "protocolo" por el testigo Oscar Rubén Artola (fs. 328), apoderado de la Fundación Ntra. Sra. del Rosario, quien aludió a la normativa internacional del médico de guardia (TRIAGE), como así también por la Dra. Stivala (fs. 335) mas esa constancia de derivación -negada por la actora- no surge asentada en la planilla de guardia (campo ?observaciones?), teniendo en cuenta que la RX n° 1 tomada en la guardia mostraba un cuadro descrito como ?fractura de peroné? (pericia médica de fs. 269 y 270), el que era más precisamente, una fractura de la tibia a nivel del platillo externo y de la cabeza de peroné, e imponía un tratamiento quirúrgico con reducción y osteosíntesis (pericia médica de fs. 270 1° párrafo).

6. Cabe señalar, al respecto, que no todo error de diagnóstico compromete la responsabilidad del médico. Por el contrario, se ha sostenido que ?en el terreno del diagnóstico médico, el reconocimiento de culpa profesional constituye una excepción? (conf. Cavalieri Filho, Sergio, Programa de responsabilidad civil, 6ª edición, Malheiros editores, San Pablo, 2005, pág. 395, citado en López Mesa, Marcelo (Director), Tratado de responsabilidad médica, Ed. Legis, 2007, pág. 287); pero lo reprochable aquí no ha sido aquel diagnóstico ?presuntivo?, del médico de guardia, supeditado al posterior que sobrevendría tras la consulta al médico de la especialidad, sino la pérdida de chance por la omisión de derivación a consultorio para el diagnóstico y tratamiento definitivos, una derivación cuya prueba correspondía al demandado en virtud de lo establecido por el art. 2° incs. f) y g) y 3° de la Ley 26.529 (Ley de Salud Pública), puesto que no podría imponerse a la actora la prueba de un hecho negativo y aquél se encontraba en mejores condiciones de aportarla, para lo cual su mención en la hoja de guardia hubiera constituido prueba eficiente (art. 375 del CPCC; conf. López Mesa, Marcelo, op. cit. pág. 309 y sstes.).

7. Encontrarse en mejores condiciones de producir la prueba implica que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a su contraparte. Es decir, que en virtud del rol que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que ?dispone? de la prueba, etcétera, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al punto de atribuirle una carga probatoria que, en principio, según las clásicas reglas no tenía. Precisamente, esas mejores condiciones de aportar la prueba pueden fundarse en razones profesionales, técnicas, económicas o jurídicas (CSJN, 3/7/90, in re ?Corones?, LL 27/9/90, CSJN, 10/12/97, in re ?Pinheiro?, citados por Barberio, Sergio, ?Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar? En Cargas probatorias dinámicas, Peyrano, Jorge W. (Director), Rubinzal- Culzoni, 2008, pág.99 y sstes.). En tal sentido, la actora ha acompañado una ?solicitud de alquiler de material ortopédico? (inmovilizador de rodilla) por treinta días (fs. 21), que es indicio de que ésa fue la prescripción del de guardia, pues nadie contrataría material ortopédico de ese tipo sin previa indicación de un médico.

8. En cuanto al tratamiento que le diera a la fractura, cabe señalar que no existe culpa si el elegido temporalmente era uno de los sistemas aceptables (conf. Cazeaux-Trigo Represas, op. cit. pág. 564; citado en López Mesa, M, op.cit. pág. 297), pero es del caso que la radiografía exhibía la necesidad de una atención urgente por traumatólogo, pues la fractura requería intervención quirúrgica para la osteosíntesis (pericia de fs. 280).

9., Ahora bien, a pesar del relato de la actora, que aludió a que los dolores se agudizaban día tras día (fs. 27 vta., 2° párrafo), el accidente se había producido el 3/12/09, fue a la guardia del Sanatorio al día siguiente y recién pasados veinticinco días desde aquella consulta médica en la guardia(el 29 de diciembre, conf. fs. 22), acudió al especialista en Traumatología y Ortopedia de ese mismo centro asistencial, donde la Dra. Yanina Stivala solicitó una tomografía axial computada (TAC) de rodilla izquierda, que mostró que la paciente presentaba: "Fractura hundimiento de ambos cóndilos tibiales, con desplazamiento fragmentario en el cóndilo externo, que compromete además, la articulación tibioperonea proximal. También se observó fractura multifragmentaria de la epífisis proximal del peroné" (fs. 13 y 14). Con ese resultado, dado que aumentaban sus dolores y, según la actora, "no se le había dado ni el diagnóstico ni la atención correspondiente", formuló denuncia en PAMI, y, seguidamente, fue nuevamente atendida por el Dr. Barrios, de ese mismo nosocomio, quien ordenó un estudio de resonancia magnética, el 5/1/10, que coincidió en ese resultado, pese a lo cual la actora consideró deficiente la prestación del servicio médico a cargo de éste, que -debo señalar- no fue demandado en la causa. Esa demora en regresar para consulta por la lesión cooperó para la defectuosa consolidación pues cuando volvió a la clínica ya había pasado el momento de realizar el tratamiento quirúrgico (pericia de fs. 280).

10. Refirió la actora (al reclamar en el rubro pertinente) que esta situación angustiante y desgastante vino a agravar su problema de base, de retraso madurativo (fs. 29 vta. y certificados de fs. 10/11), el que no es jurídicamente relevante ni le ha impedido conocer los alcances del presente proceso, cuyas actuaciones y etapas ha leído y suscripto, comprendiendo el contenido de ellas (fs. 452 vta. y 453). Queda descartada de plano, así, toda duda que pudiera la suscripta haberse planteado en torno a quién debía recibir la información del galeno, si es que la paciente no estaba en condiciones de comprender lo que se le informaba (conf. art. 4° de la Ley 26.529). Sin perjuicio de esa comprensión, no ha intentado explicar aquélla las razones de su demora (por casi un mes) para asistir -al menos- a un control médico, ante un diagnóstico de fractura y los dolores que evidentemente no remitían pese a la

inmovilización. 11. La omisión de probar la derivación por parte del médico de guardia quien, de hecho, no articuló las medidas para el inmediato tratamiento de la fractura advertida en la consulta en un caso en que la indicación quirúrgica era absoluta para su abordaje en Traumatología (fs. 280), junto a la conducta de la paciente que dejó transcurrir veinticinco días sin asistir a consulta médica ninguna, contribuyeron a la pérdida de chance de curar, en un caso en el que el perjuicio no es la pérdida del resultado esperado, sino de las chances que se tenían para alcanzarlo (conf. Espinoza, Juan; "El daño por pérdida de una chance", en Kemelmajer de Carlucci, Aída, Responsabilidad Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2007, pág. 423), y en lo que ha sido objeto de la pretensión, es posible establecer aquí, una clara relación causal entre esa falta de derivación inmediata (prescribiendo en su lugar un inmovilizador de rodilla), que habilita -por lo antedicho- a concluir que medió responsabilidad parcial del médico (en proporción de un 50%), pues el resto lo aportó la desidia de la víctima que dejó transcurrir un prolongado plazo sin consulta médica. 12. La sentencia de condena debe -a mi juicio- ser modificada con el consiguiente reparto de responsabilidad, debiendo el médico responder en proporción del 50%, pues la mitad restante representa el aporte de la víctima con la demora para efectuar consulta a médico especialista, considerando que ella sabía que había sido atendida en una guardia médica (declaración de parte de fs. 332 preguntas 6ª y 7ª) destinada a urgencias únicamente, todo ello de conformidad con lo establecido por los arts. 1109 y 1113 del Código Civil. III.- La cuantificación del daño: 1. La actora se agravó de la insuficiencia de los montos fijados en concepto de daños físicos y no patrimoniales (daño moral). No obstante, en atención al resultado propuesto al acuerdo, que alude a una distribución de responsabilidad (50%), estimo justos los montos fijados en la instancia anterior, de conformidad con las condiciones personales de la actora descriptas en el fallo y valoradas por la jueza de grado, por lo que corresponde confirmarlos (arts. 1068 y 1078 del C.C.). 2. En lo que respecta al daño psicológico la perito dictaminó que los hechos impactaron en el psiquismo de la examinada, agravando el cuadro psicopatológico pre-existente, compensado con medicación y atención psicoterapéutica hasta la fecha próxima a este fallo, con pronóstico favorable (fs. 450 y 450 vta.). Cuando el daño consiste en la pérdida de una chance, no puede condenarse a pagar una indemnización equivalente a la que se debería si se hubiese realmente provocado aquél por una mala praxis (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto, "La cuantificación del daño en la responsabilidad de médicos y abogados?", Rev. Dcho de Daños, Cuantificación del daño, Rubinzal-Culzoni, 2001-1, pág.197), por lo que hallo justo el tratamiento dado al rubro y su inclusión dentro del relativo a los daños físicos. 3. Se agravó también la actora de lo exiguo del monto fijado para tratamiento médico, pues consideró que no se habían tenido en cuenta las consultas efectuadas en la ciudad de Rosario, fuera de la cobertura de la obra social, costos de las tomografías y radiografías. Considero, en lo particular, que le asiste razón en el reclamo, dado que la suma parece insuficiente por las lesiones sufridas en miembro inferior, que permiten presumir la existencia de gastos de farmacia, traslados, asistencia, entre otros reclamados (fs. 31 vta./32). Estimo justo establecer el monto en la suma de TRES MIL PESOS (\$ 3.000), teniendo en cuenta antecedentes recientes de esta Cámara (Exptes. 13361/18 y 13398/18) y la distribución de responsabilidad (50%), modificándose la sentencia en tal rubro. En cuanto al importe relativo al tratamiento psicológico, de una frecuencia semanal y por el plazo de diez meses, tratándose la condena de una pérdida de chance que no importa indemnizar el daño íntegro sino la disminución de posibilidades de curar sin secuelas y la distribución de responsabilidad dada en esta instancia, corresponde modificar el monto estipulado, conservando las pautas de su liquidación, que se ajustan a derecho, dada la fecha de su cuantificación, en ocasión de la pericia (arts. 1068 del C.C y 474 del CPCC), fijándolo en SIETE MIL PESOS (\$ 7.000). IV.- Las costas de alzada se imponen en un 50% a la actora y el restante 50% a los demandados, en virtud del vencimiento parcial y mutuo que impone la proporcionalidad adecuada conforme el éxito obtenido por cada una de las partes en sus aspiraciones controvertidas (art. 68 y 71 del CPCC; conforme Loutayf Ranea, Roberto, Condena en costas en el proceso civil, Astrea,1998, pág. 122/123). Doy así mi voto. Por iguales fundamentos los Sres. Jueces Dres. Kozicki y Tivano votaron en el mismo sentido. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza Dra. Fernández Balbis dijo: Por las razones expuestas al tratar los agravios, propongo al Acuerdo que hagamos lugar parcialmente al recurso interpuesto por los demandados y distribuyamos la responsabilidad en un 50% a su cargo, condena que se hace extensiva a la aseguradora en la medida del seguro (art. 118 de la Ley de Seguros N° 17.418), confirmemos el fallo en lo relativo a los montos fijados en concepto de indemnización por daños físicos y moral, como así también el rechazo al reclamo por daño psicológico, modifiquemos el monto por gastos de tratamiento terapéutico, colaterales y asimismo, los del tratamiento psicológico en la suma de \$ TRES MIL PESOS (3.000) y SIETE MIL PESOS (\$ 7.000) respectivamente, e impongamos las costas de alzada por mitades en virtud del vencimiento parcial y mutuo (art. 68 y 71 del CPCC). Así lo voto. Por iguales fundamentos los Sres. Jueces Dres. Kozicki y Tivano votaron 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: 1º.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por los demandados y modificar la sentencia dictada, distribuyendo la responsabilidad en un 50% a cada parte, condena que se hace extensiva a la aseguradora en la medida del seguro (art. 118 de la Ley de Seguros n° 17.418). 2º.- Confirmar el fallo en lo relativo a los montos fijados en concepto de indemnización por daños

físicos y moral, como así también, el rechazo al reclamo por daño psicológico. 3°.- Modificar el monto por gastos de tratamiento terapéutico y colaterales fijándolo en la suma de TRES MIL PESOS (3.000), y fijar los del tratamiento psicológico en SIETE MIL PESOS (\$ 7.000). 4°.- Imponer las costas de alzada por mitades, en virtud del vencimiento parcial y mutuo que impone la proporcionalidad adecuada conforme el éxito obtenido por cada una de las partes en sus aspiraciones controvertidas (art. 68 y 71 del CPCC). Notifíquese y devuélvase.- 037187E