

ERROR MÉDICO POR EJECUCIÓN DE UNA OPERACIÓN DISTINTA A LA CONVENIDA

Por Agustín Álvarez y Manuel Cornet

Comentario al fallo: *C. Nac. Civ., sala M, 08/06/2009, “L., D. v. C., A. V. y otros”, JA 2010-II- fás. 1, p. 48.*

1. Hechos

Un paciente se internó para que le practiquen una operación para corregirle una hernia (hemioplastía y extirpación de lipoma en cuero cabelludo), pero cuando despertó de la anestesia, se encontró con que había sido operado de otra cosa distinta: le habían realizado una *colecistectomía* (extracción de vesícula)¹.

Demandó la reparación tanto de daño patrimonial como moral, pero sólo prosperó éste último, ya que no se demostró que existieran perjuicios físicos causantes de daño patrimonial, curiosamente la pericia médica señaló que la extirpación de vesícula practicada era necesaria para la salud del paciente y la misma fue exitosa.

2. La responsabilidad civil

Los presupuestos de responsabilidad civil o del deber de reparar un daño son cuatro:

a. Antijuridicidad: incumplimiento de una obligación preexistente² o conducta ilícita. Es toda conducta contraria al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad y no en relación a sectores normativos en particular³. Comprende cualquier obrar contrario a derecho, como así el ejercicio abusivo del mismo.

b. Daño: patrimonial o moral, es la clasificación que admite nuestro ordenamiento. El artículo 1067 Cód. Civ. establece que *no habrá ilícito punible sin no hubiese daño causado*.

Por lo tanto, la sola existencia de la conducta antijurídica no basta para generar derecho al resarcimiento⁴, sin la presencia del daño o perjuicio no hay acción de responsabilidad civil.

(*) Publicado en Doctrina Judicial (La Ley), 23 de Septiembre de 2010.

¹ *La colecistectomía es la extirpación quirúrgica de la vesícula biliar*, extraído de Wikipedia: <http://es.wikipedia.org/wiki/Colecistectomía>, consultada el 06 de Mayo de 2010.

² Marcelo J. López Mesa – José Daniel Cesano, *Antijuridicidad y causas de justificación*, Edisofer-B. de F., Madrid-Montevideo, 2010, p. 26., Marcelo J. López Mesa, *La antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil*, JA 2009-I-1249, *El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”*, www.acaderc.org.ar/doctrina.

³ Conf. Alfredo Orgaz, *La ilicitud*, Lerner, Córdoba, 1973, p. 18.

⁴ Marcelo J. López Mesa, *Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo*, Colección internacional n° 11, Pontificia Universidad Javeriana – Biblioteca Jurídica Díké, Bogotá-Medellín, 2009, p. 58.

Debe haber un daño o sea un menoscabo patrimonial o moral, cierto (presente o futuro).

c. Causalidad: qué causó el daño y la medida de la reparación esta dado por la relación de causalidad, con este presupuesto se busca encontrar una relación de causa a efecto entre el daño y el hecho de la persona o cosa a los cuales se atribuye su producción⁵.

d. Factor de atribución: es el fundamento del deber de reparar un daño, es la razón que justifica la obligación de reparar⁶.

Pueden ser subjetivos (dolo y culpa, se atribuye una conducta reprochable) u objetivos, como la teoría del riesgo (art. 1113 C.C. 2ª parte), la equidad (art. 907 C.C.), la garantía (art. 1113 C.C. primera parte), la solidaridad social etc.

El primer presupuesto a analizar es el daño, ya que sin que haya daño, no hay responsabilidad civil⁷.

3. La indemnización pretendida.

El actor reclamó en su demanda la reparación de daños patrimoniales y morales.

a. Daño patrimonial

Curiosamente, a pesar del obrar antijurídico del médico, en este caso no se causa un perjuicio físico al paciente que le haya provocado perjuicios patrimoniales. La pericia señaló que la operación practicada no solamente que no causó ningún daño al paciente, sino que lo benefició, por que la operación era necesaria para su salud. Si bien no estaba pactada, se trató de una intervención exitosa desde el punto de vista médico.

Surge asimismo del fallo que la operación realmente practicada fue afrontada por la Obra Social, que requirió un cambio de orden de internación.

Lógicamente entonces, no prosperó el reclamo del daño material ya que no hubo daño patrimonial alguno.

b. Daño moral

En cambio, sí reconoció la sentencia la existencia del daño moral.

⁵ Hugo A. Acciarri, *La relación de causalidad y las funciones del Derecho de Daños*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 58.

⁶ Ver Ramón Daniel Pizarro, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 15.

⁷ Señala Orgaz que el daño no es el primer elemento en orden cronológico de la responsabilidad civil, sino que es razonablemente el último, ya que es una conciencia de la acción antijurídica, pero lo considera el primero desde el punto de vista metodológico, ya que sin daño, no hay que preguntarse si ha sido causado ilícitamente, con culpa etc... Alfredo Orgaz, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 1992, p. 9.

MOISSET DE ESPANÉS sostiene que hay daño moral cuando el acto hace sufrir a la persona, “*molestándola en su seguridad personal, en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas*”⁸.

LÓPEZ HERRERA describe que hay daño moral cuando una lesión a un interés legítimo causa bronca, insomnio, llanto, depresión, angustia, vergüenza etc.⁹, en fin, algún tipo de molestia considerable¹⁰.

Es decir que existe daño moral, cuando se lesionan la paz y la tranquilidad personales¹¹, y no cabe duda que el hecho de despertar en una sala postoperatoria y observar que uno no fue operado de lo que se había convenido, genera una sensación de incertidumbre y sorpresa que el paciente no está obligado a soportar.

Como expresa el fallo, “es imaginable la sorpresa desagradable que debió haber sufrido el actor al despertar y observar que no fue operado de lo que se había convenido”.

4. La antijuridicidad

En el caso que comentamos la conducta antijurídica del médico esta dada por un lado por el incumplimiento a lo convenido, ya que no se realizó la operación pactada sino otra distinta que no había sido requerida por el paciente.

Por lo anterior y consecuencia del error médico tampoco hubo consentimiento informado para la operación que realmente se le realizó al actor.

La sentencia de la Cámara¹² analiza profundamente el consentimiento informado, ya que al actor no se le había comunicado previamente que iba a ser sometido a intervención quirúrgica que se le practicó. Si bien hubo un “consentimiento informado”, este se refirió a otra operación, o sea, la que se había pactado previamente.

Durante el juicio los demandados no pudieron probar que el actor conocía que iba a ser sometido a la colecistectomía efectuada. Dos indicios que llevaron a esta conclusión fueron el cambio en la orden de internación y la modificación de la historia clínica (que fue rehecha para adecuarla a lo que ocurrió).

Si hubiera estado pactada la operación a la que fue sometido, no hubieran sido necesarias ninguna de las dos acciones. Y si se hubieran realizado previamente estudios de la vesícula, hubiera sido muy sencillo acompañarlos, pero esto no ocurrió.

El juez de primera instancia sostiene que se produjo un “error burocrático”, ante la comprobación de que hubo cambios de horarios de un paciente que iba a ser operado de vesícula en el mismo quirófano.

⁸ Luis Moisset de Espanés, *Curso de obligaciones*, t. 3, 3ª ed., Zavallía, Buenos Aires, 2004, p. 276.

⁹ Edgardo López Herrera, *Teoría general de la responsabilidad civil*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 164.

¹⁰ Sin embargo, no toda lesión a un interés legítimo no patrimonial resulta apta para generar daño moral, sino que habrá que valorar la repercusión que aquella provoca en la persona. C. Fed. Cba., sala B, 06/06/1996, “Spicogna, Eustaquia M. v. Estado Nacional” LL 1996-823.

¹¹ C. Civ. y Com. La Matanza, sala 1ª, 29/09/2003, “Frias, Berta del Carmen v. Mansilla, Luis Antonio y otro”, Juba sum B1950265.

¹² C. Nac. Civ., sala M, 08/06/2009, “L., D. v. C., A. V. y otros”, JA 2010-II- fás. 1, p. 48.

Hemos expresado anteriormente que la antijuridicidad puede ocurrir por el incumplimiento de la obligación (responsabilidad contractual) o por cometer un delito o cuasidelito (responsabilidad extracontractual).

Una conducta sólo es antijurídica cuando *viola un deber jurídico preexistente*¹³, es decir cuando *está prohibida por el ordenamiento*¹⁴, y como veremos en los dos apartados siguientes, la omisión del consentimiento informado en este tipo de operaciones constituye una conducta antijurídica por no hacer lo que la ley manda.

Sin embargo, señala con agudeza LÓPEZ MESA que “*el consentimiento no tiene efectos mágicos. Él no libera al médico automáticamente de responsabilidad; por lógica consecuencia, tampoco su falta lo responsabiliza automáticamente*”¹⁵.

5. La obligatoriedad del consentimiento informado

En la nueva manera de ver la relación médico-paciente, ya superada la visión paternalista del médico, se ve al paciente como un ser autónomo y libre para adoptar las decisiones referidas a su salud, a su cuerpo y a su vida¹⁶.

La expresión "consentimiento informado" enuncia dos cosas a la vez: *la obligación del médico de informar sobre la conveniencia de la operación o tratamiento y sus riesgos, y la ulterior respuesta del paciente que otorga su asentimiento*¹⁷.

Es por esto que ante la ausencia del consentimiento informado, se presume una doble violación: la del deber de información y contra la libertad de autodeterminación del paciente.

El fallo es anterior a la Ley 26.529 que en su artículo 6° establece la obligatoriedad del mismo en toda actuación médica (Derechos de los Pacientes), pero el *principio bioético de autonomía* venía siendo construido por la doctrina y la jurisprudencia, y además el artículo 19 inc. 3 de la Ley 17.132 (Salud Pública) establece que en los casos de operaciones mutilantes, es necesario el consentimiento del paciente por escrito¹⁸.

6. El contenido de la información y del consentimiento informado

¹³ Marcelo J. López Mesa, *Elementos de la responsabilidad civil. Examen contemporáneo*, Colección internacional n° 11, Pontificia Universidad Javeriana – Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá-Medellín, 2009, p. 241 ss. y *De nuevo sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil*, JA 2009-I-1243.

¹⁴ Marcela Tobía – Ramón D. Pizarro, *Omisión antijurídica, obligación de seguridad y daño moral*, JA 2000-II-294.

¹⁵ Marcelo J. López Mesa, *Los médicos y la información*, www.acaderc.org.ar.

¹⁶ Luis Alberto Valente, *Quid del consentimiento informado y la excusabilidad del error esencial*, La Ley Online.

¹⁷ Marcelo Hersalis – Juan Manuel Prevot, *Consentimiento informado: A propósito de la libertad de autodeterminación del paciente*, LLBA2007 (marzo), 154. Agrega un autor que “*el consentimiento informado es un ingrediente necesario para legitimar la actividad profesional, pero también, un procedimiento para informar en forma completa, continuada y comprensible, contemplando tanto el nivel intelectual como emocional del paciente*”. Luis Alberto Valente, *Quid del consentimiento informado y la excusabilidad del error esencial*, La Ley Online.

¹⁸ También por aplicación del principio de la buena fe (art. 1198 del C.C.).

Cabe aclarar que tanto el consentimiento como la información deben ser específicos, particularizados para el paciente, la enfermedad y la operación.

El artículo 5° de la Ley de Derechos del Paciente establece que la información deber referirse a *el estado de salud del paciente, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.*

Por esto no deberían admitirse formularios estándar en los que no se identifique al paciente o al procedimiento a seguir.

Esta aclaración vale, porque en el caso que comentamos, la clínica pretende hacer valer el consentimiento prestado para la operación de la hernia también para el caso de la vesícula. Nos parece inadmisibile, y el juez resolvió en el mismo sentido, solución que compartimos plenamente.

7. Las costas

Lo sorprendente de la decisión del juez se relaciona con las costas. En este caso se cargan todas al demandado, bajo el pretexto de que las costas deben imponerse al derrotado, aunque esa derrota sea parcial.

No coincidimos en lo absoluto con este criterio. El *principio objetivo de la derrota* no importa una sanción, sino un resarcimiento *de las erogaciones que ha debido efectuar la ganadora para lograr el reconocimiento de su derecho*¹⁹. Se imponen las costas como compensación a favor de quien se ha visto obligado a litigar²⁰

PALACIO define a la parte vencida como *aquella que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso*²¹. Puede ocurrir sin embargo que la pretensión de una parte prospere en un determinado porcentaje – 60% por ejemplo – y fracase en el restante 40%. La proporción que no prospera, significa el triunfo de la otra parte, por lo que no se puede considerar a ninguna de las dos como *totalmente perdedoras* o ganadoras.

En estos casos estimamos que lo justo es que las costas se impongan en proporción al éxito de la pretensión de cada uno.

En el caso que nos ocupa, la parte actora reclamó daños patrimoniales que no pudo probar su existencia, ya que el acto medico en si fue correcto, o sea, la operación fue conforme el arte medico, sin reproche alguno, exitosa y no dejó secuelas físicas.

Debido a lo complejo y a las tareas que insume la defensa en un juicio de mala praxis presumimos que el medico debió contratar un abogado y acordar los honorarios en un

¹⁹ Conf. Roberto G. Loutayfranea, “Condena en costas en las medidas precautorias”, en Revista de Derecho Procesal, *Medidas cautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 283.

²⁰ Jorge L. Kielmanovich, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, t. I, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, Lexis 8007/002361.

²¹ Lino E. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, t. III, 3ª ed., LexisNexis, 2005, Lexis 2506/002537.

porcentaje que va del 15 al 20% de la suma demandada por todo concepto, tanto el daño patrimonial como el moral por lo que es probable que haya sido mas cara la defensa que la condena, lo cual es tremendamente injusto y por supuesto inentendible para el galeno demandado.

Tanto el Juez de Primera Instancia como la Cámara han mirado a la victima y no han repartido las costas porque ello la privaría de la reparación integral de los daños sufridos, sin tener en cuenta el resultado de la pretensión atento los daños reclamados por el actor y los que realmente prosperaron.

No compartimos el fundamento dado por el Juez y la Cámara en el sentido que los gastos causídicos son siempre a cargo de la parte derrotada, aunque sea parcialmente, toda vez que al disminuir la cantidad monetaria que deben satisfacer los condenados se reduce correlativamente el monto de los honorarios, con lo que aquellos no experimentan mayor perjuicio que el proveniente de la responsabilidad en que quedaron encuadrados.

Con el criterio precedente se alientan demandas desmedidas y reclamos de daños a veces “soñados”, premiándose a veces al abogado aventurero en desmedro del prudente.

También con este criterio no se tiene en cuenta la realidad de lo que ocurre normalmente, ya que en estos juicios generalmente se litiga con beneficio de litigar sin gastos por lo que el abogado del médico, reiteramos, pacta con éste sus honorarios y es común que el monto de los mismos sea una proporción de lo reclamado

Apunta LÓPEZ MESA que existe una línea de pensamiento que sólo se concentra en el daño y la víctima, dejando de lado un serio análisis del resto de las circunstancias del caso²². *La sola presencia del daño, convertiría al damnificado en legitimado activo de un resarcimiento*²³, no importa tanto quién y porqué, mientras alguien tenga que pagar.

En muchos fallos ocurre que si bien se analizan correctamente los presupuestos de la responsabilidad civil y las indemnizaciones son sensatas y ajustadas a derecho, se imponen en forma irrazonablemente las costas (generalmente al demandado), suponemos que para equilibrar *equitativamente* las situaciones de las partes.

Reiteramos que la solución dada fomenta las pretensiones aventuradas y las demandas sin sustento real y razonable, motivadas por la creencia de que *alguien tiene que pagar*.

²² Marcelo J. López Mesa, *La ideología de la reparación y la concesión de daños porque sí*, LL 2008-B, 270.

²³ Marcelo J. López Mesa, *La culpa, la ideología de la reparación y la responsabilidad civil*, <http://blog.juschubut.gov.ar/sijblog/2009/10/la-culpa-la-ideologia-de-la-re.html>.