

RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

FAMILIAS • OBLIGACIONES • INSOLVENCIA

Dirigida por Héctor Alegria y Graciela Medina

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

COORDINADORES:

José H. Sahián

María Carolina Abdelnabe Vila

Año IX | Número 2 | Abril 2023

ISSN 2469-049X



INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS

LA LEY

Responsabilidad médica por omisión de estudios previos específicos por la condición del paciente

Liliana A. B. Urrutia^(*)

Sumario: I. Consideraciones preliminares.— II. Los deberes y obligaciones del profesional de la medicina.— III. La información adecuada y el consentimiento informado del paciente.— IV. La historia clínica: omisión de estudios previos.— V. La pericia médica: apartamiento parcial fundado.— VI. Conclusiones.

"El deber de actuación diligente marida con la prevención del daño. La omisión en las prácticas debidas, con las consecuencias dañosas."

I. Consideraciones preliminares

En primer lugar, queremos agradecer a la Editorial La Ley, que tan gentilmente nos ha convocado para comentar el fallo (1) que nos ocupa, sobre responsabilidad civil médica por la omisión de los estudios previos específicos que requería la condición especial del paciente. En lo particular, el Tribunal se basó en la carga de las afirmaciones, la completitud de la historia clínica, el informe pericial médico y el consentimiento informado del paciente.

El caso trata de un paciente diabético que se sometió a una cirugía de cataratas sin los estudios de laboratorio previos a la intervención que indicaran los valores de glucemia; o al me-

nos, no existe constancia en la documentación médica de que estos hubieran sido realizados. Los profesionales actuantes conocían la condición especial del paciente; y si bien la cirugía en sí fue realizada correctamente conforme la pericia médica, las consecuencias —cuadro de endoftalmitis— son frecuentes en pacientes diabéticos. Entonces, frente a un resultado de laboratorio con valores elevados de glucemia, la intervención quirúrgica debió suspenderse conforme lo indica la *lex artis*.

En primera instancia la demanda fue rechazada; en tanto que la Sala Segunda de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Morón revocó la sentencia de grado e hizo lugar a la demanda de daños por mala praxis galénica.

Preliminarmente, la Cámara dejó sentado algunos conceptos relacionados con la responsabilidad profesional médica.

En línea con la SCBA define a "la responsabilidad profesional como aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que esta le impone, constituyendo parte especial de la responsabilidad en

(*) Abogada, especializada en Derecho de Daños, Carrera de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UCA, Actualización en Derecho de Daños de la Universidad de Salamanca (2020). Profesora adjunta de Obligaciones y de Derecho de Daños de la Facultad de Derecho de la UNR. Vicepresidenta del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Rosario.

(1) CCiv. y Com., Sala II, Morón, RS-309-2022, "F. G. c. C. de O. I. y otros s/ daños y perjuicios", Causa N° MO-10223-08, 13/09/2022, Cita online: TR LALEY AR/JUR/126553/2022.

general, sometida a los mismos principios que esta" (2).

La relación médico-paciente, por lo general, tiene carácter contractual, y en tal contexto, se asienta sobre la idea de culpa. A la hora de juzgar, el Tribunal debe colocarse *ex ante* y no *ex post facto*; es decir, quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y hora en que los profesionales debieron tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo, cuáles eran los elementos con que contaban o podían contar los galenos; así, y salvo casos groseros, lo que se debe juzgar es si la acción que realizaron y la decisión que tomaron, estaba dentro de los cánones adecuados a lo que vieron, pudieron, o debieron percibir en ese momento (3).

La obligación galénica, en principio, es de medios y no de resultado. Esto quiere decir que, aunque el resultado del tratamiento no fuere el esperado no genera responsabilidad si no está probada suficientemente alguna conducta considerada reproachable.

En cuanto a la carga de la prueba, el Tribunal expresó que solo en el caso en que —luego de valorar la prueba— se arribe a la conclusión de que alguno de los hechos invocados no ha llegado a acreditarse, es que se deberá analizar la cuestión de la carga probatoria, su reparto y la eventual aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Y agrega que a veces las cuestiones de responsabilidad médica enfrentan un problema que es anterior a la cuestión probatoria— que es la forma en la que fueron afirmados los hechos.

En este tema, el Tribunal *ad quem* refiere a la posición de la Corte provincial bonaerense en cuanto tiene dicho que, en materia de respon-

sabilidad médica, la actitud de los galenos no puede limitarse a la mera negativa, sino que tienen que colaborar con el esclarecimiento de la verdad (4), lo que no puede circunscribirse solo a lo probatorio, sino que ha de imbricarse también en el ámbito de las afirmaciones.

En esta clase de procesos, la cuestión de la carga de la afirmación inicial es relevante, siendo uno de los pilares de la resolución junto con la valoración de la documentación sentada en la historia clínica; en especial, en cuanto a la información, diagnóstico y tratamiento previo de la condición especial del paciente diabético, lo que crea una presunción de verdad de la carencia de los estudios médicos previos a la intervención, concluyendo en una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional (5).

II. Los deberes y obligaciones del profesional de la medicina

El profesional de la salud, además de la prestación principal comprometida, en el caso la intervención quirúrgica "exitosa" en sí misma, tiene otros deberes y obligaciones, cuyo incumplimiento genera responsabilidad (6).

En el caso bajo comentario, la realización de los estudios de laboratorio previos a la cirugía, que la condición especial del paciente exigía conforme la *lex artis* —en caso de arrojar valores elevados de glucemia— hubiera evitado (prevención del daño) (7) las consecuencias lesivas para el cliente (endoftalmitis).

(4) SCBA, Ac. 82.684, 31/03/2004.

(5) Conf. SCBA, in re "García, Rodolfo Ricardo y otra c. Vassallo, Gabriela y otros s/ daños y perjuicios", 21/03/2018, citada por el ad quem.

(6) Puede verse: URRUTIA, Liliana A. B., "Cirugías estéticas embellecedoras. Una mirada desde la prevención y reparación del daño", RCCyC 10, 2020 (noviembre), 202.

(7) Pueden verse: GALDÓS, Jorge, "La Responsabilidad Civil. Análisis exegetico, doctrinal y jurisprudencial", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021; PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, "Tratado de Responsabilidad Civil", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código", LA LEY del 06/04/2015; "La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuricidad formal o material", RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 3. Cita Online: AR/DOC/852/2016; LLAMAS POMBO,

(2) SCBA, Ac. 31.702, Fallo del 22/12/1987, entre otros.

(3) La existencia de culpa médica obra como un presupuesto esencial para imputarle responsabilidad civil al médico demandado. Ésta debe ser siempre apreciada en concreto, siendo necesario preguntarse qué es lo que habría hecho un médico prudente, colocado en igualdad de condiciones extremas a las que se encontró el autor del hecho dañoso, teniendo en cuenta el estándar objetivo, correspondiente a la categoría de médico prudente, común, genérico. (Correa, María Angélica, "Responsabilidad médica y derecho a la salud", LL Gran Cuyo 2016 (marzo), 123. Cita: TR LALEY AR/DOC/119/2016).

II.1. Actuación médica diligente

La actuación del médico en el ejercicio de su profesión debe ser diligente (8) de conformidad a las reglas jurídicas y deontológicas que rigen su actividad. Su conducta debe ser modulada, en función de tales parámetros, atendiendo a los estándares que emergen de los arts. 1724, 1725, 1728 y cc. Del Cód. Civ. y Com. (9).

Así, el médico debe ejercitar su actividad profesional empleando la diligencia que el caso particular requiera. Estas previsiones se encuentran en tres ámbitos diferentes: la denominada *lex artis*, las indicaciones dispuestas en protocolos médicos y en reglas deontológicas (10).

En el caso que comentamos, el profesional actuante no ha empleado los recursos de la ciencia médica de manera adecuada, toda vez que se imponía la realización de los estudios de laboratorio específicos dada la condición del paciente diabético, previamente a la intervención quirúrgica, desconociendo de este modo la *lex artis*. En el informe pericial el experto responde al requerimiento del Tribunal, indicando que se

debería haber suspendido la cirugía hasta tanto los valores de glucemia hubieran dado normal.

En el marco de la regulación del Cód. Civ. y Com. son de aplicación las normas que rigen las obligaciones de hacer (arts. 773 a 777) y las disposiciones sobre los contratos, dada la naturaleza contractual del vínculo, que ordinariamente une al médico con su paciente.

En materia de responsabilidad profesional, el código establece que la responsabilidad será, por lo general, subjetiva, por su obrar culposo o doloso (art. 1768). Es una atribución de responsabilidad basada en un reproche sobre la conducta del profesional. Interesa especialmente la idea de culpa, que el código unificado define como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (11).

El incumplimiento de este deber de actuación diligente, compromete la responsabilidad civil del profesional, a título de negligencia, de impericia o de imprudencia (12).

El galeno omitió una práctica usual y necesaria en los casos de pacientes diabéticos, previa a toda cirugía, un análisis de laboratorio para conocer los valores de glucemia, determinante para proceder o no con la intervención. Esta omisión demuestra la impericia del médico interviniente y su responsabilidad profesional.

II.2. Información y comunicación adecuada

Además, el profesional de la medicina tiene la obligación de suministrar al cliente información adecuada, objetiva, veraz, comprensible y suficiente para la toma de una decisión y de al-

Eugenio, "Las formas de prevenir y reparar el daño", LA LEY, España, 2020; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Ed. Alveroni, Córdoba, 2015; UBIRÍA, Fernando, "Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015; MOSSET ITURRASPE, Jorge, y PIEDECASAS, Miguel, "Responsabilidad por daños", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

(8) Este deber está estrechamente ligado al deber de competencia, actualización de conocimientos o capacidad profesional. La citada cualidad no ha de referirse exclusivamente al nivel de conocimientos, sino que habrán de tenerse en cuenta otros factores que puedan influir sobre ese grado de idoneidad. Así, entre las modalidades de incompetencia cabe incluir la incapacidad física, la incapacidad emocional, la ignorancia y la deshonestidad, así como la falta o mal estado de los medios técnicos necesarios y habituales en el ejercicio de la actividad médica. (LLAMAS POMBO, Eugenio, "Doctrina general de la llamada culpa médica". On line: <https://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaEugenioLLamasPombo.html>).

(9) PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos, "Manual de Responsabilidad Civil", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, t. II, p. 111.

(10) Ibidem, p. 117.

(11) WIERZBA, Sandra M., "La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS, año XVII, nro. 9, sept. 2015, ps. 5 a 25.

(12) LÓPEZ MESA, Marcelo, "La responsabilidad profesional: aspectos relevantes en la doctrina y jurisprudencia europea actual", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Online: [file:///D:/6%20de%20octubre%202014/Downloads/artresponsabilidad-profesional%20\[1\].pdf](file:///D:/6%20de%20octubre%202014/Downloads/artresponsabilidad-profesional%20[1].pdf).

canzar por dicha vía el consentimiento informado (13).

La ley sobre los derechos del paciente dispone que tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de estos (ley 26.529, arts. 2°, inc. f, y 3).

El deber de información del médico se cumple con la explicación clara y sin ambages a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como el esclarecimiento del balance entre los efectos de esta y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados (14).

Es indudable que el desconocimiento por parte del paciente de las circunstancias que rodean su enfermedad, las posibilidades de éxito del tratamiento o intervención a los que va a someterse, así como de los riesgos que estos entrañan, da lugar a un consentimiento viciado, cuando menos, de error, que además sería esencial por afectar a puntos o requisitos esenciales del negocio jurídico, por ejemplo, al objeto del contrato, que es el bien jurídico protegible —salud o curación del enfermo— (15).

Asimismo, una entrevista apropiada a los fines del consentimiento, una adecuada información y comunicación médico-paciente (no un formulario preimpreso) podrían haber sido fundamental para el deber de advertencia del profesional de las condiciones especiales de su cliente, y así priorizar lo más indicado conforme la *lex artis ad hoc* a la hora de decidir o no la realización de la intervención quirúrgica.

Sin lugar a duda, es una actitud difícil de tomar para el cirujano, ya que significa dedicarle mucho más tiempo al paciente, más conversación y eventualmente no hacer la cirugía, por

no lograr un acuerdo con él. En esto consiste un buen proceso de consentimiento médico informado y no solo en hacerle firmar al paciente un documento (16).

Como lo sostiene el Catedrático Llamas Pombo, ese deber de información para el médico es, sin duda, una obligación de resultado. El alcance de tal información debe medirse en función de dos vectores: cuanto más graves sean los riesgos de la intervención o el tratamiento propuesto y menos imperiosamente necesarios sean estos, más lejos irá y con mayor rigor se exigirá la información por parte del médico (17).

Una vez cumplida la obligación de informar, y de manera previa a la realización del tratamiento aconsejado, el profesional debe requerir el consentimiento informado de su paciente (18). La obtención de dicho consentimiento es de carácter obligatorio (ley 26.529, art. 6°) y constituye un requisito de legitimidad del acto médico.

En el caso, si bien el consentimiento informado realizado en un mero formulario preimpreso no fue determinante para resolver el *iudice*, el Tribunal destacó su inadecuación.

II.3. Reducción de riesgos

El profesional debe, además, reducir los riesgos a que se expone al paciente, deber que va de la mano con la obligación de indicarle al cliente a qué riesgo se expone; si este asume voluntariamente luego de ser informado, los riesgos, el profesional queda liberado de compromiso. Pero si el profesional no informó al cliente los riesgos a que se exponía con la solución adoptada o, si el profesional eligió la opción por el cliente y lo hizo del modo más riesgoso, en sustitución de otras posibilidades de acción más conservadoras o prudentes, la responsabilidad del experto se impone (19).

(16) ARRIAGADA, Jaime, "Buenas prácticas en cirugía estética: algunas consideraciones desde la bioética", *Revista Médica Clínica Las Condes*, vol. 27, nro. 1, Chile, 2016, 113-121.

(17) LLAMAS POMBO, Eugenio, ob. cit.

(18) PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos, "Manual ...", ob. cit., ps. 121/122.

(19) LÓPEZ MESA, Marcelo, ob. cit.

(13) PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos, "Manual...", ob. cit., p. 111.

(14) LÓPEZ MESA, Marcelo, ob. cit.

(15) LLAMAS POMBO, Eugenio, ob. cit.

El beneficio buscado debe ser comparado con el riesgo corrido. En realidad, en el caso que comentamos, el riesgo asumido por el galeno no estuvo en la opción de la práctica —interventarlo o no al paciente— sino, en la omisión de estudios y tratamientos específicos que la condición del paciente imponía, reduciendo de esa manera el riesgo de las consecuencias dañosas, que sucedieron —el cuadro de endoftalmitis—, equiparándolo al riesgo de haber asumido la cirugía a pesar de la diabetes.

En suma, la obligación del profesional no constituye una obligación de resultado, sino que tiende, simplemente, a poner los medios necesarios y la habilidad precisa en cada campo de actuación, esto es, lo que denominamos *lex artis ad hoc*, que no es, sino la norma de conducta precisa a que deben sujetarse los profesionales en su actuar, atendidas las circunstancias concurrentes en cada concreto supuesto. Dicha norma de conducta constituye una adecuada regla para medir la conducta profesional, y que toma en consideración diversos parámetros, esencialmente, a) la adecuación de la conducta con la técnica normal requerida; b) la capacidad técnico-profesional del experto y c) la adaptación al caso concreto (20).

III. La información adecuada y el consentimiento informado del paciente

El Cód. Civ. y Com. (21) incorpora expresamente el consentimiento informado para actos médicos, entendiéndose por tal la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada (22) respecto a su estado de salud; 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; entre otros. Además, se establece explícitamente que ninguna persona puede ser sometida a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado.

Entre los requisitos del consentimiento, agrega José Márquez que este debe ser expreso (23), argumentando que, si bien el art. 1720 del Cód. Civ. y Com. no dispone que el consentimiento del damnificado deba ser “expreso”, el autor citado sostiene que las condiciones que fija la norma llevan a dicho resultado: si el consentimiento debe ser libre e informado y no puede constituir una cláusula abusiva, entonces solo a través de una declaración expresa se puede informar acabadamente al damnificado y solo a una cláusula contractual expresa se la puede reprochar como abusiva.

Por su parte, Úrsula Basset (24) cuando refiere a los criterios de especificación del consentimiento, expresa que un consentimiento difiere de otro, y se especifica respecto de él, por el objeto sobre el que consiente. Así, los requisitos objetivos, subjetivos y las formalidades se ajustan al objeto.

Esa proporcionalidad del consentimiento puede advertirse tanto en los elementos subjetivos, objetivos, formas y causa-fin. La proporcionalidad subjetiva supone que el sujeto que consiente esté en condiciones de ingresar, en términos de paridad, a la relación jurídica: para corregir la disparidad aparece el consentimiento informado o los apoyos; y la proporcionalidad objetiva significa que el consentimiento tendrá más exigencias, cuánto más grave sea su objeto. En general, cuanto más complejo sea el objeto del acto a consentir y más inherente a la persona la lesión que puede producirse, más elevados

(20) Ibidem.

(21) El art. 59 del código regula el consentimiento informado para actos médicos en consonancia con la ley de los derechos del paciente (Ley 26.529, art. 5).

(22) El consentimiento debe ser informado de manera prolija y pormenorizada. Vide: BUERES, Alberto, “Responsabilidad civil de los médicos”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

(23) MÁRQUEZ, José F., “El consentimiento del damnificado como eximente de responsabilidad (Análisis del art. 1720 del Código Civil y Comercial)”, LA LEY del 08/07/2022, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/203/2022.

(24) BASSET, Úrsula, “Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución”, LA LEY del 01/07/2021, 10. Cita: TR LALEY AR/DOC/1892/2021.

son los requisitos previos que se establecen respecto del consentimiento (25).

Asimismo, en calificada opinión, que compartimos, la profesora Nicolau considera que en el instrumento debe constar, además de la presencia del médico y el paciente, la de un testigo, ajeno al equipo médico, que pueda acreditar la veracidad de los hechos y las manifestaciones pasadas en su presencia al tiempo en que médico y paciente formalizan el consentimiento (26).

La prestación adecuada y oportuna de información al enfermo y su consentimiento previo al evento dañoso podrán impedir que se responsabilice al profesional por la materialización de riesgos conocidos y asumidos por el interesado directo. Así, podrá liberarse el médico de la obligación de reparar los perjuicios derivados de una complicación previsible de una intervención quirúrgica necesaria, cuando fue debidamente advertida, habiéndose tomado todos los recaudos para evitar dicha complicación (27).

Ahora bien, ¿qué efectos tendrá la prestación del consentimiento informado ante una propuesta profesional si, luego de su práctica, el interesado sufre un daño? Se ha dicho que el médico no se eximirá de responsabilidad por haber consentido el paciente un acto culposo de su parte. Resulta aplicable a esta situación el art. 1743 Cód. Civ. y Com., cuando dispone: "Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas..." (28).

Por su parte, el art. 1720 del Codex establece que el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constitu-

ya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles. Así pues, el consentimiento informado dado por el paciente damnificado es causal de justificación de la ilicitud del acto médico.

En el mismo sentido, se ha entendido que la falencia en proveer la información adecuada, aun cuando el paciente hubiera autorizado el tratamiento, permite apreciarla como una práctica negligente, llegándose a afirmar que el médico que soslaya datos relevantes al enfermo obtiene una aceptación fraudulenta (29).

En el decisorio bajo comentario el Tribunal analiza el consentimiento dado por el paciente y concluye que de ninguna manera se puede considerar que el formulario acompañado documente un verdadero consentimiento informado, pues se trata de un formulario preimpreso y sin mayores detalles relativos a la patología puntual y a sus consecuencias y riesgos, también puntuales; incluso a poco que se observa que siempre se utiliza el mismo.

De este modo, agrega el *iudicante* que tampoco se tiene adecuadamente demostrado que el actor haya sido debidamente informado de cuáles eran las potenciales consecuencias de la cirugía a la que se estaba sometiendo.

Luego de estas consideraciones, el Tribunal sostiene que en el *sub iudice* el tema del consentimiento informado pasa casi a un segundo plano, ya que las consecuencias que se produjeron no obedecieron a circunstancias normales dentro de la cirugía o a un riesgo propio de la práctica sino, como se concluyera, existieron errores médicos, de gravedad, configurativos de la culpa profesional.

(25) *Ibidem*.

(26) NICOLAU, Noemí, "Acerca de los derechos del paciente y de la relación médico-paciente", Revista de Derecho de Daños (Daños a la salud), 2011-3, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 98.

(27) WIERZBA, Sandra M., "La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS, año XVII, nro. 9, sept. 2015, ps. 5-25.

(28) *Ibidem*.

(29) RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, "Responsabilidad del médico", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 48; TALLONE, Federico, "El consentimiento informado en el derecho médico", LA LEY del 18/08/2002; PIROTA, Martín D., "Responsabilidad médica: situaciones susceptibles de generar mala praxis y de liberar de responsabilidad. Análisis de casos paradigmáticos", noviembre de 2007, Id. SAJ: DACF090024. On line: http://www.saj.gob.ar/doctrina/dacf090024-pirota-responsabilidad-medica_situaciones_susceptibles.htm.

IV. La historia clínica: omisión de estudios previos

Es pacífica la doctrina autoral y judicial en cuanto a que la confección de la historia clínica no es una tarea administrativa sino eminentemente profesional, y que dicha obligación no es de medios sino de resultados (30).

Además, es la principal fuente de información de los peritos, y la inexistencia de dicho documento o su incompleta o imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico y que, frente al derecho del paciente a ser informado y acceder a la historia clínica surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto y detallado registro de todos y cada uno de los pasos del tratamiento, dado que sus contenidos poseen —en principio— mayor inmediatez que otros medios de prueba (31).

También la historia clínica es el documento en el cual el médico puede acreditar el cumplimiento de su deber de información al paciente (otra obligación de resultado), ahora con expresa regulación en los arts. 2° inc. f) y 3° de la ley 26.529 (32).

En el fallo que comentamos resulta relevante la suficiencia y completitud de la historia clínica como medio probatorio para resolver el caso, además, de la prueba pericial médica. Es así como el Tribunal afirma que, ante la falta de indicación en la historia clínica de la medición de glucosa, debe considerarse, necesariamente, que esta no se realizó (33). Más aún cuando, posteriormente, sobrevino la infección.

(30) QUIRÓS, Pablo, "La culpa médica y el riesgo de ser médico. La solución en el nuevo Código Civil y Comercial", LLGran Cuyo, 2015 (marzo), p. 154. Cita: TR LALEY AR/DOC/4282/2014.

(31) Ibidem.

(32) Ibidem.

(33) Las omisiones en la historia clínica originan presunciones *hominis* desfavorables al médico, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarla, que debe ser apreciada con criterio riguroso; es decir, estas omisiones deben ser valoradas en juicio como antecedentes contrarios a la posición del actuante en el acto quirúrgico. (CHIALVO, Tomás, "La prueba anticipada en el proceso de daños y su correspondencia con la historia clínica",

En este caso era imprescindible dicho análisis de laboratorio ya que se trataba de un paciente diabético, condición que puede generar o agravar una infección posoperatoria.

Además, como surge de la pericial, el experto en forma categórica respondió al interrogatorio del Tribunal frente a las conductas a seguir en caso de valores elevados de la medición de glucemia, consignando que la cirugía se debería posponer hasta tanto dichos valores se encontraran dentro de los límites normales.

Más aún, la propia institución algunos días después de la cirugía consignó hipoglucemia no controlada, sugiriendo ver a un diabetólogo.

Es así como el Tribunal concluye que es dable presumir que algunos días antes fuera la misma, fundando su razonamiento en lo normado por el art. 163, inc. 5 del Cód. Proc. Civ. y Com.

Es relevante destacar que el *ad quem* se aparta de los tramos del informe pericial cuando se afirma que la actuación médica fue adecuada o correcta, toda vez que existió omisión por parte del médico de los exámenes prequirúrgicos necesarios; es decir, no fue adecuado a la *lex artis ad-hoc* el actuar profesional (quizá la cirugía en sí misma, pero no la actuación médica, que comprende la anamnesis, estudios de laboratorio, prequirúrgicos, etc.).

La omisión descripta configura, indudablemente, culpa médica al implicar una omisión de la adopción de los recaudos necesarios antes de emprender el acto quirúrgico. Es por eso por lo que el Tribunal se aparta de todos los tramos del dictamen en los cuales el perito puede sostener que la actuación médica fue adecuada o correcta, en la medida en que —al responder explicaciones— detalló que era necesario efectuar un análisis previo, del cual podía depender la suspensión de la cirugía, sin que exista constancia de que este se haya realizado.

Y así concluye que, en tal contexto, no puede sostenerse, de ninguna manera, la adecuación de los tratamientos y conductas médicas.

Dossier: Mala Praxis Médica, Selección de Jurisprudencia y Doctrina, SAIJ, versión febrero 2020, p. 172).

V. La pericia médica: apartamiento parcial fundado

En esta clase de procesos, la pericia médica es la prueba esencial, y así lo expresa el Tribunal de Alzada, considerando que la pericial aporta el conocimiento extrajurídico e indispensable para analizar la conducta de los profesionales involucrados.

No obstante, y con cita de Devis Echandía (34), afirma el Tribunal —para subrayar la libertad de apreciación de la que goza el juez— que es absurdo pretender que aquel esté compelido a aceptar ciegamente las conclusiones periciales; por cuanto, se desvirtuaría su función al convertir a los peritos en los jueces de la causa.

Ahora bien, adentrándonos en el análisis fundamental de esta prueba, el Tribunal de Alzada consideró relevante para decidir la controversia que:

- Se indica cuáles son los estudios prequirúrgicos que se deben solicitar ante una cirugía de cataratas.

- El resultado de la primera cirugía, que fue la de catarata, tuvo un posoperatorio inmediato favorable, luego de lo cual el paciente se complica con un cuadro de endoftalmitis, lo que determina la realización de los otros procedimientos para tratar de resolver este cuadro infeccioso.

- Según los datos aportados por la historia clínica, los tratamientos médicos realizados fueron los indicados.

- No existe ningún tipo de tratamiento médico que prevenga una endoftalmitis post quirúrgica con un 100% de éxito.

- El actor ha firmado los pertinentes consentimientos informados.

- Los pacientes diabéticos, a diferencia de las personas que no padecen dicha enfermedad, presentan un mayor riesgo a desarrollar infecciones.

Concluye el Tribunal, *prima facie*, que, según el tenor del dictamen pericial, el actor se sometió a una cirugía de cataratas, y que las complicaciones posteriores obedecieron a un proceso infeccioso, no existiendo medida que prevenga una endoftalmitis con un 100% de éxito.

Ahora bien, según constancias de la historia clínica no se menciona la medicación prequirúrgica indicada, como así tampoco que se le hubiera realizado la medición de glucosa por tratarse de un paciente diabético.

Así pues, afirma el experto que no se cuenta con registros de la glucemia previa a la cirugía de cataratas; y en caso de que esta se hubiese encontrado en valores muy elevados, la cirugía se debería posponer hasta tanto esta se encuentre dentro de límites normales.

El Tribunal, apoyado en la prueba pericial y en las constancias de la historia clínica, arriba a las siguientes conclusiones: a) que se trata de un paciente que padecía diabetes y que ello se encontraba consignado en las distintas atenciones médicas; y b) que las personas que padecen diabetes tienen mayor posibilidad de desarrollar cuadros infecciosos.

En suma, como el actor es una persona diabética, resulta necesario, previo a toda intervención, realizar medición de glucosa, hecho que —según las constancias de la historia clínica— no surge si fue efectuada, al no estar agregado a esta el examen de laboratorio; por tanto, no se cuenta con registros de la glucemia previa a la cirugía de cataratas. Y lo fundamental es que en caso de que esta se hubiese encontrado en valores muy elevados, la cirugía se debería posponer hasta tanto esta se encuentre dentro de límites normales.

Aquí vemos nuevamente la importancia de la suficiencia y completitud de la historia clínica como medio probatorio, cuando el Tribunal afirma que, ante la falta de indicación en la historia clínica de la medición de glucosa, debe considerarse, necesariamente, que esta no se realizó. Más aun cuando, posteriormente, sobrevino la infección.

Es relevante destacar que el *ad quem* se aparta de los tramos del informe pericial cuando afirma que la actuación médica fue adecuada o correcta,

(34) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Compendio de la prueba pericial", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1982, t. II, p. 134.

ya que, al responder a las explicaciones solicitadas, detalló que era necesario efectuar un análisis de laboratorio específico previo a la cirugía, del cual podía depender su suspensión. Por tanto, arriba el Tribunal que de ninguna manera puede sostenerse que se actuó conforme la *lex artis*; en el caso se obró con culpa médica por omisión en la adopción de los tratamientos y prácticas necesarias antes de emprender el acto quirúrgico.

La responsabilidad médica, en general, es una obligación de medios. El médico debe ejercitar su actividad profesional empleando las diligencias que el caso particular requiera. Estas previsiones se encuentran —según Pizarro y Vallespinos— en tres ámbitos diferentes: a) la *lex artis*, constituida por los usos, métodos o técnicas adoptadas por la práctica médica; b) las indicaciones dispuestas en protocolos médicos; y c) en reglas deontológicas (35).

Adviértase que en el *sub examine* se indemniza el daño ocasionado por la culpa profesional por omisión de los recaudos médicos que su *expertise* le requería; es decir, la omisión de los estudios y tratamientos específicos que la condición del paciente exigía previos a la intervención quirúrgica.

VI. Conclusiones

En breves líneas concluimos que:

a) La intervención quirúrgica fue realizada conforme la *lex artis*; por lo que no hubo mala

praxis en dicho acto médico. No obstante ello, la responsabilidad profesional nace por la omisión de los estudios y tratamientos necesarios previos por la condición especial del paciente.

b) La importancia de la completitud de la historia clínica, ya que, de haberse realizado los estudios necesarios para el caso, con valores normales que habilitaran la realización de la cirugía, se hubiera eximido de responsabilidad al profesional actuante; y, en caso contrario, se hubiera suspendido la intervención, evitando así el resultado dañoso.

c) La pericia médica como prueba esencial aporta los conocimientos extrajurídicos e indispensables para analizar la conducta galénica; no obstante, el juzgador goza de la libertad de apreciación, pudiendo apartarse de sus conclusiones fundadamente y con apoyo en otros elementos de juicio.

d) La prestación adecuada y oportuna de información al enfermo y su consentimiento previo al evento dañoso, podrán impedir que se responsabilice al profesional por la materialización de riesgos conocidos y asumidos por el interesado directo; sin embargo, en este caso el consentimiento informado (aunque deficiente) pasa casi a un segundo plano, ya que las consecuencias que se produjeron no obedecieron a circunstancias normales dentro de la cirugía o a un riesgo propio de la práctica sino a errores médicos configurativos de la culpa profesional.

(35) PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, t. 5, p. 362.