

1er día: Sábado 2 abril 2005: Hora 13.00 - 15.00

Mesa 2.A. Responsabilidad civil en las Instituciones de Asistencia

Coordinador:

* T.Adm. Florencia Cornú (Uruguay) <fcornu@rosadilla.com> -

Expositores: (15'c/u = 45')

* Dr Alberto Bueres (Abogado – Profesor - Argentina) <ajbueres@fibertel.com.ar>

* Dra. Dora Szafir (Magistrado - Uruguay) <dszafir@adinet.com.uy>

* Dr Ernesto Jordán (Médico – SOGIBA) <cjordan@fibertel.com.ar>

Panel reactivo: (10'c/u = 40')

* Dr Carlos Calvo Costa (Abogado – Argentina)

* Dra. Gloria de Armas (Abogado - CASMU - Uruguay) <dearmas@adinet.com.uy> -

* Dr. Mario Garmendia (Abogado - Uruguay) - <garmeric@adinet.com.uy>

Foro: (35')

Dr Ramón Rodríguez de Armas

A continuación trataremos el tema: "Responsabilidad Civil en las Instituciones de Asistencia Médica" en sus aspectos individual y empresarial. Dra. Cornú le pido que coordine la mesa y empecemos a desarrollar el tema.

- Tec Adm. FLORENCIA CORNÚ. <fcornu@rosadilla.com>

Buenos días, vamos a comenzar con esta mesa, con el orden del programa dándole la palabra al Dr. Alberto Bueres que nos acompaña desde Argentina.

- Dr. ALBERTO BUERES. <ajbueres@fibertel.com.ar>

Ante todo mi más profundo agradecimiento a las autoridades de estas jornadas. Para mí como siempre, constituye un gran placer y un gran honor disertar aquí en la República Oriental del Uruguay hermana y hoy particularmente en esta ciudad de Colonia. El tema que vamos a abordar es el de la culpa

profesional, de la culpa médica, una faceta de la culpa en general. Aquí hay dos problemas centrales, uno que es el de la apreciación de la culpa y el otro de la prueba de ese elemento subjetivo del juicio. Este último tema no lo vamos a tocar por razones de tiempo, pero sin perjuicio de ello luego podemos conversar, en el debate que se realice porque pensamos que es algo de gran interés no solo en América sino en Europa, en la Unión Europea concretamente por la diversidad de criterios.

Por lo que respecta a la culpa, debemos señalar que los juristas de la tercera etapa del imperio romano, los juristas bizantinos, consideraron que la culpa era el único factor de atribución del daño. La culpa tenía una función moralizadora que al cabo sirvió de fundamento a una responsabilidad castigo, a una responsabilidad pecado durante muchos siglos. Criterio por fortuna superado en las últimas décadas del pasado siglo XX y en lo que va del presente, por una responsabilidad justicia, diríamos.

A la luz de estas concepciones moralistas, surgió en Roma la teoría de la prestación o graduación de las culpas. De tal manera se distinguió entre la culpa grave o lata no entender lo que todos entienden y la culpa leve. Esta última a su vez podía ser apreciada en abstracto con referencia a un patrón u objetivo: no observar los cuidados propios de un buen padre de familia, o en concreto: no observar los cuidados que el deudor normalmente pone en sus propios negocios. Posteriormente aparece la culpa levísima que había sido mencionada en el digesto y que fue divulgada por los glosadores: no observar los

cuidados propios de un súper padre de familia, muy buen padre de familia. Y más adelante se distinguieron cinco o seis clases de culpa. Esto se conceptualizó mucho al punto tal que un autor Cacio ridiculizó estas categorías y propuso reducir la culpa a dos grados: la culpa lata o grave y la culpa leve. Por tanto la culpa levísima, bajo esta óptica, fue suprimida.

Dentro de este criterio reductor de la graduación de las culpas, la época de sanción del código civil francés, la época previa, el código francés es de 1804, pero como saben todos los abogados, uno de sus redactores sostenía que la teoría de la culpa en grado, aunque es ingeniosa a la postre va a resultar inútil porque el juez siempre va a decidir sobre la cuestión sometida a su conocimiento, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso.

Y este criterio fue recogido por el codificador argentino que fue Dalmasio Vélez Sarsfield en un artículo 512 que vamos a comentar en seguida, en cuya nota al pie se manifiesta contrario a la teoría de la prestación de las culpas. Hay algunas excepciones que se habla de culpa grave o de culpa leve que no pueden oscurecer la contundencia de la regla general, simplemente evidencian que el legislador argentino de aquel entonces no pudo sustraerse de las ideas que estaban latentes en esa época y que venían percutiendo desde el siglo XI en adelante por conducto de los autores del derecho común. Del mismo modo que sucedió con los redactores del código francés que rechazaron la teoría de la culpa en grados, pero que dejaron algunos resquicios por las influencias de esos autores del

derecho común, sobre todo recibidas a través de las obras de Domay y Potier.

El código argentino dice en un artículo 512 que la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias, que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar. No cabe aquí hacer un análisis de este texto que fue fuente de uno similar en el código español, de 1889 y del código peruano de 1884. Pero sí diremos que a partir de allí el esquema de apreciación de la culpa genérico y en una primera aproximación sería el siguiente: el juez de entrada tiene que apreciar en concreto la conducta que obró el deudor. ¿Cómo actuó el deudor? teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Y luego con esos elementos concretos imaginará un tipo abstracto, un patrón que le sirva de comparación, que va a ser flexible, fluido, circunstancial y que representará la conducta ideal que debió actuar el deudor en la emergencia.

Y de la confrontación entre el actuar real y el actuar debido, este último idealmente imaginado, el juez llegará la convicción de si hubo culpa o este elemento no se configuró. Se adopta, ustedes pueden apreciar un sistema mixto en la apreciación de la culpa. Concreto-abstracto, subjetivo-objetivo, o tornasolado si cabe.

En el análisis de la conducta obrada por el deudor sobre todo en materia de responsabilidades profesionales, la doctrina está

contesten en que debe tenerse en cuenta invariablemente las condiciones subjetivas, personales, también llamadas internas del deudor: inteligencia, habilidad, prestigio, contracción al trabajo, antecedentes, etc. Esto resulta con claridad para el derecho argentino de un artículo 902 que dice que "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y con pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". Un jurista célebre cordobés, ya fallecido Alfredo Orgaz, sostenía hace unos cuantos años que la diligencia que se refiere a un médico especialista no es la misma que cabe requerir de un médico generalista, o de un médico de guardia o de un médico común. Pero aquella del especialista va a ser la normal, la ordinaria, la típica, la media como dicen los autores uruguayos, para todos los especialistas de la misma clase, de la misma categoría.

La doctrina francesa, también la italiana, pero sobre todo la francesa a fines del siglo XIX y principios del XX, y a propósito de los médicos sostuvo que la culpa profesional era distinta de la culpa común, de esta corriente de los códigos. Se aducía que la medicina no era una ciencia exacta, o que era un arte, o que tenía algo de arte y que ello concedía al facultativo una libertad para actuar con una dosis acusada de personalismo insusceptible de ser captada por el profano.

De tal manera se separaba la culpa profesional o la culpa médica, y la culpa corriente, la culpa material, los actos de cuidado como decían los franceses, el olvidar una pinza o una gasa en el abdomen de un enfermo intervenido quirúrgicamente.

Y al hilo se argumentaba que el médico no debía responder de esta culpa profesional, sino tan solo de aquella culpa material. Por tanto los tribunales civiles, los jueces ordinarios abogados debían permanecer al juzgamiento de las conductas profesionales puras y éstas solo podían ser juzgadas por tribunales de ética, formadas exclusivamente por médicos. Algo así como un retorno injustificado por cierto, a los antiguos medievales fueros personales o tribunales gremiales. A lo sumo para una corriente de doctrina evolucionada o ecléctica en Francia, los tribunales civiles podían intervenir en supuestos ¿?? estuviera implicada una cuestión de pura profesionalidad si el facultativo hubiera actuado con culpa grave con culpa gruesa. Se hablaba de culpa gruesa, impericia notoria, etc.

Esta es la tesis que en Argentina Moset Iturraspe y también en España Joaquín Atas López, calificaron como de la responsabilidad eufemística , capacidad civil eufemística porque el médico desde esta contemplación podría ser responsabilizado desde el ámbito del derecho penal o administrativo, pero no desde el punto de vista de la obligación resarcitoria.

No obstante cabe señalar que la jurisprudencia francesa, aunque en los primeros veinte o treinta años del pasado siglo, hizo alusión en algunos fallos a esto de la culpa grave, impericia notoria o grosera, a partir de allí, 1925-1930, nunca habría exigido al profesional un nivel inferior al de la culpa leve, al de la culpa media. El médico dirigente, medio del ramo, de la categoría.

Una jurisprudencia desconceptuada en la Argentina, cuyos postulados se repiten a la ligera con propósitos demagógicos cuando se quiere cargar las tintas sobre el médico. Y quizás sin saber a ciencia cierta el valor de cuanto se afirma, porque no coinciden los enunciados dogmáticos con los razonamientos ulteriores de los fallos. no obstante rechazar esa culpa profesional privilegiada, que reconduciría a una responsabilidad civil eufemística, tal vez subconscientemente ha pretendido crear una culpa profesional opuesta, que sería la siguiente: el médico cualquiera sea su jerarquía, especialidad o antecedentes, siempre presta una culpa levísima, el súper médico. Este precedente, uno de ellos que es de 1997, es harto peligroso puesto que el deudor en la obligación y no sólo el médico, en el terreno de estos artículos 512 y 902 del código civil argentino, sólo presta la culpa leve, solo responde por la culpa leve. La culpa grave, a fortiori vale decir con mayor razón queda absorbida por la culpa leve en la medida que no hay prestación de culpa. Salvo en algún caso muy puntual o concreto en que una ley confiera relieve a una culpa grave, que no es este. Y la culpa levísima, esto también lo dice Gamarra para el derecho uruguayo, la culpa levísima jamás se presta.

Si esto fuera llevado a su extremo, tomado a rajatabla, el modelo abstracto ese que tiene que tener el juez para comparar la conducta obrada por el deudor y la conducta debida, sería la del médico sumamente prudente, el del médico diligentísimo, el del excelente médico o del médico del heroico actuar, como también se ha dicho.

Y esto no es de recibo, la ley lo decía Freitas, ese gran jurista brasileño, - no sé dónde está la profesora brasileña, - la ley exige que los hombres sean diligentes y no diligentísimos, prudentes y no prudentísimos. La ley humana no puede llevar nunca sus exigencias hasta imponer a los ciudadanos cosas insólitas o extraordinarias.

Por el contrario, hubo un fallo reciente que generó una gran polémica, fue criticado por las propias autoridades del gobierno de la ciudad de Buenos Aires, que retornan a la culpa grave cuando se trata de hospitales públicos. Se trataba de una operación de cirugía estética, una persona joven, que se había hecho una operación en la nariz. El tribunal allí calificó esta obligación como de medios, lo que técnicamente es correcto, puesto que puede discurrirse si se trata de una obligación de medios o de resultado, esto es conceptual. Y se llegó a la conclusión que no se había probado la culpa del facultativo que había intervenido quirúrgicamente a esta mujer y había quedado con un grave defecto en su nariz, y evidentemente esto no obedecía a una negligencia o una impericia del profesional. El problema son algunas afirmaciones que se hicieron. Que no puede soslayarse la situación de dichos entes asistenciales para hacer frente a la demanda de la mayor parte de la población carente de medios para atenderse en clínicas privadas. Y luego agrega, "le parece irrazonable exigir a médicos que se desempeñan en el colapsado sistema de medicina estatal, abocados para atender cuestiones de mayor gravedad y urgencia, con graves carencias de medios y de

material adecuado, una excesiva perfección, una cirugía estética de las características ya mencionadas donde se ha demostrado que se requiere una superlativa precisión para efectuar una resección simétrica del cartílago nasal. Si la actora se sometió a una operación quirúrgica de esta índole en un hospital público, debió prever que dicha institución tal vez no contara con profesionales de mayor nivel para realizar este tipo de operaciones embellecedoras y por lo tanto no podías exigirles el mismo resultado que era de esperar si contratara a cirujanos o especialistas medios que se desempeñan en el ámbito de la medicina privada, y con una importante retribución de servicios”.

Esto fue criticado hasta por los propios médicos de los hospitales públicos y las autoridades del gobierno y el fallo nos merece las siguientes reflexiones. En este fallo parece aludirse al nivel más bajo de médicos que el exigible que es el del buen profesional medio, como se dijo. El médico de un hospital público y de un hospital privado no puede bajar ese nivel, sea en tema de diligencia, de prudencia o de pericia. El hospital debe contar con un instrumental y elementos mínimos para realizar una correcta y segura intervención quirúrgica, máxime tratándose de cirugía estética. Si no tiene elementos, debe abstenerse de realizar la operación, ya que sí lo hace existiría una falta de servicio y un culpa del médico que realiza en forma precaria una operación que no es urgente para salvar una vida o un grave mal para la salud del paciente.

Puede ser que los elementos instrumentales de un hospital público y de hecho lo es, no sean los de una sofisticada clínica de salud privada, pero ello no quita que los hospitales público deben tener, deben poseer los elementos normales para asegurar una correcta operación.

La mejor o más sofisticada calidad del instrumental hará la valoración de la culpa en lo que hace a las circunstancias de lugar. El juez va a tener en cuenta lógicamente con qué elementos se actuó. Pero no a las aptitudes del médico, entiéndase bien, que jamás pueden ser inferiores a las grado mínimo exigible, el buen profesional medio puede actuar con mejores elementos o con peores elementos, y eso hará digamos, a una valoración de la culpa de las circunstancias de tiempo y de lugar, pero no al nivel que cabe exigir a un médico. La pericia y la diligencia que pone un profesional en curar o intervenir quirúrgicamente no pueden guardar relación conque cobre mucho o poco. En too caso si la retribución es escasa qué el médico vaya a trabajar a otro lugar, pues esto no es justificativo para ser descuidado o desaprensivo. Lo que pasa con los jueces también, cobran poco pero si no les gusta que vayan a ejercer la profesión de abogados, pero esto no quiere decir que tengan que actuar incorrectamente o por debajo de los niveles mínimos que les debe requerir la sociedad.

Hay pues un solo modelo que se corresponde con la culpa leve, que es el del profesional diligente medio que no es mediano o mediocre, es el modelo de perito o del artífice, que se corresponde con ese parámetro romano del buen padre de

familia, y esto lo dicen las doctoras Szafir y Venturini, lo dicen también muchos otros autores en nuestro país, la Argentina. Es el equivalente decíamos, técnico del buen padre de familia. En los países anglo-sajones se utilizan otros parámetros. Por ejemplo en Alemania se habla del cuidado exigible en el tráfico y en los países del comon law, de hombre razonable o del hombre razonable y ordinaria prudencia.

Hubo cuatro congresos en la Argentina entre 1989 y 1991, en que se fijó este tema con precisión. La Dra. Szafir votó en una de esas comisiones cuando fueron las Jornadas Rioplatenses celebradas en San Isidro en 1989, y se llegó a una conclusión unánime acerca de este tema de la apreciación o de la individualización de la culpa. Y se dijo que la culpa profesional es la culpa común, la culpa corriente emanada del contenido de esos artículos que hemos mencionado, 512 y 902, y que el tipo de comparación que ha de tener en cuenta el juez será el del profesional diligente o prudente medio de la categoría o clase en la que quepa encuadrar la conducta de ese deudor.

Bien, para concluir diré que en esta materia médicas en general, como todos ustedes saben o intuyen hay dos intereses en conflicto o tensión. De una parte la necesidad de proteger a sus víctimas que es la mira primordial del derecho de daños modernos, y otra parte la aleatoriedad del arte médico, que nadie puede desconocer, que debe merecer un tratamiento jurídico considerado ad hoc, aunque no sea de preferencia o de privilegio. Esto determina en primer lugar que la responsabilidad médica, por lo menos en lo que hace a cuidados médicos que

hay que tener, es en el sector de la culpa. El abogado y el médico en estos son privilegiados, porque los otros profesionales responden sin culpa, responden objetivamente.

Y en segundo lugar, no lo hemos tratado pero luego podemos conversarlo, nosotros no vemos con malos ojos que se siga manteniendo el criterio tradicional, de que en principio, por lo menos en principio, la carga de la prueba de la culpa medica incumbe al paciente. Sin perjuicio de que, como lo ha sostenido toda la doctrina moderna universal, esa carga de la prueba que a veces se torna tortuosa, angustiosa, o dificultosa se flexibilice a base de las presunciones judiciales, calificadas o comunes, y a base de esa regla del favor probatione, eso de las cargas probatorias dinámicas que se usa excepcionalmente, y que para casos muy puntuales o muy concretos, pone la causa de la prueba en la cabeza de aquel que se encuentra en mejores condiciones para probarla.

Creemos que los jueces argentinos, uruguayos, brasileños también, colombianos, latinoamericanos en general y también los jueces de los países europeos que nos son más afines España, Italia y Francia sobre todo, han tenido siempre presente estas premisas y se han conducido con criterios de justicia y equidad.

Muchas gracias.

-Dra. FLORENCIA CORNU. Damos ahora la palabra a la doctora Dora Szafir.

Dra. DORA SZAFIR. <dszafir@adinet.com.uy>

Buenos días, casi buenas tarde. Voy a tratar de ceñirme estrictamente al tiempo porque seguramente todos van a irse a comer porque ya es una hora avanzada. Espero que tengan un poquito de paciencia y más después para escuchar los panelistas que tienen cosas muy importantes

¿Qué es lo que nos convoca en un trabajo de muchos años y con el Dr. Rodríguez de Armas hemos trabajado muchísimo y es entendernos entre aquellos que ejercemos una rama de la ciencia, que es el Derecho y los que ejercen otra rama que es la Medicina. Tenemos que entender todos que el tema de la responsabilidad evade el campo de los médicos porque es un tema que todos aquellos que vivimos en sociedad hoy está de moda también la responsabilidad de los jueces y sin perjuicio que me comprenden las generales de la ley, me parece correcto porque todos debemos reparar un daño cuando los causamos aunque no tengamos intención de hacerlo pero porque nos equivocamos porque es nuestro deber tratar de actuar de la mejor forma posible y creo que todos nos sentimos con la conciencia más tranquila si por consecuencia de un error nuestro y cuando el legislador lo toma en cuenta ese error lo llamemos como queramos, es culpable, es decir es un error consecuencia de una imprudencia, de una negligencia, de una impericia, causa un daño a otro. Y qué mejor que encontrar, trasladar ese daño, quitar ese daño por lo menos económicamente a aquel a quien se lo causamos.

Creo que el Derecho es el único de medio de convivencia social y tenemos que entender que está regulado para todos, estemos en el lugar que estemos, seamos jueces, abogados, médicos, contadores y demás.

La responsabilidad significa en materia civil, nada más que trasladar el daño del patrimonio de la víctima que lo sufre como consecuencia en este caso específico, de un acto médico culpable, porque es normalmente la razón que justifica la reparación y cuando es además consecuencia adecuada de ese comportamiento incorrecto.

La responsabilidad tiene dos funciones y hoy por hoy le damos una gran trascendencia porque tenemos una ley de relación de consumo que así lo consagra a la función preventiva. Y prevención quizás lo entendamos también distinto en medicina que en derecho porque en definitiva en prevención en materia de derecho estamos hablando de mecanismos o instrumentos para evitar causar los daños a través de disuadir comportamientos antijurídicos y en medicina lo hablan como medicina preventiva, en el sentido de tratar que se contraiga una enfermedad. Pero la forma preventiva de la responsabilidad es una forma de disuadir determinados comportamientos, so pena que si incurro en ellos voy a tener que reparar el daño que causé. Y luego una función resarcitoria, no es sancionatoria. No existe en nuestro sistema todavía sanciones a los comportamientos antijurídicos en materia civil, solamente en materia administrativa, tema que estamos trabajando ahora, para tratar que existan también en otros ámbitos, cuando exista

dolo o sea intención en causar daño. Ustedes saben que eso en materia médica no existe, pero sí sucede en otros ámbitos, y el resarcimiento es dejar la víctima en una situación igual a la que tenía antes cuando el daño es consecuencia de una culpa.

De todas maneras vale la pena que los médicos se den cuenta de que a veces ellos protestan porque dicen no tienen medios para poder ejercer como yo quisiera o de hacer todo aquello que tendría que hacer en función de que las condiciones donde estoy trabajando no me lo permiten. Y eso es cierto, pero también es considerado a la hora de analizar un comportamiento médico por un juez. y por el propio legislador. Es decir, cuando nosotros vamos a analizar el comportamiento de un médico, le vamos a atribuir sólo aquellos comportamientos que dependen de él, pero no la falta de infraestructura que va a ser atribuible a la institución médica y no al médico. El médico va a responder por su propia culpa, mientras que la institución médica, y eso que desde 1868 existe la responsabilidad indirecta va a responder también por el médico que trabaja en su ámbito.

Todos los problemas que atienen a la organización, o a mejor dicho a la falta de organización que a veces crea algunas consecuencias dañosas, y yo les traje una sentencia para ilustrarles al respecto, y cómo se distribuyó la responsabilidad y muchos casos los médicos demandados fueron absueltos, pero sí fue condenadas la institución médica porque no era atribuible a un comportamiento del propio médico.

Y la culpa siempre va a ser el factor de atribución, pero qué pasa cuando los propios médicos, en aras de ventajas económicas y en algunas áreas de la medicina sobre todo prometen maravillas y con tal de conseguir clientela ofrecen aquello que saben no pueden ofrecer, incluso en la ley argentina existe como previsión en la ley que regula la ley de medicina, que son resultados.

En el Código de Ética Médica, del Sindicato Médico, en su artículo 17, se establece que se considera falta ética grave toda publicidad engañosa, manipulativa o desleal con fines de conquistar clientes. Y ustedes me dirán eso no lo hacen, pues si yo les muestro esto, es para los hombres, no sé si lo ven, que dice busto 90 y riesgo 0. Aplicando las últimas técnicas hoy en día es posible operarse un viernes y estar trabajando el lunes sin inconvenientes. Características: mayor firmeza, menor riesgo de caída, sin riesgo de encapsulamiento, el implante queda protegido sin riesgo de infección.

Ustedes fíjense que están prometiendo un resultado y luego cuando el juez en una sentencia como la que leía el Dr. Bueres, diría esta es una obligación de medios, que lo hemos sostenido con la Dra. Venturini desde el año 1989, se transforma en una obligación de resultado. Para las mujeres le ofrecen este personaje porque lo van a dejar así al marido cuando se va a operar, entonces si el marido no queda como este actor evidentemente habrá derecho a reclamar.

Entonces tengamos en cuenta lo que estamos prometiendo, cómo vamos actuar, y cuidemos de no prometer lo que no se

puede. Y esto es en el ámbito privado normalmente, más que en el ámbito de las instituciones médicas, pero sí en el ámbito de clínicas privadas que hoy están proliferando y que de alguna manera están llegando a estas situaciones.

Ahora les voy a demostrar cómo se distribuye la responsabilidad y veo algunas personas que han intervenido en este caso específico, el Dr. Guido Berro fue uno de los peritos designados y el otro el Dr. Voelker, en el cual se trataba de una demanda contra dos instituciones médicas y contra dos médicos en especial, a título personal. En ese caso ingresa el paciente a urgencia y se le da el alta diciéndole que le dan un pase al neurólogo. La esposa del paciente se niega a llevarlo, porque había venido trasladado desde Maldonado en ambulancia. Cuando lo llevan nuevamente al médico de guardia, le diagnostican foco de neumopatía aguda. Queda internado el paciente, que tenía antecedentes cardiovasculares de infarto agudo de miocardio y paro cardíaco y diabetes. Con estos antecedentes en un primer instante le dieron el alta.

Atribuyen los actores, esta es la versión de los actores, cuando lee la demanda uno dice qué horrible estos médicos que sinvergüenzas, y cuando lee la contestación dicen qué es lo que están pidiendo, estos médicos qué bien que actuaron porque eso es lo que tenemos los jueces, según miremos la demanda o la contestación, la historia es diferente.

Atribuyen la omisión a los controles para atribuir un diagnóstico claro y positivo, no fue internado en CTI como correspondía y las omisiones que atribuyen son: omisión de control de función

respiratoria, falta de monitoreo continuo, falta de control metabólico de su diabetes y que solo una vez se le controló el medio interno. Hubo indicación de una fibrobroncoscopia equivocada, incorrecta porque el paciente no estaba en condiciones de soportarla, y no ingresó a CTI en el momento que debía haber ingresado por su gravedad.

Citan bibliografía porque también nos agregan bibliografía médica, es decir que nosotros podemos entender algunas cosas, pero otras nos tenemos que atener lo que nos dicen los peritos, que son los que en definitiva me van a ilustrar respecto de cómo fue esa actuación. Y entonces aparentemente también se atribuye una responsabilidad especial a una médica que le indica una medicación de Parnox de mañana, la mantienen hasta la noche y el hombre cuando ya tenía disnea y polipnea, ustedes los médicos sabrán, no era aconsejable la indicación de ese Parnox y otro médico que lo ve no lo desaconseja y el tema es que se le da una medicación que aparentemente resultó inadecuada al momento concreto.

Luego el perito hace un análisis, incluso acá creo los peritos actuaron por separado y presentaron sus informes por separado y da la casualidad que eran coincidentes en la mayor parte de las conclusiones a las que llegaban y llegaban a una conclusión en cuanto a que habían habido fallas en la organización asistencial que un médico no tenía contacto con el otro, que no se había mirado lo que se hizo antes para tomar decisiones en cuanto lo que había que hacer después, que se habían omitido algunos tipos de controles que debían haberse efectuado, y que

también evidentemente pese a que todo eso había pasado, no se podía considerar, tema que hablaba hoy el Dr. Guido Berro, que la causa de muerte fuera la consecuencia de estas omisiones como causación en un 100%.

Qué es lo que hace un juez frente a este tipo de pericias que nos están indicando de alguna manera que hubieron omisiones, que faltaron a los controles, pero que debemos vincularlas causalmente con el resultado final, porque de lo contrario no podemos decir que hay responsabilidad.

El análisis que se hace es: ¿existió de acuerdo a estos comportamientos omisivos o a proactivos indicarle determinadas medicaciones que no eran las adecuadas, un posible foco causal?, y yo llegué a la conclusión, este era un caso que lo tuve yo en primera instancia que luego fue confirmado por el Tribunal con una pequeña modificación. Yo entendí que había una medica que había indicado en la mañana el medicamento y que luego que en la noche no se controla, que no podía haberlo indicado sin haberlo dejado condicionado ese medicamento a una nueva revisión y le había atribuido una incidencia causal muy mínima, que era un 10% del total de la incidencia que tampoco era un cien por ciento.

Es decir que todas estas omisiones lo que le hicieron perder al paciente fue una chance de una extensión de su vida, de una sobre vida que no podemos calcular porque matemáticamente no se puede estimar.

¿Cómo hacemos los jueces para estimar este tipo de cosas, pues es un poco con criterio de razonabilidad de acuerdo a lo

que sucede normalmente y de esa forma estimamos incidencias causales. A veces discrepamos entre nosotros porque en una primera instancia se puede atribuir una incidencia y en una segunda instancia bajarla o subirla según el enfoque y razonamiento que se haga. Pero siempre basado en los informes que los peritos nos proporcionan. En este caso sería atribuido a la institución médica de la cual los médicos que actuaron mal eran dependientes un 25% de incidencia causal; a la médica de ese 25% un 10%; se había exonerado al otro hospital porque lo único que hacía era brindar su infraestructura, pero eran los médicos de la otra institución que les arrendaba el lugar quienes decidían y tomaban los controles respecto de los médicos y ellos controlaban a su vez a sus pacientes.

De esa manera entonces se estableció la incidencia causal la que fue confirmada en su totalidad, salvo en cuanto a que la médica esta que había indicado el Parnox se consideró que podía haber sido también un problema que lo vio en la noche y se la eliminó de la responsabilidad.

Y yo me preguntaba hoy, cuando nosotros queríamos buscar un acuerdo y una posibilidad de entendernos entre todos. Entonces no sabía que iban a hablar de eso hoy, pero yo escribí con el profesor Celso Silva un librito que se llamaba "Error quirúrgico inexcusable" que a Puig no le gusta el nombre, pero a mí no me preocupa que le guste o no, lo que me preocupa que en el contenido estemos de acuerdo y que entendamos que error inexcusable o culpa, lo llamemos como le llamemos, tiene la conceptualización. Y allí cuando hacíamos las reflexiones

previas, habíamos escrito, y fíjense que este librito es del año 1998, decíamos "...quizás resulte comprender como un jurista y un médico pueden aunar criterios sobre un tema de responsabilidad médica. Sin embargo, cuando lo que se busca tiene un fin común, el ejercicio digno, vocacional y responsable del actuar médico, el acuerdo surge del intercambio de los conocimientos de dos ramas de la ciencia tan diversas, pero se necesitan a la hora de juzgar la conducta de un profesional de la medicina". Y hablaba del error, que no todo error generaba responsabilidad y citábamos una frase de Erich From, que decía en Psicoanálisis de la Sociedad Contemporánea "por las condiciones de nuestra existencia no podemos sentirnos seguros de nada. Si tomamos una decisión nunca podemos estar ciertos de sus consecuencias, pues toda decisión implica el riesgo del fracaso y si no implica no es una decisión en el verdadero sentido de la palabra. No podemos estar seguros de las consecuencias de nuestros mejores esfuerzos, lo que una persona puede hacer en favor suyo no es sentirse segura sino ser capaz de tolerar sin pánico ni miedo indebido". Y esto yo creo que es un buen mensaje y los médicos y los abogados buscamos soluciones para que el temor de la responsabilidad médica no sea más un fantasma que lleve a la medicina defensiva, porque eso no lo podemos concebir los juristas. Es imposible que un médico me diga que no atiende a un paciente por temor que me vaya a demandar.

Entonces está en estos momentos, si bien no es el proyecto de Morón como decía el Dr. Puig que la persona planteaba y me

parece una muy buena idea y está en el Parlamento y va a adquirir estado parlamentario porque está en el programa aparentemente de las normas que se van a dictar, una ley de fondo médico, administrado por los propios médicos, con una comisión honoraria, con un aporte muy mínimo porque hicimos un relevamiento de las sentencias y tenemos los montos de las condenas año 2003 y mitad de 2004. En un año fueron 251.000 dólares para todo el país y para todos los médicos los médicos e instituciones y en el año 2004 hasta julio fueron 188.000 dólares, habiendo doce mil médicos en actividad pueden juntar a 100 dólares per cápita, es decir a 8 dólares por mes, una suma de 1:800.000 dólares al año. Y esto aparentemente no sé por qué razón no ha cuajado en el ámbito médico. Yo quiero creer que sea porque no se ha entendido la idea dar tranquilidad con un mínimo aporte, porque todos tenemos que de alguna forma socializar ese problema de la responsabilidad y que creo es el enfoque y la idea o lo que ha tratado de ser el Colegio de Morón, cuando se mencionaba hoy en día.

Y para terminar yo les diría que vale la pena un mandamiento de Couture. Couture fue un gran maestro nuestro que nos dejó mandamientos a los abogados, pero que es perfectamente trasladable a la medicina, él dice "ama tu profesión, trata de considerar a la abogacía de tal manera", yo diría a ustedes traten de considerar la medicina de tal manera, "que el día que tu hijo les pida consejos sobre su destino, considérese un honor para ti que se haga abogado", o médico. - Gracias.

-Dra. FLORENCIA CORNU. Muchas gracias. Le vamos a dar la palabra al Dr. Ernesto Jordán.

- Dr. ERNESTO JORDÁN. <cjordan@fibertel.com.ar>

Bueno antes que nada agradecer a las autoridades de este evento el haberme dado la posibilidad de viajar desde Buenos Aires aquí para poder exponer desde el punto de vista médico, porque soy médico, la relación que existe entre el profesional médico y su relación o actividad con respecto a las instituciones y entendemos por instituciones lo que son hospitales, sanatorios, clínicas, mutuales, otras a cargo de las fuerzas armadas, sindicatos, en fin, en las que el médico pueda tener una relación como un asalariado o en algunas circunstancias no, ser el médico que utiliza la institución para llevar a sus pacientes como en el caso de utilizar una hotelería. Bien, vemos entonces qué puede ocurrir, y vamos a tratar la cosa cómo está conformado un equipo de salud, por otra parte tener responsabilidad de ese equipo de salud y de quién depende ese equipo de salud.

En cuanto al equipo de salud, y lo vamos a trasladar un poco a todas las especialidades médicas relacionadas con la cirugía, cualquiera sea pero relacionadas con la cirugía que es donde pueden ocurrir mayor cantidad de eventos disvalioso para el paciente.

Va a haber en estos casos un jefe de equipo y sus ayudantes, la instrumentadora que va a depender directamente del cirujano. Por otra parte pueden haber otros profesionales que están en el

quirófano y en el acto quirúrgico como es el anestesista, como puede ser el cardiólogo si se necesita una monitorización cardiológica, como puede ser el hemoterapeuta si se necesita una transfusión, o puede ser en los casos de obstetricia el neonatólogo que es quien va a recibir el niño recién nacido. Estos últimos tienen una autonomía científica propia y son responsables directos de sus actos. Yo si voy a operar a una paciente de cesárea, por ejemplo, yo no le voy a indicar qué anestesia tiene que hacer el anestesista, pero sí en qué condiciones está la paciente. Si es una paciente que voy a hacer una cesárea programada que está en perfectas condiciones estoy seguro que va a elegir realizar una anestesia peridural, pero si es una paciente que tiene un desprendimiento placentario o una gran hemorragia, está shockada, taquicárdia, con peligro de vida de ella y quizás de su hijo y actuar con mayor rapidez, estoy casi seguro que va a ser una anestesia general. Por qué, porque las anestésicas peridurales tienen la posibilidad de hacer descender mucho más la presión. A su vez el cardiólogo va a darse cuenta, monitoreando todo las cosas que ocurren en el acto quirúrgico, si le está bajando la presión a la paciente, o si yo le debo advertir que está perdiendo mucha sangre, pedir al hemoterapeuta que la transfunda si fuese necesario.

Eso es responsabilidad del cirujano que está viendo lo que ocurre. Pero si en ese acto viene el hemoterapeuta y le ponen sangre, y le ponen a pacientes A+ y le ponen otra, O+ y le ponen

A, es una confusión del hemoterapeuta, y se produce el desenlace de la paciente no es culpa del cirujano.

Si esa sangre, por ejemplo, mal estudiada tiene alguna posibilidad de transmitir HIV o hepatitis, tampoco es responsable del cirujano, sino el servicio de hemoterapia y, no quizá el técnico que vino a hacer el servicio en ese momento.

Y respecto también al neonatólogo, bueno de acuerdo a las condiciones en que se entrega el chico. El chico que estoy sacando por medio del acto quirúrgico y ya está gritando podemos pensar que es un niño con buena vitalidad, pero le entregamos uno muy feo, planchado, en muy malas condiciones el va a estar en peores posibilidades para que ese chico pueda sobrevivir.

Pero también en este acto quirúrgico, al cual es una cosa teórica lo que estamos suponiendo, está la responsabilidad del establecimiento, del personal del quirófano al cual yo no elijo, están los camilleros, las enfermeras, las esterilizadoras, los responsables del quirófano. Porque también debe haber gente responsable del quirófano porque si yo voy a operar debo saber que ese quirófano está en las mejores condiciones y, no un rato antes vino una paciente séptica y yo llevo una paciente en buenas condiciones y se agarra una infección intra hospitalaria, intra quirófano por estar en malas condiciones. Lo mismo con respecto al instrumental y al material de campo, eso también es responsable el cirujano puede observar cintas de viraje si ha sido perfectamente esterilizado y si está en condiciones para ser utilizado. Y los otros elementos, las gasas, todo eso,

controlar la esterilización, que muchas veces esto es abrir y ver si está bien. Y por supuesto confianza en mi instrumentadora que no vaya a manosear y a tocar las cosas. Y después lo demás, sangre, laboratorio, que también depende del establecimiento, yo debo confiar en que si pido urgente un estudio, cualquier estudio, en que me traigan los valores confiables para mí.

Vamos a ver quiénes son responsables en este equipo de salud.

Hay una responsabilidad directa en el cual no puede ser individualizado ese daño. Después hay una indirecta o refleja en que se puede identificar al responsable de cierto daño. Y después está la compartida o colectiva, cuando varios son los médicos cuando atienden simultáneamente a un paciente sin formar un equipo. Vale decir un politraumatizado en la vía pública, ¿quién lo ve? el neurólogo porque tuvo pérdida de conocimiento. Viene el neurólogo, hace su examen, detalla en la historia clínica lo que encontró y lo que necesita para la evolución de ese paciente. Pero también lo va a ver un traumatólogo quien lo examinará y pedirá las radiografías para comprobar si tiene o no tiene un traumatismo o una fractura, y quizás lo tenga que ver un internista, una persona que diga que está shockado, está descendiendo su hematocrito, está bajando, por ahí tiene un hemoperitoneo, cosas que debe evaluar un cirujano. Es decir, ahí cada uno tiene su estudio frente al paciente, pero el paciente va al óbito y luego hay que saber quién es el responsable de ese daño. Y cada miembro puede

eximirse de su responsabilidad probando su conducta, que su conducta la que actuó no provocó el daño.

Es decir cada uno va a tratar de sacar su responsabilidad frente a un paciente atendido por muchos colegas que trabajan en distintas especialidades.

Bueno, ahora viene de quién depende ese equipo de salud.

Puede ser que esté en relación de dependencia que son durante sus funciones, o en el ejercicio de ella, en los establecimientos asistenciales, con personal propio. Que son responsables de los actos administrativos, pero no son responsables de los actos profesionales. Es decir pueden ser responsables de todo el acto administrativo, si esa persona estaba a horario, si no se retiró, si cumplió con la atención de los enfermos en el horario que le correspondía, mientras él estaba en razón de dependencia, pero no lo él que hizo como profesional. Ese acto es responsabilidad de cada uno. Entonces sí responde por la negligencia de sus agentes, es decir va a responder la institución porque yo traje a uno que no estaba capacitado, y es lo que muchas veces ocurre porque buscan a un médico recién recibido sin mucha experiencia, lo ponen a hacer guardia, porque está poco pago y tienen a ese médico trabajando ganándose unos pocos pesos para poder subsistir y hace una guardia y quizás a veces se le escape algo en la atención de un paciente. Por eso puede ser la institución responsable por haber contratado a esa persona que no tiene una suficiente preparación como para estar cumpliendo con una guardia o atendiendo a pacientes. Y habrá negligencia por parte de ese paciente, si hace una negativa en la admisión

sin justificar el impedimento. Es decir viene una persona manifestando un síntoma, no le da importancia, no lo interna, y se va. La persona al irse de ahí le ocurre un acto fatal o va a otra institución y lo internan y diagnostican que debió haberse internado. Otros perjuicios pueden ocasionar también en las instituciones, y a mí me ha pasado, que un día el jefe vino a decir hacen falta camas, den altas rápido. Pero qué ocurre si yo le doy de alta a una mujer que no está en condiciones anémica, con el hematocrito bajo que acaba de tener a su chico no menos de 48 horas y hay otras que están esperando en camilla. Esa señora sale con su hijo, se cae en la vía pública, es atropellada por un vehículo o lo que pueda pasar, soy yo responsable que escaché la firma. Dije al jefe, si vos querés camas firmá vos las altas. Yo no voy a firmar las altas de emergencia sabiendo que hay pacientes que no pueden irse de alta en estas condiciones.

Bueno, lesiones o perjuicios durante la internación, debido a una vigilancia inadecuada. ¿Qué puede pasar? Dejar una paciente, que también ha ocurrido, la sacan de la intervención quirúrgica, los cirujanos se sacan los gorros, los guantes, barbijo, toman un café conversando sobre la operación, empiezan a redactar la historia clínica, la paciente está allí en un pasillo y comienza por ahí a recuperarse del estado anestésico y por ahí se da vuelta y se cae de la cama. Eso también ha pasado más de una vez, tiene que haber personal que se ocupe del paciente. Las caídas de las camillas o de las camas, ya sean enfermeras, mucamas o camilleros, quien sea.

Quemaduras accidentales que ocurrieron más de una vez por no controlar las incubadoras donde están los recién nacidos, que son responsables las instituciones que hacen el service o mantenimiento que les dicen cada 2 o 3 meses y lo hacen cada 1 año por las dudas y si todo funciona bien, los hacen más dilatado porque hay que pagar ese service. Falta de mantenimiento, eso es lo que digo, de equipos o instrumentos.

Error en medicamentos o cambio de indicaciones o de las vías o dosis, que a veces ocurre en farmacia que no hay esto y le van a dar lo otro porque total lo reemplazamos y es lo mismo, y no es lo mismo un antibiótico de un grupo que de otro porque pueden pasar cosas.

Y el otro tipo de profesionales, la relación que existe es el que actúa independientemente y que responde por sí y por los integrantes del equipo. Es aquel que alquila la hotelería de un buen sanatorio, sabe cuánto, va a pagar todo el paciente, yo lo llevo, la institución de lo que habíamos hablado es responsable hasta cierto punto, pero yo soy quien elige ese lugar como el mejor para llevar a mi paciente privada, que va a pagar todos los gastos, los honorarios, entonces yo también corro con la responsabilidad de haber llevado a un lugar donde existieron deficiencias.

Eso es más o menos un bosquejo, así que voy a dejar las cosas debido al tiempo. Como dice Gracian lo bueno, si breve, dos veces bueno. Yo no sé si fui bueno, pero sí fui breve.

-Dra. FLORENCIA CORNU. Vamos a darle la palabra y la bienvenida a los Dres. Carlos Calvo, la Dra. Gloria de Armas y el Dr. Mario Garmendia, quienes constituyen el panel reactivo de esta mesa. Muchas gracias a los panelistas, a los expositores.

- Dr. CARLOS CALVO.

En primer lugar quería agradecer también a las autoridades y organizadores de estas jornadas que me han brindado la oportunidad de disertar en este ámbito y por razones de tiempo quería comentar sobre un tema luego de haber escuchado las brillantes exposiciones de los panelistas que me precedieron. Un tema muy ligado a la culpa médica que brillantemente se refiere el Dr. Bueres y también a la cuestión del resarcimiento de los daños que mencionaba la Dra. Szafir en su sentencia, que es la cuestión de la pérdida de la chance.

Resulta frecuente en los últimos tiempos apreciar sentencias en las cuales se otorgan indemnizaciones a título de chance, cuestión que no era admitida con mucha facilidad años atrás. Uno se pregunta en qué casos se puede otorgar indemnizaciones a título de pérdida de la chance. La chance es muy variada, el más común, por lo general, es cuando existe una pérdida de probabilidad de sobre vida o de cura en un paciente o también como se han apreciado casos en la jurisprudencia argentina, la falta de obtención del consentimiento informado en el paciente. La cuestión de la pérdida de chance es controvertida porque muchos dudan de su certidumbre, es decir lo cierto es que todo daño para ser

resarcible tiene que ser cierto, personal subsistente. Algunos autores dicen que tiene que ser un interés lícito, nosotros no lo agregamos como requisito del daño, porque creemos que la definición de daño es un interés jurídico, pero sí es importante mencionar que la pérdida de la chance constituye una pérdida de una probabilidad que tiene una persona de obtener un beneficio, de evitar una pérdida. Y esa frustración de la posibilidad imputable a otro genera un perjuicio resarcible. Por lo tanto la pérdida de la chance está íntimamente ligada con la certidumbre del daño.

¿Cuáles van a ser los rasgos característicos de la pérdida de la chance? Una culpa del autor o la gente, hay un todo que está en juego y que se perdió, puede ser un juicio, puede ser la salud por ejemplo. Y hay sobre todo la ausencia notoria del nexo causal entre ese comportamiento culposo a que nos referimos y ese resultado final porque el mismo es aleatorio. Si existiera prueba de nexo causal no estaríamos hablando de pérdida de chance sino de resarcimiento del daño total.

Lo cierto es que el resultado que se procura obtener es en sí mismo aleatorio porque uno no sabe si finalmente ese resultado se iba a producir o no. Lo que sí es cierto que la probabilidad o posibilidad de obtener ese resultado o de evitar la pérdida ya es un beneficio o evitar una pérdida sea frustrado y eso es lo que le da la posibilidad de ser resarcible.

En la responsabilidad médica, para la configuración de la chance deben darse dos requisitos que creemos son puntuales. Uno es la existencia de un elemento culposo ya sea del médico

o del ente asistencial, ya sea porque se omite diagnosticar el mal que el paciente ya padecía cuando lo consulta, o porque se equivoca negligentemente el diagnóstico, o se lo retarda inexcusablemente. Y el otro elemento, que antes me había referido, es la falta de relación causal entre la culpa del médico y el daño definitivo o total que padece el paciente.

Y acá creemos que es muy importante distinguir entre lo que son daños definitivos y daños frustración de chances, porque hay sentencias que equivocadamente le imputan al accionar médico la totalidad del daño que sufre el paciente y no hacen la distinción de qué perjuicio le es imputable y cuál no. El profesor francés François Chavax en un artículo que publicó en el año 1994 en la revista *Jurisprudencia Argentina*, daba un ejemplo que es muy claro. Una mujer que padece hemorragias uterinas y concurre al médico con evidentes síntomas y el médico no le detecta, erra en el diagnóstico, no le realiza estudios detallados. Al tiempo la mujer va a otro médico que sí la somete a estudios complejos y determina detectando cáncer y la mujer finalmente fallece. No se puede decir que el primer médico sea culpable de la muerte de la señora, porque la muerte hubiera ocurrido igual, lo que sí es cierto que si ese cáncer hubiese sido detectado a tiempo, la mujer hubiese tenido amplias y grandes posibilidades de supervivencia. El profesor uruguayo Jorge Gamarra dice que cuando el cáncer es detectado en el primer estadio de su desarrollo, las chances de supervivencia son del 70%, mientras que si evoluciona hasta el estadio segundo o

tercero, las chances de sobrevivir son de 50 o 25% respectivamente.

Distinto es el caso, sí una persona contrae el sida en una transfusión de sangre que no le ha detectado la infección el ente asistencial, en ese caso la persona concurre sana al sanatorio o la clínica y sale con la enfermedad. En ese caso la relación causal es diferente que vemos.

En la jurisprudencia argentina no han habido grandes problemas en los últimos años para admitir el resarcimiento del daño a título de pérdida de chance. Si ha habido cierta resistencia en la jurisprudencia uruguaya, que recién después del año 81 a través de un fallo Brito del Pino, Juzgado Civil de 6to. turno, del 24 de junio del 81, se ha comenzado a admitir estas indemnizaciones de pérdida a título de chance. La tendencia se marca también en otros casos

Creemos que lo más dificultoso en la cuestión indemnización de la pérdida de chance es la pérdida de la relación causal. Y acá si me quiero permitir efectuar un análisis breve, por razones de tiempo, que es que nos parece desechable que con la sola demostración del daño se le impute la responsabilidad legal al médico. Creemos que la relación causal debe de probarse. Los franceses para probar que la prueba médica y la prueba del paciente no se tornara diabólica, hablaban de una causalidad virtual, criticada por famosos autores, sobre todo por el profesor Bueres en su obra "Responsabilidad de los Médicos", quien ha criticado en extenso esta teoría.

Nosotros creemos que la relación causal deba acreditarse. Obviamente que la función actual del derecho de daños tiende a ponerse del lado de la víctima y aquel daño que sufre la víctima y lo que es su reparación cuando éste haya sido causado injustamente y ella injustamente lo sufra también. Pero aún cuando existan teorías jurisprudenciales y procesales que tienden a aligerar la carga de la prueba de la relación causal, no debe soslayarse la misma creemos. Y acá es importante también mencionar la discusión que se somete respecto de quién debe probar la pérdida de la chance. El profesor italiano Senozencovich??? en su libro "La suerte del paciente", decía que el paciente debe demostrar que si hubiera habido un comportamiento diligente de parte del médico, se hubiera evitado el daño. Sin embargo, la teoría que adopta la jurisprudencia argentina que la sostiene entre otros el profesor Jorge Gamarra, establece que aunque el médico debe cargar con la prueba de la relación causal, diciendo que aunque hubiera actuado con diligencia, el resultado negativo de todos modos se hubiera producido.

Cómo se cuantifica la pérdida de la chance. Lo dijo la Dra. Szafir, depende de la razonabilidad y del poder del árbitro judicial obviamente con vistas de fundamentabilidad. El juez debe sentenciar de acuerdo a las pruebas producidas en el expediente.

Por lo tanto creemos que como conclusión podríamos decir que la pérdida de chance produce la indemnización de un daño cierto. No estamos hablando de un daño eventual ni hipotético.

En segundo lugar, como conclusión quiero decir que no debe soslayarse la prueba de la relación causal como equivocadamente creen los autores extranjeros, y en tercer lugar que la cuantificación siempre dependerá del caso en concreto y de lo que el juez observe en el caso. Pero siempre debe estar sustentada esta decisión en elementos de hecho, que le permita fundamentar y justificar su decisión.

Muchas gracias.

-Dra. FLORENCIA CORNÚ. Escuchamos ahora a la Dra. Gloria de Armas.

- Dra. GLORIA DE ARMAS. <dearmas@adinet.com.uy>

Buenas tardes a todos. Es un honor y un orgullo estar acá con este panel de personas que me precedieron y me acompañan porque realmente se puede decir que son creme de la creme de todos los países que están aquí representados. Yo voy a hablar en especial de lo que vivo a diario, en la arena todos los días y es del tema específico que nos preocupa "La Responsabilidad Civil de las Instituciones de asistencia Médica Colectiva".

Para los que no conocen el sistema de nuestro país, voy a hacer un pequeño paréntesis para explicar qué papel juegan las instituciones de asistencia médica colectiva. En este país pequeñito, de poco más de 3:000.000 de habitantes, hay más de 1:500.000 que están cubiertos por este sistema de asistencia

médica colectiva en todo el país, y eso en Montevideo se incrementa mucho más, porque de la población de Montevideo, es decir 1:000.000 de personas están cubiertas por las instituciones de asistencia médica colectiva. Es decir que solamente medio millón quedan fuera de esa cobertura, en Salud Pública, o quizás en nada. No sabría decir qué pasa con el otro tercio, pienso que la mayoría de ese tercio están en Salud Pública. Por lo tanto el tema de las instituciones de asistencia médica en nuestro país en cobertura de salud es muy importante.

Ahora bien, la responsabilidad. ¿Por qué responde y cuándo responden las instituciones médicas de asistencia colectiva?

Por todo y siempre.

Las instituciones civilmente responsables, que ya lo han mencionada acá los panelistas antes, por hecho del dependiente que puede ser el personal médico o el personal no, porque acá tiene que ver, como dijo el doctor que recién habló, desde el médico que puede tener cualquier tipo de inconveniente en su actuar, hasta el circulante, el enfermero que dio una inyección mal dada, hasta un administrativo que se equivocó cuando le entregó los resultados de un análisis.

Entonces corre con la desventaja que carga con todos los errores de todos los dependientes. Pero más aún porque las instituciones de asistencia médica también tengo que explicar que en este país hay un Fondo Nacional de Recursos que se ocupa de la medicina altamente especializada, es decir a pesar de que la cobertura de las instituciones de asistencia médica

colectiva es integral, hay determinadas prestaciones de alta tecnología que no la pueden brindar con sus recursos. Por eso en nuestro país se creó este Fondo Nacional de Recursos que funciona a través de los que se llaman Imaes, Institutos de Medicina Altamente Especializadas, los cuales se nutren, entre otras cosas, sus fondos con una cuota que se cobra junto con la cuota mutual y de la cual las instituciones de asistencia médica son agentes de retención. Simplemente lo cobran y lo vierten al Fondo Nacional de Recursos. El sistema con el Fondo Nacional de Recurso, va un paciente que requiere de una intervención quirúrgica cardíaca de alta tecnología, entonces la institución envía a ese paciente al Instituto de Medicina del Imae, el que él elija, el que él prefiera, y ahí se va a tender y en otro hospital, en otro sanatorio, con otro personal y sin embargo, a pesar de todo esto, la institución de asistencia médica que a la cual ese paciente ese paciente está asociado, responde también cuando aquel Imae, aquel Instituto de Medicina Altamente Especializada erró en algo.

Y también existen, lo que se llaman las clínicas contratadas, es decir hay determinados estudios con los cuales se contratan clínicas y ha ocurrido, la experiencia que yo tengo, un paciente que se cae de una camilla cuando hay que hacer esos estudios. Las camillas suben y bajas, no fue dentro de la institución, no fue con personal de la institución, pero de cualquier manera la institución es demandada, no quiero decir que es condenada, pero es demandada por ese hecho que ocurrió en otro ámbito, pero por el solo hecho de que ley prevé que puede hacerlo,

tenemos un artículo en nuestro Código Civil, el 1555, que establece que en el hecho o culpa del deudor, también se comprende el hecho o culpa de las personas por las que fueron responsables, por lo tanto es responsable de esas clínicas que contrata de lo que ocurre en ellas.

Entonces tenemos este escenario, el médico, el personal que es no médico, pero puede ser fisioterapeuta, personal de enfermería, tecnólogos, archivistas médicos porque también se pueden equivocar cuando guardan una historia clínica o la archivan, es simplemente su tarea, u pero que también pueden equivocarse porque pueden poner una hoja de su paciente en la de otro y ese es un error del cual eventualmente la institución tiene que responder en algún momento.

Qué pasa cuando hay una demanda de responsabilidad médica contra una institución. Empezamos con una enorme desventaja que es el tiempo. En nuestro país vigente el código civil establece la prescripción de 20 años para este tipo de reclamación. Afortunadamente y de acuerdo a lo que yo puedo entender y creo que hay muchos jueces en el país que lo creen así también, la ley de relaciones de consumo cambió eso, entonces a partir del año 2000 y los eventos que ocurran a partir del año 2000 van a estar amparados por la prescripción más corta que es de 4 años que prevé la ley de relaciones de consumo.

De cualquier manera en la institución que yo represento, hemos tenido recientemente el año que pasó, demandas del año 85. De 1985 que es impensable que alguien pueda recordar, tener

presente, o siquiera tener la más remota sombra o idea de lo que le ocurrió a ese paciente en esa intervención quirúrgica en ese año 1985, cuando la mayor parte de las personas que intervinieron en esa instancia quizás ya no estén o están jubilados o ni siquiera peor todavía.

Entonces de qué manera puede defenderse una institución de asistencia médica cuando los médicos que actuaron y el personal que actuó en ese caso y en esa situación no están para decirle a la institución pasó tal cosa, las cosas fueron así. Es muy difícil de defender ese tipo de demandas, es muy difícil de encontrar a la gente que estuvo y de lograr una información de primera fuente, Y que vamos a hablar de testigos, una prueba fundamental que nunca va a estar porque los testigos no van a recordar, es imposible que lo recuerden. Y de otra prueba fundamental que es la historia clínica cuando nuestro derecho por un lado da 20 años y por otro lado dice que las historias clínicas pueden destruirse a los 5 años.

Entonces con qué elementos se va a trabajar en esos casos. En cuanto al tema de las demandas y por el cual estamos todos acá. Del año 84 había una sola demanda de responsabilidad médica a la institución en la que yo trabajo, la cual fue la vedette, y en ese año hubo otra más, hasta el 89 que se presentó la cuarta.

Eso es lo que yo les puedo decir de los primeros y estamos hablando de menos de 20 años, el incremento ha sido de una forma que preocupa y por eso nos reunimos permanentemente. Y en este momento puedo decir que de los últimos 20 años el

25% de las demandas fueron recibidas en los primeros años y el 75% en los 10 últimos. Por tanto es importante el crecimiento y lógicamente, los montos que se reclaman han tenido el mismo porcentaje de evolución. Si bien las sentencias no son acordes con los montos que se reclaman, tienen incidencia en otro tipos de cosas, que por falta de tiempo no lo podemos hablar. Por alguna razón se reclaman montos exorbitantes, aunque se sabe que no se va a sentenciar por montos tan altos.

Ahora, qué solución le podemos dar a todo esto. Las soluciones, hay dos posibles soluciones. En derecho y medicina, la Dra. Szafir hablaba hoy de eso, de una de ellas al menos. La prevención está en las dos partes, está en la medicina y está en el derecho. La prevención se hace cómo, la única manera que se debe hacer educando, formando e informando.

Se me termina el tiempo pero quería comentar así en corto espacio de tiempo, en nuestro país hay un decreto del año 2002 que establece la obligatoriedad de tener un departamento de atención al usuario en cada institución de asistencia médica. Lamentablemente eso está muy en pañales todavía. Nosotros estamos tratando de instrumentarlo a través de lo que muy pomposamente y abarcando más de lo que podíamos se llama de Defensor del abonado, es decir un departamento, una oficina con personal idóneo en el cual se pueda canalizar todas las inquietudes porque las inquietudes del afiliado van desde que me demoré 2 horas en una fila para sacar una orden hasta no me gustó como me atendió la enfermera, no me gustó como me

despacharon la orden, o no me gustó la cara que me puso el médico cuando entré sin siquiera haber abierto la boca.

Entonces, hay muchas cosas que se pueden canalizar a través de eso, porque las quejas del afiliado pasan por, las demandas empiezan con algo que siempre es el detonante y lo quiero decir acá. Y no es cuando se quiebra la relación médico-paciente, es cuando se quiebra la relación equipo de salud-paciente. Porque la mayor parte de las veces cuando esa relación está quebrada, se quebró antes que el paciente llegara al médico, por todo lo que le ocurrió antes de que el médico tuviera su primer contacto con ese paciente.

Por eso creo hay que desmitificar el tema del quiebre de la relación médico-paciente y hay que ver todo el entorno que también tiene su gran importancia.

Gracias.

-Dra. FLORENCIA CORNU. Muchas gracias. Vamos ahora a escuchar al Dr. Garmendia.

- Dr. MARIO GARMENDIA. -<garmeric@adinet.com.uy >

Buenas tarde, tengo que agradecer dos cosas. En primer lugar la invitación, y en segundo lugar la actitud de militancia que han demostrado y que continúan demostrando quedándose a esta hora absolutamente impropia. Y es precisamente una atención a esta segunda necesidad de agradecimiento que quiero aclarar algo y porque nobleza obliga y capaz que alguno después de lo que voy a aclarar prefiera irse. Yo soy laboralista, especialista en derecho laboral, no soy especialista en derecho civil ni me

dedico al tema en los temas de responsabilidad médica. Ustedes se preguntarán por qué estoy yo acá. Quizás tendrán que trasladarle la pregunta a quien amablemente me ha invitado y para evitar que la pregunta me la hagan al final, para qué habrá venido este, me la hice al principio, para qué me pudieron haber invitado.

Y se me ocurrió encarar el tema a partir de una perspectiva en que la responsabilidad médica se cruza, se vincula con la relación de trabajo. Y es el tema de las particularidades que tiene una acción, la que los civilistas llaman la acción de regreso y la citación en garantía cuando está enfocada respecto de un trabajador dependiente.

Qué es la acción de regreso? hay un artículo del Código Civil, voy a manejarlo con un nivel muy elemental que los juristas por supuesto me sabrán perdonar, algunos destacados profesores de derecho civil dirán por lo bajo es la única manera que se puede dirigir un laboralista cuando habla de este tipo de cuestiones, pero voy a ser elemental de esa manera para que también me entiendan los médicos.

Hay un artículo en el Código Civil que determina que hay determinadas, que ciertas personas responden por el daño provocado por otros, es el art. 1324. Los padres respondemos por los hechos que provocan daño en nuestros hijos, los tutores y curadores los hechos que provocan daños de las personas a su cargo, los directores de colegios y maestros artesanos utilizan esa expresión tan arcaica del código civil, producto de la época en que fue aprobado, también responden por el hecho

de personas que están bajo su vigilancia durante, provocados o el daño provocado durante ese momento en que se encuentra bajo vigilancia.

La última hipótesis trata el artículo 1324 es la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto del daño causado por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los estuviesen empleado. Sobre este artículo se ha escrito mucho respecto de qué tipo o de qué naturaleza jurídica tiene la responsabilidad que está consagrando y básicamente la doctrina está dividida entre aquellos que ubican un tipo de responsabilidad por hecho propio, culpa in eligendo, es decir se equivoca la institución en elegir al dependiente y por eso responde, y quienes dicen que es una responsabilidad por hecho ajeno, una responsabilidad objetiva que crea una suerte de responsabilidad o solidaridad en garantía que es la posición que sostiene el profesor Gamarra.

Dos artículos después en este mismo código, el código civil, el art. 1326 establece el derecho del que respondió de ir contra el que provocó directamente el daño, pero limita esa posibilidad diciendo que esto puede acontecer siempre que el causó el daño lo hizo sin orden y ni conocimiento de la persona que debió obediencia.

Gamarra dice que esta acción de regreso prácticamente ha caído en desuso en el mundo. Sin embargo yo tengo para mí, tengo la impresión que en nuestro foro la acción de regreso no ha caído en desuso y que particularmente en el caso de las instituciones médicas de asistencia colectiva, utilizan

frecuentemente esta acción de regreso para ir contra el médico, aún cuando el médico no fue directamente demandado por el paciente, citándole en garantía que es justamente un instrumento procesal, que permite traer al proceso, para que actúe en ese proceso, se defienda y pueda articular toda la prueba de coadyuve con la institución de asistencia médica pero que también está anticipando una posibilidad de acción de regreso que la institución de asistencia médica pueda iniciar contra ese médico.

Qué particularidades tiene la acción de regreso relacionada con un vínculo laboral, con una relación de trabajo. Hay distintas hipótesis donde esta relación puede plantearse. La primero es la que acabo de exponer, el empleador que es demandado y que traje al juicio a su dependiente que actuó directamente en el elemento dañoso. Una hipótesis menos frecuente pero que no deberíamos descartar a mi juicio es la inversa, la que el dependiente es demandado y traiga a juicio a su empleador porque considera que el daño que él provocó fue resultado de las condiciones de trabajo que le impone su empleador. Por ejemplo, el dependiente cita en garantía a su empleador, un conductor de un ómnibus es demandado, hipótesis bastante poco probable porque esto no acontece por la insolvencia que se presume respecto del trabajador, pero en el caso del médico puede ser más probable esto. Es demandado el conductor, pero el conductor trae, cita en garantía a su empleador porque dice que el accidente que provocó fue el resultado de las malas condiciones del vehículo, o fue el resultado de las exigencias

laborales, de cumplimientos de tiempo que le impone su empleador.

Hay un dato de la realidad, cuanto mayor es la formación profesional, la cualificación que tiene un trabajador, más expuestos se encuentran a ser demandados directamente por la víctima y más expuestos se encuentran a ser citado en garantía o a que se ejerza contra él la acción de regreso. ¿Por qué razón? porque evidentemente hay una menor subordinación técnica del trabajador, que no quiere decir que no esté subordinado desde el punto de vista jurídico. Hay una menor subordinación técnica. Es el trabajador cualificado quien define cuál es el tratamiento, cuál es el medicamento, cuál es el tipo de acto quirúrgico que debe emplearse en un caso concreto, y el paciente y su familia lo visualiza como el que tomó la decisión y como el que provocó el daño. Y eso lo expone mucho más particularmente como el médico, un trabajador altamente cualificado.

Sin embargo esta independencia técnica no debe tenerse como real en todos los casos. En muchos casos es mucho más aparente que real porque no debemos desconocer la enorme presión que muchas veces las instituciones de asistencia médicas generan respecto de los médicos. Enorme presión que puede venir múltiples circunstancias, desde el médico o el empleado administrativo que le controla al médico la cantidad de medicamentos que está recetando todos los meses y le pasa todos los meses el dato de lo que gastó o recetó ese médico. O de las posibilidades quirúrgicas, está sí la puede desarrollar y esta no.

Por supuesto que el médico frente a este tipo de presiones debe tener un comportamiento ético muy claro, pero no se pueden desconocer. Y por supuesto que aquí también el rol que tiene el sindicato en respaldar al médico que actúa enfrentándose a ese tipo de acontecimientos debe ser muy relevante.

La acción de regreso respecto del trabajador dependiente creo ha sido desatendida por la doctrina laboral. Hoy requiere un análisis diferente, un análisis a partir del criterio del principio de la ajenidad. La ajenidad significa que los riesgos de la explotación sobre el trabajador no recaen sobre el trabajador sino que los asume el empleador. Ajenidad que se expresa en una doble faz. En la faz de los resultados y en la faz de los riesgos. El resultado favorable y el riesgo.

La lectura del artículo 1326 tiene que hacerse hoy a la luz de toda la luz laboral, luz laboralista, justamente que no estuvo presente cuando ese artículo fue promulgado.

Dos comentarios asociados con respecto a esto, para ceñirme al tiempo. En primer lugar creo que la acción de regreso que ensaya el empleador contra el trabajador, es una acción que tiene una naturaleza laboral. Y esto tiene trascendencia en varios aspectos. En primer lugar con respecto a la competencia del juez competente para entender en estos asuntos, el art. 106 de la ley 12803, estableció la competencia de los juzgados laborales en aquellos asuntos originados en conflictos individuales de trabajo, y a mí modo de ver la acción regreso de un empleador contra un trabajador, es una acción originada en un conflicto individual de trabajo. Y en segundo lugar tiene

relevancia esta última referencia, de la naturaleza laboral de la acción, cuando uno se detiene a analizar cuál es el plazo de la prescripción que se le aplica a esta acción. La prescripción, como ustedes saben, es un defecto que tiene para el derecho el transcurso del tiempo. En determinado momento el derecho dice hasta acá se terminó, o hasta acá corrió su posibilidad de accionar, porque se está tutelando un bien jurídico, que es el bien jurídico seguridad y es la fórmula de evitar que la persona esté sometida siempre a la incertidumbre de que puede ser convocada a un juicio.

Cuando se plantea una hipótesis de responsabilidad médica, se ponen en juego distintas relaciones jurídicas, distintos conflictos jurídicos, algunos de los cuales han sido mencionados acá, pero que provocan, desatan distintos plazos de prescripción. En la relación paciente-institución de asistencia médica, esa relación tiene una naturaleza contractual y en principio se le debería aplicar el plazo de 20 años del art. 1216, con algunas acotaciones que me hacía la Dra. De Armas respecto de la posibilidad que se le aplique el plazo de prescripción de la ley de relaciones de consumo, 4 años que restringe notoriamente ese término. La relación médico-paciente, en cambio, no es una relación contractual sino que es una relación extra contractual y ese plazo lo que provoca que el plazo de prescripción sea de 4 años, el paciente tiene 4 años para ir directamente contra el médico que lo atendió. Pero qué pasa con la relación médico-institución de asistencia médica?, es una relación laboral, es en principio una

relación contractual, pero no es cualquier relación contractual, es un contrato de trabajo. Si se le aplicara el art. 1216, se le aplicaría una prescripción de 20 años, es decir 16 años después que prescribió la posibilidad de que el paciente dañado fuera contra el médico, todavía subsiste la posibilidad de que la institución de asistencia médica vaya contra el médico, cuando ese médico al que no le paga el salario la institución de asistencia médica a los dos años pierde la posibilidad de reclamársela. Parece algo bastante ilógico. Yo creo que debe aplicarse a esta acción de regreso el inciso 1ro. del art. 29 de la ley de inversiones, ley que fue muy criticada desde el punto de vista laboral porque restringió notoriamente el plazo que tiene un trabajador de reclamar contra su empleador. Ese inciso primero dice que las acciones originadas en relaciones de trabajo, yo creo que es esta, prescriben al año, a partir del día siguiente a aquel en que haya cesado la relación laboral en que se encuentra. Entonces un médico que cesó en una institución médica, un año después a mi modo de ver, la institución de asistencia médica no podría ensayar esa acción de regreso al médico.

Qué pasa cuando la relación de trabajo prosigue? Y ahí sí confieso que la conclusión no es tan sencilla. en el inciso 3ro. del art. 29 también se habla de la prescripción o caducidad, peor, de la posibilidad de que un trabajador le reclame a su empleador aún cuando está trabajando. Pero dice en ningún caso podrán reclamarse créditos o prestaciones laborales que se hubieran hecho exigibles con más de 2 años de anticipación

a la fecha en que se presente la demanda judicial correspondiente.

Es muy difícil decir que esta es un crédito laboral o una prestación laboral, pero con venia de mi maestro Casinelli, me voy a meter a decir algo que es específicamente de la especialidad de él, del Derecho Constitucional, yo creo que este inciso que establece una prescripción en un solo sentido, la del trabajador que le reclama a su empleador, pero no a la inversa, podría presentar vicios de inconstitucionalidad a raíz de que está trasgrediendo el principio de igualdad y en virtud del principio de conservación de los actos jurídicos que entre dos alternativas interpretativas una de las cuales lleve a la inconstitucionalidad, y la otra guarde o salvaguarde la eficacia del acto, hay que optar por esta última. Creo que debería continuar reflexionándose sobre si este tercer inciso de este mismo artículo no sería aplicable.

DRA FCORNU:

Les agradezco mucho, muy amables.

Lamentablemente no vamos a dar lugar al foro por razones obvias. Los invitamos a pasar a la galería a disfrutar del lunch. Gracias por vuestra atención.

