



Acta Gastroenterológica Latinoamericana
ISSN: 0300-9033
ISSN: 2429-1119
actasage@gmail.com
Sociedad Argentina de Gastroenterología
Argentina

Responsabilidad profesional y seguros en gastroenterología

Wierzba, Sandra M

Responsabilidad profesional y seguros en gastroenterología

Acta Gastroenterológica Latinoamericana, vol. 50, 4, 2020

Sociedad Argentina de Gastroenterología, Argentina

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199367756007>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Responsabilidad profesional y seguros en gastroenterología

Sandra M Wierzbza

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Introducción

En las últimas décadas, en nuestro país, las médicas y médicos son los profesionales que sin duda han recibido el mayor número de reclamos vinculados con el ejercicio de su actividad. Estos suelen manifestarse como demandas de responsabilidad civil ante la justicia, donde se pretende una indemnización y lo prioritario es la reparación del daño sufrido por un paciente. Pero también pueden ser cuestionados en el ámbito penal (pudiendo hallarse en juego la habilitación para el ejercicio profesional y, muy excepcionalmente, la libertad), administrativo (por ej., con un sumario institucional) y disciplinario (por ej., por Colegios Médicos, en las jurisdicciones donde estos ejercen el control de la matrícula).

Las causas del extendido cuestionamiento a los profesionales de la salud son múltiples. Entre ellas el hecho de asociarse los daños causados con la vida y la salud de las personas genera gran sensibilidad cuando los resultados obtenidos no son los esperados, aunque no siempre ello dependa -al menos en forma absoluta- de la pericia, prudencia y diligencia profesional. Además, hoy en día se asigna la máxima jerarquía al derecho a la salud, hallándose directamente comprometido el interés público en su protección (arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional).

Vivimos tiempos en los que la ciencia y la tecnología constituyen ejes centrales del desarrollo de la vida humana. La medicina ha alcanzado un alto grado de especialización, y la mayor eficiencia en la lucha contra las enfermedades ha generado la consecuente mayor expectativa sobre los resultados esperables de la atención. En algún punto, la fantasía sobre la inmortalidad flota en el imaginario popular, viviéndose la muerte como un fracaso de la medicina y considerándose responsables de ello a los proveedores de servicios de salud.

Normas relevantes

Las leyes aplicables en estos casos son también múltiples, propias de un sistema de salud fraccionado por jurisdicción y sistema involucrado (público, privado, de seguridad social), entre otras cuestiones. Se destacan la Ley de Ejercicio de la Medicina N° 17132/67 (aún vigente), la Ley

de Derechos del Paciente N° 26529/09, el Código Civil y Comercial de la Nación -CCyCN- (2015), y recientemente, el Congreso de la Nación aprobó la Ley 27.553 sobre Receta Electrónica y Teleasistencia (23/07/2020), en un contexto en el que la digitalización de la salud se ha extendido de manera ostensible, de la mano de la pandemia de coronavirus covid-19.

Criterios relevantes en materia de responsabilidad. Algunos casos de responsabilidad médica en gastroenterología

Para que exista responsabilidad civil médica (en el ámbito civil-patrimonial) deben hallarse presentes cuatro presupuestos: el daño a un paciente, un hecho antijurídico, relación causal adecuada entre los elementos precedentes y un factor de atribución de responsabilidad. Si falta alguno de tales presupuestos, en principio no habrá responsabilidad. Es decir que normalmente no habrá responsabilidad si se produce un error en la atención médica, pero sin consecuencias para el paciente (falta de daño) o bien si este fallece o empeora su estado, a pesar de un adecuado obrar profesional (ausencia de culpa).

Incluso si el enfermo sufre un perjuicio y hubo culpa profesional pero faltó la citada relación causal entre el hecho y el daño, por lo general no habrá responsabilidad profesional y/o institucional. En este sentido, se interpreta que son factores interruptivos de la causalidad adecuada, los siguientes:

- a) **El hecho del damnificado** (art. 1729 CCyCN): por ejemplo, si el daño al paciente es producto de su propio incumplimiento de las indicaciones prescriptas por el facultativo o del abandono liso y llano del tratamiento.
- b) **El hecho de un tercero por quien no se debe responder** (art. 1731 CCyCN): por ejemplo, si se reclama a un médico gastroenterólogo por un diagnóstico tardío, pero el profesional cuestionado indicó estudios complementarios oportunamente, que el paciente omitió realizar por indicación de otro profesional.
- c) **El caso fortuito o la fuerza mayor** (art. 1730 CCyCN): se discute en doctrina si las limitaciones de la ciencia constituyen supuestos de fuerza mayor. El tema resulta trascendente, por ejemplo, en casos de contagio de enfermedades, cuando un virus resulta indetectable por limitaciones de los métodos científicos disponibles, a pesar de realizarse todos los procedimientos apropiados, no habiendo sido pacíficas las soluciones al respecto.

Resulta probable que los alcances de los citados factores interruptivos sean objeto de debate en el caso de contagios de covid-19, debiendo considerarse al efecto la alta contagiosidad del virus y las dificultades para determinar el origen específico de la transmisión, particularmente en la etapa de circulación comunitaria.

Sobre la experiencia judicial en la especialidad Gastroenterología, cabe mencionar algunos precedentes. En los autos "M.Z. y otros c/

Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/responsabilidad médica", se condenó a un médico por considerarse que en su obrar faltó la debida diligencia, al ordenar una videocolonoscopia sin evaluar adecuadamente los antecedentes del paciente y sin informar de manera adecuada sobre los riesgos de la práctica, afirmándose que pudieron haberse realizado estudios por imágenes no invasivos. La práctica derivó en una peritonitis localizada, con posterior resección rectal con colostomía permanente.

A su vez, en el caso "F., S. M. c. CS Salud SA y otros s/daños", una mujer ingresó a una clínica para realizarse una cirugía (aparentemente laparoscópica, luego devenida tradicional), produciéndose una lesión intraoperatoria, que requirió la aplicación de un drenaje, y posteriormente falleció a causa de una infección. La acción civil iniciada por sus deudos contra el médico y el nosocomio fue rechazada, teniéndose en cuenta los antecedentes previos de la paciente, el hecho de haberse considerado que el tratamiento fue correctamente indicado y ejecutado y que el shock séptico posterior tuvo un origen endógeno. Hubo a su vez una discusión sobre el trato dispensado por el profesional, que fue calificado por los demandantes como irrespetuoso, pero a consideración del Tribunal pudo haber sido rudo en sus formas o haberse tomado una vía elíptica de comunicar el estado real de la paciente, pero no susceptible de calificarse como "indigno".

Asimismo, sobre el tristemente famoso caso iniciado ante el fallecimiento de una persona pública, luego de la práctica de una videoendoscopia alta que le causó una perforación en el esófago, se conocen algunas decisiones dictadas en el ámbito penal. En el procesamiento dictado, se consideró que hubo una acción cuestionable de parte del endoscopista, por no haber sabido manejar con pericia la caña endoscópica, provocando la lesión esofágica que no fue advertida de inmediato, continuándose con el procedimiento. A su vez, quedó comprometida la actuación de la anestesióloga, por falta de control de la vía aérea de manera adecuada y el fracaso reiterado en la intubación de la paciente. Luego, en la sentencia de primera instancia, hubo condena contra el endoscopista, al considerarse que "El endoscopio fue el instrumento que causó la perforación esofágica que causó la muerte de la paciente, habiéndose introducido en la víctima a través de un órgano que no estaba distendido y que ofrecía resistencia". Se consideró además que habría existido una adulteración de la historia clínica. Sin embargo, se decidió absolver a la anestesióloga, por entenderse que había actuado como asistente en un procedimiento de baja complejidad, no causando ella la perforación y demás lesiones esofágicas causantes del deceso.

Seguros de responsabilidad civil profesional médica: concepto y aspectos esenciales

En este tipo de seguros, "El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato (médica, dirección, institucional), a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido" (Ley de Seguros N°

17418/67, art. 109). Por regla, no resultan aplicables las normas de consumo al caso de los profesionales liberales (LDC 24240/93).

Como datos esenciales a considerar para la contratación de este tipo de coberturas, vale la pena tener en cuenta: **1) La solvencia del garante** (asegurador y reasegurador); **2) El riesgo cubierto y las exclusiones de cobertura;** **3) Los límites en cuanto al monto.** A su respecto, debe procurarse que los límites máximos (o "suma asegurada") resulten suficientes para atender a las posibles demandas que pueda recibir el profesional, según su propia experiencia previa, pero fundamentalmente, de acuerdo con los montos promedio reconocidos por los tribunales para la especialidad. En cualquier caso, los límites máximos contemplan no solo la indemnización que pueda llegar a adeudar el asegurado, sino asimismo los gastos y costas proporcionales, incluyéndose por lo general la defensa civil –salvo que el monto del reclamo exceda significativamente el de la cobertura–. A su vez, el asegurador puede asumir la defensa penal (conf. art. 110 de la Ley de Seguros); **4) Los límites temporales de cobertura:** en nuestro medio se comercializan seguros de responsabilidad médica con base "ocurrencia" (donde el disparador de la cobertura es el hecho de mala praxis) y "*claims made*" (interesa el momento del reclamo por parte del tercero, también en cuanto a la suma asegurada aplicable): estos últimos son los que tienen mayor presencia en la actualidad.; **5) Los servicios adicionales ofrecidos:** por ej. consultas 24 horas; **6) La política siniestral del asegurador:** en esencia, si hay una práctica de conciliar los casos durante su trámite judicial –especialmente si la exposición es alta– o bien si siempre se aguarda el dictado de una sentencia para el pago de una indemnización, y finalmente: **7) La relación producto-costo.**

Bibliografía recomendada

1. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que, tratándose de responsabilidad médica, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse la relación de causalidad entre el obrar culposo del profesional y el daño causado (Fallos 315:2397, 325:2183).
2. En el caso de alegado contagio por vía de transfusiones sanguíneas, se ha considerado que las limitaciones de tales métodos no constituyen un supuesto de caso fortuito, conf. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I - 11/10/2005 – "R., O. y otros c. Hospital Central y otros", LLGran Cuyo 2006-64; también CNCCF, sala III, 26/09/2005, "D., A. c. Obra Social de los Aeronavegantes y otros- RCyS 2006-II, 25 y originariamente en autos "R., G. R. V. Instituto de las Clínicas Cardiovasculares S.A.", CNCiv., sala E, 30/11/99, JA 2000-II-587, entre otros casos. En cambio, oportunamente sostuvimos que los exámenes para la detección del virus, que da lugar al llamado período de ventana inmunológica, constituye un supuesto de fuerza mayor, por la imposibilidad de contar con un método de descubrimiento del virus que garantice que un 100% de la sangre destinada a transfusión será segura (aunque más de un 99% lo sea), en Wierzba, S., Sida y Responsabilidad Civil, Bs. As., Ad Hoc, p.107; en igual sentido, CNCCF, sala III - 07/09/2004, "M., C. y/o. c. Hospital de Clínicas José de San Martín",

RCyS 2004-XI, 39, JA 2004-IV,704 y ED 211, 102. Puede verse también comentario por Calvo Costa, C., Responsabilidad Civil ante contagio de HIV por transfusión sanguínea. Las cuestionadas antijuridicidad y relacion causal, en: RCyS2009-VIII, 79 - LA LEY 25/08/2009.

3. "M.Z. y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ responsabilidad médica", CCAyT CABA, SALA III – 20/03/2015, elDial.com - AA90BA.
4. "S. M. c. CS Salud SA y otros s/daños", CNCiv., SALA E, F., 28/09/2018, AR/JUR/48974/2018.
5. P., N. I. Procesamiento, 7520/2018/CA2 - "P., N. I. Procesamiento" – CNCRIM Y CORREC - SALA I - 09/08/2018, elDial.com - AAAAC7, publicado el 15/08/2018.
6. Trib. Oral Crim. Y Correc. 28 Cap. Fed, Causa N° 5805 • 09/08/2019, Online: AR/JUR/26269/2019.
7. Art. 2, sustituido por Ley N° 26361 B.O. 7/4/2008.