

EL CASO DEL CIRUJANO CONFUNDIDO: ¿ IZQUIERDA O DERECHA?

Un médico operó el hombro sano de su paciente.

El 13 de agosto de 2020 el joven Nicolás K., de 20 años y gran jugador de tenis, se internó en un conocido sanatorio de Buenos Aires para ser operado de una lesión en el hombro izquierdo.

Pero fue operado del hombro derecho.

Eso hizo que demandara por mala praxis a su cirujano (un doctor Gómez), a la empresa de medicina prepaga que lo amparaba y a su compañía de seguros.

Nos concentraremos en la relación del médico con su paciente.

Nicolás ganó el pleito en primera instancia. Pero tanto él como el cirujano apelaron. El paciente porque la indemnización fue baja; el médico porque entendió que no era responsable de lo ocurrido.

Para el cirujano, la decisión estaba equivocada porque se basó en un peritaje erróneo, sin tomar en cuenta la historia clínica del paciente.

Según explicó el Dr. Gómez, Nicolás se internó para hacerse una artroscopía de hombro derecho en el Sanatorio Agote. El paciente firmó el consentimiento informado y, siguiendo las reglas de la Organización Mundial de la Salud, se hizo una “lista de

verificación de la cirugía”, donde se mencionaba “el sitio quirúrgico”.

Nicolás tenía una lesión de SLAP (*Superior Labrum Anterior to Posterior*); es decir, una rotura de adelante hacia atrás del *labrum* superior, un anillo fibrocartilaginoso en la articulación del hombro, seguramente derivada de su afición al tenis, que lo había llevado a ser jugador federado¹.

En su apelación, el médico dijo haber detectado una lesión en el hombro derecho y allí operó.

En otras palabras, sostuvo que “el paciente también presentaba sintomatología en el hombro derecho, lo que se corroboró con el parte quirúrgico”.

En consecuencia, no había sido negligente ni se le podía atribuir culpa alguna. En su opinión, “no quedó probado que hubiera operado el hombro equivocado; de ser así, también se habría equivocado el personal de enfermería y el anestésista y cabría preguntarse cómo se reparó una lesión, presente en

¹ Un jugador federado es aquél que, gracias a su capacidad deportiva y mediante la inscripción en la entidad correspondiente al deporte que practica, puede participar en torneos oficiales sobre la base de reglas uniformes.

el hombro derecho”. Además, dijo que “era necesario demostrar que los daños causados tenían relación causal con su actuar”.

Al resolver el asunto la Cámara no estuvo muy de acuerdo con el médico².

Primero, destacó que el cirujano había consentido el peritaje del experto designado por el tribunal; en otras palabras, no había presentado ninguna objeción a lo dicho por el perito. Por eso, la opinión del cirujano acerca de que la pericia era apenas “una presunción, una opinión subjetiva del perito médico interviniente” era “tardía”.

La Cámara recordó que un peritaje médico “constituye la prueba más importante en esta clase de juicios, donde se dilucidan cuestiones que escapan al ordinario conocimiento de los jueces, de modo que tanto los hechos comprobados pericialmente como sus conclusiones tienen que ser aceptados por el sentenciante, salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o su no objetividad”.

Para ello “se debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto no bastan ni el puro disenso ni la opinión meramente subjetiva del impugnante”.

Para objetar una pericia se debe “demostrar que la opinión del perito se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos”.

Y agregó que “si bien las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, para desvirtuarlo es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir en el error o en el inadecuado uso que

el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de los que ha de suponerse dotado”.

El perito médico, precisamente, había dictaminado que “el paciente tenía lesionado el hombro izquierdo”, que “el diagnóstico efectuado por el Dr. Gómez fue ‘omalgia³ izquierda de tres años de evolución”; que la resonancia magnética nuclear había informado “lesión de *labrum* tipo SLAP 3-4”; que el hombro que se debía intervenir quirúrgicamente era el izquierdo, según su historia clínica y la valoración del paciente quirúrgico” y que el cirujano “llevó a cabo una artroscopía de hombro derecho”.

Al repasar los hechos ya probados, el tribunal concluyó que, según la historia clínica, “al ingresar el paciente al Sanatorio Agote proveniente de su domicilio se dejó asentado ‘cirugía, artroscopía de hombro izquierdo’” y que “la operación programada de su hombro izquierdo tenía origen en una dolencia del joven paciente con tres años de evolución, tratada por el mismo Dr. Gómez como consecuencia de la práctica de tenis”.

Para la Cámara, los antecedentes eran concluyentes: “en ningún momento se aludió a una lesión de hombro derecho, siempre fue el izquierdo”.

En consecuencia, el tribunal decidió que debía “atribuir negligencia al cirujano, pues fue evidente que confundió el hombro que debía operar”.

Los jueces señalaron que “el propio cirujano pareció así entenderlo al asentar en la historia clínica: ‘en el día de ayer al despertarse de la anestesia el paciente expresa que el hombro que se debía operar era el izquierdo.

² In re “Kremenchuzky c. Gómez”, CNCiv (M), 6 diciembre 2022; exp. 26348/2020; *El Dial.com* XXV:6131, 14 febrero 2023; AAD373

³ La omalgia o síndrome del hombro doloroso es una patología muy habitual que se caracteriza por provocar un déficit funcional en el hombro.

Inmediatamente después de constatar que el paciente estuviera recuperado de la anestesia me dirijo a la habitación para hablar con los padres. Les explico la situación y los padres la entienden. Al llegar el paciente a la habitación hablo nuevamente con los padres y el paciente, quienes entienden la situación con un trato amable”.

La sentencia recordó que “la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar [y] *comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión*”.

También dejó en claro que existía un nexo causal entre lo hecho por el cirujano y las consecuencias sufridas por su paciente: “poco es necesario para tener por acreditado que las consecuencias son evidentemente imputables al médico demandado. Basta con remitirse a los dictámenes y a las secuelas que la errónea cirugía le ocasionó al paciente; entre ellas, las inevitables cicatrices posquirúrgicas y la incapacidad psíquica compatible con trastorno de estrés posttraumático”.

El tribunal destacó algo más: “debe evaluarse otro argumento fundamental para decidir este caso que, si bien no recibió tratamiento especial en la sentencia, había sido introducido en la demanda: el consentimiento informado”.

“En efecto” dijo la Cámara, “el paciente en ningún momento prestó su consentimiento para que le operen el hombro derecho. Aunque por hipótesis ese hombro derecho también tuviese una lesión (circunstancia negada por el perito médico), *faltó el consentimiento para esa cirugía*”.

“Por consiguiente”, dijeron los jueces “si bien en la planilla del consentimiento informado se omitió indicar cuál de ambos hom-

bros debía operarse y no hay prueba que demuestre que el paciente verificara que debía operarse el hombro derecho, era claro, por los antecedentes médicos, que debía ser el izquierdo. Esto implica que en ningún momento el paciente dio su consentimiento escrito para la operación finalmente practicada, pues quedó probado que esa cirugía no estaba programada ni que existieran razones que justificaran el cambio de protocolo quirúrgico”.

Para el tribunal, “dentro del contexto general que conforma el deber médico de información se encuentra inmerso el consentimiento informado, cuya omisión puede originar la responsabilidad civil del galeno cuando se materializan los riesgos típicos sobre los cuales el paciente no ha sido informado”.

Por eso, “el médico no puede sin el consentimiento informado de su paciente proceder a una intervención quirúrgica que no sea urgente”.

Operar sin el consentimiento del paciente “constituye una actuación u omisión culpable que puede llevar a sostener que es el propio médico quien asumió por sí solo los riesgos inherentes a la intervención”.

Por eso se confirmó la sentencia anterior. Las indemnizaciones otorgadas (incluyendo el daño moral) sufrieron algunos ajustes: se elevó la derivada de la incapacidad derivada de la operación pero se redujo el daño moral.

La Cámara también ratificó que no correspondía sancionar al médico obligándolo al pago de daños punitivos (o “multa civil”).

La Ley de Defensa del Consumidor “faculta a aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la

gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”.

Los jueces fueron críticos de la ley: “la norma dispone su procedencia con relación al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, sin exigir ningún otro requisito, *lo cual es absolutamente excesivo*”.

“No cualquier ilícito debería ser apto para engendrar una sanción tan grave, sin riesgo de un completo desquiciamiento del sistema. Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que los daños punitivos solo proceden en *supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva*”.

“No caben dudas que la naturaleza de la figura no es resarcitoria sino sancionatoria, aunque también tiene una función disuasoria y preventiva, que apunta a la finalidad de evitar la repetición de la conducta desaprobada por la sociedad. *La aplicación de la pena es excepcional y debe ser aplicada con extrema prudencia*”.

Sobre esa base, “no basta el mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales para habilitar la sanción, sino que está reservada *para supuestos de real gravedad*”.

En el caso, la Cámara entendió que no se habían demostrado esas circunstancias, “en especial si se valora que este instituto no es aplicable a las profesiones liberales y que la empresa de medicina prepaga no tuvo intervención directa en la actuación del cirujano”.

Según los jueces, “pareciera emanar del texto de la ley que bastaría únicamente el incumplimiento de sus obligaciones por el proveedor para tornar procedente la imposición del daño punitivo, sin importar *a priori* si aquél ha sido o no intencional (es decir, si en dicho incumplimiento ha existido dolo o no del proveedor)”.

“Esto desnaturaliza la figura del daño punitivo, porque éste ha sido concebido en el derecho anglosajón para ser impuesto como castigo a quien comete dolosamente un daño obteniendo a través de ello un beneficio; es decir, como regla general, en el *Common Law* (donde se origina esta figura jurídica) para la procedencia del daño punitivo debe existir un grave reproche subjetivo en la conducta de quien ocasiona el daño, lo que no se aprecia en el texto de nuestra ley”.

En conclusión, “dicha sanción *sólo puede ser aplicada cuando existe dolo o culpa grave* del dañador. Así es que procede en supuestos de particular gravedad, calificados sea por el dolo o la culpa grave o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**