

8 de septiembre de 2023

PROFESIONALES INCOMPETENTES

(SOBRE LA MALA PRAXIS DE MÉDICOS Y ABOGADOS).

Alguien eligió mal al cirujano... y también al abogado..

Parece haber personas a quienes los problemas les salen a su encuentro. Ana debe ser una de ellas. Nunca tuvo suerte con la elección de los profesionales (médicos o abogados) que la asistieron.

No sólo fue infeliz la elección de un primer cirujano, que la dejó en mal estado, y la del segundo, que la dejó aun peor, sino también la de su abogada, que perdió un pleito “ganable”. Veamos.

En 1998, una primera operación estética no la dejó satisfecha, pues según explicó “evolucionó con asimetría del rostro, deformación de ambas pabellones auriculares y retracción submentoniana a predominio izquierdo”.

En noviembre de 2000 (pronto harán 24 años) Ana se sometió a una segunda operación, llamada ritidoplastiamentoplastia secundaria (o también *lifting*) a manos de una cirujana de apellido Wertmüller en una clínica de Buenos Aires. Según parece, el resultado tampoco fue satisfactorio pues Ana sufrió perjuicios estéticos y psicológicos.

En efecto, el resultado de esta segunda cirugía no fue “ni estético ni reparador”, pues fue insatisfactorio “tanto para resolver lo se-

cuelar de la primera cirugía como así sumar secuela cicatrizal prepilosa”. La pobre Ana “no pudo resolver las patologías secuelares que posee, ni restaurar la pérdida de la armonía del rostro con otras intervenciones” y quedó con “una secuela estética residual, permanente y definitiva en rostro por alteración de la arquitectura de la armonía de ambas hemicaras”.

Entonces hizo pleito contra la doctora Wertmüller y la clínica en cuestión. Pero lo perdió: aparentemente, la abogada de Ana, una doctora Luján (cuyo apellido omitimos), llevó mal las cosas: la demanda no fue rechazada sino que se declaró *la caducidad de la instancia*.

La caducidad de la instancia extingue un proceso judicial por el transcurso del tiempo, cuando los litigantes no instan su prosecución dentro de los plazos establecidos por la ley. En palabras sencillas, es algo así como la muerte de un pleito por abandono. En resumen, Luján se dejó estar, no “empujó” el procedimiento y la abogada de la otra parte (una tal doctora Paredes) no dejó pasar la ocasión y pidió que se declarara la caducidad.

Luján apeló esa primera sentencia en contra de Ana. Pero al momento de presentar su es-

crito de apelación (la llamada “expresión de agravios”) algo salió mal y no pudo hacerlo. Entonces la doctora Paredes, siempre alerta, exigió al tribunal que los agravios se tuvieran por no presentados. Obviamente, la apelación se perdió.

Amiga de resolver sus cuitas ante los tribunales, Ana demandó entonces a Luján, “por los daños y perjuicios sufrido por su actuación, [ya] que luego de prolongados plazos y lentos, habiéndose producidos [sic] las diferentes pruebas ofrecidas y cuando el expediente se encontraba próximo a alegar, en diciembre de 2017 se decretó la caducidad de instancia, que resulta imputable a [Luján] por no impulsar el proceso”.

La sentencia le dio la razón en su pleito contra Luján.

El juez explicó que si bien esta abogada había sostenido que no existió inoperancia por su parte, (puesto que en tres ocasiones solicitó que se dictara sentencia), cuando el juzgado fijó una audiencia para solicitar explicaciones a la perito médica que había emitido un dictamen acerca de la operación sufrida por Ana, en lugar de enviar las cédulas del caso a esa médica, se las remitió a la Dra. Paredes (su contraparte), que, por esas cosas de la suerte, tenía el mismo apellido que aquella.

El juez de primera instancia concluyó que estaba demostrada “la responsabilidad profesional de [Luján] por su actuación en el proceso” y decidió a favor de Ana.

Pero ni ella ni su anterior abogada quedaron satisfechas con esa sentencia y ambas apelaron.

La apelación de la abogada –que ni siquiera actuando en su propio beneficio parece haber dominado las herramientas procesales

más básicas– fue rechazada. Los jueces¹ dijeron que sus agravios “eran prácticamente una copia de lo expresado en la contestación de la demanda y carecían de entidad para enervar lo resuelto en la anterior instancia”.

En efecto, “nada dijo para desvirtuar los fundamentos allí esbozados por el juez respecto a la falta de impulso procesal” y “no se hizo cargo del argumento medular del sentenciante en orden al rechazo de la defensa”.

Además, Luján “no aportó al debate ningún elemento que permita atenuar la responsabilidad endilgada ni se ofrece *justificación para justificar* [sic] que el reclamo formulado carecía de posibilidades de arribar con éxito a una sentencia favorable”. Es decir que Luján usó como argumento que la demanda que ella misma había presentado tenía pocas probabilidades de éxito. ¿Justificaba eso abandonarla?

La Cámara fue contundente al calificar la apelación de Luján: “la queja trasluce una mera disconformidad que soslaya puntualizar los errores en los que habría incurrido el juzgador al fundamentar la condena por falta de diligencia de la letrada, quien, según quedó acreditado en autos, frustró la certera chance de [Ana] de salir victoriosa en el pleito”.

La apelación de Ana, en cambio, fue admitida. Su reclamo se basó en que la indemnización establecida había sido demasiado baja.

En efecto, el juez había reconocido que Luján debía responder frente a su ex-cliente por los daños y perjuicios derivados de su negligente conducta. Pero estableció que la me-

¹ In re “S., T.O. c. O., D.”, exp. 22750/2020, CNCiv (C), 17 agosto 2023; *ElDial.express* XXV:6265, 5 septiembre 2023. AAD92B

dida del daño a resarcir *no podía estar dada por el monto de la demanda contra la cirujana y la clínica, sino por la pérdida de una chance o posibilidad de tener éxito en el juicio.*

Y esa pérdida de chance “debía apreciarse según el mayor o menor grado de probabilidad de haberse concretado según las constancias del proceso”.

Para el juez, la pericia médica había dado cuenta de que las cicatrices en el rostro de Ana “reconocían una incorrecta implementación de la técnica adoptada por la Dra. Wertmuller” y que la labor realizada por ésta “no resultó ni estética ni reparadora” y que su resultado había sido insatisfactorio.

Por lo tanto, concluyó que Ana había tenido “chances certeras de obtener una sentencia parcialmente favorable y en la que se habría establecido que hubo mala praxis médica en la intervención quirúrgica llevada a cabo sobre su persona”

Por eso, condenó a la doctora Luján a pagar a su ex-cliente una indemnización de un millón trescientos mil pesos, con el argumento de “el deficiente desempeño atribuido a la letrada demandada giraba en torno a dos ejes: (a) la falta de actos impulsorios que diera lugar a la caducidad de instancia, y (b) la falta de digitalización de los agravios, con la consiguiente imposibilidad de recurrir el mentado pronunciamiento”. En términos más claros, Luján “no había empujado” el asunto ni sido capaz de apelar la sentencia contra Ana.

Cuando la Cámara de Apelaciones analizó la cuestión recordó que “la responsabilidad civil de los abogados, en casos como el presente, se limita a la pérdida de la posibilidad con que contaba su cliente de obtener el triunfo en el litigio”.

Por consiguiente, “el daño indemnizable, entonces, nunca podrá coincidir con la pretensión que esgrimía la víctima en el juicio fallido, pues la procedencia de esta última dependía de otras circunstancias ajenas al quehacer profesional”.

Además, “a causa de la negligencia del letrado, que frustra la mencionada chance de salir victorioso en el pleito, nunca se podrá saber si, en definitiva, la demanda habría prosperado o no”.

Por eso, “la responsabilidad del abogado aparece en los repertorios jurisprudenciales como uno de los principales supuestos de pérdida de chance, pues el accionar del profesional no guarda relación causal con el eventual resultado del juicio, que es incierto, sino con la frustración de la posibilidad de que su cliente obtenga el resultado perseguido”.

Por eso, “la incertidumbre respecto de este eventual resultado no afecta la certeza de la chance, toda vez que *el elemento principal en estos supuestos no es el resultado esperado sino, por el contrario, la posibilidad en sí misma*”.

De allí que “la característica de [estos] casos es justamente la existencia de un álea respecto de cuál será el desenlace de los hechos, y la pérdida de esa posibilidad será, en consecuencia, el daño que debe resarcirse”.

La Cámara entendió que Ana “contó con serias expectativas de obtener una sentencia favorable en el proceso caduco ya mencionado y con posibilidades de éxito elevadas”, por lo que juzgó prudente fijar el porcentaje de chances en un 80%.

En otras palabras, Ana había tenido un 80% de probabilidades de ganar el pleito que, por la incompetencia de Luján, se había perdido.

“Respecto al 20% restante”, aclaró el tribunal, “lo cierto es que la controversia no dejaba de ser un crédito litigioso”, a lo que se añadía la posibilidad de que la demandada no pagara la condena impuesta, teniendo en cuenta la franquicia y los límites de cobertura que su aseguradora había planteado.

¿Y cómo se cuantifica el daño derivado de la pérdida de una chance? Para eso, dijo la Cámara “es preciso establecer cuál es el valor del daño final, para afectar luego ese valor al porcentaje de chances perdidas”.

Y para eso “debemos diferenciar, entonces, entre aquellos supuestos en los que se perdió la posibilidad de obtener una ganancia (chances ‘positivas’) y los casos en los que se frustró la posibilidad de evitar un perjuicio (posibilidad ‘negativa’)”.

En casos como éste, “las chances a valorar son netamente positivas, pues [Ana] se vio privada de la posibilidad de obtener una ganancia a través del litigio que había promovido”.

Entonces, fue preciso determinar cuál podría haber sido esa ganancia, para luego calcular sobre esa base el valor del porcentual de chances perdidas.

En consecuencia, la Cámara analizó “la valuación que podría haber correspondido a cada uno de los rubros que [Ana] reclamó en el proceso caduco (lo que arrojará el ‘daño final’), para afectar luego el monto resultante al porcentaje de chances establecido (80%)”. La Cámara debió establecer cuántos de los daños estéticos sufridos por Ana se debían a su primera operación quirúrgica (de 1998) y

cuántos a la segunda (que había dado lugar a la intervención de la desafortunada abogada que llevó el pleito a su caducidad). Y luego determinó el valor indemnizable de esos daños atribuibles a esa segunda operación.

Los arduos cálculos del tribunal lo llevaron a modificar la sentencia de primera instancia y elevar la indemnización que la abogada debía pagar a su clienta por la caducidad de la demanda.

Pero quizás el punto más importante de la decisión de segunda instancia sea haber dejado de lado el monto de la demanda ‘abandonada’ por la abogada incompetente como límite para establecer el valor de la chance perdida.

Sobre este punto, dijo la Cámara: “que el monto estimado por [Ana en su demanda contra la cirujana] no marca el límite de la pretensión y conceder más de lo pedido no importa incongruencia por *ultra petita*” (es decir, a raíz de otorgarse una indemnización en exceso o más allá de lo pedido por el mandante).

En su opinión, la fórmula incluida por Ana en su demanda de que su reclamo incluyera una suma determinada más ‘las que en definitiva resulten de las probanzas a ofrecerse en autos’ “habilita al magistrado a estimar el *quantum* indemnizatorio en atención a la índole de la afección sufrida, pues no se encuentra obligado por la suma requerida tanto para el caso de que aquélla resulte ser mayor o menor a la reconocida”.

No es poca cosa.

* * *

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.**