

Inasistencia de la empresa de urgencias Indemnización por pérdida de chance

Sumario:

I. Prólogo. II. Hechos. III. Recurso de apelación de la aseguradora. IV. Naturaleza jurídica de las obligaciones del contrato de urgencias médicas. V. Indemnización acordada.

VI. Epílogo.

Doctrina:

Por Roberto A. Meneghini (*)

I. PRÓLOGO

El eje controversial del fallo al que tenemos el honor de haber sido invitados a comentar se circunscribe en torno al interesante tema de la responsabilidad civil achacada a una empresa de urgencias médicas, resolviéndolo la Cámara en lo Civil y Comercial de La Matanza con el nivel científico al que nos tiene acostumbrado.

A esta altura del quehacer doctrinal y jurisprudencial, no queda duda alguna de que la responsabilidad civil derivada de las prestaciones brindadas por tales empresas se enmarca en una suerte de microsistema dentro del sistema general de la responsabilidad civil médica. Tal encuadre deriva de las peculiaridades que presentan las sucesivas etapas asistenciales que en el tiempo deben suministrar, generadoras de obligaciones de diferente naturaleza jurídica.

A guisa liminar, debemos señalar que el «opus» de tales obligaciones es complejo por diferentes razones que la jurisprudencia, a la hora de inculpar o exculpar a quien se le achaca responsabilidad, no debe soslayar.

La llegada al lugar requerido, la atención médica propiamente dicha y el eventual traslado del paciente a un centro de salud, constituyen dichas tres obligaciones y se enhiestan en los tres pilares fácticos fundamentales del microsistema al que hicimos referencia anteriormente, y sobre los cuales se desenvuelve toda la discusión.

Por último, en orden a este avance respecto de las particularidades de la atención médica de urgencia cabe adelantar que, en lo que al daño refiere, en la gran mayoría de los casos, resulta de aplicación el instituto de la «pérdida de chance».

II. HECHOS

Se trató del fallecimiento del esposo de la actora a consecuencia, al decir de su demanda, de la falta total de atención por parte de la empresa de urgencias accionada por inconcurrencia al requerimiento que se le formuló en iteradas ocasiones.

La sentencia de grado acoge la acción, con extensión a la citada en garantía en la medida del seguro.

El vocal opinante le otorga autenticidad a los hechos, lo que, obviamente, lo conduce al pleno convencimiento de su real ocurrencia, no solo a la luz de la confesión ficta, sino por entender que se ha dado la imprescindible conjunción de prueba adicional corroborante.

Así, admite como veraces los más de cuatro llamados telefónicos requiriendo el servicio y que este nunca se concretó, agravado en la especie como consecuencia de la proximidad entre los domicilios del requirente y del solicitante.

Le da recibo, por expreso reconocimiento de la demandada en su expresión de agravios, que la causa del fallecimiento obedeció a una crisis asmática, en un plazo de treinta minutos y que, de haber concurrido la ambulancia, no hubiese portado «... los elementos adecuados para una reanimación cardiorrespiratoria...» lo que llevó a sostenerse en la pericia médica que la chance de sobrevida invocada por la demandante no hubiera podido ser satisfecha, no por las características de la patología, sino por la falencia prestacional que generaba la carencia de instrumental médico «ad hoc».

III. RECURSO DE APELACIÓN DE LA ASEGURADORA

La legitimación de la citada en garantía, respecto de su recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de grado, cuyos efectos condenatorios le resultan extensivos a la luz de lo dispuesto por el art.118 de la Ley 17.418, es objeto de examen en el Acuerdo.

al actitud deriva de la posición otrora asumida por la Corte bonaerense en varios pronunciamientos - posteriormente rectificadas- que ordenaba el rechazo liminar de la apelación de la citada en garantía para el caso en que su asegurado no haya recurrido.

El voto, con pleno pragmatismo, y acudiendo a la tan necesaria sana crítica, se declara contrario a tal antiguo criterio de Corte por entender que ello viola y cercena el principio constitucional de defensa, ante la hipótesis de una confabulación dolosa entre el actor y el asegurado condenado, quien, al preterir la recurrencia del fallo adverso, no se vería perjudicado económicamente frente al extremo de que será la citada en garantía la que, a la postre, deberá afrontar el pago, en la medida del seguro, beneficiando al ganador del pleito.

Por tales firmes razones admite el recurso y se avoca a la consideración de los agravios vertidos en su respectivo escrito.

En orden a la citación en garantía, instituto normado en el art. 118 de la Ley de Seguro, es sabido que la doctrina y la jurisprudencia se han puesto de acuerdo hace un tiempo, luego de arduas y prolongadas discusiones, en el sentido de que se trata de una acción directa no autónoma, toda vez que, para integrar a la litis a la aseguradora es requisito «sine qua non», so pena de su rechazo «in limine», que la acción haya sido ejercida, conjuntamente, en contra de su asegurado.

El Código Civil y Comercial (CCivCom) expresa, en su art. 1773, lo siguiente: «Acción contra el responsable directo o indirecto. El legitimado tiene derecho a interponer su acción, conjunta o separadamente, contra el responsable directo y el indirecto».

Tal disposición ha llevado al Dr. Osvaldo R. Burgos, en su artículo titulado «Ser lo que es o empeñarse en (no) serlo: El resarcimiento de daños en el Código unificado y su “top” 10» (obstante en Microjuris, 2/9/2015, MJD7371), a afirmar: «Según mi interpretación de lo que debiera entenderse por “responsables indirectos”, semejante disposición terminaría con la citación en garantía (porque los aseguradores debieran ser el ejemplo paradigmático de los “responsables indirectos” a quienes se puede demandar) y, por vía subrepticia, receptaría la corriente doctrinaria y jurisprudencial que, desde hace años y contra la letra expresa de ley, sostiene que el asegurador es parte del proceso».

De admitir la futura jurisprudencia tal posición, la cuestión acerca del derecho de la citada en garantía respecto de recurrir una sentencia adversa se tornará abstracta toda vez que la admisión a ser demandada, sin necesidad de hacer otro tanto con su asegurado o responsable del siniestro, le concede todos los derechos como tal, entre los que se encuentra el de plantear los recursos que estime pertinente en contra de una sentencia adversa a sus intereses.

Consideramos -y confiamos- que el dictado de una nueva ley de seguros, que -conocemos- se encuentra en estudio en la Superintendencia de Seguros de la Nación para su inminente envío a la Legislatura, puede poner negro sobre blanco en esta

cuestión de la posibilidad de accionar en forma directa y autónoma -sin previa integración a la litis del asegurado y/o responsable- en contra de la aseguradora que ampara la responsabilidad civil del atribuido como autor del daño.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE URGENCIAS MÉDICAS

El fallo acuerda la calidad de contrato de consumo al celebrado entre el paciente y la empresa de urgencia con fundamento jurídico en la Ley de Defensa del Consumidor y el CCivCom. La inaplicabilidad temporal de esta última norma como tal, en función de su entrada en vigencia con posterioridad al dictado del Acuerdo, no constituyó valladar alguno, toda vez que el vocal le acordó la calidad de fuente de doctrina y no como legislación aplicable.

Ha comenzado a aflorar una posición jurisprudencial en el sentido de aceptar la recurrencia a la normativa del CCivCom, a fallos dictados con anterioridad a su aplicación temporal, a la hora de su análisis en Alzada, no como legislación vigente, sino, ora como interpretación normativa, ora como fuente de doctrina, estimando que ocurrirá otro tanto en juicios iniciados también con antelación a dicha data, pero con sentencia de grado dictada con posterioridad al 1 de agosto de 2015.

Por citar alguno de ellos, la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, en autos «S., K. E. y otros c/ B., L. y otros», sostuvo en Acuerdo dictado el 17 de noviembre de 2014, con voto del Dr. Picasso: «Las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, incluso antes de su entrada en vigencia, deben ser tenidas en cuenta por los jueces, en tanto manifiestan la intención del legislador actual que, como es sabido, es uno de los criterios rectores en materia de interpretación normativa».

De tal metodología de pensamiento se concluye, en el Acuerdo objeto del presente, en orden práctico, en el sentido de la correspondencia de la aplicación del cargo probatorio en «las espaldas del contratante fuerte», en la especie, de suyo, la empresa demandada, atendiendo a su mayor posición de dominio en el contrato.

En orden a este desplazamiento del cargo probatorio hacia quien resulte con mayor poderío sinalagmático, el Código Civil y Comercial en su art.1735, confiere la facultad a los jueces de «distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla».

Dicha norma habilita a los sentenciante a la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en los casos en que estimen su conveniencia, dando acogida a una suerte de presión doctrinaria y en línea con abundante jurisprudencia.

Como siempre que abordamos esta cuestión, no podemos menos que referirnos a la segunda parte del mencionado art. 1735 cuando expresa: «Si el juez lo considera pertinente, “durante el proceso” debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa» (el entrecomillado interno nos pertenece).

Si bien las provincias se han reservado el derecho del dictado de los Códigos de Procedimientos, lo que involucraría, «prima facie», la inconstitucionalidad del referido artículo en atención a su contenido de derecho de forma, la Corte ha admitido la posibilidad de legislar normas de rito en los Códigos de fondo. Resulta esclarecedor el fallo dictado por la Sala III de la Cámara en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en autos «Sucesores de Quiroga, Edith Graciela c/ Ostera, Jorge y otro» -inédito- que sostuvo lo siguiente: «Los arts. 75, inc. 12, y 121 de la CN disponen que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por los pactos especiales al tiempo de su incorporación a la Nación Argentina. Es por ello que las provincias asumen entre los poderes no delegados al Congreso de la Nación el de dictar códigos de procedimientos (argto. arts. 75, incs. 12 y 32 de la Constitución Nacional; Lino E. Palacio, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Ciudad de Buenos Aires, 2011, 3.a ed. actualizada por Carlos Camps, t. I, p. 26; Sagüés, Elementos de derecho constitucional – t. II, 2003, p. 129). Sentado lo anterior, diré que la

Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que -como consecuencia de lo normado por el art. 75, inc 12, de la CN- tienen validez constitucional las normas procesales dictadas por el Congreso Nacional con respecto al derecho común, en el supuesto “en que sean razonablemente necesarias para el ejercicio de los derechos”. Este criterio fue adoptado por el Máximo Tribunal de la Nación en el año 1923 en el caso “Bernabé Correa” (fallos 138:157), en un caso referido a la ejecución de una prenda agraria».

Dicha facultad acordada a los jueces generará una problemática en aquellos juicios en los que, conforme el Código de rito, se deba ofrecer la prueba con la demanda y con su responde, toda vez que, aplicar la disposición del art. 1735 puede conllevar la conveniencia de una ampliación de la prueba ya ofertada.

¿Decretará, en tal caso, el juez, una ampliación del ofrecimiento de prueba? De no hacerlo, avasallará el derecho constitucional de defensa, dejando abierta a la parte, que invoque una mella en tal derecho el planteamiento de un recurso de nulidad de la sentencia, al verse impedida de ampliar prueba.

En la práctica procesal, y sin que implique un menoscabo ni una crítica adversa al accionar de los jueces, esta norma los obligará, en todos los juicios en los que se ventilan cuestiones relacionadas con responsabilidad civil, a la lectura de los escritos de demanda y responde en forma inmediata a su presentación, para determinar si cabe o no la aplicación del cargo dinámico de la prueba.

En otro orden, se afirma en el fallo objeto del presente trabajo que «la prestación médica a cargo de las empresas de emergencias consolida una obligación de resultado».

Interpretamos que tal naturaleza jurídica de la obligación -de resultado- que se le acuerda, deriva del hecho de que el tema de debate en el pleito refirió a la «no concurrencia» al requerimiento de la atención -primera obligación del contrato de servicio de urgencias médica-, ya que la atención médica propiamente dicha -segunda obligación en el tiempo- es una «de medios», por más que se conceptúe al contrato como de consumo.

La clasificación de las obligaciones en «de medios» y «de resultado» resulta fruto del trabajo del jurista francés René Demogue, a la que muchos jueces acuden, especialmente, en cuestiones de responsabilidad civil médica.

Para la determinación de la responsabilidad frente a la violación de una obligación «de resultado» se hace abstracción de la conducta del deudor incumplidor, bastando la frustración del respectivo «opus» por lo que las eximentes son el hecho de la víctima, la culpa de un tercero por el que no responde el deudor o el caso fortuito o fuerza mayor.

La falta de acogida expresa de esta clasificación de las obligaciones en el Código de Vélez generó que parte de la doctrina desaproveche su aplicación. Tal controversia ha quedado zanjada con el nuevo Código Civil y Comercial por haberles dado expresa cabida en su art. 774 al abordar la normativa de las obligaciones de hacer.

Como lo anticipamos, en la especie, se produjo el incumplimiento total por parte de la empresa de urgencias demandada, ante su falta de acudimiento al lugar pretense en las llamadas telefónicas efectuadas.

La obligación de la empresa de urgencias en presentarse al lugar requerido, a más de encasillarse como «obligación de resultado», constituye, en muchos casos -y el presente no escapa a tal inclusión-, lo que la doctrina ha designado como «obligaciones de plazo esencial».

Tal denominación impuesta a esa especie de obligaciones obedece a que la mora en el cumplimiento constituye incumplimiento total. ¿De qué vale la llegada con demora si el paciente ya falleció? ¿Sirve que el fotógrafo contratado para una boda concorra al día siguiente de su celebración? La prestación tardía no cumple con el «opus» obligacional.

Pero el «opus» obligacional de la concurrencia al lugar requerido se encuentra conformado por dos elementos que, agregados, componen el todo. Esos dos elementos son los siguientes: el temporal, vale decir, concurrencia en tiempo, y el material, consistente en hacerlo con el instrumental adecuado para la atención de la dolencia narrada al requerirse el servicio.

Tal afirmación se explica ante el hecho de que no satisface el interés del requirente con solo concurrir dentro del lapso temporal razonable en atención a la patología descrita en el llamado recibido, sino que debe hacerse con los elementos imprescindibles para que la atención se brinde conforme la «lex artis». En el presente caso, se dio el incumplimiento de orden temporal al no concurrir el servicio, pero el propio accionado admite que, potencialmente, de haber cumplido con esa parte del «opus», lo hubiera hecho sin el instrumental razonable para atender el mal que aquejaba al fallecido.

V. INDEMNIZACIÓN ACORDADA

Tal como lo adelantamos al comienzo del presente comentario, la Alzada admite que «si bien no procede la indemnización integral, es decir el llamado “valor vida”, corresponde la reparación de una chance de supervivencia».

La pérdida de chance es la frustración probable y fundada de obtener un resultado beneficioso o de evitar experimentar un daño.

El CCivCom, a diferencia del anterior, legisla el tema de la pérdida de chance en su art. 1745 disponiendo que, en caso de muerte, la indemnización debe consistir, conforme su inc. c, «en la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos» (sic).

Tal indemnización refiere a la frustración de obtener un resultado beneficioso, dándole el carácter de presunción que es de «juris tantum», toda vez que consideramos admite prueba en contrario, con cargo demostrativo en la persona de la parte que invoca la inexistencia de tal pérdida de chance. Así, el accionado podría probar que el hijo fallecido no hubiera tributado ayuda futura alguna a sus padres. En cambio, en materia médica, en los supuestos de inasistencia del servicio -como en el presente caso que estamos analizando- o en la llegada tardía, la «pérdida de chance» apunta a la frustración de evitar un daño.

El elemento «probabilidad», ínsito en toda pérdida de chance, implica que la indemnización, en su faz cuantitativa, no será idéntica a la que corresponde cuando el daño deriva del accionar culposo y media certeza absoluta consistente en que, de no haber mediado tal proceder antijurídico, el perjuicio no se hubiese producido «in totum».

En consecuencia, en el caso de falta de atención o tardíamente, habrá que, a la hora de analizar la responsabilidad del profesional, determinar cuál era la probabilidad de logro del resultado deseado que se frustró ante la mala praxis habida y solo imponer la reparación de tal cuota parte de frustración.

En el orden jurisprudencial, traemos a colación el fallo dictado por la Sala II de Mar del Plata el 20 de febrero de 2014 en los autos «E., M. A. c/ Hospital Especializado Materno Infantil», que sostuvo: «Téngase presente que según expresa Lorenzetti (citado por Aizenberg y Roitman), en la chance coexisten un elemento cierto y otro incierto: hay seguridad de que, de no haber actuado el facultativo negligentemente, el paciente habría mantenido la posibilidad de curación; no se sabe a ciencia cierta si manteniéndose esa posibilidad de mejoría, ésta se habría producido realmente (v. Aizenberg Marisa y Roitman Adriel, “Responsabilidad civil médica y relación de causalidad. Pérdida de chance ante casos de error de diagnóstico”, L.L.2009-D, 594). Desde otra óptica, se ha dicho que el médico es responsable por pérdida de chance cuando, aún no existiendo una conexión directa e inmediata entre su conducta y el daño sufrido por el paciente, está demostrado que su acción u omisión disminuyó las posibilidades de sobrevida o cura de aquel. La relación causal queda entonces establecida entre la acción u omisión negligentes del profesional y la pérdida de

la probabilidad de sanar o de vivir, lo cual constituye un perjuicio reparable (v. Calvo Costa, Carlos, “De la pérdida de chance en la responsabilidad civil médica: dos sentencias ejemplares”, RCyS 2011-III-90).

»Cabe citar aquí lo resuelto por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en un precedente análogo (parturienta múltipara con feto macrosómico que sufrió distocia de hombros, con graves secuelas incapacitantes). Consideró el citado Tribunal

que "...aun que la cesárea no sea consecuencia lógica de un alto peso del posterior recién nacido ... no quita que la intervención pueda ser hasta imprescindible para muchos casos ... por innumerables causas que pueden detectarse durante el embarazo. La cesárea no implica dejar de lado el criterio restrictivo con que la intervención debe efectuarse ... debiendo evitarse aquella siempre que sea posible hacerlo; no cuando de no hacerlo, como es el caso, existe alta probabilidad de que el perjuicio suceda...". Y los magistrados concluyen: "... Lo concreto es que se le privó a la niña de una posibilidad de evitar el daño físico producido y que por aplicación de las reglas generales de la causalidad, una causa mediata -con secuela previsible resultante de la conexión de un hecho con otro acontecimiento distinto (art. 901 del Código Civil)- es suficiente para responsabilizar al profesional, si su proceder culposo pudiese prever como posible la consecuencia perjudicial..." (v. CNCiv. Sala K, "Ortiz c/ Obra Social del Personal de la Construcción y otros" S.10-9-2007 Llonline AR/JUR/13003/2007, el destacado me pertenece)).

El tema de la «chance» obliga a los jueces a mensurar, con elementos probatorios convincentes, en los supuestos en que la relación fáctica de origen del pleito sometido a su consideración lo exija ante la existencia de dos componentes causales: en primer término, el grado de incidencia que tuvo la conducta antijurídica respecto del resultado muerte habido -en el presente caso por inasistencia al lugar requerido- y, en segundo lugar, el porcentual de probabilidad de que tal desenlace se hubiera producido igualmente aun ante la presencia de prestación médica.

Pero también hay que advertir que, si la pericia médica concluye que, de haberse prestado la asistencia médica en tiempo y forma, la patología del paciente se hubiese revertido «in totum» -extremo que lo impidió la tardanza o la inasistencia-, en tal caso, no resulta aplicable el instituto de la «pérdida de chance» atendiendo a que no se trató de una frustración de probabilidad, sino de la curación integral, correspondiendo, por ende, la indemnización total del daño sin cortapisas o disminución porcentual alguno.

En el fallo objeto del presente comentario, el vocal opinante interpretó, en línea con el dictamen pericial, que no se daba el extremo de una curación total para el caso de un arribo en tiempo, expresándose así: «Entiendo que si bien no procede la indemnización integral, es decir el llamado "valor vida", corresponde la reparación de una chance de supervivencia, aun considerando diversas hipótesis, entre ellas que igual la muerte hubiera ocurrido ese día, que la propia enfermedad del paciente lo hubiera expuesto en el futuro a crisis similares o que se hubiera podido neutralizar el episodio, enigma que no se puede resolver en abstracto».

VI. EPÍLOGO

El presente fallo es digno de todo elogio en función del rigor científico con que se trató el tema objeto del juicio incoado, toda vez que, a la par de analizar con fundamentos el espinoso tema del servicio de urgencias, al abordar la cuestión del quantum indemnizatorio arriba a la correcta conclusión acerca de la procedencia del instituto de la «pérdida de chance».

También resulta destacable que la posición asumida en su voto lo corrobora con profusa jurisprudencia y doctrina, como así también hay que recalcar que, en el Acuerdo, se hacen transcripciones de gran parte de la sentencia de grado, lo que implica un mejor entendimiento de la relación fáctica habida.

Es de esperar la repetición de esta calidad de fallos que enaltecen la tan vapuleada Justicia por estos tiempos.

(*) Abogado, Facultad Católica de Derecho del Rosario, UCA. Posgrado de Derecho de Seguros y Accidentes de Tránsito, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, UCA. Posgrado de Especialización para la Magistratura, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, UCA. Posgrado de Responsabilidad Médica, Centro de Especialización Jurídica Juris. Ha asistido a cursos, seminarios, jornadas, congresos y conferencias. Ha dictado cursos. Expositor de ponencias. Autor de artículos sobre temas de su especialidad.

Fuente: Microjuris.com

