

Curso Anual de Auditoria Médica

2014

# La Responsabilidad Civil del Médico Auditor

Integrantes:

*Dra. Maria Paula Arista*

*Dra. Maria Jose Franzese*



## Indice.

- Introducción , concepto e historia.....	3
- Funciones de la auditoria médica y su relación con el derecho.....	5
- Responsabilidad, responsabilidad profesional y médica .....	12
- Jurisprudencia .....	14
- Antijuridicidad .....	16
- Nexo causal .....	17
- Factores subjetivos de atribución: la imputabilidad por culpa o dolo .....	18
- Factores objetivos de atribución: responsabilidad médica por daños causados con intervención de cosas.....	21
- Factores objetivos de atribución: Responsabilidad del auditor.....	22
- Conclusión.....	25
- Bibliografía.....	27

## Introducción.

### Concepto. Historia.

El término auditoria deriva del latín “audire” que significa “oír”.

La importancia de la auditoría es reconocida de larga data, ya en la edad antigua, en Egipto y la India, existían funcionarios que **observaban** el cumplimiento de las normas sanitarias. Hemos hecho mención de dos sentidos fundamentales para el desarrollo de cualquier actividad y más aún a temas de salud, en esta oportunidad a la auditoria médica, como lo es el oír y el observar, como lo es también en el derecho ya que antes de hablar, de actuar, es muy importante aprender a escuchar y observar. Por eso podríamos decir que la auditoria medica es la evaluación sistemática, dinámica, constante de la atención en salud, según Avedis Donabedian, considerado por algunos el padre de la disciplina, la auditoria cimienta su base en tres pilares: Estructura, Proceso y Resultado, enfocados en garantizar la calidad de las instituciones que prestan servicios en salud por un lado y por otro, analizar el trabajo médico en sus diferentes áreas con el propósito de conseguir el más alto nivel de eficiencia en la atención prestada. Estimular el conocimiento y buena relación entre los profesionales de la salud. Dar cumplimiento a las disposiciones legales.

Actualmente consideramos que la auditoria médica debe involucrarse más que nunca no solo en las relaciones de los profesionales sino en la de estos con los pacientes, tomando un rol activo en la relación médico-paciente, para algunos médico-paciente-familia ya que en muchas oportunidades va a constituir el eje funcional para que este binomio o trinomio no presente asperezas y de presentarlas contar con la capacidad para la resolución adecuada a cada caso. Sin olvidarnos que esta relación va a quedar plasmada en la historia clínica cuya revisión, valoración y evaluación junto a su confrontación con protocolos de diagnósticos y tratamientos constituye la piedra angular de la auditoria

contribuyendo a retroalimentar el conocimiento médico, facilitando la superación de inconsistencias para lograr una buena calidad de atención médica; teniendo siempre presente esa frase que dice: "La historia clínica es la lápida o el pedestal en todo juicio de praxis médica."

La responsabilidad del médico nace dos milenios antes de Cristo. En Egipto existía una casta dedicada a la curación de las enfermedades, ajustándose a principios escritos en libros sagrados que se creía dictados por el Dios de la Sabiduría: THOTH, quienes se apartaban de los mismos respondían por las consecuencias causadas en los enfermos que atendían. Así nace la Responsabilidad profesional médica, dado que si uno se apartaba de los procedimientos y el enfermo moría, el autor pagaba con su vida.

En Babilonia, bajo el reinado de Amurabi, es donde por primera vez se reconocen Tribunales constituidos por laicos para juzgar diferentes hechos, entre ellos la práctica médica, fijándose como Responsabilidad la ley del TALION "alma por alma, ojo por ojo, diente por diente".

En Roma se introduce un elemento que es la Culpa, respondiendo el autor de un hecho por su negligencia manifiesta. Los Códigos Civil y Penal, el Código de Ética Médica del año 1955, de la Confederación Médica Argentina, la Ley de Ejercicio de la Medicina y demás ramas del arte de curar, Ley N° 17132 / 67 de aplicación exclusiva en Capital Federal y Leyes provinciales dan marco legal a las responsabilidades que surgen en la relación Médico-Paciente.

La responsabilidad médica, parte de la responsabilidad profesional, se halla sometida a los principios generales de la responsabilidad general. Desde un punto de vista legal, la responsabilidad médica según la clásica definición de Laccasagne es: *"La obligación a que están sujetos los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas en el ejercicio de su arte y que pueden originar una doble acción: civil y penal"*.

Los orígenes médicos y jurídicos datan del siglo pasado, siendo el primer registro de un juicio iniciado a un médico en 1825, en Francia, al Dr. Helié por amputación de ambos brazos realizadas en el feto para facilitar su expulsión, el juez lo condenó por actuar **"sin prudencia y con una precipitación increíble"**. Recién en 1833 se produce el segundo juicio contra un médico, al Dr. ThouretNoroy en donde el fiscal Dupin produjo, por su valor histórico y jurídico, la más importante pieza judicial *"el médico como profesional cae en las obligaciones del Derecho común, siendo responsable por los daños que pueda producir su negligencia, ligereza o ignorancia inexcusable de cosas que necesariamente debe saber. Los Tribunales no deben entrar a analizar cuestiones técnicas que estén aún en discusión entre los médicos, pero sí la aplicación de conocimientos y normas elementales y fundamentales en la práctica de la medicina. Los tribunales deben ser prudentes dejando a la ciencia por un lado y a la justicia y al derecho por el otro, todo lo que les pertenece"*.

## **Funciones de la auditoria médica. Su relación con el Derecho.**

Para poder definir la responsabilidad que le cabe a los médicos auditores en su ejercicio profesional, debemos mencionar las tareas que suelen encomendarse a los auditores:

- Cumplimientos de los contratos
- Control de las prestaciones
- Análisis de los procesos
- Evaluación de la calidad
- Generación y registro de información
- Elaboración de normas
- Coordinación de tareas específicas
- Elaboración de informes y dictámenes.

Sin lugar a dudas, algunas actividades exponen más que otras, pero recordemos que además de labores meramente administrativas el auditor es requerido a opinar muchas veces como médico, y en este sentido es un integrante básico del proceso de atención de la salud. Debe demostrar un real dominio de la profesión, con experiencia y preparación suficientes como para distinguir mediante la simple observación de prestaciones eficientes de las ineficientes. No puede haber calidad médica sin eficiencia, entendida como la relación entre los resultados asistenciales, los recursos utilizados y sus costos. La costo-efectividad de los servicios brindados hace referencia tanto al costo de un servicio como a la distribución de los recursos en relación a la demanda de los mismos, ya que los recursos son finitos pero las necesidades de las poblaciones no.

La Auditoría Médica de las prestaciones y servicios en salud, no se aparta de las auditorías que se realizan en otros campos del quehacer humano en cuanto a proceso, objetivos, evaluación e informe, constituyéndose en un instrumento de perfeccionamiento y educación continuas, que permite tomar resguardos en aspectos técnicos, administrativos, éticos y médico-legales en búsqueda de la excelencia. Consiste en una evaluación sistemática, realizada por médicos y auxiliares que compara las características o Calidad de la atención brindada y observada con la Calidad ideal y deseada, de acuerdo a criterios y normas preestablecidas.

Así la Auditoría Médica se concibe como una instancia educadora más que punitiva y sancionadora, donde se trata de aprovechar las experiencias, tanto las negativas, a través del análisis de incidentes-accidentes, como de las positivas para ir introduciendo en forma gradual correcciones y mejoramiento en cada uno de los procesos de atención, para satisfacer los requerimientos de los pacientes y sus familiares y así poder cubrir las crecientes expectativas de los pacientes que acuden a las instituciones de salud.

En el cumplimiento de estos requerimientos, la Auditoría Médica se podría decir que se entrecruza con el Derecho para constituirse en:

A- Un sistema de educación y perfeccionamiento continuos, preocupado de la Calidad, seguridad, calidez y humanidad de las prestaciones sanitarias, tratando de lograrlo a través de un proceso de enseñanza-aprendizaje, motivación y participación de todas y cada una de las personas que atienden pacientes.

**B- Una instancia de mediación conciliación y solución de conflictos que puedan surgir en la relación médico-paciente, médico-paciente-familia e instituciones en beneficio de los involucrados y afectados.**

**C- Un sistema que más que sancionar tiene un carácter preventivo del error del personal de salud y reparador del mismo de carácter no punitivo.**

En cumplimiento de sus objetivos la Auditoria Medica tiene algunos campos de acción, los que solo se enumeran:

1- Aspectos educativos: estimulando una educación y perfeccionamiento continuos, lo que permite la obtención del aprendizaje y experiencia para enseñar.

2- Aspectos Técnico-Evaluativos: a través de la calificación de actos y conductas, lo que implica un control de Calidad.

3- Aspectos de investigación: detección de problemas, deficiencias y grado de cumplimiento de las normas lo que facilita establecer y delimitar responsabilidad Medica.

**4- Aspectos Normativos: estimulación en la elaboración y readecuación de guías clínicas, normas, protocolos y manuales de procedimiento, lo que facilita y objetiva el grado de cumplimiento y sujeción a estas. Remarcando la trascendencia de realizar una historia clínica transparente y completa, concientizando en la importancia del consentimiento informado considerando al mismo como una manifestación de voluntad y no simplemente como un documento.**

**5- Aspectos Médico-Legales: establecer que se cumplan las normas legales y las disposiciones sanitarias vigentes. A) Prevención de la mala praxis y el error del personal de salud. B) Recomendaciones para el manejo de conflictos. C) Tratamientos de conflictos y eventos potencialmente indemnizables. D) Actuación en estrecha colaboración con la asesoría legal de la institución.**

**6- Aspectos Éticos: promover el fiel cumplimiento de las conductas de las personas de acuerdo a las normas éticas y morales. Realizando de forma permanente jornadas, charlas, simposios, con el objeto de mantener constantemente actualizado al personal de salud desde temas inéditos a temas tan básicos como lo son los derechos del paciente. (Ley 26742)**

7- Aspectos financieros y de mercado: conociendo toda la información que proporciona la Auditoría Médica se puede analizar la Calidad, la prestación costo-beneficio y la eficiencia, permitiendo la elaboración de indicadores de Calidad. En todos los aspectos de la Auditoría Médica es de gran importancia trabajar en la elaboración de programas, readecuar protocolos, guías clínicas, manuales de procedimientos, desarrollar sistemas para los distintos procesos de atención sanitaria y controlar su funcionamiento. Aún de mayor relevancia es hacer en la gestión sanitaria un **uso juicioso** de todos los medios y de la información generada, la cual al ser analizada, medida y evaluada, permite conocer la situación real y actualizada en que desarrollan los procesos, procedimientos y acciones en las distintas Unidades y servicios de un Hospital o clínica. **La importancia de conocer de forma acabada el área programática de una institución de salud es incuestionable, indiscutible si se aspira a combatir y mejorar nuestro sistema de salud, un sistema por demás inequitativo**, un ejemplo de esta inequidad se ve en hospitales donde se cuenta con tecnología robótica para intervenciones quirúrgicas para luego el paciente correr el riesgo de morir por una gastroenteritis en su domicilio por falta de cloacas o agua potable. Si contar con los distintos instrumentos, analizarlos, medirlos y evaluar los resultados es importante, es de mayor trascendencia poder tomar conciencia de las

deficiencias y errores para poder introducir las modificaciones que permitan corregirlas y mejorar la Calidad y seguridad de los servicios; “el cambio no solo se produce al planificarlo sino también tomando conciencia de lo que no funciona”.

Observar el tema de la calidad en materia de auditoría nonos parece hacer referencia a nada nuevo, ya que hace tiempo se trabaja en ello. Calidad de la atención médica, calidad de la prestación de salud. Existen autores que refieren que no basta con poner a disposición solamente los medios, los recursos, sino que es esencial que estos funcionen. Walter Carnota, explica que “no se trata de una pretensión de cantidad, sino de calidad”.

Dice que si bien hay un consenso acerca de las necesidades de mayores dosis de cuidados médicos, no lo hay en cuanto a los medios, a los sistemas, a los mecanismos, a los modos (**Sistema de salud inequitativo**). El mismo autor sostiene que el derecho a la salud es de índole prestacional, y allí donde la prestación no llega, o es insuficiente cuantitativa y cualitativamente podrá afirmarse rotundamente que no hay derecho.

En relación a este tema sabemos que en la Argentina son frecuentes los reclamos por una deficiencia en la atención médica en sentido cualitativo. Un paciente que ingresa a un centro asistencial, y que ante la desorganización del personal e infraestructural se ve frustrado en su pretensión decidiendo no continuar asistiéndose, no ilustra un ejemplo desconocido. Muchas veces, es fácil observar que ese resultado, deviene claramente de un orden causal notoriamente atribuible a la deficiencia de la atención médica, considerando que se llega a esta situación por una serie de hechos concatenados, desde una deficiente remuneración del personal de salud, de los medios con que cuentan estos para llevar a cabo su tarea, hasta una falta de derechos de los mismos en contraposición con los derechos de los pacientes.

La Corte Suprema de la Justicia de la Nación, dictaminó que “El adecuado funcionamiento del sistema asistencial médico no se cumple sólo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, pues es imprescindible además que todos ellos se articulen activamente

en cada momento y en relación a cada paciente. Ello, en tanto cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sean el control de una y otra, en la medida que pueda incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil necesariamente compromete la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección y el control del sistema.

También se ha dicho que **“Quien contrae la obligación de prestar el servicio de asistencia a la salud debe hacerlo en condiciones adecuadas el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los daños que cause su incumplimiento o su ejecución irregular”**.

Para el caso de los médicos auditores, los mismos se desempeñan dentro de la estructura de la organización de cuidados de la salud, pero no ejecutan la prestación principal que satisface el interés del paciente, asociado. Podría concebirse que la obligación de prestación médica se satisfaga, sin que haya intervención de un médico auditor, en la medida en que el paciente agotará su interés mediante la atención que reciba del médico o ente asistencial. Nos parece conveniente enfatizar estas diferencias, ya que frente a un hecho lesivo donde haya mediado una actividad del médico auditor como desencadenante del proceso causal dañoso, habrá que distinguir si su conducta se ciñó a la ejecución del encargo específico de la empresa, o su accionar culposo en el marco de su profesión de médico. En el contexto en el que se dispensan las prestaciones médicas, el auditor cumple un rol asignado por su empleador o principal dador de empleo, netamente diferenciado del que puede cumplir un médico o un ente asistencial integrante del elenco de prestadores. En éstos últimos (prestadores), es donde más se aprecia la falta de dependencia con el principal (empresa médica), atento a su autonomía científica, y hasta en la ausencia de una elección directa por parte del empresario dador de salud; sin soslayar que no siempre el interés es compartido con quien le ha encomendado la ejecución de la prestación. Quizás, la labor del médico auditor, cobra mayor relevancia para el derecho de

daños, cuando desempeña de “filtro” de las indicaciones prescritas por los médicos, de cara a reducir, o al menos controlar el gasto prestacional.

En el marco de dicha labor, no cabe duda de que sus conocimientos científicos emanados de su calidad de profesional de la medicina, son requeridos; pero en cierta forma, su tarea se ubica en una permanente tensión de intereses, nacidos de la demanda prestacional del paciente. Por un lado, se encuentra el interés del médico, quien solicita un determinado estudio, o un conjunto de ellos en el proceso de determinación de un diagnóstico, que como se sabe, es una de las fases más críticas en la labor médica para la detección de una patología. Y por el otro el médico auditor debe aplicar sus conocimientos para determinar la justificación de la práctica, compatibilizando los intereses de su representada (empleador o locatario) con el restablecimiento de la salud del paciente.

Cabe realizarse muchos interrogantes cuando la negativa a determinada prestación responde a un criterio de exclusión por no encontrarse la práctica dentro del plan médico, ¿podría pensarse que dicha conducta no comprometería su responsabilidad, por tratarse del esquema prestacional trazado por la empresa médica para dispensar la cobertura contratada? Pero qué ocurre si en un juicio posterior, dicha práctica fuera considerada inserta en el débito prestacional de la obra social o prepaga, ¿respondería el médico auditor por las consecuencias de dicha omisión? Este es uno de los motivos del aumento de la judicialización de la medicina en materia de acciones de amparo, demandándose las coberturas que son denegadas por las obras sociales o medicinas prepagas, contra el argumento que las mismas no se encuentran en el Programa Medico Obligatoria (PMO). La actual jurisprudencia, ha considerado al programa sanitario como una guía, a los efectos de establecer pisos mínimos de cobertura para asegurar las prestaciones esenciales a favor de la población beneficiaria.

Sin embargo, la diaria solicitud de autorización de prácticas, conduce a la aplicación de procedimientos estandarizados, cuya vertiginosidad impide formular reservas de criterio por parte del médico auditor. En consecuencia, una decisión

suya, sin reparo alguno, aunque apegada a la orden impartida, puede repercutir posteriormente en su patrimonio, respondiendo concurrentemente con el principal empresario. La dependencia a la que generalmente se encuentran sujetos los médicos auditores, en cuanto a la forma en que deben desempeñar su tarea en la autorización de las prácticas. Desafortunadamente, resulta caótico pretender detectar en cada caso, cuándo la decisión del auditor, pudo haber estado influenciada por una “bajada de línea” de su empleador o locatario empresario. Es que lo que puede comenzar con el ejercicio de una facultad legítima de controlar, termina desorbitándose como consecuencia de una decisión empresarial de dudosa legalidad, pergeñada con el solapado designio de limitar el gasto prestacional por conducto de inducir a sus dependientes a sesgados dictámenes.

## **Responsabilidad, responsabilidad profesional y médica.**

### **Responsabilidad**

Responsabilidad es la sanción que se impone a una persona, obligándola a reparar el daño experimentado por otra, como consecuencia de una conducta jurídicamente reprimible; según expone el jurista Dr. Acuña Anzorena.

### **Responsabilidad profesional**

La responsabilidad profesional, se enmarca dentro de la Ética, rama de la filosofía que se ocupa del obrar humano buscando discutir y juzgar el valor de las normas morales y jurídicas. La responsabilidad es dar cuentas de nuestros actos.

### **Responsabilidad médica**

Es un tipo de responsabilidad profesional, alcanzando no solo al médico sino también a todo aquel que ejerce el arte de curar. Dado que en la escala de valores humanos, los más altos están vinculados con la vida y calidad de vida, le cabe al

médico la tarea más delicada y por lo tanto la de mayor responsabilidad profesional.

Para que se configure "responsabilidad" deben concurrir cuatro elementos:

**1- Daño:** Para incriminar sobre responsabilidad a alguien.

**2- Antijuridicidad:** Debe violarse un deber jurídico y preexistente.

**3- Relación de Causalidad:** Entre el hecho dado y el daño emergente sobre la víctima.

**4- Culpa:** Según Ghersi, "es la reprochabilidad de la conducta frente a normas del derecho que prescriben una forma de obrar".

Una distinción clásica hablaba de culpa culposa o culpa dolosa; entendiendo que en esta última existía la intención de causar un mal o querer provocarlo.

Cuando exista dolo, se estará frente a la figura de delito en el Código Civil (art. 1072 "El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar a la persona o los derechos de otro, se llama en este Código "delito"); a nivel del Código Penal se estará frente a una responsabilidad de tipo criminal.

Cuando no ha existido la intención de cometer dolo, o sea culpa culposa ésta podrá ser juzgada tanto en el fuero penal como en el civil bajo las formas:

- Impericia: Es la falta de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad imprescindibles para realizar un acto médico.
- Imprudencia: Es no medir adecuadamente la consecuencia de una acción, un obrar de más, sin juicio médico adecuado y sin discreción o cautela.
- Negligencia: Es un dejar de hacer lo debido.
- Inobservancia de las obligaciones y deberes a su cargo: Es una forma culposa del proceder.

Están comprendidos en el artículo 77 del Código Penal, que se refiere al individuo (funcionario, empleado público) que estando obligados por reglamentos u ordenanzas, omite cumplir su mandato.

En la esfera Civil es el incumplimiento de expresas órdenes administrativas (por

ejemplo: ausentarse de la guardia, omisión o defecto en la confección de la historia clínica, permitir la realización de actos médicos por practicantes).

**Jurisprudencia.** El 16 de diciembre de 2011, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, condenó a una obra social, al centro asistencial y a la médica auditora de esta última, a la reparación de los daños a una beneficiaria por la denegación de un estudio, lo que retrasó el diagnóstico de un cáncer de mama y restó chances a una paciente que finalmente falleció durante el proceso, siendo finalmente su hija la acreedora de la sentencia por la condena. La paciente, de 63 años, había concurrido en julio de 2002 a una consulta ginecológica en la clínica demandada en donde fue examinada por una, médica ginecóloga, quien constató la presencia de una displasia mamaria bilateral y requirió la realización de una “mamografía bilateral con prolongación axilar”. En su pedido, la médica puntualizó la edad de la paciente y el hecho de que habían pasado 3 años desde la última mamografía. La auditora del centro asistencial denegó el estudio con una leyenda lacónica: “No justifica práctica por el Programa Médico Obligatorio de Emergencia, (PMOE)”. Nueve meses después, en abril de 2003, la paciente concurrió al Hospital de Clínicas José de San Martín, donde finalmente se realizó la mamografía bilateral y un estudio histopatológico que determinó la presencia de un carcinoma intraductal infiltrante con receptores estrogénicos positivos. Fue intervenida quirúrgicamente en mayo del 2003, continuando con quimioterapia adyuvante. Pese a este y otros tratamientos, la paciente falleció en abril del 2006. La paciente inició la demanda contra la obra social, la clínica y la médica auditora alegando que el retraso en el estudio incidió significativamente en la posibilidad de su curación. Durante el proceso, los peritos pudieron demostrarla impericia y la responsabilidad de la médica auditora, basándose en los siguientes argumentos:

- El estudio, mamografía bilateral, se encontraba comprendido dentro del PMOE bajo el código 340602.
- La mamografía bilateral con proyección axilar no es un estudio costoso, siendo de gran valor para la detección precoz del cáncer mamario. La misma puede detectar tumores de pocos milímetros y que como pautas de orientación aceptables para mujeres de hasta 40 años se realizan en forma bianual y para las de más edad con una frecuencia anual. Si bien la displasia no es un factor predisponente para producir cáncer la justificación de este estudio en esta paciente puntual estaba dada por su edad.
- No hay constancias de que la médica auditora haya examinado a la actora y no se detectó la justificación científica para denegar el estudio.
- Es muy probable que se hubiese detectado la patología en ese mes de julio, no pudiendo afirmarse que la evolución hubiese sido distinta. Pero no hay ninguna duda que el diagnóstico precoz favorece al paciente.

Tales son, en resumidas cuentas, los datos a los que se refirió el juez al ponderar la conducta de la médica auditora demandada:

- Se advierte que existió **una negativa basada en puras razones presupuestarias**, la cual tampoco se sostenía en justificación sólida alguna toda vez que la actora era inequívocamente acreedora a este tipo de prestaciones en razón del referido programa médico. Concretamente el propio personal médico de la clínica pidió un estudio adecuado para el diagnóstico de la enfermedad que padecía la causante y **el mismo fue denegado sin motivo alguno por otra dependiente de la misma clínica.**

Finalmente, la Cámara confirmó los montos establecidos en Primera Instancia, obligando a los codemandados a indemnizar a la hija de la paciente a título de pérdida de chances de curación, daño moral y gastos médicos por la suma total de \$117.000, más intereses y costas. Lo novedoso de este fallo, es que a la clásica

condena que suele recaer en estos casos sobre el financiador y el centro en su función de garantes y responsables por la selección y vigilancia del personal que emplean, se condenó también al médico auditor, cuyo desempeño constituyó una mala praxis médica a título personal, toda vez que en su labor de análisis ejerció la medicina. Su opinión, dictamen o consejo cae dentro del ejercicio monopólico de la medicina, que sólo puede ser llevado a cabo por un médico legitimado y que recae sobre el cuerpo humano vivo o muerto y que tiene una finalidad curativa directa o indirecta. En definitiva, **el acto de autorizar o denegar un estudio constituye un acto médico y el mismo puede ser reprobado cuando no se asienta sobre bases científicas.**

## **Antijuridicidad.**

Es el elemento material u objetivo de la responsabilidad y consiste en la infracción o violación de un deber jurídico preexistente, establecido en alguna norma o regla de derecho integrativa del ordenamiento jurídico.

En el caso particular de los médicos, aparte de las preceptivas generales del Código Civil y otros principios del derecho de fondo, se ponen en juego además específicos deberes legales, establecidos a veces en leyes nacionales, como lo es la ley 24.193 de trasplante de órganos humanos, y otras normas , como ser la ley 17.132.

Más allá que por el momento no exista una mención específica en las normas legales, sobre la especialidad de la auditoria médica, el auditor médico no puede desconocer bajo ningún punto de vista el Programa Médico Obligatorio, sus obligaciones como profesional de la salud y el vínculo que establece con la entidad para la que preste servicio el cual va a estar bajo la lupa, básicamente, de los lineamientos del Código Civil. Consideramos oportuno recordar que la

Comisión directiva de la asociación de médicos en salud AMGES, presentó un proyecto de ley (830/13), el cual se firmó el 13 de mayo, a través del cual se reconoce la “especialidad en auditoría médica y gestión en salud”, dentro de la profesión médica, como un justo reconocimiento a la difícil tarea de asegurar que las prestaciones que se brindan a la población se encuadren en las normativas de cada institución.

En consecuencia y pese a que la actividad del médico auditor pueda asemejarse a un mero control administrativo de las prestaciones médico-asistenciales, dicha labor es concebida materialmente como el ejercicio de un acto médico, por lo que el juzgamiento de su desempeño será bajo los principios aplicables a los casos en que se demuestre su culpa inexcusable, a la luz de un ejercicio diligente de la profesión de médico como medida de conducta.

### **El nexa causal.**

De forma homogénea se acepta en doctrina que, para que se deba responder por un daño, es necesario que el mismo haya sido causado mediante acción u omisión de su autor, a lo cual hace mención nuestro Código Civil, cuando establece que el perjuicio indemnizable es el que se causare o se hubiese causado u ocasionado a otro –arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114 y concordantes. A su vez la medida del resarcimiento a cargo del responsable, habrá de resultar de la propia extensión de las consecuencias dañosas derivadas de su proceder, es decir que puedan ser tenidas como efectos provocados o determinados por su conducta, la que viene así entonces a ser su causa.

La determinación sobre la existencia o no de nexa causal entre una determinada conducta y un daño, constituye sin duda una cuestión de hecho, supeditada a las circunstancias fácticas de cada caso y, obviamente, a su acreditación en el juicio. Ahora bien con respecto a este tema y concretamente en

punto a la posible relación de causalidad entre evaluación de autorización de una prestación por parte de la auditoría médica y la pérdida de chance de un paciente, podría sostenerse que la obligación de prestación médica se satisfaga, sin que haya intervención de un médico auditor, en la medida en que el usuario agotará su interés mediante la atención que reciba del médico o ente asistencial. Nos parece adecuado remarcar esta diferencia, ya que frente a un hecho lesivo donde haya mediado una actividad del médico auditor como desencadenante del proceso causal dañoso, habrá que distinguir si su conducta se ciñó a la ejecución del encargo específico de la empresa, o su accionar culposo en el marco de su profesión de médico. El médico auditor debe, como un imperativo de conducta genérica, aplicar sus conocimientos para determinar la justificación de las prácticas, compatibilizando los intereses de su representada (empleador o locatario) con el restablecimiento de la salud del paciente.

En definitiva, todo acto de un médico auditor, es un “acto médico”, cuya reprobabilidad siempre anidara en la falta de justificación desde el conocimiento científico, cuyo desenlace, puede conducir a un defectuoso ejercicio profesional.

### **Factores subjetivos de atribución: la imputabilidad por culpa o dolo.**

La responsabilidad civil de los médicos por lo general se debe a un hecho personal, aunque cabe recordar que también existe la responsabilidad colectiva pudiendo ser esta horizontal o vertical. El análisis de la responsabilidad pasara por el objeto de comprobar si existió dolo o culpa.

El dolo muy raramente habrá de presentarse en este tipo de responsabilidad, siendo por ello que lo que verdaderamente interesa es la culpa, plasmándose como negligencia, imprudencia o impericia. (Art. 512 y su doctrina

del Código Civil). “La culpa comienza se ha dicho cuando terminan las discusiones científicas, y no puede exigírsele a un médico más de lo que sea posible hacer al promedio de quien desempeñan igual profesión o especialidad.” Con respecto a esto último no coincidimos totalmente en cuanto al tema en tratamiento, ya que la auditoria médica, considerándola actualmente como una especialidad, por más experiencia que se pueda tener, coloca a los médicos auditores a la hora de juzgar su “acto médico,” a todos en un mismo nivel, recordando que para ser médico auditor, se debe contar previamente con una especialidad determinada y luego hacer la especialidad de auditoría medica que habilite a su labor, y esto no limita al médico auditor a que su conocimiento se ciña a su especialidad previa, por el contrario deberá seguir formándose y adquiriendo información de otras especialidades para un eficiente desempeño. Es por esto que la especialización pone al facultativo en condiciones de obrar con mayor conocimiento de las cosas, siendo por lo tanto mucho menos excusable su error. (Art. 902 del Código Civil). Y con respecto al tiempo a la hora de evaluar el actuar de un médico auditor, consideramos que en muchas situaciones la demora en la práctica de la realización de una prestación no depende del médico auditor, ya que llegado el caso deberá tomarse en cuenta la responsabilidad de los efectores.

La culpa del profesional reviste acá una especial importancia, ya que el deber medical es considerado como de “medios”, es decir de atención diligente e idónea del paciente sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los conocimientos científicos que el titulo presupone, y en procura de su curación pero sin poder asegurarle que se vaya a obtener éxito con el tratamiento.

En el caso que nos compete cabe preguntarse: el auditor médico tiene obligación de medios o de resultados? Particularmente creemos que en esta especialidad, como en la mayoría, la responsabilidad responde a obligaciones de medios, ya que si bien el médico auditor tiene el deber y la capacidad de analizar, conocer, evaluar, considerar y determinar para cada caso en particular las prestaciones que puedan llegar a requerir los pacientes dejando expresa

constancia de las urgencias o emergencia, no puede prolongarse su responsabilidad a la que corresponderá como se hizo referencia más arriba, a los efectores.

El distingo entre obligaciones de medios y de resultados y la caracterización del deber medical como de “medios”, ha constituido una importantísima idea rectora, que ha permitido a la jurisprudencia sostener, que: la apreciación de la responsabilidad medica debe efectuarse con suma prudencia y ponderación; valorándose: la índole de la profesión, los riesgos que su ejercicio supone en el estado actual de dicha ciencia, ya que se trata de una rama del saber en la que predomina la materia opinable y en donde resulta dificultoso fijar límites precisos entre lo correcto y lo que no lo es, más aun teniendo en cuenta que en la misma impera el principio de discrecionalidad, que se manifiesta en la libre elección por parte del facultativo para la aplicación en cada caso de los métodos terapéuticos conocidos que estime corresponder, bastando por ello entonces, con que hubiese sido discutible u opinable el procedimiento elegido, para que quede descartada toda idea de culpa o negligencia por parte del profesional que se inclinó por uno de los sistemas posibles.

Por lo que se podría sostener que lo que resulta gravitante para determinar la responsabilidad individual del médico auditor es distinguir entre los actos que provienen de la ejecución exacta de las instrucciones recibidas por parte de la organización de salud a la que pertenece de aquellos actos que provienen de su acción de médico. En el primer caso, resulta imprescindible para un adecuada defensa que el auditor cuente con una norma escrita que le especifique cual es la extensión de la cobertura y cuáles son las practicas autorizadas. Si el auditor, en atribuciones conferidas expresamente por la obra social, autoriza o deniega una práctica y se ajusta para ello en un recto criterio médico, no le podrá ser reprochada falta alguna y será eventualmente el financiador quien deberá responder por dicha denegatoria. A los fines de poder eximirse de responsabilidad por los daños que los rechazos o las elecciones de prestadores no aptos pudieran ocasionar sobre los pacientes, el médico auditor deberá dejar debidamente

asentada su discrepancia y las razones científicas que determinan la misma. En la práctica cotidiana esto es muy difícil que ocurra, por la subordinación que tiene el auditor desde el punto de vista organizacional, lo cual incidirá notoriamente en su modalidad de trabajo. Por lo que se considera en base a lo antes dicho que el médico auditor no debe perder nunca de vista el marco legal, en el cual está inmersa su especialidad, ya que su ignorancia o su análisis ligero pueden exponerlo a título personal.

### **Factores objetivos de atribución: responsabilidad medica por daños causados con intervención de cosas.**

Aunque menos frecuente, pueden existir casos en los que la responsabilidad medica no lo sea por el hecho propio del facultativo, como puede ocurrir cuando en el acto médico se han debido utilizar cosas. Es habitual que los médicos y otros profesionales del arte de curar se valgan o utilicen en su desempeño profesional determinados instrumentos o aparatos para llevar a cabo su tarea, lo cual obliga a considerar que normas habrán de regir la responsabilidad en tales supuestos. Todo esto se potencia día a día en esta ciencia, la medicina, que constantemente avanza e incluye innovaciones en materiales y aplicaciones, y con ellas también, obviamente, los posibles problemas jurídicos, pudiendo afirmarse que pocos son los instrumentos, métodos, drogas, técnicas, usados en medicina, que no resulten peligrosos.

La Auditoria Médica como especialidad, en este aspecto no se correlaciona tan fácilmente como otras especialidades, como lo serian lo anestesiología o la cirugía, con respecto a las cosas que se utilizan y puedan ocasionar un daño que requiera analizar la responsabilidad del profesional. Es por eso que en este aspecto cabria analizar cómo podría influir en los establecimientos de salud, y más importante aún en los pacientes, las decisiones y autorizaciones de los médicos auditores, ya que si bien éstos, no ejecutan materialmente la prestación, sus

decisiones pueden gravitar en el desenlace final de un episodio dañoso. Quizás, la labor del médico auditor, cobra mayor relevancia para el derecho de daños, cuando cumple la tarea de “filtro” de las indicaciones prescritas por los médicos, de cara a reducir, o al menos controlar el gasto prestacional, por esta razón el médico auditor se va a ver en medio de una permanente tensión de intereses, nacidos de la demanda prestacional del paciente, del médico, quien solicita un determinado estudio, o un conjunto de ellos en el proceso de determinación de un diagnóstico y los intereses de su representada (empleador o locatario).

Este estado de constante lucha de intereses en que está inmerso el auditor medico va a ir creciendo, y con esto la diaria y horaria solicitud de autorizaciones de prácticas cuya vertiginosidad no tiene que hacer perder al médico auditor la posibilidad de formular reservas de criterio, ya que una decisión suya, sin reparo alguno, podría repercutir en su patrimonio respondiendo concurrentemente con su empleador o locatario. Por eso para el caso del médico auditor, cuando se presente la solicitud de alguna práctica que por directiva impartida de su principal deba rechazar, sólo evitará su responsabilidad del eventual daño de la omisión, cuando acredite haber sentado su criterio adverso a la denegación. Y la denegación de una práctica, de un tratamiento, es un punto crítico, ya que podría responsabilizar al establecimiento de salud a la que pertenece por un equivocado criterio o por un extremado interés por controlar el consumo prestacional y fundamentalmente como dije anteriormente, afectarse a sí mismo.

### **Factores objetivos de atribución: Responsabilidad del auditor.**

El Auditor Médico es en esencia un médico y sobre él recaerán todas aquellas obligaciones y derechos que hacen a su categoría genéricas. Cuando el Auditor es autónomo, vale decir no tiene dependencia de un tercero, él es el soberano en el ejercicio de su quehacer científico y por lo tanto será el único

responsable de sus acciones. Según el Dr. Alberto Bueres (1992) el Auditor de las Obras Sociales cumple un doble rol:

1) Fiscalizar el cometido de los médicos.

2) Conceder o denegar autorizaciones para el suministro de una prestación determinada. Para que el Auditor cumpla con este precepto debe inexcusablemente contar con una norma escrita que le diga cuál es la extensión de la cobertura y cuáles son las prácticas autorizadas. En los sistemas de salud prepagos esta normatización va detallada en el contrato que se obliga al cliente - paciente. La ineficiencia de la prestación de salud responsabiliza a la Obra Social, siendo tal deber irrefutable. Es decir, que si el Auditor, en atribuciones conferidas expresamente por la Obra Social, autoriza o deniega una práctica, y para ello se ajusta al recto criterio médico y a las pautas que regulan su competencia, no le podrá ser reprochada falta alguna; y será la Obra Social la que deberá responder por dicha denegatoria. Lo que sí debe hacer el Auditor, cuando su criterio médico así lo dicte, es poner en conocimiento fehaciente de las autoridades de la Obra Social tal circunstancia para que sea la misma la que asuma la responsabilidad de aceptarla o denegarla. De no hacerlo, y resultar la Obra Social demandada y condenada por la falta de prestación médica no concedida, ésta podría repetir la demanda contra el Auditor por incumplimiento de sus deberes administrativos de comunicar aquellas situaciones o presuntos focos potenciales de problemas. Al Auditor de un sistema privado le caben las mismas consideraciones y su responsabilidad primaria es ante todo con su categoría ontológica. Si el Auditor no cumple con corrección la vigilancia o control de prestadores y prestaciones, eludiendo dar consejos o suministrando dictámenes equivocados a las autoridades administrativas podrán éstas también ejercer acciones legales contra el Auditor, en caso de ser condenadas por aquellas circunstancias o actos en los que éste obvió o erró la correcta apreciación. Si el Auditor se sujeta a las normas que el sistema de salud implementa y su trabajo es en rol de dependencia, la única obligación será el avisar a sus superiores acerca de dichos posibles problemas sobre aquellas prestaciones que, médicamente hablando, son necesarias y no

sustituibles por similares. Pero si autoriza una práctica o atención en un sanatorio o clínica del que fehacientemente sepa no reúne las condiciones idóneas para realizarse, será responsable indirectamente ante una posterior demanda contra la Obra Social, pudiendo incluso responder económicamente por el perjuicio causado a la institución; salvo que haya dejado planteado ante sus superiores la situación potencialmente conflictiva. Si no entra dentro de sus atribuciones la acreditación de establecimientos, o no ha tenido noticias en razón de su cargo de tales anomalías, nada se le podrá imputar. Ante el caso de internaciones prolongadas sin finalidad benéfica para el enfermo, se debe poner en conocimiento a la Obra Social o Institución para la cual trabaje, a fin de que por otra vía se ejecuten las acciones que correspondan contra el médico responsable

## Conclusión.

La responsabilidad médica está fundamentada en la igualdad ante la ley, que es la garantía común de la convivencia humana. El ser médico no crea privilegios, por el contrario da obligaciones.

Jurídicamente la relación médico - paciente constituye una responsabilidad de carácter contractual.

Al médico, en ausencia de intención dolosa, se le aplica la teoría general de la culpa, que se refiere a provocar un daño sin la intención de cometerlo.

La Auditoria Médica, en un futuro próximo, y de manera constante deberá plantearse, y proponer proyectos de ley que dinámicamente estén siendo revisados, como también incluir actualizar el PMO, que reglamenten su ejercicio, ya que su actuar deberá considerarse directamente relacionado al avance de la medicina, y en este aluvión de nuevas situaciones deberán analizar los médicos auditores, teniendo que procesar delicadamente las autorizaciones de prácticas médicas que requieran los usuarios del sistema de salud, un sistema de salud que como sabemos es completamente inequitativo. Y es este el momento de mayor cuidado a la hora de calibrar la conducta adoptada ya que el accionar del médico auditor podrá responsabilizar al establecimiento de salud al que pertenece; considerando que más allá de las pujas de intereses de las partes con las que deba mediar el auditor, éste nunca debería olvidar que la calidad de la asistencia sanitaria depende de la adopción de una aproximación sistemática, integral e interdisciplinaria de los recursos (humanos y materiales), su producción y los resultados, y es allí donde estará presente la tarea del auditor, controlando, evaluando, previniendo e informando para contribuir a este proceso de mejora continua.

De esta manera se podrá disminuir los riesgos y sus consecuencias físicas, psíquicas y económicas con los pacientes, familiares y personal sanitario, cumpliendo así con la finalidad de mejorar la calidad, seguridad, humanidad, eficacia, eficiencia y disminuir los costos por reclamos. Creemos que al futuro, ya que no se lo puede prever, si se lo puede preparar y es ahí donde debe hacerse presente el campo de acción de la auditoria.

Teniendo en cuenta las funciones y el rol que cumple la auditoria médica y a las situaciones a las que estarán expuestos los médicos auditores en base al avance tecnológico y el consiguiente aumento de la demanda prestacional por parte de los usuarios, es primordial el establecimiento de un marco normativo que contemple, regule y en cierta forma haga sentir protegido al auditor ya que éste como especialista autónomo se verá constantemente obligado a resolver situaciones de conflictos. Considerando que en la jerarquía de valores constitucionales, los derechos a la vida, la salud y la integridad física tienen mayor peso que otros, que protegen situaciones de carácter patrimonial.

“¿Quieres ser médico hijo mío? Aspiración esta de un alma generosa, de un espíritu ávido de ciencia. Deseas que los hombres te tengan por un Dios que alivia sus males y ahuyenta de ellos el temor. Pero ¿has pensado en lo que va a ser tu vida?

No cuentes con el agradecimiento de tus enfermos. Cuando sanan, la curación se debe a su robustez; si mueren tú eres quien los ha matado. Mientras están en peligro, te tratan como un Dios; te suplican, te prometen, te colman de halagos. Apenas empiezan a convalecer, ya les estorbas. Cuando les hablas de pagar los cuidados que les has prodigado, se enfadan y te denigran. **Cuanto más egoístas son los hombres, más solicitud exigen**”.

#### **LOS CONSEJOS DE ESCULAPIO.**

## Bibliografía.

- Donabedian, A. La calidad de la asistencia. ¿Cómo podría ser evaluada?, Jano. 1989
- Schiavone, Miguel Ángel. Gestión en tiempo de crisis. Editorial Rev.de la Soc. Arg. de Organizaciones de atención de salud. 2003
- Carnota, Walter. La salud como bien constitucionalmente protegido, en “Responsabilidad profesional de los Médicos”. La ley, Buenos Aires. 2003
- Garay, Oscar E. La necesidad del derecho medico preventivo, en “Responsabilidad profesional de los Médicos” La ley 2003
- Carlos J. Canelo. Importantes consecuencias derivadas de la auditoria médica en la prestación de salud. Bureau De Salud. 2012
- Canelo, Carlos J. “Responsabilidad del los Médicos Auditores”. Compendio Jurídico, Nº 58, Errepar, Buenos Aires, 2011
- Dr. Fabián Vítolo. Responsabilidad profesional del auditor medico. Biblioteca Virtual Noble. 2012
- Rencoret G. Auditoría Médica: Demandas y responsabilidad por negligencias médicas. Gestión de calidad. Riesgos y Conflictos. Revista Chilena de Radiología. Vol. 9 N°3, 2003: 157-160
- Bacigalupo G; Echevarría, C; Giordano FJ. Responsabilidad Médica y Responsabilidad del Médico Auditor. Hospital General de Niños Pedro de Elizalde. 9 de junio de 2005.
- Germán Fajardo Dolci.Recomendaciones para prevenir el error médico, lamala práctica y la responsabilidad profesional.Revista CONAMED, vol.17, núm. 1, enero-marzo. 2012
- Guido Osorio S, Nilda Sayes. Auditoria médica: herramienta de gestión moderna subvalorada. Rev. méd. Chile v.130 n.2 Santiago feb. 2002

- Adriel J. Roitman y Marisa Aizenberg. Responsabilidad civil médica y relación de causalidad. Pérdida de la chance ante casos de error del diagnóstico. La Ley del 30 de julio de 2009
- Marisa Aizenberg y Adriel J. Roitman. Acción de regreso en la Responsabilidad Medica. Rev. La Ley mayo 2011
- Marisa Aizenberg y Adriel J. Roitman. El derecho y su vinculación con los determinantes sociales de la salud. 2009
- Trigo Represas, Félix, "La actividad de los médicos como obligación de "medios" y la prueba de su culpa", LA LEY, 2009-A, 325
- Alterini, Atilio Aníbal, Responsabilidad Civil, AbeledoPerrot, p. 151. 1999.
- Saenz, Luis, "Los límites al resarcimiento por pérdida de "chance" en la responsabilidad civil médica", LA LEY 18/11/2004
- Lorenzetti, Ricardo, Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal, p. 289/290, 1986
- Lorenzetti, Ricardo Luis, "Nuevos enfoques de la responsabilidad profesional", LA LEY, 1993
- Bueres, Alberto J. y Highton, Elena. Código Civil y normas complementarias. Ed. Hammurabi. 1999