

Voces: RESPONSABILIDAD CIVIL - RESPONSABILIDAD PROFESIONAL - PROFESIONES LIBERALES - DAÑOS Y PERJUICIOS - INDEMNIZACIÓN - DAÑO MATERIAL - LUCRO CESANTE - MALA PRAXIS - HISTORIA CLÍNICA - INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - PACIENTES - CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE - DERECHO DEL PACIENTE A LA INFORMACIÓN - TRATAMIENTO MÉDICO - PROFESIONALES DE LA MEDICINA - MÉDICOS - VALORACIÓN DE LA PRUEBA - INSUFICIENCIA PROBATORIA - CARGA DE LA PRUEBA

Partes: S. M. c/ L. A. M. | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea

Fecha: 4-abr-2012

Cita: MJ-JU-M-73156-AR | MJJ73156

Producto: MJ,SYD

Se determina la responsabilidad de la médica demandada, no porque la práctica realizada fuera llevada a cabo defectuosamente sino porque la profesional incumplió el deber de dar información adecuada sobre los riesgos inherentes a las intervención y su consecuente falta de asentimiento por parte de la paciente.

Sumario:

1.-Corresponde revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios incoada por la actora - quien pretende se la indemnice por el daño corporal que sufriera durante la práctica de un estudio -videocolonoscopía- y por el incumplimiento por parte de la demandada de otorgar información adecuada sobre los riesgos inherentes a la intervención y de la consecuente falta de asentimiento-, contra la médica demandada, pues se ha acreditado en autos que, si bien el daño no se originó en un error de método en la terapia, el daño sufrido por la paciente se relaciona en la acción curativa del médico, no porque fuera defectuosamente llevada a cabo, en sí misma, sino porque para su ejecución faltó una genuina voluntad de la propia actora por lo que la relación causal se vincula con la ausencia de asentimiento informado; cualificando como antijurídica la conducta desplegada por la profesional, condición que impone la inexorable obligación de indemnizar el perjuicio ocasionado.

2.-El concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que este pudiese prestar su consentimiento informado.

3.-Exhibe la doctrina mayoritaria que, es sabido que para la procedencia de la acción resarcitoria es necesario que confluyan tres elementos: el acto ilícito, la producción del daño relacionado con nexo causal a la conducta antijurídica y la imputación del acto a la persona de quien se reclama el

resarcimiento. La ilicitud del acto en este caso estaría configurada por la falta de información suficiente respecto a la posibilidad de que la intervención quirúrgica no diera el resultado esperado.

4.-En cuanto a la carga de la prueba, en el caso de autos, donde se afirma el haber informado a la paciente de los riesgos y las posibles complicaciones que la practica a la cual sería sometida implicaban, corría por cuenta de quien lo afirmara, esto es, la demandada, pues fue ella quien dijo haber realizado el anoticiamiento pertinente. Así, de la historia clínica no surge el asentimiento para practicar la videocolonoscopia o el suministro de información alguna al respecto, más no se acompañan documentos firmados o siquiera algún formulario en los que se comuniquen los riesgos probables.

5.-El consentimiento informado de un paciente, como cualquier acto jurídico, debe cumplir con los recaudos previstos por el ordenamiento legal (arts. 913 , 915 , 917 y 919 del CCiv.). De ese conjunto de normas, surge que, el consentimiento del paciente debe quedar plasmado con claridad dado que el mismo no puede ser conjeturado a partir de un silencio suyo.

En la ciudad de Necochea, a los 04 días del mes de abril de dos mil doce, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: "S., M. c/L., A. M. s/Daños y Perjuicios" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Humberto Armando Garate, Oscar Alfredo Capalbo y Fabián Marcelo Loiza.

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª.- ¿Es justa la sentencia de fs. 340/343vta.?.

2ª.- ¿Que pronunciamiento corresponde?.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GARATE DIJO:

I. Antecedentes.

A fs. 340/343vta., el Sr. Juez de grado resolvió rechazar la demanda instaurada por la Sra. M. S. contra la Dra. A. M. L. sobre daños y perjuicios; impuso las costas del juicio a la actora vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes del siguiente modo: la Dra. Ada Virginia Jorgensen en su calidad de letrado patrocinante de la actora en la suma de (\$.), los del Dr. Juan Alberto Marraro como letrado patrocinante de la demandada en la suma de (\$.), los del perito médico Dr. Juan Daniel Bruno en la suma de (\$.) y los de la perito psicóloga Lic. Marina Lorena Riesgo en la suma de (\$.), todos con más los aportes de ley correspondiente (ver fs. 343vta.).

Tal decisorio es apelado por la actora, con el patrocinio de su letrada a fs. 349; concediéndose dicha impugnación en forma libre a fs. 350.

Del mismo modo, la demandada apela "por altos" los honorarios regulados a favor del perito médico y de su letrado (fs. 344); igualmente, el Dr. Juan Alberto Marraro por "derecho propio" apela los honorarios estipulados en su favor por "bajos" (fs. 345). Idéntica conducta asume el perito médico -Dr. Juan Daniel Bruno-, quien también apela por "bajos" los honorarios regulados a su favor (fs. 352).

En esta instancia y atento la forma como se concedió el recurso de fs. 349, la parte actora expresa agravios a fs. 368/380 otorgándose el traslado respectivo a fs. 382; oportunamente la parte demandada rebate los argumentos expuestos por su oponente (fs. 383/385).

II. Agravios Actor.

En su primer agravio la recurrente cuestiona, asegurando que son errores de razonamiento, las conclusiones relativas "...a que la actora tiene la carga de probar la culpa médica..." y la "...profesional debe probar que obró con diligencia..." para su aplicación en autos.

Agrega, que el a-quo no ha reseñado las condiciones personales de la actora omitiéndose valorar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho; así la demandada era médica especialista en gastroenterología "...manejando un instrumento especial para ése tipo de estudio (fibrocolonoscopia)." Describe, que "...el accionar médico incluye un montón de pasos, tramos, que se corresponden con deberes de conducta conforme un programa de prestaciones complejo" esgrimiendo que "la culpa se correlaciona con la ejecución defectuosa y no con la falta de ésta; es qué, en las obligaciones de medios el objeto de la obligación esta formada por una conducta del deudor dirigida a alcanzar un resultado que no es afianzada, es decir, que el interés del acreedor o paciente en este acto ésta fuera del objeto".

Puntualmente, sostiene que "...la actora sabía porque se hacia el estudio, y en que consistía, no explicándose las posibilidades que el resultado del mismo sean, por ejemplo, la perforación de su intestino u otra complicación...". Recalca que "...no puede dejar de tener en cuenta V.S., que el resultado está confinado algún sitio del objeto de la obligación, pues nadie se obliga simplemente a un esfuerzo o una diligencia abstracta sino que se obliga a través de una conducta a alcanzar un resultado".

Seguidamente, el segundo agravio se orienta sobre las conclusiones obrantes en la pericia médica y la valoración que lasentencia; así la quejosa aduce que la merituación debió ser "...global y razonada del conjunto de todo el expediente...". Indica que sólo se extraen fragmentos de lo expuesto en la pericia pero no se explica como ocurrió la lesión -perforación de cólon de ángulo esplénico de bordes deflecados y edematizados- describiendo los fundamentos del a-quo del siguiente modo: "...las complicaciones son previsibles, también prevenibles pero son inevitables y por ello constituye un caso fortuito..." omitiéndose otros elementos probatorios como las testimoniales o la historia clínica.

Aclara, que la circunstancia de no impugnar la pericia médica "...parece justificar la valoración, por supuesto errónea, que el juez ha hecho de la misma"; asegurando que ésta no es vinculante pudiendo -el juez de grado- apartarse de las conclusiones periciales cuando ellas fueron oscuras, contradictorias o poco fundadas.

Remarca, en su tercer agravio, que de la historia clínica adjuntada no se consigna ningún tipo explicación sobre los riesgos o consentimiento relativos a la intervención; subraya que ella carece de firma y sello y no describe todos los detalles e inconvenientes que transitó la paciente incumpliendo los naturales deberes de la profesional.

En el cuarto agravio, se cuestiona la imposición de costas asegurando que según el principio objetivo de la derrota, éstas corresponden a la demandada. Hace, por último, reserva del caso federal.

III. Decisión.

En primer término señalaré que he de asumir el recurso por cuanto mínimamente resulta idóneo y homenaje al principio de defensa corresponde tratarlo y desestimar la petición desertiva de la demandada (art.art. 18 CN y 260 CPCC).

Adelanto, el recurso es de recibo.

A. En esta materia, la doctrina y la jurisprudencia remarcan que la responsabilidad profesional no es más que un mero capítulo dentro del vasto espectro de la responsabilidad civil en general, consistente -lato sensu- en el deber resarcir los daños ocasionados a otros por una conducta antijurídica (conf. Trigo Represas, F. "Reparación de daños por mala praxis médica", ed.Hammurabi, Bs. As., 1995, pág. 19). Representando aquélla que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y, por lo tanto, requiere para su configuración los mismo elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir, que cuando un profesional omite las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación ya sea por impericia, imprudencia, o negligencia falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (SCBA, Ac. 44.440, sent. del 22/12/1992; señero voto del Dr. Mercader).

Así, la responsabilidad médica, por regla general, encuadra en la "obligación de medios" (SCBA, Ac. 77588, sent. del 19/2/2002, Ac. 91215, sent. del 5/4/2006) donde existe "...un doble juego de intereses; el primero, final, que es el aspirado por las partes, de resultado aleatorio -en el caso médico, curación definitiva- y por lo tanto, el deudor no está en condiciones de asegurarlo. Y el restante, un interés primario, que se satisface con el esfuerzo del solvens en tanto se traduzca en una actividad prudente y diligente" (conf. Roberto A. Vázquez Ferreyra, "Importantísimos aspectos.", La Ley T.1996-D, pág. 450).

Por ende, lo prometido -el núcleo de su obligación- es desplegar sus buenos oficios profesionales con toda diligencia y esmero posible, y de conformidad a lo que la ciencia y el arte médico indican, para lograr la cura o la mejoría del enfermo; pero esto, la cura o la mejoría, si bien es la finalidad última y el resultado esperado de esos buenos oficios, no es el objeto de su obligación (ve mi voto in re "Ponce, Sarlangue P. c/Cavalotti, Luis y otros s/Daños", reg. int. 21 (S) del 11/11/08; ídem, Expte. 18 Reg. int. 08 (S) del 12/02/2009; SCBA, Ac. 91.215, sent.del 5/4/2006).

En esencia el deudor se libera haciendo lo humanamente posible, éste no asegura un efecto determinado sino tan sólo se compromete a poner en práctica la conducta que ordinariamente conduce a un determinado resultado, pero que bien puede no producirlo (Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", T.I, pág. 357, n° 227).

Indudablemente, como alecciona el máximo Tribunal nacional, "...la obligación del profesional de la medicina con relación a su deber de prestación, es de medios o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado..." (CSJN, sent. del 28/IX/2004, in re "Barral de Keller Sarmiento, Graciela H. C/Guevara, Juan A. y otros", lo resaltado me pertenece). Pues, no debe perderse de vista que la ciencia médica tiene sus limitaciones y que en el tratamiento de enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo riguroso o las previsiones más prudentes y, por ende, obliga restringir el campo de responsabilidad. (mi voto, expte. 74, reg. int. 74 (S) del 20/8/2009).

No se me escapa que la demandada es médica "especialista en gastroenterología" (fs. 52), la cual reviste conocimientos particulares y más profundos sobre determinada rama, permitiendo que la naturaleza médico-paciente adquiera características propias, induciendo a su vez, que la diligencia requerida será mayor a la del "médico común" (CNCiv., Sala D, 28/2/82, La Ley, 1983-B, 555), ello debido a que "cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulta de las consecuencias posibles de los hechos" (art.902 C.C.). Aunque tal exigencia posee un límite preciso; no puede exigírsele a un médico, más de lo que sea posible hacer al promedio de quienes desempeñan igual profesión o especialidad (CNCiv., sala B, in re "Olasauskas.", L.L. 1986-A-413; ídem sala C, 10/12/81, "Borra.", J .A. 1982-III-12 y E.D. 98-577,

entre otros).

Ahondado más, estimo que el plan prestacional asumido por la demandada puede ser descompuesto en dos grandes ítems: inicialmente el deber de ejecutar la prestación (realizar una intervención quirúrgica o asistir a un enfermo) y luego, el deber de hacerlo con diligencia o, como se afirma comúnmente, de acuerdo con la "lex artis". (Este distingo fue anticipado en parte por el profesor D. Alsina Atienza en JA. 1958-III-587). Obsérvese, que dentro de la complejidad estructural de la obligación de prestar asistencia médica compuesta por una pluralidad de prestaciones, ubicamos otros deberes secundarios de conducta tales como el deber de información, secreto médico, el deber de mantener con asepsia el material quirúrgico, etc. Pues, en toda obligación de medios existen deberes fragmentarios tanto de actividad (en el caso de los médicos, uso de la técnica adecuada, diligencia, pericia, corrección) como de fines (higiene del quirófano, asepsia del instrumental) (conf. Prevot, Juan M. en D.J. 2004-3, pág. 1074 y ss.).

Podemos entonces subdividir la prestación medical en los siguientes estadios: a) ejecución de la prestación -a contrario sensu, inejecución absoluta- b) el deber de prestación principal "propriadamente dicho" -o su cumplimiento defectuoso- y c) deberes de protección (o accesorios de conducta).

Dentro de tal esquema, el esfuerzo impugnativo se centra en el último de esos ítems; esto es, en la inadecuada información proporcionada sobre los riesgos que la intervención -fibrocolonoscopia- arrastraba (fs. 370).

Tal aspecto del plan médico prestacional contrariamente a lo postulado en la réplica de agravios (f. 384vta.), sí fue objeto de la litis procesal. En tanto, fue propuesto por la recurrente en su escrito constitutivo (ver demanda a fs. 37vta.) y recibió adecuada oposición de la accionada en su contestación de demanda (ver f. 190vta.).

B. La asimetría entre las partes impone el efectivo ejercicio del deber de información; así mientras la demandada es una profesional, especialista de una determinada rama médica, la paciente es profA. en la materia y por tal se encuentra en situación de inferioridad para entender la problemática relativa a su salud (Alterini, Atilio A. y López CabA., Roberto M. "Responsabilidad Civil", Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, Colombia, año 1995, pág. 129).

Hoy en día constituye un deber principalísimo de los médicos, el de brindar una adecuada información al paciente, "...de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural", según lo establecido entre nosotros en el art. 13, primer párrafo in-fine de la ley de trasplantes de órganos humanos 24.193, aplicable por vía A.lógica a cualquier supuesto de tratamiento médico (doctrina del art. 16 del Código Civil)". (conf. F. Trigo Represas, "El derecho a la vida en colisión con el derecho de rehusarse a una práctica médica en la propia persona" en DJ 2007-III, 6).

Esa doctrina refleja hoy la voluntad de legislador, expresada en en los arts. 2 inc. f) y 3 de la ley 26.529: "información ... es aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos".

Siendo además, éste un presupuesto y elemento esencial integrante del lex artis y su omisión puede generar responsabilidad, cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado (conf. Galán Cortes, Julio C., "Responsabilidad civil médica", Civitas, Madrid, 2005, pág.251 citado por López Mesa; Marcelo J. en "Pacientes, Médicos y Consentimiento informado" en La Ley del 26/2/2007, nota n°6).

No obstante, es natural que sólo se informe sobre accidentes previsibles o sobre las dificultades

sobrevinientes que puedan anticiparse; en cambio, no es razonable que el médico haga prospectiva y anticipe todo lo que puede ocurrir de manera anormal o fortuita, con habitualidad o lindando con la casualidad (conf. F. Trigo Represas, ídem nota cit.).

Ahora bien, ¿la posibilidad de que la actora padezca una lesión intestinal durante el tratamiento debía ser informada?. La respuesta afirmativa se impone.

Ello porque nos encontramos ante un procedimiento médico programado, terapéutico y de naturaleza "invasiva" (fs. 287, pto R.) sobre el cuerpo de la actora, motivo por el cual resulta imprescindible se informen los riesgos que aquél implicaba.

Si bien al momento del hecho -2/3/04- la legislación vigente no imponía el consentimiento por escrito -como hoy en día sí lo exige, ver art. 7 inc. c) de ley 26.529-; lo cierto es que ningún tratamiento médico puede practicarse "...sin el consentimiento del paciente o algún familiar en caso que éste no fuera mayor de edad o no estuviera en condiciones de comprender el riesgo de las complicaciones" (fs. 303) (conf. Bueres, Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos", T. I, 2da. Hammurabi, Bs. As., 1992, pág. 202).

Como regla general, el consentimiento del paciente es un pre-requisito esencial de todo tratamiento o intervención médica (Kfourri Neto, Miguel; "Responsabilidade civil do medico", 5ta. edic., Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2003, pág. 38 citado por López Mesa; Marcelo J. en "Pacientes, Médicos y Consentimiento informado" en La Ley del 26/2/2007). Calificada doctrina ve al consentimiento informado como una doctrina legal con sustento normativo en los arts. 33 y 75 inc.22, CN, la Ley 17.142, la Ley 24.193, el Código de ética de la confederación médica y la Ley 24.240 (art. 42 C.N.) (ver Hoof, Pedro, "Bioética y Derechos Humanos", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999) otros, en cambio, entienden que debe agregarse como elementos de la dogmática contractual (ver Lorenzetti, Ricardo, "Responsabilidad civil de los médicos", Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1997).

Así se ha explicado, "para que el consentimiento fuera eficaz, el paciente debiera haber tenido oportunidad de conocer y comprender el significado, alcance y riesgos que implicaba la firma del consentimiento y considerar serena y libremente las ventajas e inconvenientes que se podían presentar" (Dictamen fiscal de la CSJN; in re "Zarrillo Osvaldo P. c/Inst. Nacional de Serv. Sociales s/Sumario", sent. del 18/3/2005, Z215XXXIX).

Pero además la naturaleza del riesgo así lo exigía; nótese que el perito indica que eran riesgos "previsibles" (fs. 287) o "reconocidos" (fs. 114). Aquí la doctrina francesa destaca que esta clase de riesgos deben informarse, misma solución predica la doctrina inglesa aunque los conceptualiza como riesgos "significativos" (conf. Jorge Mosset Iturraspe en "De la casualidad a la causalidad en la responsabilidad médica"; Revista de Derecho de Daños 2003-3, "Responsabilidad de los profesionales de la salud", pág. 14 y sges., edit. Rubinzal-Culzoni, año 2003).

Y tan previsible resultaba el riesgo que es citado y cuantificado por la propia bibliografía científica arrojada por la demandada (f. 114), quien reconoce la posibilidad en el caso (ver f. 113vta.) indicando que "...es más frecuentes en mujeres" y "...en general, las mas temidas y que ocurren del 0.03 al 0.08% de los procedimientos..." (fs. 285, pto. c y fs. 304 pto. 3). Constatándose posteriormente la presencia de divertículos colónicos (fs. 34 y 278) elevándose así el riesgo de la prestación.

Tal previsibilidad permite desechar el argumento del a-quo, pues si tal lesión podía preverse aunque fuera inevitable (conf. art.514 del C.C.) debía necesariamente informarse y consentirse, puesto que sólo esa autorización quita antijuridicidad a los daños que el médico provocara como natural y lógica derivación de la intervención practicada (conf. por López Mesa, Marcelo J. ob. cit.).

Recuerdo, que "...el concepto de mala praxis médica incluye no sólo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también en realizarla sin haber anticipado al paciente los datos suficientes para que este pudiese prestar su consentimiento informado..." (S.C. Mendoza, sala I, 05/10/2010, "Triunfo Coop. de Seguros Ltda en: V., L. v. C., R. y otros", RCyS 2011-IV, 121; Cita Online: AR/JUR/87218/2010). Mismo criterio se esbozaba con anterioridad a la vigencia de la ley 26.529 (ver CNCom. Sala D, del 6/2/2004 "G de A., M. c/Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", RCyS 2004-574; CNCiv. Sala B, 20/09/2005 "N., N.M c/R., A. y otro" cita online AR/JUR/6152/2005).

Misma orientación exhibe la doctrina mayoritaria, explicando que "es sabido que para la procedencia de la acción resarcitoria es necesario que confluyan tres elementos: el acto ilícito, la producción del daño relacionado con nexo causal a la conducta antijurídica y la imputación del acto a la persona de quien se reclama el resarcimiento. La ilicitud del acto en este caso estaría configurada por la falta de información suficiente respecto a la posibilidad de que la intervención quirúrgica no diera el resultado esperado" (conf. Highton, Elena y Wierzba, Sandra; "La relación médico- paciente: el consentimiento informado", Ad Hoc, 1991, entre otros).

Despejado este primer interrogante, cabe preguntarse la actora fue efectivamente informada de tal riesgo?. Debo concluir negativamente pues no existe prueba que demuestre tal afirmación y así lo informa la pericia (ver f. 303, resp.pto 1).

En torno a la carga de la prueba, el profesor colombiano Devis Echandía distinguía diversos tipos de negaciones, clasificándolas entre sustanciales y formales (conf. Devis Echandía, Hernando; Compendio de Pruebas Judiciales, Anotado y Concordado con Códigos Procesales Iberoamericanos; tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1984, pág. 104 y siguientes). Estas últimas negaciones, a su vez, podían ser de derecho, de cualidad o de hecho; subdividiéndose las "de hecho" en indefinidas o definidas.

Justamente, haber informado los riesgos a la actora implica una negación formal -de hecho, definida- pues tiene como objeto un hecho concreto, delimitado en tiempo y lugar, que presupone la existencia de otro hecho opuesto, de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente.

Por ello, la carga de demostrar la existencia de ese hecho controvertido corría por cuenta de quien lo afirmara, esto es, la demandada. Fue ella quien dijo haber realizado el anociamiento pertinente (fs. 109vta.) (SCBA; Ac. 82.684, sent. del 31/1/2004). Así, de la historia clínica (fs. 2 a 23) no surge el asentimiento para practicar la videocolonoscopia o el suministro de información alguna al respecto (ver especialmente fs. 2 y 3). Agregó, que la actora en su absolución niega que se le hayan informado los riesgos (fs. 273, 9na. pos.) y el enfermero Corbalan -presente en la videocolonoscopia como asistente- nada aporta al respecto (fs. 274), más no se acompañan documentos firmados o siquiera algún formulario en los que se comuniquen los riesgos probables.

La profesional, por su parte, alega haber "...explicado claramente en qué consistía la práctica, sus riesgos y posibles complicaciones..." (fs. 109vta.), no obstante no acreditó -de ningún modo- el cumplimiento de esa afirmación (art. 384 del CPCC).

Así, siendo nula la actividad probatoria corre suerte desfavorable la defensa debido al incumplimiento de la carga respectiva (ver voto del doctor Hitters, Ac. 55.133, sent. del 22-VIII-1995; ídem Ac. 55.404, sent. del 25-III-1997), puesto que la actitud de los galenos no puede limitarse a la mera negativa sino que tienen que colaborar con el esclarecimiento de la verdad objetiva (SCBA; Ac. 98.767, sent. del 24/5/2008).

Recuerdo, que aún antes del dictado de la ley vigente existía consenso doctrinario y jurisprudencial respecto de que la exigencia de la constancia escrita de la información brindada, poseía mero valor ad

probationem; de allí que el consentimiento podía probarse por otros medios como la historia clínica, testigos, protocolo anestésico, etc. (conf. SCJ, Sala I, Mendoza, "R.D.S.S. M del H" del 31/3/2008, L.L.Gran Cuyo 2008 (junio), 460; Highton-Wierzbza, op. cit.; Calvo Costa, Carlos "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial. La actuación de los operadores del sistema de salud A.lizada a través de la doctrina y la jurisprudencia." Ed. Hammurabi, año 2007, pág. 336 y ss.).

Adviértase también que el consentimiento informado de un paciente, como cualquier acto jurídico, debe cumplir con los recaudos previstos por el ordenamiento legal (arts. 913, 915, 917 y 919 del C.C.). EmA.ndo de ese conjunto de normas, que el consentimiento del paciente debe quedar plasmado con claridad dado que el mismo no puede ser conjeturado a partir de un silencio suyo (conf. López Mesa; Marcelo J. en "Pacientes, Médicos y Consentimiento informado" en La Ley del 26/2/2007).

C. Demostrada la previsibilidad del riesgo así como la ausencia de información -y del consecuente asentimiento- sobre el mismo, cabe A.lizar la procedencia de la reparación solicitada.

Este tema arroja aristas complejas pues pone en crisis algunos de los elementos de la responsabilidad. Puntualmente, el daño corporal de la paciente resultó evidenciado por diversos elementos probatorios: la demandada reconoció (fs. 110) que la intervención quirúrgica realizada de "urgencia" se derivó del estudio de videocolonoscopia programada, lesionándose la mucosa a 30-35 cm del margen A.l (fs. 286 inc g.y h.; ver Historia clínica a fs. 3 a 17, ver fs. 35), diagnosticándose que se generó "...una perforación de colon del ángulo de bordes deflecados..." (ver Parte médico fs. 9 y testimonial del Dr. Rosales resp. 3ra., 4ta. entre otras).

Sin embargo, el mayor escollo surge al momento de vincular la causalidad con el daño irrogado, en tanto éste no se originó -conforme la experticia médica- en un error de método en la terapia sino en el riesgo inherente a dicho tratamiento. En otros términos, el daño sufrido por la paciente se anuda en la acción curativa del médico, no porque fuera defectuosamente llevada a cabo, en sí misma, sino porque para su ejecución faltó una genuina voluntad de la propia actora.

Por ello, el bien jurídico lesionado es el derecho de la paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación (art. 19 C.N.); si la paciente se vio privado de ese derecho, lo que el médico realizó luego, aunque fuese correcto con acuerdo a la lex artis, significó la causa de lo que a la paciente le acabó aconteciendo (conf. Yagües, Ricardo A., "Consentimiento informado...", Rev. Derecho de Daños 2003-2, "Relación de causalidad en la Responsabilidad civil", Ed. Rubinzal, p. 203).

De allí, no cabe encuadrar a la causalidad material entre el hecho -videocolonoscopia- y el daño pues, de ese modo, el profesional respondería siempre que no se alcance el resultado perseguido; muy por el contrario, la relación causal se vincula con la ausencia de asentimiento informado cualificando como "antijurídica" la conducta desplegada por la profesional. Condición que impone la inexorable obligación de indemnizar el perjuicio ocasionado (arts. 1066 y 1068 del C.C.).'

En un precedente reciente sostuvimos que la vida y la salud son bienes jurídicos tutelados por el orden jurídico interno e internacional (este Tribunal en expte. 56, reg. int.10 (S) del 17/02/2009), ahora bien, el daño fue justamente uno de los riesgos no anoticiados previamente; trance que propició la posterior intervención quirúrgica "de urgencia" reparativa del colon de la actora (fs. 6 y 9) siguiendo -como lógica consecuencia- la internación y período de convalecencia respectivo (fs. 7, 8, 10 a 15). Amén, de la cicatriz abdominal (fs. 35) y la angustia propia de experimentar semejante peligro.

D. Ingresando a los rubros requeridos (fs. 37/38) cabe recordar que es reconocido que basta demostrar los perjuicios sufridos, en el caso de las lesiones físicas y repercusiones síquicas de la víctima como consecuencia del accidente (vinculación causal) para que deba reconocérsele erogaciones efectuadas como gastos médicos y farmacéuticos a mérito de la aplicación de lo dispuesto en el art. 165 del CPC, y

aún cuando no haya probado en forma específica los desembolsos efectuados o demostrado cabalmente el importe de los gastos (Disuelta Cámara departamental, reg. int. 65 (S) del 19/07/07). La normativa comprende los gastos de curación y convalecencia (art. 1086 del C.C.). Por gastos curación se entienden las erogaciones que se generan a consecuencia de la asistencia médica del lesionado y de su eventual internación hospitalaria, las curaciones y tratamiento que se le hagan y los honorarios de los médicos tratantes, así como los estudios que ha realizado y los medicamentos y descartables utilizados para su curación (Tratado de Responsabilidad Civil", Marcelo López Mesa- Félix A. Trigo Represas- Cuantificación del daño", pág. 216); máxime cuando de las circunstancias de la causa se desprenden tales erogaciones (ver fs.24 a 30). En ese entendimiento cabe merituar los gastos de curación y convalecencia en la suma de PESOS DOS MIL (\$ 2.000.-).

Del mismo modo, respecto al daño moral ha de tenerse en cuenta que es el que se configura con la violación de los derechos que protegen la "seguridad personal", paz, tranquilidad de espíritu, privacidad, libertad individual, integridad física, etc.; y las afecciones legítimas tales como el honor, la honra, los sagrados afectos etc., y que acreditada la acción antijurídica lesiva debe tenerse por probado in re ipsa el consiguiente daño moral, correspondiendo al responsable la demostración de la existencia de alguna situación objetiva que permita excluir en el caso concreto ese tipo de perjuicios, no requiriendo el daño moral de prueba si su existencia puede inferirse naturalmente de las circunstancias del caso (este Tribunal expte. 48 reg. int. 20 (S) del 11/11/08; Idem Expte. 71, reg. int. 21 (S) del 12/03/2009).

Más aún, cuando aquél hecho vulneró esencialmente la íntima esfera del accionante, quien vió vulnerado su derecho a la disposición de su propio cuerpo, comprensiva de toda lesión de bienes extramatrimoniales ensanchando su área de operación hasta comprender la tutela directa de todos los bienes insusceptibles de apreciación pecuniaria, superando la acotada regla del menoscabo de los afectos y sentimientos que resulta insuficientemente para comprender la vulneración de todos los derechos personalísimos (Iribarne, Héctor Pedro, "La cuantificación del daño moral", Rev. Derecho de Daños", "Daño Moral", Rubinzal y Culzoni no. 6 pág. 186).

En ese entendimiento y teniendo en cuenta el riesgo de vida que debió asumir la actora (fs. 6 y 26 7, resp. 4ta.) como consecuencia de una intervención quirúrgica, cuya probabilidad nunca fue siquiera informada. Siendo la paciente una mujer de edad avanzada -75 años- agobiada por un tratamiento cuyo diagnóstico inicial luego no fue confirmado, transcurriendo desde la fecha del hecho casi 8 años durante los cuáles la víctima peregrinó solicitando justicia y se le resarcieran los daños lo que aún hoy no ha logrado ante la oposición de su contraparte. Agravan tales circunstancias, la propia secuela físicas -cicatriz- que persiste en el cuerpo de la damnificada (ver foto f. 35) además del periodo de convalecencia posterior. Por todo ello, propició cuantificar el daño moral en la suma de PESOS VEINTE MIL (\$ 20.000.-).

Del mismo modo cabe acoger el lucro cesante, pues conforme testimonia la Sra. Rodoni la actora es su dama de compañía, quien por las noches la asiste recibiendo una remuneración por dicha tarea (fs. 270 resp. 1ra., 2da. y 3ra.); por consiguiente y atento la retribución denunciada (fs. 38vta.) cabe merituarlos en PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$ 450.-).

Inversamente, deben desestimarse los daños catalogados como psicológico y estético. El primero debido a las concluyentes conclusiones brindadas por la perito Riesgo, quien indica e hecho "...no habría... provocado alteraciones significativas en su estado emocional..." (fs. 309; pto. 4) pudiendo decirse "...que la experiencia subjetiva actual de la peritada no daría cuenta del sufrimiento psíquico..." (fs. 309, pto. 2) no sugiriéndose tratamiento psicológico alguno (fs. 309, pto. 3) (art. 474 del CPCC).

Respecto al daño estético y mas allá que este no constituye un "tertius genus" (SCBA, Ac. 83432, S 24-5-2006), cabe subrayar que aquél "...constituye un daño material en la medida en que influya sobre

las posibilidades económicas futuras del damnificado o lo afecte en sus actividades sociales proyectándose sobre su vida individual" (SCBA, SCBA, C 102588 S 25-2-2009, ídem C 93144 S 9-6-2010); ello no acontece en la causa no sólo debido a la actividad de la actora -dama de compañía, fs.37 y 270- sino porque tal lesión ha sido evaluada en los daños extrapatrimoniales.

En suma, cabe hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios contra la Dra. A. M. L. por la suma de PESOS VEINTIDOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$ 22.450.-) (arts. 19 de la C.N.; 1066, 1068, 1086 del C.C.; 375, 384 y 474 del CPCC).

Las costas, atento el principio objetivo de la derrota, corresponden a la demandada vencida (art. 68 del CPCC).

E. A la suma precedente cabe adicionar, desde el momento del hecho, intereses a tasa pasiva que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y por aquellos que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (conf. arts. 7 y 10 ley 23928; 622 del C.C. y doctrina jurisprudencial citada)" (Conf.CSN C. 1563.XXXVI-"Cohen, Eliazar c.Río Negro Provincia de y otros s/daños y perjuicios", CSN, 30.05.06; SCBA, L 88156, S, 8.9.04, "Chamorro, Carlina c. Cove SRL"; SCBA, S, 14.4.04, "Sandes, Cleto Marcelino y otro c. Establecimiento Modelo Terrabusi s/cobro, entre muchos; conf. arts. 7 y 10 ley 23928, modificada por arts. 4, ley 25561 y 622, Código Civil).

Ello según la constante y pacífica jurisprudencia emitida por este tribunal (ver, expte. 195, reg. int. 119 (S) del 10/12/2009, expte. 890 reg. int. 30 (S) del 10/5/11, entre otros) y la casación provincial (SCBA; Ac. 94077, sent. del 7/4/2010; Ac. 92.681, sent. del 14/9/2011, entre otros).

F. Honorarios. En virtud de lo expuesto cabe dejar sin efecto las regulaciones practicadas debiendo diferirse el cálculo de los emolumentos profesionales (fs. 343vta.) para la oportunidad en que obren pautas para tal fin (art. 51 Dec.Ley 8904). En consecuencia, caen en abstracto las apelaciones deducidas (fs. 344, 345 y 352) contra tales regulaciones.

En consecuencia, a la cuestión planteada voto por la NEGATIVA.

A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Capalbo votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GARATE DIJO:

Corresponde revocar la atacada sentencia de fs. 340/343vta., haciendo lugar a la demanda por daños y perjuicios incoada por la Sra. M. S. contra la Dra. A. M. L. por la suma de PESOS VEINTIDOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$ 22.450.-) (arts. 19 de la C.N.; arts. 1066, 1068, 1086, del C.C., arts. 375, 384 y 474 del CPCC); con más intereses que deberán calcularse, desde el momento del hecho (02/03/04), a la tasa pasiva que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y por aquellos que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa. Suma ésta que deberá ser abonada en el término de diez días de quedar firme la presente sentencia, con más los intereses fijados. Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (art. 68 del CPCC). Difiérese la regulación de los emolumentos profesionales para la oportunidad que obren pautas para tal fin (arts. 51 ley 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Capalbo votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Necochea, 04 de abril de 2012.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se revoca la sentencia de fs.340/343vta., haciéndose lugar a la demanda por daños y perjuicios incoada por la Sra. M. S. contra la Dra. A. M. L. por la suma de PESOS VEINTIDOS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$ 22.450.-) (arts. 19 de la C.N.; arts. 1066, 1068, 1086, del C.C., arts. 375, 384 y 474 del CPCC); con más intereses que deberán calcularse, desde el momento del hecho (02/03/04), a la tasa pasiva que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y por aquellos que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa. Suma ésta que deberá ser abonada en el término de diez días de quedar firme la presente sentencia, con más los intereses fijados. Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (art. 68 del CPCC). Difiérese la regulación de los emolumentos profesionales para la oportunidad que obren pautas para tal fin (arts. 51 ley 8904). Téngase presente la Reserva del Caso Federal. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). Devuélvase.

Dr. Humberto A. Garate

Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza

Juez de Cámara

Dr. Oscar A. Capalbo

Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy

Secretaria