

**Voces:** MALA PRAXIS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - DAÑOS Y PERJUICIOS - INCAPACIDAD SOBREVINIENTE - PÉRDIDA DE LA CHANCE - RECURSO DE APELACIÓN

**Partes:** C. H. G. c/ V. F. M. y otros | daños y perjuicios

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza

**Sala/Juzgado:** Tercera

**Fecha:** 26-may-2014

**Cita:** MJ-JU-M-86231-AR | MJJ86231

**Producto:** MDZ,MJ,SYD

El médico oftalmólogo debe indemnizar a la víctima que perdió el ojo, ya que este no procedió a realizar lo que la sintomatología y prácticas le indicaban luego de la operación de cataratas a la que fue sometido el actor.

#### **Sumario:**

1.-Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda de daños y perjuicios intentada contra el médico oftalmólogo que operó al actor y perdió la visión de un ojo, desde que de la prueba colectada surge, contrariamente a lo alegado por el médico, que no fue una simple inflamación por rechazo del lente, sino que la clínica sospechosa y la sintomatología le indicaban que podría estar ante la presencia de una infección postquirúrgica, y aconsejaban como técnica médica correcta en el post-operatorio, aún frente a una cirugía de cataratas complicada por factor endógenos o exógenos ajenos a la actividad médica del galeno, la necesidad del retiro inmediato del lente, técnica que no fue practicada.

2.-A los fines del reproche por la falta de retiro inmediato del lente a un paciente operado que perdió la visión en un ojo, deben considerarse que resultó la vitrectomía practicada tardíamente pues en el caso, se requirió un tratamiento inmediato a la infección postquirúrgica, porque la sintomatología lo evidenciaba y sin embargo a casi un mes se retiró el lente, procurándose entre tanto dar antibióticos, sin la vitrectomía necesaria para limpiar el ojo de microorganismos, y para la obtención de material de cultivo que habría dado la posibilidad de medicar correctamente y con la droga adecuada la referida infección y evitar el lamentable desenlace, ausencia de visión en el ojo.

3.-Debe resarcirse la pérdida de chance al actor que a raíz de un negligente tratamiento recibido luego de ser intervenido y perdió la visión del ojo en cuestión, desde que se trata de resarcir la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conllevando un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida, concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta.

---

En Mendoza, a los 26 días de mayo de dos mil catorce, reunidos en la Sala de Acuerdo, los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 87.396/50.229, "C. H. G. C/ V. F. M. Y OTS. P/ D Y P", originarios del Octavo Juzgado Civil, Comercial y Minas, de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 318 contra la sentencia de fs. 305/11.

Llegados los autos al Tribunal, se ordenó expresar agravios a la apelante, lo que se llevó a cabo a fs. 326/35, quedando los autos en estado de resolver a fs. 355.

Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. COLOTTO, STAIB y MASTRASCUSA.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantearon las siguientes cuestiones a resolver.

PRIMERA CUESTION:

¿Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTION

Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO:

1°) La sentencia de la instancia precedente glosada a fs. 305/11 desestimó la acción resarcitoria promovida por el consorcio activo y le impuso costas.

2°) El decisorio fue recurrido por la parte actora la que al expresar agravios, manifestó su disconformidad con el fallo apelado en primer lugar por considerar que se ha incurrido en un exceso ritual manifiesto aplicando mecánicamente una norma legal y renunciando a la verdad objetiva. Reconoce que en la demanda se atribuyó que la infección en el ojo izquierdo lo provocó una lente defectuosa, pero dice que aunque se pruebe que no lo era, ello no es suficiente para librar al galeno de la culpa médica, puesto que la causa fue la pérdida total y definitiva de la visión del ojo por negligencia, la que también podía resultar de otras circunstancias relativas al accionar del demandado.

Agrega que la a quo ha considerado a la relación jurídica que los unía como cualquier relación jurídica común contractual. Niega que se le vulnera el derecho de defensa al demandado y que ha sido la accionada la que aduce en los alegatos que han cambiado los hechos incurriendo en un exceso de rigor ritual manifiesto.

Bajo el título desarrollo del agravio, considera que luego de hablar solo de lente defectuoso, en cuanto a la inflamación, menciona solo manifestaciones generales sin contemplar el caso lo que resulta arbitrario.

Dice que en la pericia de fs. 260 y constancia de fs. 23 y 79 se constata que si hubo complicaciones en la cirugía, puesto que hubo ruptura de cápsula posterior del cristalino con luxación de restos de cristalino al cuerpo vítreo, lo que le provocó inflamación al ojo del actor, restos que debían extraerse

inmediatamente (según el perito y la declaración del dr. Hemsy).

Que también se ha probado, contrariamente a lo argumentado por el demandado que no hubo rechazo del lente sino que fueron los restos de cristalino no extraídos lo que le provocó la infección y terminó incendiando el ojo, también que la inflamación no fue inespecífica sino provoca por el resto de cristalino en el cuerpo vítreo (informe de fs.23).

Arguye que los restos fueron sacados treinta días después, cuando debió hacer en forma inmediata, no pudiendo ver el actor (visión bulto). Que ello se debe a la falta de protocolo quirúrgico, lo que no permite saber cuándo procedió a hacer la vitrectomía para extraer resto de cristalino.

Contrariamente a lo dicho por el demandado, dice que nunca tuvo visión del ojo, que el lente fue sacado treinta días después de la intervención y porque tenía dolor e Hipopion (fs. 76) y que con un lente de más de 8 dioptrías tenía nueve décima como total de visión, determinando que el paciente según pericia, tiene el ojo en Ptisis bulbis.

Dice que la única mención de infección lo hace cuando interpreta erróneamente las pruebas, máxime cuando las conclusiones del perito fueron impugnadas, no dándole valor al testimonio del dr. Hemsy quien lo atendió y si detectó la infección que estaba ya en la documentación (fs. 76).

Critica también que la infección se considere sin causa determinada, cuando Hemsy detectó la infección y respondió que si no se atendía rápidamente esta con antibióticos y vitrectomía se podía perder el ojo.

También se agravia respecto del consentimiento informado, el que considera la a quo fue prestado por el actor en forma verbal, basado en los antecedentes médicos que lo llevaron a la intervención, lo que tacha de arbitrario puesto que ni siquiera hubo historia clínica ni protocolo quirúrgico y solo se determina dicho consentimiento por los antecedentes que le son propios.

Luego de enumerar los antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales concluye que debe exigirse que esté firmado el consentimiento, considerando que el inferior no puede tener por dada la conformidad en la forma expuesta, tachando de arbitrario dicha conclusión.

3°) A fs.339/47 contesta los agravios la citada en garantía, solicitando el rechazo de los mismos y por ende la confirmación del fallo apelado.

4°) Debe tratarse en primer lugar el pedido de desestimación in límine solicitado por los demandados en relación a las nuevas imputaciones realizadas por la actora respecto del obrar médico, puesto afirman se afecta de dicha manera su derecho de defensa al no haber sido, tales afirmaciones, parte integrante de la litis.

No coincido con la solución propuesta por la a quo. Es que en autos la discusión litigiosa que debía ser tratada por el a quo en la sentencia responde a los hechos invocados en la demanda y en la contestación. Si bien la actora manifestó que existió mala praxis alegando como causal que le habrían colocado un lente defectuoso, que obvió retirar y reemplazarlo por otro, que le dejó varios días el lente que es el que le habría ocasionado una infección que le aparejó dificultades de la vista, por otra parte la demandada negando todo tipo de dificultad en el lente colocado, no puede entenderse que la discusión litigiosa debe cerrarse en si el lente estaba o no defectuoso, si contaba o no con la "pata rota" (que fue lo que escuchó el actor decir en la intervención quirúrgica al demandado), sino que el sustrato de la mala praxis abarca un concepto amplio que debe ser meritado, por que justamente la negligencia médica no concluye o se limita al plano estrictamente de la intervención sino a la actividad prequirúrgica, de allí que plantea la inexistencia de consentimiento informado, por no habersele

proveído suficiente información respecto del riesgo de la operación a la que iba a ser sometido.

Abarca también el acto de intervención quirúrgica y en tal caso no debe agotarse el análisis de la causa exclusivamente a la colocación o no de la lente defectuosa, sino también en toda actividad médica realizada durante dicha intervención puesto que debe evaluarse si la referida operación se realizó de acuerdo a lo que la ciencia médica prescribe, si frente a complicaciones las mismas fueron lo suficientemente realizadas de acuerdo a un buen profesional médico.

Por último también abarca el período post-operatorio en el cual se requiere que el control médico se efectuó correctamente a los fines de propender a asegurar el éxito de la intervención quirúrgica y que frente a dificultades que se presenten las mismas, el médico puede intervenir a los fines de ser estas sorteadas aplicando su saber y entender.

La a quo observo, se limita a ponderar casi en forma exclusiva al acto de negligencia médica circunscripto a la colocación o no de la lente defectuosa, cuando debe saberse, máxime cuando quien alega es el paciente y por ende desconoce la ciencia médica, que el análisis de la configuración de la negligencia médica no solo debe abarcar los tres espacios temporales anteriormente aludidos, sino también que el proceso judicial es el ámbito adecuado para determinar que aquel resultado, que si denuncia como configurado el paciente de su daño, tuvo o no como causa la actividad médica que se le imputa al galeno debiendo determinarse precisamente en dicho ámbito judicial si dicho accionar fue negligente para configurar la responsabilidad médica atribuida.

Por otra parte si se realiza una lectura pormenorizada de la demanda, y por más que la a quo la haya tratado aunque en forma tangencial en su sentencia, lo cierto es que el actor denuncia que tuvo una infección en el ojo, el cual este estima que ha sido a causa del lente defectuoso, causa probable invocada por el actor y digo probable por que no tiene la obligación de precisar a priori la misma sin antes producir la prueba a rendirse judicialmente, debiendo en tal caso, como se dijo averiguarse si dicha infección se debe aquella causa, o si por el contrario la misma obedece a circunstancias personales y anatómicas del paciente o en su caso a una deficiente atención médica ya en el acto médico de intervención o a posteriori en el post operatorio, no pudiendo en tal caso limitarse exclusivamente a constatar si se configuró o no la mala praxis al defecto del lente cuando lo que precisamente se denuncia es la pérdida de la visión y la causa generadora justamente es lo que se encuentra en discusión.

El rol del juzgador activo precisa que no se limite en este caso a ser un mero espectador de la disputa, sino por el contrario a propender a una justa solución de la contienda judicial, no avanzando sobre las partes del proceso, pero si en un rol preponderante que tienda a encontrar la verdad jurídica objetiva de lo sucedido. No es que se tienda a un cambio de paradigma pero sí y respetando el derecho de defensa, que el juez busque la determinación de lo que realmente sucedió.

Por lo demás tampoco se advierte que en la búsqueda de dicha verdad se afecte al demandado, puesto que a este se le ha asegurado su derecho de defensa, cuando este relata en su contestación que si se ha manifestado una reacción inflamatoria inespecífica no guarda relación causal con el accionar del accionado, es decir que sea inflamación o infección y la causa de dicha sintomatología en el ojo del actor, por lo que ahora no puede escudarse en la falta de invocación de dicha causal para pedir la desestimación in límine del agravio.

En consecuencia entiendo que con ello no se afecta el principio de congruencia sino por el contrario el mismo se encuentra debidamente integrado no solo por la invocación de las partes, el activismo judicial y el derecho de defensa asegurado, debiendo por lo tanto estarse al rechazo de dicho pedido de desestimación. Por lo demás y admitiendo la invocación del criterio sostenido por este Tribunal in re 33.408, este voto no contraría a dicho criterio sino por el contrario lo integra, puesto que y conforme a

los fundamentos precedentes las circunstancias objetivas son distintas a las allí relatadas, máxime cuando en el presente caso el actor manifiesta que el motivo generador de la pérdida de visión se debió a la infección, ámbito de discusión sobre el cual también se generó la litis.

5°) Como bien lo apunta nuestra Suprema Corte de Justicia en numerosos fallos los puntos de partida sobre la cual debe girar este tipo de responsabilidad y de las cuales participo son: a) Todo lo que el juez afirme sobre la materia necesitará fundamento técnico, la que se encuentra normalmente en la pericial rendida en la causa. Es decir que no solo resulta útil sino indispensable a los efectos de determinar responsabilidades médicas apoyarse sobre bases estrictamente técnicas que nos otorgan las periciales, siendo su rendición de gran valor a lo que debe sumarse que si se pretende uno apartar de los dictámenes técnicos deberá dar opinión fundada respecto del motivo del apartamiento.

b) La responsabilidad médica se funda normalmente en la noción de culpa, siendo importante al momento de su valoración, la opinión vertida por la dra. Highton (CNCiv, sala F, 13-3-2000, LL 2.00-F-360), por la cual propugna que el juez debe colocarse en el lugar y tiempo en que el médico actuó e interrogarse si ¿actuó a través de uno de los caminos posibles?, ¿su conducta era aceptablemente la de uno de su clase dentro de las circunstancias?; su diagnóstico o evaluación de la situación, ¿era uno de los científicamente válidos de acuerdo a los elementos y circunstancias del caso?.

c) En caso de probarse que existió culpa médica no generara, per se, una presunción de causalidad, entre la culpa y el resultado, incumbiéndole a la víctima su acreditación. (cf.aut. Cit. en -Revista de Derecho de Daños, t° 2003-2, pg. 222).

A ello debe agregarse:

d) Que la doctrina, en su gran mayoría (salvo casos puntuales como la responsabilidad del cirujano plástico, del anatomopatólogo, etc.), ha considerado a la obligación del facultativo como de medios; el contenido del objeto de la obligación siempre es una conducta, aunque la prestación que emana de ella puede agotarse en sí misma como "resultado", o por el contrario, sólo puede constituir un medio para conseguir un efecto determinado.

Precisamente entre las segundas se hallaría la obligación medical. En sentido estricto, ella consistirá en que la conducta, científicamente considerada, utilice técnicas usuales y admitidas por la medicina, tendientes a la curación de la dolencia o mitigación del dolor de un ser humano.

El médico contrae una obligación de medio consistente en la aplicación de su saber y de su proceder, a favor de la salud del enfermo. Aunque no está comprometido a curar al enfermo, sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación.

En las obligaciones de medios, de prudencia y diligencia o de comportamiento, el deudor está obligado legal o convencionalmente a poner de su parte los medios razonablemente necesarios para llegar a un resultado, a tomar ciertas medidas, a observar conductas o comportamientos que normalmente conducen a un resultado determinado o previsto, aunque sin garantizarse el resultado mismo.

Por otra parte y como nos encontramos ante una responsabilidad de tipo profesional, la obligación asumida por el galeno, es calificada y científica, es decir que la misma debe ser analizada a la luz de lo dispuesto por el art. 902 del Código Civil.e) Que, en materia de responsabilidad de los profesionales del arte de curar no existen presunciones legales - generales - de culpa; lo que implica que no existe inversión de la carga probatoria; que el actor se encuentra a cargo de por lo menos probar los hechos indiciarios, pero que también resulta aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas, es decir que las probanzas deben ser realizadas por quien se encuentra en mejor situación de aportar los elementos técnicos demostrativos de su conducta diligente (en el caso del médico, probar su no culpa).

6º) Tal como se ha venido analizando la a quo centra sus fundamentos, casi en forma exclusiva en el hecho de la falta de acreditación del defecto de la LIO (lente intra ocular) y por la cual obviamente tales circunstancias es lo que la lleva al rechazo de la demanda. Se advierte también que fue tratado, aunque tal como se dijo de manera tangencial y sin brindarle la preponderancia que el caso requería al hecho de la inflamación y/o infección del ojo como la atención brindada en el post operatorio.

De más está brindar que dichas circunstancias deberían haber sido tenidas en cuenta al momento de resolver, para determinar si el resultado acaecido, pérdida total de la visión izquierdo respondía ya a la causa indicada por el actor (defecto de LIO, lo que fue tratado y posteriormente descartado) o si la misma fue producida por el propio organismo del paciente o por negligencia médica y en su caso de haber probado dichas causales y verificada la existencia de la referida infección y/o inflamación, si la actividad médica desplegada por el demandado fue correcta, no obstante el lamentable resultado al cual se llegó.

Así se desprende de la pericia que el estado actual del sr. C. en el ojo izquierdo es la ausencia total de visión (10/10 cc.), con una cornea con queratopatía bullosa afáquico y cornea vascularizada.

Informó también que: a) la decisión de colocar el LIO (lente intra ocular) fue acertado; b) reconoce que existió una complicación en el acto quirúrgico dado por la rotura de cápsula posterior con caída de parte del núcleo de la catarata al vítreo y que por ello se colocó un lente de cámara anterior; c) que las complicaciones que surgieron luego de la colocación de la LIO fueron la opacificación y vascularización corneal, uveítis, dolor, hipertensión ocular, discoria, atrofia de iris; d) que existió inflamación del ojo luego de la colocación del LIO no rechazo, pero que la causa de dicha inflamación se fundaría en que el organismo no se adaptó al lente colocado, que es lo que produjo las reacciones anteriormente expuestas; e) que la conducta adecuada frente a la infección o inflamación es tratarlo médicamente (que asegura es como fue tratado) y en su caso la extracción de la LIO, que es lo que fue realizado; f) que la cirugía de cataratas es complicada y que dichas complicaciones pueden ocurrirle a cualquier profesional, considerando que el demandado trató las mismas acorde a la medicina moderna; g) destaca el perito que a su entender no existió infección post-operatoria.

Existió discusión sobre el rechazo al cual se deja constancia en la H.C., destacando que no puede existir rechazo puesto que el material de dichos lentes son previamente testeados y por lo tanto, la extracción del lente al no estar consignado en la H.C. pudo deberse a distintas causas, las cuales las más frecuentes son la inflamación por roce iridiano y la producción de daño endotelial y secundaria descompensación corneal, inclinándose por la segunda causa al encontrarse la córnea opaca (entendiendo que deber haber dicho opaca) o en su caso vascularizada (recordando que por naturaleza la córnea es avascular puesto que de otra forma comprometería su papel como superficie refractiva del ojo).

También se entendió que las infecciones post-quirúrgicas se indican su tratamiento de dos maneras o una inyección intravítrea de antibióticos (vancomicina y amikacina) o se practica una vitrectomía, requiriendo muestras de cultivo, recuento de colonias, antibiograma, etc., cuestión que no figura en el expediente, por lo que descarta la endoftalmitis (en realidad endoftalmitis infecciosa, causa exógena de infección que se da en la etapa postoperatoria de la cirugía de cataratas, según la US Agency for Health Research and Quality).

Por otra parte contamos y aunque ello fue aclarado por el perito, que el demandado reitera en su absolción de posiciones que existió un proceso inflamatorio por rechazo del lente, lo que como aclara el perito, técnicamente no existe rechazo, aunque ambos hablan de inflamación. También dice que luego que el tratamiento analgésico y antiinflamatorio seguía rechazando el lente, decidió sacárselo, controlando al paciente que este veía (con anteojos) y que la ecografía del dr. Barrios mostraba normalidad. Destacaba que el actor exageraba el cuadro que no veía para no ir a trabajar, rechazando

todo proceso de infección, puesto que afirmaba, de lo contrario, no habría tenido ojo.

Sin embargo tanto la afirmación del perito (en cuanto a la inflamación) y la del propio demandado (el que le agrega a causa del rechazo del lente), surge que se contrasta con otras pruebas rendidas en autos, principalmente con la declaración del dr. Hemsy, el que por el contrario a los aludidos, atendió al paciente a los veinticinco días de operado con mucho dolor y visión bulto (solo veía formas) y con diagnóstico de infección endoocular, derivando al paciente al dr. V. Afirma que dicha infección es post quirúrgica y que se trata de una complicación que puede darse en cualquier cirugía, no pudiendo especificarse la causa, entendiéndose que existen pacientes que recuperan la vista, dependiendo del tratamiento inmediato y la suerte.

Al ser interrogado respecto del tratamiento inmediato y es aquí donde me voy a detener en el análisis, el especialista afirma que el mismo supone vitrectomía total, extracción del lente intraocular y tratamiento con antibióticos. En el caso debe aclararse que la vitrectomía es un procedimiento quirúrgico a través del cual, se accede a la cavidad vítrea (espacio interior y de mayor dimensión dentro del ojo) a fin de retirar la totalidad o parte del humor vítreo, permitiendo con dicha técnica el tratamiento de infecciones, la extracción de cuerpos extraños intraoculares, remoción de hemorragias vítreas, el tratamiento de patologías maculares, complicaciones en cirugías de cataratas, etc. (Sociedad Argentina de Oftalmología, [www.sao.org.ar](http://www.sao.org.ar)).

A continuación y frente al interrogante que si el lente puede provocar la infección, respondió afirmativamente como también informa que otros motivos pueden ocasionarlo, resultando necesario el retiro del lente, explicitando que si se practica la vitrectomía, debe extraerse el lente inmediatamente puesto que de lo contrario se está ante el riesgo de perder el ojo.

Por último al ser interrogado acerca del método utilizado para determinar la existencia de infección, respondió por la biomicroscopía (examen mediante ultrasonido de alta definición que permite ver estructuras (o alteraciones de las mismas) del interior del ojo, no accesibles mediante el examen ocular habitual (ídem), practicándose la misma a más de veinte días de realizada la cirugía.

El testigo claramente contesta en forma negativa que en la consulta el paciente haya presentado una inflamación por rechazo de lente, contradiciendo específicamente a la pericia (en cuanto a la inflamación) y en especial al demandado (que atribuía dicha inflamación al rechazo del lente), siendo absolutamente veraz el testigo, no solo por ser calificado (recordemos que es oftalmólogo), sino por haber atendido al paciente en el interregno entre la intervención quirúrgica practicada por V. y el difícil post operatorio sufrido por el actor, antes que aquel practicase el retiro de la LIO y específicamente por cuanto tuvo la oportunidad de determinar la infección presente en el ojo por método científico eficaz, que aconsejaba el tratamiento inmediato (vitrectomía total, retiro de LIO y antibióticos) con riesgo a la pérdida del ojo.

Adviértase también que como consecuencia de la complicación de la cirugía de cataratas, el 8 de mayo del 2008 se registra la atención por el dr. Miranda (fs. 23 y 79), el cual informa los antecedentes y en forma coincidente con el informe de fs. 27 que la intervención quirúrgica de colocación del LIO ocurre el 7/04/2008 siendo recién retirada el 05/05/2008 (que surge también de la H.C. a fs. 76), realiza hallazgos que llaman la atención que no sean considerados por el perito, puesto que ya retirado el LIO y aparentemente con la necesidad de realizar la vitrectomía realiza hallazgos que evidentemente contradecían la aptitud del ojo para normalizarse. Así es que verifica el dr. Miranda restos de núcleo luxado, restos corticales (para lo cual indica tratamiento medicamentoso) y la obiedad de practicar la vitrectomía.

Ahora bien tanto el dr. Miranda como el dr. Hemsy coincidieron, atento a los hallazgos manifestados (aquel en la H.C. fs. 79, el último en su declaración testimonial) sobre la necesidad de hacer la

vitrectomía en el paciente, opción que el perito había manifestado realizar en los casos que se hubiese determinado una infección post-quirúrgica la cual como se dijo, no identificó por que no figuraba en el expediente (debe referirse a la H.C.) por lo que negaba la existencia de "enfoftalmitis".

Pero justamente dicha endoftalmitis (infección bacteriana u otro microorganismo que se presenta a veces como una complicación de la cirugía de cataratas y que como signos presenta el Ojo rojo con inflamación y edema conjuntival, opacificación de cámara anterior con células, hipopion y edema de párpados, dolor, etc. es la sintomatología que justamente aparecía en el actor es decir mucho dolor (declaración de Hemsy, antecedentes enunciados por Miranda fs. 79, consignado en H.C. fs. 76), disminución de la agudeza visual ("veía solo bulto" testimonio de Hemsy), hipopion (inflamación de la cámara anterior del ojo en la que se produce infiltración celular y depósito de pus) (H.C. fs.76).

Por otra parte la doctrina médica, entiende también para la determinación de un diagnóstico diferencial, la retención de fragmentos de cristalino y/o retención de restos corticales y la necesidad de realizar una vitrectomía, justamente lo indicado por Miranda y Hemsy, puesto que con la misma se posibilitaba la correcta eliminación de microorganismos, tóxicos intraoculares y membranas vítreas, la obtención de abundante material de cultivo no diluido y una mejor distribución de los antibióticos intravítreos (Endoftalmitis infecciosa, estudio de la Sociedad Española de Retina y Vitreo - www.serv.es).

Vale decir que la prueba colectada contraría la alegación del demandado, de que fue una simple inflamación por rechazo del lente y del perito que descarta que haya existido infección ocular post quirúrgica, porque no aparece en el expediente.

Por otra parte y tal como se ha venido indicando, los hallazgos, la clínica sospechosa y la sintomatología indicaban que podría estarse ante la presencia de dicha infección y aconsejaban como técnica médica correcta en el post-operatorio, aún frente a una cirugía de cataratas complicada por factor endógenos o exógenos ajenos a la actividad médica del galeno, la necesidad del retiro inmediato del lente, como también la necesidad de haber practicado la vitrectomía (recordando que Miranda y Hemsy acuerdan su necesidad de realizarlo), técnica que no fue practicada, puesto que no aparece realizada.

Como dato informativo, estudios médicos realizados distinguen entre vitrectomía inmediata, que es la que se realiza en el mismo acto quirúrgico, mediata realizada entre 1 y 30 días después de la cirugía de catarata, y tardía cuando se hizo después de 1 mes de la cirugía de catarata , concluyéndose que

a) La ruptura de la cápsula posterior durante la EECC con paso del vítreo a la cámara anterior puede ocasionar serias complicaciones de no realizar se la vitrectomía anterior.

b) La vitrectomía anterior inmediata con equipo automatizado es el método de elección para el tratamiento de la pérdida vítrea durante la cirugía de la catarata.

c) Los resultados funcionales son más pobres cuando la vitrectomía anterior se lleva a cabo de forma tardía.

d) El mejor tratamiento para evitar las complicaciones que produce el vítreo en la cámara anterior como consecuencia de la ruptura de la cápsula posterior en la cirugía extracapsular del cristalino, es evitarla. Si se produce, el cirujano debe practicar una vitrectomía anterior antes de que ocurran daños irreversibles.

(Fuentes consultadas "Vítreo en la cámara anterior del ojo como complicación de la cirugía extracapsular de la catarata" - Revista Cubana de Oftalmología, Sociedad argentina de cornea, refractiva y catarata, www.sacryc.com.ar, (Revista Refractiva AÑO XIC n° 36 mayo 2013).



Como se observa el tratamiento indicado y consentido por los testigos y no determinados por el perito, hacen que requería la necesidad de un tratamiento inmediato de dicha infección postquirúrgica, porque la sintomatología lo evidenciaba, para lo cual casi un mes pasó para el retiro del LIO, solo se procuró dar antibióticos y no se practicó la referida vitrectomía, técnica necesaria no solo para limpiar el ojo de microorganismos, sino para la obtención de material de cultivo que habría dado la posibilidad de medicar correctamente y con la droga adecuada la referida infección y evitar el lamentable desenlace; desenlace que aún en el día de hoy y frente a la absolución de posiciones el demandado pretende hacer creer que el actor continúa hoy usando el ojo izquierdo correctamente pero con el uso de anteojos, porque de lo contrario y tal como expresamente dijo, "hoy no tendría ojo", cuando a las claras la pericia demuestra que en dicho ojo izquierdo, existe AUSENCIA DE VISIÓN.

Por consiguiente y atento a las pruebas en las que me fundo, entiendo procedente el agravio, considerando que el demandado resulta responsable de las consecuencias (pérdida total de visión del ojo izquierdo) que sufrió el actor, originadas como se dijo en la complicación producida en la cirugía de cataratas a la que fue sometido (infección) y en esencia al erróneo o inexistente tratamiento médico adecuado realizado en el post operatorio por el demandado (calificándolo al mismo de negligente y culposo) y que llevaron a que no fuera correctamente tratado, lo que llevó a que y parafraseando al demandado, hoy el actor carezca de visión en el mismo.

7°) En lo que respecta al agravio relativo a la carencia de consentimiento informado y por el cual la a quo rechaza por considerar que el actor concurrió en el 2006 ante otro profesional oftalmólogo para intentar una operación de cataratas y que habiendo asistido voluntariamente a la Clínica de Ojos para su consulta y cumplido los estudios solicitados por V., no puede ponderarse que este no haya brindado el consentimiento informado para la práctica quirúrgica, aceptando que el mismo puede ser dado en forma verbal.

Debo aclarar y sin perjuicio del resultado del agravio anteriormente considerado, que es importante evaluar la existencia de consentimiento informado si este requería ser firmado por el paciente o como dice la a quo dado en forma verbal, aunque debo aclarar que habiéndose probado la existencia de un error médico, una omisión del uso de prácticas adecuadas para evitarlo, e impericia, el consentimiento informado no puede ser entendido como autorización para tales faltas médicas.

Ello sin perjuicio de considerar que no puede ponerse en pie de igualdad dos actos médicos distintos, con distinta naturaleza y efectuados en tiempos y momentos distintos, por consiguiente no pueden igualarse a los mismos porque sería confundir el ámbito de responsabilidad como los derechos implicados en el mismo.

También aunque solo para aclararlo (por que la ley es posterior a la comisión de la mala praxis aquí estudiada) que dicha discusión hoy en día también se torna irrelevante atento a la letra del art. 7° ley 26.529 que impone la obligatoriedad de expresar el consentimiento informado por escrito y con los requisitos exigidos por el art. 5° de dicha norma.

Atento a dichos fundamentos y a los fines de evitar que se considere al agravio como "no tratado", es que debo emitir opinión al respecto, estimando que me adhiero a la tesis que considera al consentimiento informado como un derecho personalísimo (Cifuentes, Santos, "Derechos Personalísimos", Astrea, año 2008, pg. 322) por lo que debe encuadrarse como un derecho extrapatrimonial, estimando que se sufre en el menoscabo a la dignidad personal del paciente y en la imposibilidad que tuvo este de evaluar, ponderar los riesgos de la intervención y la opción o decisión libre de someterse a dicho acto médico .

En dicha inteligencia y por más que se considere la opinión de la a quo en cuanto a que el

consentimiento fue dado en forma verbal o surgen de los hechos que involucran al actor no solo frente a V. sino frente a su Obra Social y al intento fallido de realizarse la referida cirugía de cataratas con anterioridad a la practicada y discutida en estos autos y por más que se admita que

exista discusión en cuanto al cómo debe efectuarse y cumplir con el deber de información (verbal o escrito) o en cuanto a su oportunidad (si se trata de una cirugía de urgencia o programada), lo cierto es que pone en cabeza, por aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, del médico tratante la prueba que el paciente ha sido suficientemente informado sobre las condiciones, métodos, riesgos y consecuencias de la intervención quirúrgica a la que se desea someter, no pudiendo entenderse que el mismo se encuentra configurado por el hecho que el actor haya intentado realizarse con anterioridad dicha cirugía de cataratas, cuando no existe prueba de mérito que determine que el mismo haya tenido la posibilidad de contar con suficiente información sobre los riesgos a la que podría estar sometido si se practicaba a dicha cirugía (que de hecho fue lo que sufrió).

Por lo demás y por más que hoy la discusión resulte vana, lo cierto es que un hecho que resulta de buena práctica profesional que el referido consentimiento informado forme parte de la H.C. o en su caso si es autónoma, denote seriedad, autenticidad, fidelidad y no ser un simple informe general de contingencias.

Llama la atención que en la H.C. ni siquiera se haga mención que el paciente ha sido debidamente informado respecto del: a) tipo de procedimiento a realizar; b) resultados esperados; c) porcentaje de éxito, complicaciones generales y específicas; e) riesgos de secuelas e incapacidades; f) alternativas de procedimiento propuesto; g) pronóstico si el paciente opta por el rechazo, el que aún admitiéndose que de práctica se haya hecho de forma verbal, se haya consignado que también verbalmente el paciente haya asentido verbalmente sobre dicha comunicación.

Destaco y por más que la a quo entienda que el consentimiento ha sido prestado en forma verbal o surge de los actos preparatorios o intentos por practicarse la cirugía, no surge de la prueba que se exige del caso, máxime cuando se trataba de una cirugía programada y no de urgencia.

El agravio debe ser admitido.

8°) Atento a la revocación de la sentencia apelada, corresponde merituar el reclamo resarcitorio de la parte actora.

a) Solicita rubro gastos terapéuticos y gastos colaterales a los terapéuticos, los cuales y como correctamente argumenta fueron afrontados en su gran mayoría por su obra social, existen otros tantos, en especial los gastos de traslados que no son solventados por dicho ente, por lo que resulta válidos admitirlos, atendiendo además a que la suma reclamada no resulta excesiva.

Juzgo en consecuencia que dicho rubro resulta procedente por la suma requerida de \$ 500 al día de la sentencia.

b) Requiere daño patrimonial por incapacidad sobreviniente y pérdida de chance. Manifiesta que el actor es una persona jubilada, perdiendo a causa de su disminución física una porción relevante que afecta su vida actual y futura, causándole un detrimento en la posibilidad de algún ingreso actividad de cualquier índole, requiriendo la suma de \$ 40.000.

La pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber

mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades. (TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, "Reparación de daños por mala praxis médica", Buenos Aires, Hammurabi, pág. 241)

La chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conllevando un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento. La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida. (TANZI, Silvia, "La reparabilidad de la pérdida de la chance", en "La responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1.997, pág.330 y sgtes.).

La doctrina también ha dicho que el instituto de la pérdida de chance presupone la existencia de un daño cierto y actual, constituido por la desaparición de una "oportunidad" de sobrevida, curación, etc., y la existencia de esa chance debe presentar una "probabilidad suficiente", que debe ser valorado por el juzgador en el caso particular. (SÁENZ, Luis R. J., "Los límites al resarcimiento por pérdida de "chance" en la responsabilidad civil médica", LA LEY 18/11/2004, 4-DJ 2004-3, 1160; LÓPEZ MESA, Marcelo, "Los daños por mala praxis médica y su cuantificación en algunos aspectos particulares", LA LEY 2004-B, 1283-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 755); en la jurisprudencia, tras afirmar que "configura una pérdida de chance, la omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente, que puede significar la disminución de las posibilidades de sobrevivir o sanar". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 19/02/2008, "F. A., L. B. c. Ciudad de Buenos Aires", RCyS 2008, 939; puede verse: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 23/06/2003, "Marchena, Jorge E. c. Dimensión S.A.y otros", RCyS 2004, 683 - LLGran Cuyo 2003 (diciembre), 876).

Vale decir que en el concepto no entra a colegirse la efectiva incapacidad que le causa al sujeto la mala praxis médica, puesto por que obviamente el mismo, salvo situaciones específicas como cirugías estéticas, se sufría con anterioridad al acto médico reputado negligente, cierta incapacidad o minusvalía que pretendía mejorarse, aplacarse o curarse con el referido acto, por lo que no puede ello obviarse y entender que debe el actor quedar en las mismas condiciones que contaba con anterioridad al acto médico, puesto que con ello no se estaría justipreciando correctamente el daño.

En el caso contamos que el actor es una persona de edad avanzada transitando su vejez (78 años al momento de la pericia), que la incapacidad temporal que tenía el paciente en pre-operatorio el del orden del 42%, siendo la visión con corrección aérea de 9/10. Luego de la operación se determina que su incapacidad oftalmológica continúa siendo del 42%, considerando el perito que el paciente tiene una ausencia de la mejoría de la visión post-cirugía, con compromiso retinal y opacificación corneal.

Por ello si se toma en cuenta la disfunción con la que contaba el actor y observar que la misma se mantuvo o en su caso empeoró no puede hablarse entonces de cálculo efectivo de incapacidad, sino adecuarse, tal como lo he venido pregonando a otorgar una suma indemnizatoria por la pérdida de chance de curación que tuvo el actor al sufrir las complicaciones que la cirugía de cataratas le trajo consigo manteniendo o acentuando su dificultad en la visión.

Como he venido mencionando resulta difícil cuantificar una chance que como tal resulta, en cierto grado de probabilidad, la posibilidad que con la cirugía se haya mejorado la visión del paciente, pero que no puede llegar a asegurarse, sino solo admitir dicha posibilidad de haberse realizado correctamente el acto médico y teniendo en cuenta que, al resultar ser de medios dicho acto, no hubiese

asegurado el éxito de la intervención.

En consecuencia estimo justo que por dicha chance, atento a la edad del paciente, a las probabilidades de haber recuperado totalmente su visión y sin posibilidad de ser igualada al monto de incapacidad solicitado, debe otorgarse a tenor del art. 90 inc. 7° C.P.C., en la suma de veinte mil (\$ 20.000) al día de la sentencia.c) En lo que respecta al daño moral, el mismo y sin la necesidad de referenciar el marco teórico, el que ya resulta una verdad de Perogrullo, la existencia y configuración del daño se encuentra suficientemente acreditado, el que en el caso abrevia en dos fuentes, la primera en la implicancia en la esfera extrapatrimonial del acto médico negligente y la imposibilidad que tuvo el actor de recuperar su visión, sufriendo limitaciones en el orden personal, estando sometido a un tratamiento post operatorio doloroso y sabiendo que las posibilidades de recuperación su visión resultan prácticamente nulas.

Por otra parte debe evaluarse también al daño moral por las consecuencias que implicó no prestar un consentimiento informado o no haberlo prestado correctamente al carecer del derecho a la información básica que todo paciente tiene derecho a recibir. y que determine que el mismo se sometió a la operación de cataratas sin una decisión libre, autónoma y racional de los riesgos que implicaban dicha intervención.

Es decir y parafraseando al actual art. 5° de la ley 26.529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud) al actor se lo privó de emitir una declaración de voluntad libre de asumir el tratamiento propuesto, luego de habersele brindado suficiente información sobre el mismo, como los objetivos a perseguir, valores, riesgos a asumir.En definitiva se lo privó al actor de tomar una decisión elaborada, libre y voluntariamente asumida por esta de someterse a la intervención.

Quién puede estimar en estos momentos que si al actor se le informase que aun habiendo usando la técnica adecuada, tomando en cuenta los riesgos que puedan existir, pueden surgir imponderables, no ya dependientes de la deficiente atención médica, sino riesgos propios de la enfermedad, hubiese tomado la decisión de someterse a la cirugía de cataratas.

En consecuencia el elemento esencial y configurativo del daño extrapatrimonial en esta faz se encuentra en la afectación de su derecho personalísimo a ser informado adecuadamente de los riesgos del tratamiento indicado como en la imposibilidad de tomar una decisión consciente, libre y autónoma de someterse a dicha intervención.

Como todo daño moral, es el juez el que prudencialmente estima el presente rubro, poniendo en el fiel de la balanza las condiciones del sujeto, los sufrimientos padecidos y en especial en este ámbito, la carencia de haber tomado una decisión autónoma y previamente informada.

Así debo reconocer que dicha violación al deber de información debe repararse a título de daño moral y de allí su distinción con cualquier tipo de secuela física y con otro tipo de reclamo que se sustente en la órbita patrimonial del sujeto.

Por consiguiente y conforme al planteo inicial formulado, atento a los aspectos que involucra la configuración del presente daño moral, el mismo depende en cuanto a su cálculo de una estimación prudencial que se encuentre relacionado no solo con los padeceres sufridos, con la imposibilidad de saber que la visión difícilmente la recupere sino también en la ausencia en la información debida, que obstó a una declaración libre de someterse voluntariamente a dicha cirugía.

Por ello y a tenor del art. 90 inc. 7° C.P.C.estimo justo otorgar la suma de pesos veinte mil (\$ 20.000) al día de la presente.

9°) Por último y en cuanto a los agravios formulados a la imposición de costas y a la regulación de los

honorarios profesionales, atento al resultado arribado, conforme a las consideraciones formuladas en mi voto y a la revocación de la sentencia de primera instancia, corresponde admitirlos, debiendo imponerse las costas a la parte demandada y modificando la regulación de honorarios de conformidad a lo previsto por art. 2 y cc. de la ley arancelaria.

Sobre la primera cuestión voto entonces por la negativa

A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. STAIB y MASTRASCUSA, adhieren al voto que antecede.

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. COLOTTO DIJO:**

Las costas de esta instancia deben serle impuestas a los apelados, por resultar vencidos (arts. 35, 36 ap I del C.P.C. ) . Así voto

A la misma cuestión, por sus fundamentos, los Dres. STAIB y MASTRASCUSA, adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

**SENTENCIA:**

Mendoza, 26 mayo de 2014

**Y VISTOS:**

El acuerdo que antecede, el Tribunal

**RESUELVE:**

1°) Admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 318 por el actor y en consecuencia revocar la sentencia venida en revisión, glosada a fs. 305/11 de fecha 10 de junio de 2013, la que quedará redactada de la siguiente manera: "I - Hacer lugar a la pretensión resarcitoria incoada por el sr. H. G. C. en contra de F. M. V.y Clínica de Ojos S.R.L., en consecuencia condenar a los demandados para que en el plazo de diez días de quedar firme la presente, abonen al actor la suma de pesos cuarenta mil quinientos (\$ 40.500), con más los intereses previstos por la ley 4087 desde la fecha del hecho a la presente y desde allí en adelante los intereses calculados a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.) hasta su efectivo pago.

Extender los efectos de la condenada a Triunfo Coop. de Seguros Ltda. en los límites y condiciones de las pólizas adjuntadas.

II - Imponer las costas del proceso a los demandados.

III - Regular los honorarios profesionales a los dres. Néstor Reche, Carlos Galdós, Jorge Galdós, María Sol Macía, Ezequiel Ibáñez y María del Pilar Varas en las suma de (\$.), (\$.), (\$.), (\$.), (\$.) y (\$.), respectivamente y sin perjuicio de los honorarios complementarios que pudiesen corresponder (art. 2,3, 4, 13, 31 y 32 ley 3.641).

IV- Regular los honorarios profesionales del perito oftalmólogo dr. Fabián Moureu en la suma de pesos un mil seiscientos veinte (\$.) más IVA."

2°) Imponer las costas de Alzada a los recurridos vencidos por ser de ley.

3°) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Néstor Reche, Ezequiel Ibáñez y María del Pilar Varas en la suma de (\$.), (\$.) y (\$.), respectivamente (art. 15 ley 3.641),

Notifíquese y bajen.-

Dr. Gustavo Colotto

Juez de Cámara

Dr. Alberto L. Staib

Juez de Cámara

Dra. Graciela Mastrascusa

Juez de Cámara

Dra. Alejandra Iacobucci

Secretaria