

**“E. I. R. C/ C. P. A. SA y Otros s/ daños y perj. por del. y cuasid. sin uso autom.(sin resp.est.) - CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MERCEDES (Buenos Aires) – SALA PRIMERA – 02/07/2013**

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 2 días del mes de Julio de 2013, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. ROBERTO ANGEL BAGATTIN Y EMILIO ARMANDO IBARLUCIA, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-113988 , en los autos: “E. I. R. C/ C. P. A. SA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.POR DEL.Y CUASID.SIN USO AUTOM.(SIN RESP.EST.)”.-/-

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.-

1ª.) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª.) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Ibarlucía y Bagattin.

**VOTACION**

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

**I.- La sentencia de fs. 943/957 es apelada** por la actora, quien expresa agravios a fs. 979/1000, los que son contestados a fs. 1003/1004 por Medifé Asociación Civil, a fs. 1005/1011 por el Dr. B., a fs. 1012/1015 por la Caja de Seguros S.A. y a fs. 1023/1026 por C. A. S.A.

**II.- Antecedentes**

1.-La Sra. R. I. E. promovió demanda por daños y perjuicios contra C. A. S.A., C. E. M., M. B. y Medifé Asociación Civil por la suma de \$ 272.000 (ver aclaración de fs. 56).

Relató que a los 13 años sufrió una lesión en el fémur derecho que derivó en una operación a los 19 años de edad. Continúo diciendo que, a los 49 años de edad, debido a molestias en la pierna derecha, recurrió a la C.A., según lo informado por su obra social Medifé, y que allí le asignaron para su atención al traumatólogo, Dr. M.. Destacó que hasta ese momento no tenía imposibilidad de movilizarse porque su pierna izquierda estaba en perfectas condiciones.

Con fecha 19/9/2001, fue intervenida quirúrgicamente y se le implantó una prótesis en la cadera derecha. El jefe del equipo médico fue el Dr. M. y la anestesia estuvo a

cargo del Dr. B.. Luego de la intervención, despertó de la anestesia con fuertes dolores en ambas piernas y le comunicó al Dr. M. que no () tenía sensibilidad en la pierna izquierda. Dijo que el profesional mencionado le manifestó que era normal por el tipo y efecto de la anestesia y que “ya se le iba a pasar”.

Al día siguiente –continuó exponiendo- no podía mover la pierna sana y no tenía sensibilidad. Los días posteriores, los profesionales intervinientes la revisaron y ella les manifestó que la pierna sana estaba como “anestesiada”. Volvieron a decirle que “iba a pasar” y le administraron calmantes pero continuaron sus dolencias sin que le brindaran explicaciones. Se le dio el alta médica. Posteriormente, como la pierna sana no mejoraba, comenzó a recurrir al profesional que la había atendido quien continuó manifestando que era una cuestión de tiempo y que volvería a caminar normalmente, lo que jamás ocurrió.

Expresó que, a la fecha de iniciar la demanda, tenía lesiones radicales graves con un cuadro monopléjico prolongado del miembro inferior izquierdo, que presentaba secuelas de dicha complicación radicular lumbar (paraparesia) que afectaba a los miembros inferiores. Atribuyó estas dolencias a la cirugía y a la anestesia.

Destacó que en todo momento el profesional médico continuó manifestándole que recuperaría la fuerza en su miembro inferior izquierdo. También destacó que durante un año el codemandado B. se apersonó de manera solidaria y sin contraprestación dineraria o de la obra social en su domicilio a fin de ayudarla con terapias alternativas contra el dolor.

Concluyó diciendo que, antes de operarse, podía deambular por sus propios medios y sin asistencia de muletas y que, luego de la intervención, perdió la movilidad de su pierna sana y solo podía caminar con asistencia de muletas y ayuda de terceros.

Estimó los daños y perjuicios y adjuntó a la demanda un informe de un médico legista (ver fs. 4/12).

2.- A fs. 134/152 contestó demanda, a través de su apoderado, Medifé Asociación Civil. Dio su versión de los hechos y solicitó su rechazo. Sustancialmente, dijo que la actora presentaba una patología de base denominada anquilosis de cadera derecha y que, contrariamente a lo afirmado en la demanda, su deambulación no era normal sino nula en la cadera derecha, con acortamiento de seis centímetros y dolor intenso en la zona. Como consecuencia de ello, se realizó un procedimiento quirúrgico de reemplazo total de cadera. Explicó que, en forma previa, se realizaron estudios para el acto anestésico y que el acto quirúrgico fue realizado bajo anestesia epidural. Finalizada la operación, la paciente fue derivada a terapia intensiva, donde al ingresar presentaba una movilidad conservada de los cuatro miembros sin problemas en el sistema nervioso central y la sensibilidad sin particularidades.

Continuó diciendo que la paciente fue trasladada a la sala común y fue permanentemente controlada por un equipo de profesionales médicos, entre ellos, los Dres. M. y B..

Dijo que del control surgía, luego de los primeros días de evolución, que la paciente presentaba dolor basal en la zona operada, bloqueo a la movilización e hipotonía funcional de miembro inferior. Los días siguientes presentó franca mejoría del miembro izquierdo, no obstante, se evaluó la realización de un electromiograma de ambos miembros inferiores para elaborar un diagnóstico y se mantuvo la kinesioterapia con resultados positivos de movilización de los miembros inferiores. Efectuada la

interconsulta con neurología, el médico neurólogo indicó la realización de un electromiograma para elaborar un diagnóstico, a lo cual la actora se negó. Este médico, por el examen clínico, concluyó que la paciente presentaba en forma presuntiva un compromiso radicular motor, sugiriendo tratamiento kinésico, control evolutivo y un electromiograma en quince días.

Expuso que el día 3/10/2001 la paciente presentaba buena evolución de la movilidad y contracción activa y pasiva del miembro inferior izquierdo y buena evolución del reemplazo total de cadera, por lo que se otorgó el alta sanatorial el 6 de ese mes.

Sostuvo que durante el período de internación y prácticas médicas, Medifé cubrió las prestaciones médico-sanatoriales correspondientes brindándole a la actora la cobertura médica comprometida. Dijo también que, luego del alta médica, continuó cubriendo las prestaciones médicas, farmacológicas y de traslado. Destacó que la actora solamente concurrió a las prestaciones de rehabilitación transcurridos algunos meses después de la operación y en forma aislada.

Concluyó que no existía en el caso actuar negligente, imperito o imprudente de los profesionales tratantes. Sostuvo que se efectuaron los estudios previos, que no existió conducta reprochable alguna en cuanto a la técnica quirúrgica y anestésica utilizada, que los profesionales M. y B. cumplieron las obligaciones contraídas.

Sostuvo, asimismo, que no existía relación de causalidad entre el daño pretendido por la actora y la conducta profesional desarrollada por los médicos. Expresó en ese sentido que la conducta de los profesionales no podía erigirse como causa adecuada de las consecuencias dañosas reclamadas sino que, por el contrario, la causa de la reacción adversa sobreviniente al acto quirúrgico y anestésico encontraba su fuente, unas veces, en los riesgos de la técnica utilizada y, otras veces, en la idiosincrasia de la paciente.

En subsidio dijo, primero, que debía considerarse como causa concurrente, causa excluyente o concausa a la circunstancia personal de la víctima. Como segunda defensa en subsidio, sostuvo que la reacción adversa sobreviniente respondía al riesgo propio de la ciencia médica dado que este tipo de problemática constituía un hecho imprevisible unas veces y otras veces inevitable dentro del riesgo terapéutico o quirúrgico o bien tenía su causa en el propio paciente. En particular, se refirió al acto anestésico y a los accidentes, reacciones adversas o secuelas cuya producción era imposible prever o evitar.

Por otra parte, sostuvo que la hipotética culpabilidad de los profesionales médicos no tenía virtualidad para responsabilizar a la obra social dado que no tenía responsabilidad ni por vía refleja ni por incumplimiento del deber de seguridad toda vez que cumplió con todas sus obligaciones. Destacó que la actora tenía libre elección de los profesionales y sanatorio.

A todo evento, sostuvo que tratándose de una hipotética responsabilidad contractual, solamente debería responder por las consecuencias inmediatas y necesarias. Impugnó la liquidación de los rubros efectuada por la actora.

3.-A fs. 166/175 contestó la demanda C. P. A. S.A. Sostuvo que la actora tenía relación contractual con Medifé y que era la obra social la que ponía a disposición de sus asociados una cartilla con profesionales y centros asistenciales. Expuso que el Dr. M. no tenía vinculación jurídica con C. A., la que se limitó a proporcionar el servicio de hotelería, uso de quirófano y entrega de materiales e insumos necesarios para la

práctica médica. Con relación al anestesista, afirmó que tampoco tenía ninguna relación jurídica. En suma, sostuvo que no existía responsabilidad de la clínica porque la prestación médica no había sido efectuada por la clínica sino en la clínica, de manera tal que no respondía por la presunta conducta fallida de los médicos ajenos al establecimiento. Rechazó e impugnó los rubros indemnizatorios.

4.- A fs. 184186 se presentó Sancor Cooperativa de Seguros Ltda. (en virtud de la póliza contratada por la C. demandada) y opuso defensa de falta de seguro.

5.- A fs. 206/236 contestó la demanda el Dr. M.. Fundamentalmente dijo que la actora lo consultó a partir del mes de julio de 2001 por dolor crónico en la cadera derecha con dificultad en la marcha. La actora presentaba una abolición total de los movimientos a nivel de su cadera derecha, dolor lumbar intenso y persistente, asociado con una discreta artrosis lumbar y un acortamiento del miembro inferior de 6 cm. Como consecuencia de ello, presentaba grandes dificultades para la marcha pues tenía la cadera derecha rígida y fija, acortamiento del miembro inferior lo que derivaba en una marcha con cojera e imposibilidad de sentarse. Continúo diciendo que esa situación le fue provocando una escoliosis de la columna dorsolumbar, con artrosis lumbar y pinzamiento de varios espacios discales y fenómenos productivos de osteoartritis. Se ofreció a la actora una cirugía de reemplazo total de cadera, que se le realizó con anestesia epidural con la colocación de un catéter continuo.

Relató que el día 22/09/2001 la actora fue vista por el Dr. B. quien encontró a la paciente ansiosa y con dolor, presentando bloqueo motor moderado e hipotonía de pierna izquierda (no operada). Se le indicó un plan analgésico y corticoterapia. Afirmó que los días siguientes la actora mejoró con relación al dolor y también la movilidad del miembro inferior operado. Al continuar con hipotonía del miembro inferior izquierdo, solicitó interconsulta con un especialista neurólogo, quien indicó la realización de un electromiograma que la actora se negó a efectuar.

Concluyó que la actora presentó un cuadro de hipotonía con disminución de la fuerza muscular del miembro inferior no operado y que, durante su internación, se efectuaron los cuidados necesarios e interconsulta con especialistas de rigor ya que el manejo de tales síntomas escapaban a la especialidad de traumatología. Afirmó que la actora no presentó ninguna complicación propia del reemplazo de cadera.

Dijo que durante el primer año del postoperatorio el examen individual de los grupos musculares de ambos miembros inferiores demostró movilidad presente y activa, con fuerza muscular de acuerdo a su contextura y edad. Dijo también que la paciente se movilizaba sola con dos bastones canadienses, se sentaba y se paraba sola, podía flexionar su cadera derecha, no refería dolor allí, pero decía no poder dejar los bastones porque se bloqueaba mentalmente y no podía caminar.

Dijo que, durante los controles posteriores, indicó a la actora la consulta con un neurólogo y la realización de un electromiograma que recién se efectuó en el año 2002.

Efectuó consideraciones médico-legales sobre la dolencia de base de la actora y el procedimiento quirúrgico, en orden a demostrar su correcto desempeño. Concluyó que la actora presentó, en el postoperatorio, alteraciones neurológicas compatibles con radiculopatía que no guardaban relación con la cirugía realizada. Impugnó la liquidación y a todo evento solicitó la aplicación del art. 1069 segundo párrafo C.C.

6.-A fs. 288/297 se presentó Caja de Seguros S.A., contestando la citación en garantía respecto del Dr. M.. Puso de manifiesto el límite de cobertura y la franquicia deducible a cargo del médico. Contestó la demandada y solicitó su rechazo. Fundamentalmente, sostuvo que el cuadro de radiculopatía de la actora no tenía relación con la cirugía realizada por el Dr. M.. Destacó que en este caso la responsabilidad del anestesiólogo era autónoma. De todas formas, sostuvo que la técnica anestésica utilizada era ampliamente avalada. Más adelante dijo que la radiculopatía que presentó la actora podía ser una complicación del acto anestésico pero dejó en claro que esta podía ocurrir sin que ello significara la existencia de un mal accionar del médico anestesiólogo. Impugnó los rubros y los montos indemnizatorios.

7.- A fs. 302/314 contestó demanda el Dr. B.. Sustancialmente, dijo que se trataba de una paciente que sufría grave inmovilidad general con acortamiento de su miembro inferior derecho, escoliosis en su columna dorsolumbar y gravísimas dificultades para la marcha. Dijo que efectuó la consulta pre-anestésica de la cual surgió que tenía cuadro bronquial crónico, que era “hiperemotiva”, y que presentaba un riesgo quirúrgico anestésico ASA entre II y III. Dijo, además, que tuvo en cuenta todos los estudios pre – quirúrgicos relacionados con los riesgos anestésicos.

Afirmó que, de común acuerdo con el jefe de equipo, se decidió efectuar anestesia denominada “bloqueo peridural” colocando un catéter para permitir la continuidad de la analgesia en el postoperatorio. Dijo que el bloqueo se efectuó a la paciente que estaba sedada pero consciente lo que era importante porque, si al efectuarse el bloqueo, se hubiera producido un roce de fibras nerviosas en ese mismo momento se tendría que haber producido un síntoma inequívoco, lo que no ocurrió. Luego se procedió a la anestesia general.

Se refirió luego al postoperatorio, en el cual se realizó a la actora anestesia peridural. Dijo que, para un mejor control, la paciente fue ingresada en terapia intensiva donde se le practicó un examen físico y se consignó que tenía movilidad conservada en los cuatro miembros. Dijo que el día 21/09/2001 se pasó a piso a la paciente y el Dr. M. retiró el drenaje de la herida. También retiró el catéter peridural y la bomba de infusión que había sido colocada para mantener la analgesia. El día 22/09/01 apreció que la paciente estaba ansiosa y dolorida. Luego fue presentando hipotonía (disminución del tono muscular) del miembro inferior izquierdo pero en los días sucesivos evidenció franca mejoría. Refirió la interconsulta con el médico neurólogo y la negativa de la paciente a efectuarse el electromiograma. Afirmó que la evolución ulterior había sido satisfactoria en cuanto al buen estado general y movilidad de los miembros inferiores y que fue dada de alta.

Concluyó diciendo que no medió acto u omisión alguna suya con relación de causalidad adecuada inmediata y necesaria con la complicación posquirúrgica referida.

Efectuó consideraciones médicas sobre el bloqueo peridural continuo y los riesgos propios de la anestesia. Se refirió al informe adjuntado en la demanda. Destacó que el acto anestésico era siempre riesgoso y que, ante un procedimiento adecuado, podía presentarse alguna complicación neurológica. Pero afirmó que no todo daño derivado de un procedimiento médico generaba responsabilidad. Impugnó los rubros y montos reclamados.

### **III.- La sentencia apelada**

Luego de producida la prueba se dictó sentencia. En primer lugar, la Sra. Jueza trató la defensa de falta de cobertura planteada por Sancor Coop. de Seguros Limitada. La admitió, con costas a la asegurada C. P. A. S.A.

Con relación a la responsabilidad, la sentenciante, luego de efectuar consideraciones generales sobre la responsabilidad médica y la carga de la prueba, dijo que admitía el informe médico acompañado al escrito de inicio y que el mismo sería evaluado con las demás pruebas.

Expresó que obraban en autos dos peritajes médicos con fundamentos claros y conclusiones respecto de las cuales no encontraba elementos para restarle fuerza probatoria. Mencionó, en primer lugar, la pericia efectuada por el Dr. E., y luego la realizada por el Dr. R.. Dijo que las conclusiones de ambas no fueron desacreditadas por ninguna prueba, ni siquiera por el informe acompañado al inicio por la actora. Sostuvo, en definitiva, que podía descartarse que las lesiones de la actora fueran secuelas directas del acto quirúrgico.

Respecto de lo afirmado en el informe sobre el manejo de la anestesia peridural, consideró que no dejaba de ser una mera probabilidad sujeta a prueba que lo confirmara, lo que no había ocurrido en autos sino que resultaba determinante lo afirmado por el perito traumatólogo.

Dijo que no se verificaba en autos la relación de causalidad entre el acto médico y el daño causado y que había quedado acreditado que las lesiones de la actora no eran consecuencia de la culpa médica del cirujano o del anestesista sino de las predisposiciones que presentaba la actora.

Acerca de la falta de detección oportuna de la complicación radicular, la falta de diagnóstico y de tratamiento adecuado, consideró la magistrada que esas imputaciones no se condecían con la actuaciones que los demandados habían desarrollado durante el postoperatorio ya que se extraía de la historia clínica que la paciente había sido controlada por ambos médicos, que había sido atendida por un neurólogo y que se había negado a realizarse el estudio indicado.

Concluyó que no se evidenciaba obrar culposo de los médicos.

Con relación a la clínica y a la obra social, entendió que no surgía de la prueba que, más allá de la culpa médica, debían responder por haber incumplido con el suministro de las prestaciones médicas para la actora.

En consecuencia, la Sra. Jueza de grado desestimó la demanda, con costas.

**IV.- Los agravios de la actora** (fs. 979/1000). Primero, efectúa una reseña de la demanda y de la prueba fijando su posición acerca de lo acontecido. Sustancialmente, sostiene que la actora antes de la cirugía efectuada sobre su cadera derecha, se encontraba con plena capacidad deambulatoria y, luego de la intervención, sufrió la pérdida casi total de la movilidad de su pierna izquierda. Según su postura, el acto anestésico fue la causa de la patología. Dice que ello surge del certificado de fs. 41 expedido por el Dr. M., del informe médico acompañado con la demanda y de la pericia del perito oficial, Dr. R.. Dice que este dictamen es contrapuesto al del perito traumatólogo y que, mediando dictámenes contradictorios, debe estarse al expedido por el perito oficial.

Se agravia porque, según afirma, la sentencia ha omitido considerar los elementos probatorios demostrativos de los hechos expuestos en la demanda. Concluye que la práctica anestesiológica no fue la correcta o no hubo previsión en los resultados.

Sostiene, además, que si bien la sentenciante admitió como medida probatoria el informe médico adjuntado por su parte, tal aceptación fue –según su criterio– solamente formal.

Continúa diciendo que el informe del perito Dr. E. fue impugnado por parcial y por falta de respuestas. Transcribe las aclaraciones solicitadas. Concluye que la sentencia no se puede basar en una pericia que considera elemental.

Se refiere luego a la pericia del Dr. R. y estima que la sentenciante ha efectuado una errónea interpretación de su dictamen.

Afirma que no puede culparse a la actora por sus antecedentes físicos, ni por su conducta posterior. Sostiene –con respecto a que el anestesta asistió a la actora por un año en su domicilio– que este hecho es tomado a favor de los demandados cuando, a su criterio, debería considerarse inusual.

Dice que tampoco es cierto que los profesionales médicos hayan seguido en forma correcta la evolución de la actora.

Concluye diciendo que los daños de la actora son consecuencia de la intervención quirúrgica, que dichos daños no pueden ser alcanzados por el denominado “riesgo quirúrgico” sino, por el contrario, que son atribuibles a la falta de diligencia o previsión por la aplicación de la anestesia lo cual hace responsable al anestesta y al Dr. M., como jefe de equipo médico a su cargo.

Por último, se refiere a la relación de causalidad adecuada haciendo hincapié en lo que denomina la teoría del “antes” y “después”. Transcribe en forma completa un fallo de la S.C.B.A. (causa C 101.224).

**V.- Reseñados los antecedentes y los agravios, es preciso decir, que el caso resulta sumamente complejo dado que la solución depende en gran medida de comprender cuestiones médicas, obviamente en base a las pericias obrantes en autos.** A su vez, la pericia anestesiológica fue interpretada en forma opuesta por la sentenciante y por la actora apelante.

Es así que, una vez que los autos estuvieron en condiciones de dictar sentencia, si bien tenemos presente que la justicia y especialmente casos como este requieren de una respuesta más rápida (no se nos pasa por alto que el hecho es del año 2001), para poder dirimir la cuestión de la forma más justa posible, consideramos necesario dictar la medida para mejor proveer de fs. 1028, la que ya fue cumplimentada. Además, era menester dar a las partes la posibilidad de expedirse, lo cual también fue cumplido. Por último, a fin de despejar cuestiones que resultan confusas se realizó la audiencia cuya acta obra a fs. 1077/1079 con la actora, los letrados y los Dres. E. (perito en traumatología) y R. (perito de la Oficina Pericial para realizar la pericia anestesiológica).

## **VI.- Responsabilidad de los profesionales.**

Dicho lo anterior, cabe señalar que no parece necesario abundar aquí en las consideraciones generales sobre responsabilidad médica que ya fueron volcadas en la sentencia de primera instancia (responsabilidad contractual, con factor de atribución subjetivo: culpa, arts. 511 y 512 C.C.).

Analizadas las constancias de autos, las pericias presentadas y las aclaraciones brindadas en la audiencia, las conclusiones a las que llegamos son las siguientes.

### **1. El daño.**

Surge del dictamen del perito traumatólogo, Dr. E., obrante a fs. 791/94 y fs. 836/38 que la actora padece de: hipotrofia de ambos miembros, compromiso severo de la fuerza de los miembros inferiores, afectación de la extensión de ambos miembros, tiene una marcha alterada y debe utilizar muletas (puntos 2 y 5 del dictamen de fs. 791/94).

A su vez, surge del informe del Dr. R. de fs. 1035/39 que la actora padece una radiculopatía sensitiva y predominantemente motora que determina una severa discapacidad consistente en paraparesia (disminución del tono y de la fuerza muscular) en miembros inferiores, sobre todo en el izquierdo, con severas dificultades en la marcha (debe usar bastones) y persistencia del dolor crónico.

Está, entonces, acreditado el daño que refiere la actora (como presupuesto de la responsabilidad civil, arts. 506, 511 C.C., art. 1067 CC. para el ámbito extracontractual).

### **2. Responsabilidad del cirujano.**

Se desprende claramente del informe pericial del Dr. E. que no hay relación entre las lesiones neurológicas de la actora con la intervención quirúrgica que se le efectuó. Ello porque las lesiones de la actora no están ubicadas en el "campo quirúrgico" (según explica el perito con estos términos se refiere a la brecha cruenta que realiza el cirujano para llegar a la zona operatoria) sino que son radiculares, o sea que se encuentran a la salida de las raíces nerviosas del canal medular y dentro de él. Es decir, debido al lugar en donde se encuentran las lesiones no pudieron ser provocadas por la actividad del cirujano porque, de ser así, las lesiones estarían en el trayecto de la cadera. El experto concluye que no es la cirugía de cadera la causal directa de las lesiones que padece la actora (puntos 1, 2 del dictamen de fs. 791/94, punto 5 del informe de fs. 836/38).

En suma, surge del informe al que se viene haciendo referencia que las lesiones de la actora no tienen su causa en la actividad que realizó el cirujano sobre su cuerpo.

A su vez, surge del dictamen que, en cuanto a la cirugía de cadera, la actora no tiene impedimento alguno para la utilización de su prótesis total y que ha logrado la movilidad deseada después de tanto tiempo de estar rígida (punto 7 del dictamen de fs. 791/94).

Por lo demás, el perito informa que las complicaciones propias de la colocación de una prótesis total de cadera son infección, luxación de articulación, aflojamiento del vástago y de la copa y falla del vástago (punto 3 de fs. 836/38).

Como segunda conclusión, puede decirse que la operación fue exitosa en cuanto a la movilidad de la cadera de la actora que se quería lograr y que las lesiones que presenta en sus miembros inferiores no son complicaciones propias de la colocación de la prótesis. No fueron consecuencia de la acción del cirujano sobre el cuerpo de la paciente, lo que implica, en términos jurídicos, la falta de relación de causalidad entre la acción del cirujano y el daño (arts. 520, 901 y 906 C.C).

Con respecto a la responsabilidad del mencionado profesional como jefe del equipo quirúrgico – motivo de especial agravio por parte de la actora – será abordado más adelante.

### 3. Responsabilidad del anestesista

Continuando con lo referente a la causa de las lesiones de la actora, el médico traumatólogo menciona como posible que podría explicarse por una “espondilolisis” de la vértebra lumbar quinta sobre la vértebra sacra primera. Explica que la espondilolisis es un deslizamiento de la vértebra superior sobre la inferior y, como consecuencia del deslizamiento, las raíces nerviosas que pasan por el medio de las vértebras quedan atrapadas (es como poner dos tubos – explica - uno encima del otro, si están alineados el túnel es perfecto, si están corridos el túnel se estrecha, cuanto más corridos están es más severo el estrechamiento), lo que deriva en secuelas neurológicas como las que tiene la actora. El experto considera que el deslizamiento de las vértebras se produjo a raíz de la dolencia anterior de la actora (artrodesis de cadera, que significa que la cadera está fija sin movimiento). Para el profesional, la quinta vértebra lumbar tuvo una sobreexigencia por la cadera fija y eso produjo su deslizamiento sobre la vértebra sacra primera, lo que llevó a que se estrangularan las raíces nerviosas.

Todo ello fue ratificado por el experto en la audiencia ante este Tribunal.

Sin embargo, más allá de la solvencia técnica del especialista en traumatología, no resulta del todo convincente la explicación antes transcripta sobre la posible causa de las lesiones de la actora. Ello por las razones que a continuación expongo.

El experto en traumatología también dice que no se encuentra descrito en la historia clínica si la actora presentaba signos de neuropatía antes de la intervención quirúrgica. Continúa diciendo que sí se puede comprobar en la historia que la paciente fue sometida a estudios durante la internación para determinar el origen del dolor que refería en la región lumbar y de la pérdida de sensibilidad y de la fuerza muscular en ambos miembros inferiores con un cuadro de paresia. Expresa que en la historia clínica no es claro el diagnóstico en lo que se refiere a la causa ya que la intervención quirúrgica en sí misma no pudo haber lesionado el tejido nervioso. Durante la internación se observa un estudio del Dr. M. que informa la existencia de radiculopatía, la que es medida y tratada con rehabilitación ante la impotencia funcional de los miembros inferiores. Luego, el perito transcribe el informe sobre el electromiograma realizado el 26/4/2002 que dice “radiculopatía moderada severa en territorio L4/L5/S1 y moderada en L3 sin denervación actual”. Explica que ello significa que la lesión no tiene un carácter reciente sino que reconoce una probable preexistencia no descrita en la anamnesis de la historia clínica de su internación. (punto 1, fs. 791 vta., punto 5, fs. 836 838).

Esto también es ratificado por el experto en la audiencia. Cabe destacar que el Dr. E. vuelve a decir en la audiencia que en la historia clínica no figura la dolencia (espondilolisis ) que, según su opinión, presentaba la actora con anterioridad y que

sería la posible causa de las lesiones por las cuales ahora reclama. Agrega –ante la pregunta del letrado del Dr. B. - que a veces sucede que no se vuelcan datos en la historia clínica que sí están consignados en la ficha del paciente en el consultorio particular, aunque también dice que la historia clínica debe estar lo más completa posible.

Sin embargo, como se dijo antes, no parece probable que si la actora presentaba una patología (espondilolisis) que podía derivar en dolores, pérdida de sensibilidad y de fuerza en ambos miembros, dicha circunstancia no se encuentre consignada en los antecedentes reseñados en la historia clínica (la primera hoja de este instrumento se refiere a “identificación y diagnósticos” y en su reverso a “anamnesis” –en el diccionario figura como “anamnesis” y significa “conjunto de los datos clínicos relevantes y otros del historial de un paciente”, [www.rae.es](http://www.rae.es). Además, también en esta primera hoja vuelta se consigna “examen del paciente”).

Como se viene diciendo, si la espondilolisis (supuesta causa de las lesiones de la actora según la opinión del Dr. E.) era anterior a la intervención, parece un antecedente de relevancia suficiente como para consignarlo en la historia y no solamente en la ficha médica que se lleva en consultorio.

Por lo demás, el Dr. M., al contestar la demanda, en ninguna parte adujo que la actora, antes del acto quirúrgico, padeciera de la espondilolisis informada por el perito Dr. E., y mucho menos que ello constara en las fichas del consultorio. Ello es crucial dado que, siendo el Dr. M. de la misma especialidad que el perito, es de suponer que lo hubiera alegado en su defensa, y, además, de ser el caso, hubiera ofrecido como prueba instrumental las fichas médicas, cosa que no hizo.

Respecto de lo informado por el experto sobre que la lesión “no tiene carácter reciente”, hay que advertir que el electromiograma no se hizo inmediatamente luego de la operación sino varios meses después (véase contestación del Dr. R. al pedido de explicaciones nro. 7 del anestesista, fs. 1051 y 1059).

A su vez, el Dr. E., en la audiencia, preguntado sobre por qué si la actora padecía antes de la operación la posible causa de su dolencia en las piernas, esta se manifestó recién después, contestó que era frecuente, al estar en una posición horizontal por 24 o 48 hs., que se pusieran de manifiesto episodios de lumbalgia.

No parece convincente la explicación. En primer lugar porque lo padecido por la actora – conforme ha sido descrito - va mucho más allá de un episodio de lumbalgia, y en segundo lugar porque no parece posible que en los largos años que llevaba la actora con su problema antes de la operación no haya estado en más de una oportunidad 24 o 48 horas en posición horizontal.

Tampoco es convincente la respuesta teniendo en cuenta la explicación de la cuestión que brinda el Dr. R..

Este profesional, en su informe de fs. 1035/39 (puntos 14, 15, 18, 19, 23, 24, 26) dice que inmediatamente luego del acto operatorio, la paciente ingresó a la unidad de terapia intensiva. La historia clínica en el ingreso a dicha unidad dice “motricidad conservada de los cuatro miembros”. Según surge de la misma, el anestesista siguió la evolución postoperatoria de la paciente. El 21/9/2001 se retiró el catéter y al día siguiente el anestesista informó dolor y que la paciente continuaba con bloqueo motor moderado e hipotonía (déficit o disminución del tono muscular) en la pierna izquierda. La historia clínica refiere una evolución satisfactoria en el período postoperatorio

inmediato respeto de la artoplastia de cadera derecha (en relación con la cirugía practicada por el cirujano). Por otro lado, en las anotaciones que hace el anestesista en la misma historia clínica, si bien refiere una evolución satisfactoria de la sintomatología dolorosa, se destaca una hipotonía e impotencia funcional de ambos miembros, por lo cual el cirujano solicitó la interconsulta neurológica y la realización de un estudio electromiográfico. La conclusión de este fue compromiso radicular (radiculopatía significa afectación o lesión de una o más raíces nerviosas motoras y sensitivas que se relacionan anatómicamente y funcionalmente con la médula espinal. Se refiere a la pérdida o disminución de la función motriz y/o sensitiva de la raíz nerviosa comprometida). En la historia clínica postoperatoria consta la hipotonía y consecuente impotencia funcional parcial del miembro inferior izquierdo;; es decir, el miembro contralateral al intervenido quirúrgicamente. No es posible determinar la preexistencia de una radiculopatía en el caso bajo análisis, fundamentalmente, porque no consta dicha patología en la historia clínica.

De lo expuesto surge que la radiculopatía no tiene su causa en lo informado por el perito traumatólogo, o sea en una causa anterior a la intervención. Del informe del Dr. R. se infiere que las lesiones se presentaron en el período postoperatorio porque la paciente ingresó a la unidad de terapia intensiva luego de la operación con motricidad de los cuatro miembros pero luego - el 22/9/2001 - se informaron las dolencias que motivaron su reclamo y que sí fueron informadas en la historia clínica postoperatoria, siendo que antes no habían sido descriptas.

Surge también del informe del Dr. R. (puntos 8, 10, 13, 20, 21, 27, 29) que a la actora se le administró anestesia peridural o epidural continua con técnica de catéter por infusión continua (consiste en la introducción de anestésicos locales en el espacio epidural, ubicado entre dos vértebras, bloqueando así las raíces nerviosas a su salida de la médula espinal. La anestesia peridural continua es una modificación de esta técnica que consiste en introducir un catéter en el espacio epidural por el que se pueden reinyectar fármacos o bien instaurar una perfusión para producir una anestesia continua y prolongada). Respecto de las complicaciones de la técnica anestésica el experto menciona, entre otras, el daño neurológico, punción accidental de la duramadre (membrana meníngea que recubre las estructuras del sistema nervioso central), y lesión neurológica secundaria al catéter peridural. Agrega que la técnica anestésica peridural y el catéter peridural pueden ocasionar daño neurológico relacionado con la lesión de alguna raíz nerviosa. El profesional entiende que en este caso existe la posibilidad concreta de que se haya producido una lesión nerviosa a partir de la técnica utilizada para la anestesia peridural. Respecto de la pregunta sobre si puede asegurarse que la técnica anestésica utilizada haya sido la única causa posible de la radiculopatía y el fundamento de la respuesta (punto 29), el perito contesta que el fundamento es que la radiculopatía y su correlato clínico de impotencia funcional del miembro inferior aparecen inmediatamente después de la anestesia, y que no hay registros ni constancia alguna de afecciones radiculares preexistentes que afectaran dicho miembro (fs. 1039).

En suma, puede concluirse que las lesiones de la actora se relacionan causalmente con la anestesia aplicada (arts. 384 y 474 C.P.C.). ello no es suficiente, dado que es preciso determinar (especialmente teniendo en cuenta lo argumentado en estos autos) si las lesiones de la actora se debieron a una técnica correcta o si medió negligencia o impericia del profesional anestesista (art. 511, 512, 902 C.C.).

Según lo expresado por el Dr. R., las complicaciones pueden presentarse aún con una técnica correcta y complicación no necesariamente es sinónimo de mala praxis

(puntos 20 y 21 del informe obrante a fs. 1035 a 1039). Agrega el experto que ello es así siempre y cuando complicación no sea la consecuencia del obrar del profesional.

Parece que en, el ámbito de la medicina, el término “complicación” incluye riesgos imprevisibles o inevitables (encuadrables en el 514 C.C. y, por lo tanto, eximentes de responsabilidad) pero también actividades negligentes del médico.

Si el presente encuadra en uno u otro supuesto, surge de lo expuesto por Dr. R. en el punto 10 de la pericia anestesiológica obrante a fs. 886/88 (cuya dificultad de interpretación puede superarse una vez entendidos los aspectos técnicos según su informe posterior que ya fue mencionado). Dice textualmente lo siguiente: “Punto 10. En su caso para que informe si la anestesia peridural realizada en un territorio con esa distorsión anatómica podría provocar alguna lesión radicular involuntaria.” Contesta el experto: “No, no puede interpretarse de esa manera desde el punto de vista médico-legal. Si la técnica utilizada en la práctica anestésica es la convencional y correcta, aunque haya una alteración anatómica (en este caso espondilomatosis como enfermedad de base), no debiera suceder que la paciente quede – como en este caso - con una secuela parética del miembro izquierdo, el cual, además, no es el miembro inferior comprometido en la operación. Asimismo, se presume la idoneidad del médico que realizó la anestesia; y entonces tenemos que concluir, a la manera de Von Liszt cuando define la culpa, que hubo una falta de previsión de las consecuencias, en el acto de una persona con capacidad de previsión, siendo las consecuencias previsibles.”

Posteriormente aclara el perito a fs. 911 que el punto 10 de la pericia hace referencia a que “las consecuencias dañosas pudieron haber sido previstas por una persona que tiene plena capacidad para ello obrando ‘con prudencia y pleno conocimiento de las cosas’, como es el caso de los profesionales especialistas o jerarquizados en las distintas disciplinas médicas, por ejemplo, en anestesia”.

En el informe pericial presentado en esta instancia, el Dr. R., luego de señalar que ninguna técnica anestésica estaba exenta de complicaciones y que las mismas podían presentarse aún con una técnica correcta (p. 20), enumeró las complicaciones más frecuentes de la anestesia peridural y peridural continua, entre otras, el daño neurológico, la punción accidental de la duramadre (o sea, la membrana meníngea que recubre las estructuras del sistema nervioso central), y la lesión neurológica secundaria al catéter peridural, y agregó: “‘complicación’ no necesariamente es sinónimo de ‘mala praxis médica’, siempre que la ‘complicación’ no sea la consecuencia del obrar profesional “ (p.21).

Aclaró también que la técnica de anestesia peridural en general y el catéter peridural en particular podían ocasionar daño neurológico relacionado con la lesión de alguna raíz nerviosa (p. 22) (ver fs. 1037vta./1038).

En la audiencia llevada a cabo ante esta Cámara, el suscripto preguntó al perito concretamente si la complicación como la mencionada en su informe podía presentarse tanto frente a una técnica adecuada como frente a una técnica incorrecta, a lo que contestó: “En general, la anestesia peridural no presenta complicaciones. Es muy distinto a la anestesia que presenta otros riesgos severos. Es una técnica segura y no surten complicaciones en la generalidad de los casos. Ante toda práctica médica pueden surgir complicaciones en la generalidad de los casos. Ante toda práctica médica pueden surgir complicaciones, siempre hay riesgos. Ahora el punto central que es lo que he querido destacar que en este caso bajo estudio se ha producido un daño que no puede explicarse desde el aspecto del sentido común; es decir, el resultado

obtenido no es la consecuencia normal de acuerdo al curso ordinario de las cosas”. Aclaró que él interpretaba un daño a una consecuencia ajena y distinta a la patología que presentaba la paciente por la cual había sido operada. Preguntado nuevamente sobre qué significaba “complicación” en la medida que decía que podía existir como consecuencia del obrar profesional, contestó: “...la anestesia peridural es una técnica sencilla y prácticamente exenta de complicaciones. Es por esto mismo que tiene tanta importancia el consentimiento informado. Se le debe explicar a la paciente que uno de los riesgos de la anestesia aplicada es que podía quedar con una parálisis...”. Agregó que el paciente debía tener la posibilidad de decidir ante la información sobre los riesgos quirúrgicos si se sometía o no a la operación. Preguntado por el letrado de la actora acerca de si un proceder correcto en el acto anestésico podía derivar en la patología constatada luego del acto quirúrgico, contestó el Dr. R. que habitualmente no de acuerdo a los datos estadísticos que conocía (fs. 1078vta./1079).

Analizados los informes de ambos peritos, los pedidos de explicaciones formuladas por las partes, las respuestas brindadas y la audiencia llevada a cabo ante este tribunal, se concluye lo siguiente: a) que la dolencia padecida por la actora que motiva el reclamo de autos fue producto de la anestesia peridural continua aplicada; b) que dicha técnica no está exenta de “complicaciones”; c) que entre las más frecuentes de esas complicaciones se hallan algunas que están relacionadas con la lesión sufrida por la actora (daño neurológico, punción accidental de la duramadre, lesión neurológica secundaria al catéter peridural); d) que la “complicación” puede ser o no consecuencia del obrar profesional; e) que normalmente la anestesia peridural, a diferencia de la anestesia general, no presenta riesgos severos dado que es una técnica segura (arts. 473 y 474 C.P.C.).

Según sea, en el caso, una u otra de las alternativas que presenta el punto d) señalado nos encontraremos ante la culpa médica o no. En efecto, si la “complicación” ha sido ajena al obrar profesional estaremos ante un caso fortuito o causa ajena eximente de responsabilidad (art. 514 C.C.). Si se trata de lo contrario, nos hallaremos ante una conducta culpable en los términos de los arts. 511 y 512 del C.C..

El dilema debe enfrentarse en primer lugar a partir de las reglas sobre carga de la prueba. En esta materia la doctrina de la casación provincial es clara en cuanto a que cuando se juzga la responsabilidad profesional del médico se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobrando fundamental importancia el concepto de carga dinámica de la prueba o prueba compartida que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (Ac. 82684 S 31-3-2004; Ac. 94212 S 26-9-2007; C 98767 S 21/05/08; C 101543 S 24-6-2009; C 102034 S 16-9-2009; C 92810 S 27-4-2011; C 97796 S 31-8-2011; C 100061 S 30-11-2011; C 106789 S 26/12/13, C 111814 S 27-6-2012).

Debo señalar que he manifestado serios reparos a la aplicación de dicha teoría sobre la base de que no se compadecía con el texto expreso del art. 375 del C.P.C. (causa n° 110.287, “Di Nisi c. Medicina Tecnológica del Oeste”, del 04/05/2006 ), pero lo hice señalando que eran escasos los fallos de la Corte provincial en que se hubiera pronunciado a favor de la misma, situación que varió con posterioridad, como lo indican las sentencias arriba citadas, lo que me lleva a seguir los lineamientos del alto tribunal en la materia en la medida que ahora puede considerarse doctrina consolidada (esta Sala, causas n° 109.171 del 07/04/2005 , 107.441 del 10/07/2007 , entre otras).

En la contestación de la demanda, el Dr. B. negó que hubiera habido mala praxis de su parte, pero sostuvo que la anestesiología era una actividad riesgosa dado que la

administración de la anestesia era un proceso dinámico durante el cual las condiciones del paciente, la afección y el acto quirúrgico cambiaban continuamente; es decir que estaba sujeto a una gran variabilidad ajena a la posibilidad de control del médico. Es decir, invocó la posibilidad del álea médica configurativo del caso fortuito (fs. 307vta./309). Ninguna explicación dio acerca de cuál fue la causa real de la lesión sufrida por la actora.

En el curso del proceso el perito traumatólogo brindó una explicación posible – de la cual se ha aferrado el Dr. B. -, pero que, conforme a lo dicho precedentemente, debe descartarse. En estas condiciones, si se aplica el criterio de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida, la falta de acreditación fehaciente acerca de que todo se debió a una complicación ajena a su obrar profesional debe recaer sobre él mismo.

Fortalecen esta conclusión dos razones. En primer lugar, según el perito Dr. R., la técnica de la anestesia peridural (aún por catéter continuo) normalmente no presenta complicaciones y es una técnica segura. Según el curso ordinario de las cosas (art. 901 C.C.) no se producen lesiones como las padecidas por la actora. El codemandado B. no ha producido prueba que indique lo contrario. Es decir, no ha acreditado que la técnica de la anestesia peridural continua sea sumamente riesgosa, lo que estaba a su cargo, ya sea por entender que se trataba de un hecho fundante de su defensa (art. 375 C.P.C.) o por aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba arriba señalada.

De ahí que la inferencia lógica – que se deriva fundamentalmente de la prueba pericial - es que, si la complicación se ha producido es porque ha habido una mala praxis en la aplicación de la misma.

Se trata de un indicio que tiene, en el caso, una importancia capital. Al respecto tiene dicho el superior tribunal provincial que la palabra indicio viene de la voz latina “indicium” que es una derivación de “indicere” que significa indicar, hacer conocer algo. “Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes y sonidos). De acuerdo con esto entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos” (Ac 90751 S 18-7-2007; C 85363 S 27-8-2008; C 92810 S 27-4-2011; votos del Dr. Hitters).

Particular semejanza con el presente tiene la causa resuelta por la SCBA en C 82.684 del 31/03/04 (“Abdelnur de Molina c. Moroni”). Se trató de una persona que había perdido la visión de un ojo luego de una operación oftalmológica. La Corte, analizando la prueba pericial, concluyó que “de no haberse practicado la operación el ojo no se habría perdido”. El demandado había alegado en su defensa el riesgo quirúrgico, y el tribunal entendió que siendo el caso fortuito el hecho que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse, al accionado le cabía la prueba pertinente de tales extremos, la que no se había producido.

La segunda razón – íntimamente ligada a la anterior – es que si efectivamente la técnica de la anestesia peridural era riesgosa, el Dr. B. debió informar adecuadamente sobre ello a la actora antes del acto quirúrgico, y obtener, en ese caso, de su parte el consentimiento para que se llevara a cabo. Es decir, debió mediar consentimiento informado por parte de la paciente, y, según surge de autos, no existió.

En efecto, en primer lugar no adujo el Dr. B. al contestar la demanda que hubiera tenido una entrevista con la actora previa a la operación en la cual le explicara el método anestésico que se utilizaría y los riesgos que implicaba. Antes bien, surge de la historia clínica obrante a fs. 491/538 que la entrevista se realizó el mismo día del acto quirúrgico, dejándose constancia de los datos clínicos de la actora en la “ficha de evaluación preanestésica” (fs. 493). De ninguna parte de este instrumento surge que se hubiera informado a la paciente acerca de los riesgos del método anestésico que le aplicaría y su consentimiento a que se llevara a cabo.

De tal circunstancia se deducen dos alternativas posibles: a) el método no era nada riesgoso, con lo cual se fortalece la hipótesis de que existió mala praxis en su aplicación, o b) era riesgoso, caso en el cual debió informarse previamente a la paciente para que decidiera acerca de si estaba dispuesta a correr el riesgo que la técnica implicaba, tal como adujo el Dr. R. en la audiencia llevada a cabo ante este tribunal.

Las dos conducen a la atribución de responsabilidad del médico anestesista.

La obligación de informar previamente al paciente sobre los riesgos de la operación y de que el mismo consienta que la misma se lleve a cabo está actualmente plasmada en la ley 26.529 (arts. 5 y 6, texto ley 26.742). No obstante, doctrina y jurisprudencia con anterioridad sostenían que se desprendía de la ley 17.132 de ejercicio de la medicina (art. 19) y del principio de buena fe que debía regir la relación médico-paciente (ver: Highton, Elena y Wierzba, Sandra, “La relación médico-paciente: el consentimiento informado”, Ed. Ad-Hoc, 2da. ed., Bs. As., 2003; Hoof, Pedro Federico, “Bioética y derechos humanos”, Depalma, Bs. As., 1999, p. 101: cap. “El consentimiento informado. Perspectivas jurídicas y bioéticas”; Kraut, Alfredo Jorge, “Deber de información y derecho a la información”, J.A. 1992-II- 832, entre otros).

La jurisprudencia que ha aplicado la doctrina del consentimiento informado – aún de oficio - antes de la sanción de la ley 26.529 es abundante. Cito sólo algunos casos.

La Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, del 28/12/93 en los autos “P., R. H. c. E.N. Ministerio de Defensa” (E.D. 160-96, con comentario de Susana Albanese), pese a considerar que no estaba probada la mala praxis, sostuvo que la demanda debía prosperar debido a que el riesgo de la operación no había sido advertido previamente al paciente. Dijo el Dr. M. F., que votó en primer término, que la obligación de avisar excedía los límites estrechos de la ley 17.132, ya que un adulto tenía el derecho a tomar por su propia cuenta aquellas decisiones que significaran adoptar un determinado plan de vida, y que era un deber elemental advertir al paciente de los riesgos, pues éste era quien debía decidir si valía la pena afrontarlos. Del voto concurrente del Dr. C. se desprende que se hizo pesar la carga de la prueba acerca del consentimiento informado a los servicios médicos actuantes.

Con el mismo razonamiento, la C.N.Civ., Sala B, en fallo del 20/09/05 (L.L. R.C.y S., 2006, p. 840), luego de desechar el agravio consistente en que la cuestión del consentimiento informado no había sido introducido en el escrito de demanda habida cuenta de que debían analizarse integralmente todos los elementos de convicción relevantes que pudieran ilustrar sobre el desenlace motivo del pleito, entendió que los médicos, si tenían conocimiento de lo riesgoso de la operación, debieron extremar los recaudos de información al paciente y obtener su consentimiento. Pese a descartar la aplicación del art. 4 de la ley 24.242 debido a la exclusión de su aplicación a los servicios profesionales prevista en el art. 2, llegó a tal conclusión por considerar que si las consecuencias riesgosas de la operación eran previsibles debió informarse al

paciente con base en el art. 19 de la ley 19.132 que establecía que debía respetarse la voluntad del paciente. Es importante que el fallo dejó sentado que no podía aseverarse fehacientemente que hubiera habido impericia en el acto quirúrgico, pero que igual debían los profesionales responder por la falta de consentimiento informado acerca de los riesgos del mismo.

La cuestión del tratamiento aún de oficio de la existencia o no de consentimiento informado fue especialmente considerada en uno de los primeros fallos en que el tema se abordó. Me refiero a la sentencia de la C.N.Civ., Sala I, del 25/10/90, pub. en La Ley 1991-D, p. 114. En el dictamen del Asesor de Menores de Cámara, Dr. Alejandro Molina, se dijo que el derecho a la información hacía a la esencia del contrato de asistencia médica porque la salud era una derecho personalísimo relativamente indisponible, y que, aunque nada se hubiese dicho en la demanda sobre la falta de autorización expresa a la cirugía implementada, no podía considerarse que ello implicara violar el principio de congruencia porque demandar implicaba disconformidad con la terapéutica implementada, de modo que era al médico a quien le cabía demostrar que había obtenido la autorización expresa, por escrito y antes de la intervención, o bien que la técnica no era excesiva, postura esta compartida por la Cámara sobre la base de que debía valorarse la conducta del demandado teniendo en cuenta todos los principios y normas a que debía ajustarse la conducta médica para determinar si fue legítima o no.

En el mismo orden de consideraciones, la Sala 2 de la Cámara Civil y Comercial de San Martín en fallo del 17/02/05 (causa n° 54.741, JUBA) entendió que la carencia probatoria acerca del consentimiento informado debía pesar sobre el profesional demandado en virtud de la teoría de las cargas probatorias dinámicas (con cita de precedente Ac. 66.276 de la S.C.B.A.), y que la ausencia del mismo debía interpretarse en el sentido de que había asumido los riesgos sin excepción.

Particular importancia tiene el fallo del superior tribunal provincial dictado en la causa C 82.684, fallada el 31/03/04, arriba citado. Expresó la Corte que indudablemente la operación implicaba riesgos, y que corría por cuenta del demandado demostrar que la paciente había sido informada previamente en forma adecuada, dado que los médicos debían colaborar en el esclarecimiento de la verdad (conf. Ac. 55.133 y Ac. 55.404), a lo que se adunaba lo incompleto de la historia clínica (conf. Ac. 46.039) y la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, que ya hemos mencionado.

Este precedente fue especialmente citado en la causa C 91.961 del 20/12/06, donde se dijo que el incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado era una violación de la libertad del paciente, a quien debía hacersele saber exactamente las ulterioridades de la operación para, sobre la base de ese conocimiento, inclinarse por concretarla o no.

En definitiva, como ya he dicho, si la técnica anestésica aplicada no era riesgosa, debe inferirse que la "complicación" se debió a la mala praxis médica, y si efectivamente lo era, el médico anestesiólogo debió informar previamente a la actora sobre el particular y obtener su consentimiento informado, siendo de resaltar, además, que no se trató de una operación de urgencia. Por ambas vías se concluye que debe responder (arts. 511 y 512 C.C.)

#### 4.- Responsabilidad del cirujano como jefe del equipo quirúrgico.

La actora también se agravia de la exoneración de responsabilidad del cirujano Dr. M. como jefe de equipo quirúrgico. Cabe, en consecuencia, abordar el tema.

Dice el perito traumatólogo que el cirujano como jefe de equipo coordina el grupo, pero dentro del quirófano o lugar de trabajo el anestesiólogo realiza sus tareas según su arte y ciencia. Se conviene que dadas las características del paciente, edad, padecimiento, interurrencias, riesgo quirúrgico, etc., se realice el acto más conveniente para llevar a cabo la intervención quirúrgica. No se le indica tal o cual, el que se podrá sugerir en todo caso. Es como si el anestesista nos indicase – explica - la técnica operatoria a seguir con los pacientes. Ellos tienen una responsabilidad autónoma en el acto y seguimiento anestesiológico (punto 4 de fs. 836 a 838)

En línea con esta opinión, Silvia Tanzi en un breve pero claro y completo aporte sobre la cuestión ("Breve aporte sobre la responsabilidad civil del médico anestesista", en Revista digital del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nro 102 septiembre de 2011) refiere las opiniones de los más destacados juristas nacionales que han analizado la responsabilidad de los médicos.

Cita a Alberto Bueres ("Responsabilidad de los médicos"). quien se inclina por la autonomía cuando hay división interna dentro del equipo derivada de la obligación de cuidado en razón de su especialidad. Si bien el médico-jefe tiene deberes de supervisión, se sostiene que la garantía se refiere al hecho del personal auxiliar como lo establece el art. 19, inciso 8 de la Ley 17.132, y que no hay tal garantía en los casos de los médicos con autonomía científica que integran el equipo

Luego referencia el criterio de Ricardo Lorenzetti ("La Empresa Médica"). para quien el médico jefe es garante por el hecho de sus auxiliares, siendo solidariamente responsable por el hecho ajeno, pero no del hecho de los médicos con autonomía científica que actúan en el equipo sobre los que no tenga control. El médico jefe responde por el hecho propio cuando incurre en defectos de supervisión

Por último, Tanzi menciona la opinión del Vázquez Ferreyra ("Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina"), quien, al referirse a la solidaridad legal coincide en que "sólo concurren a la responsabilidad del médico jefe por el hecho de sus auxiliares o dependientes, no alcanzando a los facultativos que actúan individualmente".

Por su parte, Trigo Represas ("Responsabilidad civil del médico anestesista", Bueres-Highton, Código Civil comentado, Tomo 4B, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2003, pág. 405 y ss.) explica que la aparición de la anestesiología como una especialidad de la medicina fue tardía en la evolución histórico-práctica de dicha profesión. Hasta no hace mucho la anestesia era administrada por estudiantes de medicina, enfermeros o auxiliares del médico cirujano bajo su dirección, o inclusive a veces por este último, lo cual traía aparejado, como lógica consecuencia, que los anestesistas también quedasen comprendidos dentro del conjunto de "auxiliares" por cuyos hechos dañosos debía responder el cirujano jefe de equipo. Sin embargo, hoy en día se acepta de manera casi uniforme, tanto por la doctrina jurídica como por la ciencia médica, que el anestesista se desempeña con autonomía científica y técnica, con obligaciones y responsabilidades propias, o sea que en general no existe subordinación entre cirujano y anestesista.

La C.S.J.N. se ha pronunciado en ese sentido en dos claros fallos: ""Méndez" del 17/03/98 (Fallos: 321:473), y "Verón" del 23/4/2002 (JA 2003-I-585, Con nota de Silvia

Y. Tanzi y Verónica D. Franceschi). Dijo en este último: “La autonomía científica y técnica que caracteriza la función del anestesista obsta al establecimiento de una relación de subordinación con el cirujano, quien carece de facultades para ejercer un control o vigilancia respecto de los actos propios de otra incumbencia profesional, limitándose su órbita legal a la fiscalización – y por ende, su responsabilidad – a los actos del personal que ejecuta sus órdenes como auxiliar y sobre el que tiene el control (art. 19 inc. 9 ley 17.132”.

La S.C.B.A ha seguido el mismo criterio en C 92.810 del 27/04/11 y en C 106780 del 26/02/, doctrina que cabe considerar como casación provincial, por lo que no cabe, en principio, apartarse de la misma (esta Sala, causas n° 109.171 y 107.441, entre otras).

No obstante, en la medida que, al tratarse la responsabilidad del médico anesthesiologo se tuvo especialmente en cuenta que no medió consentimiento informado de la actora a la técnica suministrada, es menester considerar si cabe responsabilizar al cirujano como jefe del equipo médico por la misma razón.

Entiendo que no porque en el caso del médico anestesista, como ha quedado explicado, la falta de consentimiento informado ha sido considerada como un elemento coadyuvante de la fuerte presunción de responsabilidad que se deriva de la circunstancia de que – de acuerdo a lo dictaminado por el perito oficial -, la técnica anestésica aplicada en el caso normalmente no presenta complicaciones. La introducción de la necesidad del consentimiento informado surgió como consecuencia de deducir que, en caso contrario, el anesthesiologo debió hacerlo saber a la paciente antes de la operación. En otras palabras, la responsabilidad de este profesional no se funda sólo en la falta de consentimiento informado.

Siendo así no puede, a mi juicio, atribuirse responsabilidad al médico cirujano, a quien no puede imputársele mala praxis y que, de acuerdo a la clara doctrina de la Corte Nacional y de la Suprema Corte local, no tiene posibilidad de dirección sobre el desempeño autónomo del anestesista.

## **VII.-Responsabilidad de Medifé Asociación Civil.**

Determinada la responsabilidad subjetiva del médico anestesista, Medifé resulta responsable, por las siguientes consideraciones.

En la causa nro 113.633 del 29/11/2011 de esta Sala, el Dr. Bagattín, cuyo voto compartí, se refirió a la doctrina de la Corte Suprema de la Nación – caso en el cual se había demandado a una obra social por las prácticas médicas efectuadas en un sanatorio de su propiedad –, en la que se sentaron tres pautas esenciales en la actividad de las obras sociales: 1) ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere un carácter integral; 2) la función específica y la obligación primordial de la obra social consiste en brindar una prestación médica integral y óptima; 3) el adecuado funcionamiento de una obra social no se cumple tan solo con la yuxtaposición de los agentes que la integran y los medios empleados, con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y con relación a cada paciente (CSJN, sent. del 29/03/84, LL 1984-B-389; Galdós, Jorge Mario, artículo titulado: “Responsabilidad de las obras sociales por mala praxis médica”, LL 1966-E-845).

También en la causa de esta Sala antes citada se expuso que la jurisprudencia había decidido que, en principio, la obligación de la obra social, en relación a la prestación de

servicios médicos era de medios y no de resultado, y se agotaba cuando brindaba al afiliado los medios adecuados para solucionar su dolencia, lo que no significaba su irresponsabilidad por haber prestado el servicio mediante un tercero (conf. Galdós, Jorge Mario, artículo citado).

Se dijo también que los principios generales en que se fundaba el deber de reparar los daños injustos causados en establecimientos de las obras sociales eran los siguientes: a) La responsabilidad de la obra social no excluye la de la autoridad de aplicación que tiene a su cargo la dirección y control del sistema cuando existen deficiencias en la prestación del servicio; b) los sindicatos y las obras sociales responden por las prestaciones que brindan los sanatorios de su propiedad; c) la obra social, cualquiera sea la modalidad prestacional, salvo cuando el sistema es por reintegros, asume una tácita obligación de seguridad derivada del art. 1198 párrafo 1° del Código Civil por la deficiente prestación del servicio de salud a su cargo, de carácter general que requiere la preservación de la salud de las personas contra los daños que puedan originarse en la defectuosa prestación (Galdós, Jorge Mario, artículo citado, LL 1966-E-847). Esa obligación de prestar cobertura médica lleva implícita una obligación tácita de seguridad, de carácter general, que requiere la preservación de la salud de las personas contra los daños que puedan originarse en la defectuosa prestación obligacional, la que se potencia cuando el afiliado, como ocurre en la mayoría de las obras sociales, carece de un derecho de libre elección, porque pertenece a un sistema “cerrado”, debiendo, a lo sumo, elegir entre los profesionales o los establecimientos de salud previamente seleccionados o elegidos por la misma (Galdós, Jorge Mario, artículo citado).

Si bien el caso era distinto al presente, de las pautas antes expuestas la que resulta de aplicación a este caso es que en los sistemas cerrados la obra social responde aún cuando presta el servicio mediante un tercero (el profesional médico).

En esta misma línea se ha dicho que, en principio, la obra social o empresa de medicina prepaga ha de responder civilmente frente al afiliado. Ello, salvo en los pocos supuestos de haber actuado únicamente como caja compensadora o agente financiero para reintegrar al afiliado lo que éste hubiese abonado por una prestación médica contratada exclusivamente por él; en tales hipótesis su responsabilidad queda circunscripta al caso de no reintegro en tiempo y forma de lo abonado y reclamado por el afiliado. A priori también puede dudarse sobre la solución en el supuesto de “pago por prestación médica” respecto del cual existiría libre elección del médico, lugar de internación, laboratorio, etc., pero sucede que dicha libertad de opción es, en general, solo relativa, pues en la mayoría de los casos las entidades ofrecen una posibilidad de elección dentro de listas cerradas, lo cual excluye como posibles candidatos a todos los demás médicos y establecimientos no incluidos en las mismas, reduciendo o restringiendo sensiblemente la esfera de “libertad” de los interesados que, en definitiva, no es tal, sino solamente una “libertad a medias”. Aclarado ello, la obra social tiene responsabilidad plena no solamente por omisión o insuficiencia en el suministro del servicio de salud a su cargo sino igualmente por las deficiencias de la prestación cumplida atribuibles a la culpa o negligencia de los profesionales intervinientes, con la sola excepción de los casos de obras sociales que tienen listas abiertas cuya responsabilidad se circunscribe entonces a la provisión del servicio pero sin tener que responder por su defectuosa prestación por parte del profesional o del establecimiento que habrían sido libremente elegidos por el afiliado. (Cazeaux – Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, Tomo V, Ed. La Ley, 2010, págs. 790/798)

Varias son las teorías que explican la responsabilidad de la obra social o la empresa de medicina prepaga (detalladas por los autores antes citados, entre ellas): 1) contrato

a favor de tercero, art. 504 C.C., entre la obra social o empresa de medicina prepaga, que actúan como estipulantes, y el médico o la clínica que actúan como promitentes, siendo el paciente el tercero beneficiario; 2) obligación tácita de seguridad – ínsita en el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, art. 1198 CC - que asume la entidad por la eficiencia del servicio de salud a su cargo; 3) “estructura de la relación obligatoria”, según la cual es la entidad la que tiene el deber asistencial y debe responder por su incumplimiento sin que interese que para la ejecución de tal prestación haya tenido que contratar a su vez con terceros ya que al afiliado le resulta indiferente que el deudor cumpla por sí mismo o valiéndose de otras personas (Este último criterio ha sido receptado por el proyecto de código civil, art. 732, y explicación en los Fundamentos, [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com)).

En este orden de ideas se ha dicho: “Estando acreditada la culpa médica por parte de los profesionales que atendieron al paciente, ello compromete en forma directa la responsabilidad de la obra social por los daños ocasionados en su salud —art.377 CPCC; conf. art.512, 902 y cc Cód. Civil—, pues esta no se limitaba a prestar asistencia médica por profesionales habilitados, sino que ello lleva implícito el compromiso tácito de seguridad” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H • G. de F., Z. E. c. Hospital Militar Central Dr. Cosme Argerich y otros • 28/12/2012 • La Ley Online • AR/JUR/74050/2012). En igual sentido: “Ante la culpa de un médico en el tratamiento de las complicaciones postoperatorias de un paciente, la obra social a la que éste estaba afiliado debe responder por los daños ocasionados, pues el deber de prestar cobertura médica por intermedio de los facultativos y establecimientos que contrata lleva implícita una obligación tácita de seguridad, que funciona como un deber de garantía”. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H • D., M. G. c. L. P., V. • 29/11/2012 • AR/JUR/68376/2012).

En este caso no se configura el supuesto excepcional de responsabilidad por reintegro sino que resultan plenamente aplicables los conceptos antes vertidos sobre responsabilidad plena de la obra social de acuerdo a las constancias de fs. 398/436 (ver especialmente fs. 400 en la cual se consigna como prestador de Medifé al Dr. B.; contrato de fs. 408/410 entre Círculo Médico de Moreno y Medifé, nómina de profesionales de fs. 415 que incluye al Dr. B.); de fs. 460 (resumen de cuenta corriente de Círculo Médico con relación al Dr. B.), fs. 483 en donde Medifé informa que a la fecha de la intervención la actora se encontraba cubierta, fs. 629 (oficio mediante el cual el Círculo Médico de Moreno informa que el Dr. B. presentaba bonos para el cobro de honorarios profesionales ante Medifé a través de esa institución por prestaciones médicas realizadas) (art. 384 C.P.C.).

### **VIII.-Responsabilidad de C. A. S.A.**

En la causa n° 110.684 del 28/12/2007 esta Sala dijo que para que exista responsabilidad de la clínica debe acreditarse una relación de dependencia o de subordinación, aún en el sentido más amplio del concepto (es decir, sin la exigencia de la relación de dependencia laboral), como lo admite pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia (Bueres, Alberto, “Responsabilidad civil de los médicos”, Bs. As., Hammurabi, 1992, p. 393 y ss.; Trigo Represas y López Mesa, “Tratado de responsabilidad civil”, T. II, Bs. As., La Ley, 2004, p. 462). Es que al menos debe haber mediado por parte del establecimiento una autorización al facultativo para actuar, descontando que haya tenido como mínimo – un ocasional poder de elección y un virtual poder de control y de impartir órdenes, tal como fue recomendado en las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Bueres, ob. cit., ps. 390 y 403).-

Cuando no existe una relación de subordinación (en sentido amplio, como ya he señalado) entre el médico actuante y el sanatorio, la única razón por la cual puede responsabilizarse a este último es por el incumplimiento de la obligación de seguridad ínsita en la naturaleza de la prestación que el ente asistencial se ha comprometido a brindar. Tal es el factor de atribución por el cual se inclina la doctrina y jurisprudencia para responsabilizar a los establecimientos de salud (Bueres, ob. cit., p. 390; Trigo Represa y López Mesa, ob. cit., p. 469). Pero la obligación de seguridad (deber de garantía) pero no puede ir más allá de la prestación que el establecimiento se ha comprometido a brindar. En otras palabras, si se ha obligado a prestar una atención médica responderá por la deficiente prestación de la misma a través de sus profesionales de alguna manera subordinados, ya sea por ser dependientes, por formar parte del plantel ofrecido a los eventuales pacientes, o por tener una relación de subordinación ocasional; y si se ha comprometido a prestar un servicio sanatorial (alojamiento, atención por enfermeras, sala de cirugía, etc.), responderá por la deficiencias del mismo.

Cuando se indaga en la jurisprudencia habida sobre el tema siempre se encuentra uno de los dos supuestos. El fallo de la S.C.B.A. publicado en E.D. 150-115 ("B., G. D. c. Asociación Médica de Lomas de Zamora"), se trató de la mala praxis incurrida por el equipo de pediatría del establecimiento demandado. En su comentario ("Responsabilidad de las clínicas por mala praxis de su cuerpo médico"), dijo el Dr. Bustamante Alsina que cuando la entidad se obligaba a la prestación del servicio médico por medio de su cuerpo profesional, era responsable de que el servicio se prestara en condiciones tales que el paciente no sufriera daño por deficiencias de la prestación prometida, lo que ocasionaba una responsabilidad directa. Al final de su nota diferenció el reconocido jurista el supuesto en que el paciente se hacía atender por un médico que elegía fuera de su cuerpo médico, caso en el cual se producía un desdoblamiento del contrato que obligaba a determinar si la defectuosa prestación había surgido del profesional o de la clínica para imponer la respectiva responsabilidad.-

Concordantemente, citan Trigo Represas y López Mesa el fallo de la Sala 2 de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata del 7/11/95 (publicado en D.J.B.A. 150-16), en el cual se estableció que si al establecimiento asistencial se le había contratado el uso del quirófano y el servicio de internación, actuando en todo lo demás el médico particular de la paciente, el establecimiento no podía ser responsabilizado por los daños, ya que no había sido llamado a prevenirlas, ni había podido evitarlas, ni habían sido producidas por su cuerpo médico o dependiente.-

A la luz de las constancias de autos (contrato entre la Clínica y Médifé de fs. 423/434 y declaraciones testimoniales de fs. 865,866, 867), puede concluirse que en el caso existió ese desdoblamiento de prestaciones, ya que, si bien tanto el Dr. B. como la Clínica codemandada actuaron en el caso por ser contratadas por Medifé, ninguna relación de subordinación existía entre ambos, comprometiéndose uno a brindar el servicio médico y la otra a prestar el servicio sanatorial. Ninguna deficiencia en la prestación del servicio se ha imputado al sanatorio (art. 384 C.P.C.).

## **IX.- Indemnización.**

### **1.- Sobre la extensión del resarcimiento.**

Tanto el Dr. B. como la codemandada Medifé, al contestar la demanda, solicitaron que, para el caso de que se considerara procedente la misma, tratándose de responsabilidad contractual, al evaluar los rubros indemnizatorios reclamados, se

limitaran ellos a lo que ha sido consecuencia necesaria e inmediata de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 520 C.C.), descartando las consecuencias mediatas (art. 521).

He tenido oportunidad de expedirme sobre el tema al votar en la causa n° 27.239 de la Sala, "Peña, María Luján y otro c. Vicente, Roberto y otros", con las consideraciones que a continuación expongo.

Ciertamente el art. 521 del C.C. prescribe que si la inexecución de la obligación ha sido maliciosa, la indemnización de daños comprende también las consecuencias mediatas, y en el caso de autos no puede hablarse que el incumplimiento haya sido de ese tipo.

La cuestión a resolver es, entonces, qué debe entenderse por consecuencias mediatas, que es lo que está excluido del resarcimiento. Siendo el Código un todo orgánico y sistemático debe recurrirse al art. 901, que contiene una definición, aplicable a las consecuencias en general, aún cuando esté incluido dentro del Título de los hechos ilícitos. Dicha norma define a las consecuencias inmediatas como aquellas "que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas", y a las consecuencias mediatas como las "que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto".

Esto último es el quid de la cuestión: la consecuencia es mediata cuando resulta de la conexión del hecho con un acontecimiento distinto. Por consiguiente, si ello es lo que lo define no se advierte por qué los rubros indemnizatorios pedidos no serían consecuencias inmediatas o directas del incumplimiento de la obligación. Llevada esta reflexión al caso de autos me parece evidente que la discapacidad, el sufrimiento y gastos incurridos o que debe afrontar la actora con motivo de las consecuencias de la intervención a la que fue sometida es una consecuencia inmediata y directa de ello dado que no deriva de la conexión con un hecho distinto (ello sin perjuicio de lo que luego diré sobre la autonomía o no de algunos rubros indemnizatorios pedidos).

Es cierto que el daño moral no se presume en la responsabilidad contractual y que el art. 522 del Código lo deja librado a la discrecionalidad judicial "de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y demás circunstancias", pero ello nada tiene que ver con el encuadramiento de ese daño como consecuencia mediata.

Considero que la interpretación formulada es la que mejor se compadece con el principio de la reparación integral, y con la satisfacción del derecho a la reparación, al que la Corte Suprema de la Nación ha dado jerarquía constitucional, ciertamente no limitando los efectos que de ello se derivan a la responsabilidad extracontractual (doctrina de los casos "Santa Coloma", Fallos: 308:1160; "Gunther", Fallos: 308:1118; "P.E.F. c. Ferrocarriles Argentinos", L.L. 1995-E-17; "Aquino", Fallos: 327:3753; "Díaz c. Viaspa S.A", Fallos: 329:473; "Arostegui", Fallos: 321:570), doctrina esta seguida por la Suprema Corte provincial (Ac. 85.129, "C., L. A. c. Hosp.. Zonal de Agudos Manuel Belgrano", 16/05/07; también: Sala 1 de esta Cámara, causa n° 110.669 del 12/06/07, pub. en L.L. Bs. As. 2007 (agosto), p. 749, con com. de Trigo Represas). Una interpretación contraria conduciría, por aplicación de dicha doctrina a la inconstitucionalidad del art. 520 del C.C., solución a la que no debe arribarse si existe una interpretación que salve la validez de la norma; es decir si existe una interpretación conforme a la Constitución. La declaración de inconstitucionalidad, como es bien sabido, es la última ratio del orden jurídico.

## 2.- Incapacidad sobreviviente.

De acuerdo a lo expuesto, como consecuencia de la mala praxis médica atribuida al Dr. B. (extensible a Medifé Asociación Civil), la actora padece: hipotrofia de ambos miembros, compromiso severo de la fuerza de los miembros inferiores, afectación de la extensión de ambos miembros, tiene una marcha alterada y debe utilizar muletas (puntos 2 y 5 del dictamen del Dr. E. de fs. 791/94).

Surge también del informe del Dr. R. de fs. 1035/39 que la actora padece una radiculopatía sensitiva y predominantemente motora que determina una severa discapacidad consistente en parapesia (disminución del tono y de la fuerza muscular) en miembros inferiores, sobre todo en el izquierdo, con severas dificultades en la marcha – lo que la obliga a usar bastones - y persistencia del dolor crónico.

Según el dictamen del Dr. E. la incapacidad parcial y permanente de la pierna izquierda es del 50 por ciento, y de su pierna derecha de un 12,5 por ciento, lo que suma un total de 62,5 por ciento. El Dr. R. coincide en cuanto a la incapacidad por el miembro inferior izquierdo (50 por ciento) y difiere respecto del miembro inferior derecho (30 por ciento) (fs. 888).

Es de aclarar que la actora padecía de dolencias previas a la operación que motiva estos autos (había sido operada y tenía una cadera fija, una pierna más corta que la otra y rengueaba), pero de acuerdo a lo dicho en los apartados precedentes, ello debía ser superado en gran medida por la operación a que fue sometida.

Debe tenerse también en cuenta lo informado por el perito psiquiatra en cuanto a las perturbaciones emocionales que padece la actora (trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo), lo que implica, a su criterio, una incapacidad de orden psicológico del 5 por ciento, aunque el experto aclaró luego que era imposible distinguir con precisión matemática qué porcentaje del mismo era atribuible a la afección que padecía con anterioridad (fs. 673/74).

Según refirió al perito psiquiatra, antes de la operación podía trabajar en tareas domésticas y cuidando gente mayor o enfermos (fs. 646/50), lo que es corroborado por los testigos de fs. 29/30 y 35 del Beneficio de Litigar sin Gastos, cosa que desde entonces se ha visto imposibilitado de hacer. Estimo que ello es así atento a la índole de la discapacidad física sufrida por la actora (arts. 384 y 474 C.P.C.).

No existen pruebas acerca de a cuánto ascendían los ingresos de la actora por su trabajo antes del hecho de autos. Concurriendo las circunstancias previstas por el art. 165, 3er. párr. del C.P.C., teniendo en cuenta la edad de la actora en ese momento (47 años) propongo fijar la suma de \$ 135.000 (arts. 519, 520 y cctes. C.C.; art. 163, inc. 6 C.P.C.C.).

## 3.- Lucro cesante.

La actora pidió por este concepto la suma de \$ 5.000 sobre la base de denunciar un ingreso mensual de \$ 600.

De acuerdo a los fundamentos por los cuales se acoge el rubro tratado en el apartado anterior, este reclamo debe considerarse comprendido en aquel, toda vez que no existen motivos para diferenciarlo, lo que así propongo.

## 4.- Daño moral, daño psicológico y daño estético.

En primer lugar hace falta recordar que esta Sala ha adoptado el criterio – sostenido por un sector importante de la doctrina y de la jurisprudencia – de que el daño, en nuestro régimen legal, sólo puede ser de dos tipos, patrimonial o extrapatrimonial, y que, en consecuencia, no existe un “tertium genus” que deba indemnizarse en forma autónoma (Trigo Represas – López Mesa, “Tratado de la responsabilidad civil”, T. IV, La Ley, 2004, p. 696 y ss.; esta Sala, causas n° 108.706 y 108.707 del 14/10/04, y 108.415 del 31/08/04, entre otras). Como ha dicho el Dr. R., la práctica de admitirlo en forma independiente puede llevar a una injusta e inadmisibles doble indemnización, toda vez que el juez al abordar el daño moral y el patrimonial que provoca una lesión incapacitante o menoscabadora de la integridad psicofísica del sujeto, pondera el menoscabo espiritual y patrimonial que la lesión provoca en el actor. Asimismo – ha dicho el citado Ministro, con cita de Zavala de González -, las lesiones pueden ser múltiples y variadas, pero no son el daño en sí mismo, sino la causa fuente o desencadenante del mismo, que para su integral, prudente y debida reparación, cabe abordar en sus dos grandes esferas (patrimonial y moral) (votos en L.81.159 del 27/11/02, D.J.J., año LXII, T. 164 N° 13.618 , p. 2936; y Ac. 77.461 del 13/11/02; concordantemente, en varios fallos, la S.C.B.A. ha sostenido la falta de autonomía del daño psíquico; v.g.: Ac. 58.505 del 28/04/98; ac. 64.248 del 8/09/98; Ac. 79.853 del 3/10/01, entre otros).

No se trata de que no se indemnice el daño psicológico o el estético, sino de que se lo evalúa tanto para mensurar la indemnización por incapacidad, en el caso de que pueda haber generado dificultades laborativas o tener incidencia en las posibilidades económicas futuras (lo que se ha hecho precedentemente al tratar dicho rubro), como para graduar el daño moral, en el supuesto de que le haya provocado o le cause sufrimientos o afecciones en sus sentimientos.

Esto último es indudable. Basta leer el informe pericial psiquiátrico para advertir la magnitud de los padecimientos sufridos por la actora. Sufre dolor intenso en ambos miembros inferiores, falta de sensibilidad en la pierna izquierda, no puede movilizarse por sí misma, debe hacerlo con bastones, todo lo cual le produce angustia, estados depresivos crónicos, desvalorización de sí misma (fs. 646/50).

Debe tenerse en cuenta, además, que es indudable el daño estético sufrido por la actora en la medida que debe movilizarse con bastones.

Propongo reconocer la suma de \$ 110.000 comprensivo de todos los conceptos indicados (art. 522 C.C.; arts. 163, inc. 6 y 165 C.P.C.C.).

#### 5.- Gastos terapéuticos.

Es indudable, habida cuenta de las dolencias sufridas por la actora, que debe afrontar gastos por rehabilitación kinesiológica, consultas médicas y medicamentos, todo lo cual es presumible aunque no se hayan acompañado comprobantes de pagos. A ello debe sumarse el tratamiento psicológico que necesita, el que, según el perito psiquiatra, a razón de \$ 50 la sesión durante 52 semanas, arroja \$ 2.600 (fs. 650).

Teniendo en cuenta la actora al momento del hecho, (47 años), propongo fijar un monto total de \$ 15.000 (arts. 519 y 520 cctes. C.C., art. 165 C.P.C.C.).

#### 6.- Gastos de traslado.

También debe acogerse este rubro dado que no cabe duda que la actora, habida cuenta de su incapacidad física, debe tener que recurrir a medios de transporte como taxis y remises.

De acuerdo a lo pedido, propongo la suma de \$ 2.000 (arts. 519 y 520 C.C., arts. 163 inc. 6 y 165 C.P.C.).

#### 7.- Intereses.

A las sumas fijadas deberán adicionarse intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires por los depósitos a treinta días según cada período de aplicación (tasa pasiva) desde la fecha del hecho (19/01/2001) hasta el efectivo pago (S.C.B.A., L. 94.446 y C. 101.774 del 21/10/09, C. 100.228 del 16/12/09, entre otras).

#### 8.- Sobre la aplicación del art. 1069 2do. párr. del C.C..

El demandado B. solicitó, que se aplicara la norma de referencia para el caso de que se hiciera lugar a la demanda, alegando que vivía exclusivamente de su trabajo, que no era persona de fortuna y que con su trabajo personal debía sostener a su familia (fs. 311vrta.).

Entiendo que la facultad contemplada en el art. 1069 2do. párr. del C.C. es una excepción al principio de reparación integral y por lo tanto debe ejercerse por los tribunales con criterio restrictivo y siempre que, en el caso, se produzca prueba - respecto de la situación patrimonial del deudor - que lo justifique (Belluscio -Zannoni , Código Civil Comentado, T 5 Astrea , Bs As,1984 ps 44 y 47;; Bueres - Highton, Código Civil Comentado T.3ª, Hamurabi, Bs As 2009 p112 ). En autos esa prueba no se ha producido, más allá del informe de fs. 561 del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires que da cuenta de que el Dr. B. se halla matriculado y que tiene título de anestesiólogo (cuestión, además, no controvertida). No hay pruebas acerca de sus ingresos y de su situación patrimonial (art. 375 C.P.C.). En tales condiciones no puede accederse a lo pedido.

#### X. Costas.

Si mi voto es compartido, las costas de ambas instancias de la demanda contra Marcelo G. B. y Medifé Asociación Civil serán soportadas por estos en su calidad de vencidos (art. 68 C.P.C.).

Las costas de la acción contra C. E. M. y la citada en garantía Caja de Seguros S.A., propongo que sean soportadas por su orden dado que la actora pudo sentirse con derecho a demandar en la medida de que la jurisprudencia de la S.C.B.A. que independiza al jefe del equipo médico de la actuación del anestesiólogo es posterior a la demanda y antes de ello era una cuestión controvertida (art. 68 2do. párr. C.C.).

En cuanto a las costas de la demanda contra C. A. S.A. deberán ser soportadas por su la actora en su calidad de vencida (art. 68 C.P.C.).

Con el alcance indicado VOTO POR LA NEGATIVA.-

El señor juez Dr Bagattin, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante emite su voto en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA, el señor juez Dr. Ibarlucía dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Revocar la sentencia en cuanto rechaza la demanda contra M. G. B. y Medifé Asociación Civil, y en consecuencia condenar a estos a pagar a la actora la suma de pesos doscientos sesenta y dos mil (\$ 262.000), con más sus intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires por los depósitos a treinta días según cada período de aplicación (tasa pasiva) desde la fecha del hecho (19/01/2001) hasta el efectivo pago, dentro de los diez días de notificados.

2°.- Imponer las costas de la demanda contra M. G. B. y Medifé Asociación Civil a estos últimos en ambas instancias.

3°.- Imponer las costas de la demanda contra C. E. M. y la citada en garantía Caja de Seguros S.A. en ambas instancias por su orden.

4°.- Imponer las costas de la demanda contra C. A. S.A. en ambas instancias a la actora.

5°.- Confirmar lo demás que la sentencia decide.

ASI LO VOTO.

El señor juez Dr Bagattin ,por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante emite su voto en el mismo sentido

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la resolución apelada debe ser revocada.-

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, SE RESUELVE:

1°.- REVOCAR la sentencia en cuanto rechaza la demanda contra M. G. B. y Medifé Asociación Civil, y en consecuencia condenar a estos a pagar a la actora la suma de pesos doscientos sesenta y dos mil (\$ 262.000), con más sus intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires por los depósitos a treinta días según cada período de aplicación (tasa pasiva) desde la fecha del hecho (19/01/2001) hasta el efectivo pago, dentro de los diez días de notificados.

2°.- IMPONER las costas de la demanda contra M. G. B. y Medifé Asociación Civil a estos últimos en ambas instancias.

3°.- IMPONER las costas de la demanda contra C. E. M. y la citada en garantía Caja de Seguros S.A. en ambas instancias por su orden.

4°.- IMPONER las costas de la demanda contra C. A. S.A. en ambas instancias a la actora.

5°.- CONFIRMAR lo demás que la sentencia decide.

NOT. Y DEV.//-

Fdo.: Emilio A. Ibarlucía – Roberto A. Bagattin

Ante mí, Gabriela A. Rosello – Secretaria

**Citar:** elDial.com - AA81B3

Publicado el: 01/10/2013