



Médicos. Responsabilidad médica. Supuestos particulares. Por errores de diagnóstico y tratamiento. Deficiente implementación de medios utilizados

“C., M. Á. v. Clínica Privada Alcorta SA y ot.”

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala 2

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 29 días del mes de diciembre del año dos mil nueve, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Tercera de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Dres. LUIS MARIA NOLFI y CARLOS ALBERTO VIOLINI, con la presencia de la Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. n° 366 caratulado: “C., M. A. C/ CLINICA PRIVADA ALCORTA S.A. Y OT. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.-

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal.

PRIMERA: ¿Es idónea la expresión de agravios de fs. 950/961 vta.?

SEGUNDA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 905/940 vta. en cuanto es materia de apelación y agravios?

TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: doctores Luis María Nolfi y Carlos Alberto Violini.

VOTACIÓN:

ALA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Luis María Nolfi dijo:

I.- La sentencia dictada en estas actuaciones admitió la demanda promovida por el señor M.A. C. contra Clínica Privada Alcorta S.A. y el Dr. A. B., y condenó a este último, a su aseguradora “Caja de Seguros Sociedad Anónima”, a la Clínica Privada Alcorta S.A. y a su aseguradora “HSBC La Buenos Aires Seguros S.A.” **al pago de los daños y perjuicios por la suma de \$ 213.000 pesos, con intereses y costas .-**

Recurren el decisorio:

1-1.-La parte actora quien interpuso recurso de apelación a fs. 941, expresó agravios a fs.950/961 vta., los cuales fueron objeto de réplicas a fs. 1057/1060, fs. 1061/1064 vta. y a fs. 1065/1067 vta. por parte de la citada en garantía “HSBC LA BUENOS AIRES SEGUROS S.A.”, por los codemandados A. B. y Clínica Privada Alcorta S.A., y por la “CAJADE SEGUROS SOCIEDAD ANONIMA”, respectivamente.-

1-2.-La “Caja de Seguros Sociedad Anónima”, interpuso recurso de apelación a fs. 942, expresó agravios a fs. 1027/1036 vta, los cuales fueron respondidos a fs. 1038/1054 vta capítulo c), por la parte actora.-

1-3.-La Clínica Privada Alcorta S.A., interpuso recurso de apelación a fs. 943, expresó agravios a fs. 996/1012 vta., los cuales fueron respondidos a fs. 1038/1054 vta., y a fs. 1055/1056 vta.-

1-4.-El codemandado A. B., interpuso recurso de apelación a fs. 944, expresó agravios a fs. 979/995, los cuales fueron respondidos a fs. 1038/1054 vta. -

II.- IDONEIDAD DE LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DE LA PARTE ACTORA

2.1.- HSBC La Buenos Aires S.A. solicita en el 01.01 del escrito de fs. 1057/1060, que se declare desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, por considerar que la expresión de agravios de fs. 950//961 vta. se limita a discrepar en los montos de los rubros indemnizatorios considerándolos exiguos e insuficientes, y con la aplicación de la tasa “pasiva”, discrepancias que dice son tan legítimas como insuficientes para sostener el recurso de apelación intentado.-

2-1.-He de señalar que, al respecto, integrando la sala segunda de esta Cámara y hoy la sala tercera, he

sostenido, en homenaje a la amplitud y flexibilidad que es dable otorgar a los derechos de petición ante las autoridades y de defensa en juicio (arts. 14 , 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires , y 14 y 18 de la Constitución Federal) que la intención es la de interpretar con latitud las críticas expuestas por los litigantes en el marco de esos derechos, entendiéndose que alcanza para satisfacer la exigencia del artículo 260 del rito (evitándose en la incurrancia en la segunda regla del art. 261) la realización de una crítica idónea de las partes del decisorio que “ se consideren equivocadas” , lo cual es distinto a la circunstancia de que le asista razón o no al apelante.-

Para ello, es necesario mencionar, más o menos específicamente , según las circunstancias del caso, los elementos de prueba y los argumentos de hecho y de derecho que justifiquen la impugnación.-

En el caso, independientemente de la suerte que, en definitiva, haya de correr el recurso, la exigencia legal se cumple, lo cual me lleva a dejar establecido que la expresión de agravios de la parte actora que luce incorporada a fs. 950/961 vta. es idónea.-

A esta primera cuestión doy mi voto POR LA AFIRMATIVA.-

A la misma PRIMERA CUESTION el Dr. Carlos Alberto Violini aduciendo análogas razones dio su voto en el mismo sentido.-

ALA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA el Dr. Luis María Nolfi dijo:

III.- En orden a los agravios, puntualizaré que la actora se queja por considerar exiguo el monto de las indemnizaciones y pide aplicarle la tasa “ activa”.-

3-1.-Los codemandados A. B. y la Clínica Privada Alcorta S.A. centran su crítica en la apreciación que el decisorio hiciera del “ ex post” del obrar médico, en la improcedente desestimación del valor probatorio de los documentos médicos reconocidos por las partes, puntualmente respecto del descarte de la ficha ambulatoria de fs. 42, en la omisión de la consideración de elementos probatorios que acreditan el buen obrar médico, a saber: falencias del dictámen pericial, evidencia de que el tumor del actor en diciembre de 2000 había presentado rápido crecimiento, que estuvo bien indicada la extirpación del mismo sin demoras, en que no se comprometió en la actividad quirúrgica el sistema linfático del paciente, que no estaba indicada la realización de una linfografía como estudio prequirúrgico; en la ausencia de relación causal entre la actividad medica y el daño por la preexistencia del linfedema. En la existencia de factores cocausantes o coadyuvantes en el organismo del actor –obesidad y tratamiento de radiación en zona testicular y ganglionar-, , y ausencia de valoración en la inevitabilidad del linfedema.-

Asimismo cuestionan los rubros y montos resarcitorios y sostienen que es elevado el monto que reconoce los gastos medicos, que se duplica el resarcimiento del daño material por lucro cesantes e incapacidad sobreviniente, y en que el monto asignado al daño moral es desproporcionado tomando como base la normativa del artículo 522 del Cód. Civ.-

Por último, se mantiene la petición de la instancia de origen en cuanto a la improcedencia de la pesificación de la suma asegurada por la citada en garantía Caja de Seguros Sociedad Anónima.-

3-2.-Por su parte, HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. adhiere parcialmente a la expresión de agravios de Clínica Privada Alcorta S.A. en lo que respecta a la condena impuesta, no adhiere en cuanto a la pretensión de inconstitucionalidad de la legislación de emergencia (decreto 214/02, ley 25.561 y concordantes) y objeta el acto sentencial en cuanto considera que la obligación de seguridad del Sanatorio es de “resultado”. A continuación destaca que si la asegurada no incurrió en incumplimiento, mal puede verse afectada la compañía aseguradora, y finalmente dice que si la suma de condena se ha pesificado no pueden aplicarse sobre la misma intereses pues la aplicación del C.E.R. reequilibra el contrato, y que no puede aplicar un tipo de tasa de interés para la condena y otra (tasa activa con el límite anual del 30 %) para la suma asegurada. Hace reserva de acudir por recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema.-

3-3.-La codemandada “Caja de Seguros Sociedad Anonima” descalifica el decisorio en cuanto el mismo le atribuye responsabilidad al Dr. B. y cuestiona la procedencia y cuantificación de los rubros indemnizatorios aceptados.-

IV.-Razones de método hacen necesario el tratamiento previo de la responsabilidad endilgada al doctor A. B. en su condición de medico interviniente que constituye agravio común de los codemandados Clinica Privada Alcorta S.A., del propio galeno, y de la Caja de Seguros Sociedad Anònima.-

4-1.-Para una correcta decisión del caso considero necesario meritar la responsabilidad que encuadrada dentro del plano contractual (la tesis contractual concluyó imponiéndose a partir del fallo del 20 de mayo de 1936 que fijó rumbos definitivos a los demás tribunales de Francia - Sirey , 1937, 1.321, con nota de Breton Savatier, “ Traité de Responsabilité civile”, París, ed. 1951, Nro. 775, se señala cuán unánime es desde entonces la jurisprudencia francesa en ese sentido.-

Igual evolución siguió en nuestro país a partir del 17 de octubre de 1930 cuando la Cám. Civ. 2° de la Cap. con voto de Salvat sustentó el carácter aquiliano –J.A. t. 34. p 469-, que abandonaba con su ilustración y acierto habituales siete años después en una conferencia pública pronunciada en la Sociedad Argentina de Medicina Legal y Fisiología el 3 de septiembre de 1937, y en 1941 (17 de abril) el mismo tribunal acogía la tesis contractual con nota de aprobación del destacado jurista mercedino, don A. Acuña Anzorena – v. J.A. t. 74. p. 525-) debe registrarse peor lo establecido en el artículo 512 del Código Civil en concordancia con el artículo 902 del citado cuerpo legal, ello por cuanto el sistema que edicta el artículo 512 de apreciar la culpa en concreto, se compadece con la apreciación de la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar, **debiendo ponderarse sin caer en una especial culpa profesional médica la pauta evaluativa del citado artículo 902 del Código Civil compatible para graduar el grado de previsibilidad, atento al deber de obrar con el máximo de prudencia y pleno conocimiento de las cosas y con la mayor obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos;** o o cuando se trate de relaciones contractuales “intuitu personae” (art. 909, parte final del C.Civ.).-

Queda definido hasta ahora que la culpa médica constituye uno de los pilares que sostendrá el edificio de la responsabilidad (arts. 511, 512, 1067 y 1109 del Código Civil).-

4-2.-Un agudo consejo del procurador de la Corte de Casación Francesa, Dupin sugería que los jueces no transformen su estrado “en Sorbona médica” y ahorren el ridículo de arbitrar entre Hipócrates y Galeno. Aparte de la temeridad que conllevaría una actitud semejante por la carencia formativa, desbordaríamos la función que como Juez nos concierne.. No podemos hacerlo; no se nos puede llevar a este terreno, porque para abastecer científicamente la materia del juicio, para ilustrar idóneamente y esclarecer dudas, están los peritos, los informes, las historias clínicas, las opiniones de las academias, entidades especializadas, universidades o cualquier otro ente apto para ese fin.-

4-3.-Salvat (La Ley 8-9 sec. Doctrina) expresa: “que el criterio a seguir no debe ser ni excesivamente liberal, ni excesivamente severo por cuanto lo primero llevaría a consagrar una impunidad con grave riesgo para el enfermo y lo segundo, conduciría a hacer impracticable el ejercicio de la medicina, por cuanto es necesario tener en cuenta que en todas las cosas humanas hay posibilidades de error” (repárese que aproximadamente en el año 1958 la jurisprudencia civil argentina totalizaba apenas cinco sentencias de segunda instancia, a juzgar por sus grandes repertorios y revistas, sobre el contraste de la nutrida jurisprudencia francesa, angloamericana, etc., ver las recordadas por Halperin y por el camarista Dr. Lagos, en el fallo de J.A. T. 34, p. 469, aunque propicio es decir que ese caudal acreció mucho en años posteriores).-

4-4.-Se hace necesario precisar que en el ejercicio del arte de curar, los médicos son responsables de las faltas que cometen si ellas resultan de la inobservancia de las reglas comunes de prudencia y atención, ello por cuanto **la negligencia consiste en hacer algo que no debió hacer u omitir lo que debió haber hecho, o el defecto en el grado requerido de cuidado, habilidad profesional o diligencia.** Sin embargo, bueno es decirlo, ya no se

concibe un médico que solo tenga presente sus derechos, nacidos de la conquista de un título profesional, como es inadmisibles que un paciente que se somete a una atención médica, ignore sus derechos y actúe a ciegas, confiado en que todo se desenvolverá normalmente (Mosset Iturraspe, Derecho de Daños, Tomo VIII, p. 272, cit por Marcelo Hersalis y Juan Manuel Prevot en “Consentimiento informado: a propósito de la libertad de autodeterminación del paciente”, La Ley. Buenos Aires, años 14, número 2, marzo 2007, págs. 154 y ss.).-

Consecuente con lo expuesto, adoptaré un criterio de valoración judicial que permita apreciar en un marco de ecuanimidad la existencia (o no) de culpa médica.-

4-5.-Lo expuesto conlleva a la distinción que la famosa doctrina de Demogue delimitó con agudeza el contenido de las obligaciones contraponiendo las de medios y resultado, debiendo señalarse que gran parte de la doctrina y la casación local acepta en forma pacífica y en general a la responsabilidad derivada de la actividad médica como a una obligación de “medio” (Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires, causa Ac. 91.215 del 5 de abril de 2006 y causa Ac. 96.833 del 13 de febrero del año 2008). -

Ahora bien, en las obligaciones de resultado el deudor se obliga a proveer el éxito que apetece al acreedor. Ejemplos: la del empresario de obras, la del vendedor de cosa cierta, etcétera. La naturaleza de la prestación galénica así lo impone, el resultado no puede asegurarse por el médico. En las de “medio” sólo se obliga a intentar aquel resultado, persiguiéndolo con un comportamiento diligente. Ejemplos: suele mencionarse precisamente el del médico y se dice que, en principio, sólo promete sus cuidados y no la curación o alivio del enfermo (Alsina Atienza, Dalmiro A. “La carga de la prueba en la responsabilidad del médico- obligaciones de “medio” y obligaciones de “resultado”, en J.A 1959 –III- páginas 587y ss.). Se mencionan como obligaciones de esta categoría, asimismo, las del abogado y profesor, quienes, generalmente, no prometen al cliente el éxito del pleito ni la aprobación del exámen (Planiol, Ripert y Esmein, T. 6, Nro. 377), mereciendo ser destacado que tanto las obligaciones contractuales como las aquilianas ofrecen ejemplos de las dos categorías mencionadas; y se añade que la conclusión que antecede no se modifica porque el paciente suela forjarse ilusiones, ni porque el facultativo se las haya infundido.

4-6.-Este señalado argumento, en cierto modo, sirve para contestar las expresiones del actor que ponen de resalto para juzgar la conducta del médico actuante las supuestas manifestaciones emitidas por el profesional codemandado (A. B.) en las cuales simplifica o resta relevancia y gravedad a la operación practicada, incluso –dice el actor apelante- minimizando sus posibles efectos. Esto último ha podido hacerlo por mentira piadosa, o para levantar la moral del paciente, o, incluso como parte del propio tratamiento; así, en ciertas enfermedades en las que juega la sugestión un papel tan esencial.

Lo expresado no debe confundirse con la expresa declaración del artículo 20 de la ley 17.132 que prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina anunciar o prometer la curación fijando plazos o prometer la conservación de la salud; y deja a salvo el ineludible deber de información del médico adaptado a las posibilidades de cognición del paciente quien por lo general será profano en la materia (Fernandez Hierro, “Sistema de responsabilidad médica”, p. 145 cit por Prevot y Hersalis en la producción monográfica premencionada).-

Nada de eso autorizaría al enfermo a exigir jurídicamente el resultado que anhela. Ni sería tal pretensión acorde con la buena fe contractual (arts. 1197 y 1198 del Cód. Civ.).-

4-7.-Con base en estas ideas, es hora de anticipar que lo nuclear y visceral de la sentencia recurrida es acertado y tiene sustento fundamentalmente en la pericia médica de fs. 572/615 y sus respectivas aclaraciones, explicaciones y ampliaciones. En efecto, el médico legista Dr. Alberto José Russi indica en su informe que evaluó personalmente al paciente e investigó sus antecedentes; es decir, analizó la historia clínica del paciente -lo que se denomina “auditoria” que consiste en una revisión sistemática y objetiva de la estructura profesional y de la atención médica efectuada por los propios profesionales sobre la base de la historia clínica- (conf. Basile- Wais “ Medicina Legal y Deontología”, Tomo II, p. 954).-

4-8.-De dicha producción pericial -a la que le asigno plena eficacia probatoria por su coherencia y completividad (art. 474 del rito)-, y de otras constancias con contenidos convergentes surge en síntesis:

Que M. José C. en diciembre de 2000 comenzó a apreciar en su pierna izquierda un engrosamiento, específicamente en la cara interna del muslo, de un tamaño de un “botella” gaseosa pequeña de consistencia adiposa. (sic. v. demanda).-

Que para ser atendido concurre a la Clínica Privada Alcorta, incluida en el nomenclador de su empresa de medicina prepaga FEMEBA SALUD S.A.-

Que fue asistido en primer término por el médico generalista Dr. Daniel Nardini quien le diagnosticó “lipoma gigante” (tumor formado por tejido adiposo).-

Que fue derivado para ser atendido por el médico cirujano Dr. A. B., quien coincidió con el diagnóstico emitido por el anterior galeno interviniente y ordenó la realización de exámenes prequirúrgicos sin dar relevancia a que el paciente había sido operado en 1980 de una neoplasia testicular izquierda que derivó en una orquiectomía y radioterapia inguinal y abdominal adyuvante, circunstancia que fue informada por el actor a los profesionales intervinientes.-

Que el 13 de diciembre de 2000 se realizó la intervención quirúrgica con anestesia peridural, evaluación anestésica, riesgo quirúrgico y análisis de laboratorio.-

Que el actor relató que el antestesista interviniente, el Dr Dalmasso le sugirió ver a un dermatólogo a raíz de la detección de una mancha de color azul en la zona de la incisión derivada, según los profesionales, de la terapia radiante.

Que no se analizaron los ganglios, ni se efectuó linfografía ni eco-dopler.-

Que el actor expresó que no se le informó ni a él ni a sus familiares acerca de las posibles consecuencias que podría aparejar la operación, y que el Dr. B. le expresó que “era una pavada” y que “solo era un lipoma de grasa” (sic).

Que el actor dijo que ante la inminencia de las festividades de navidad y año nuevo le había propuesto reprogramar la operación y el profesional se negó sosteniendo que era sencilla, minimizando su importancia.

Que se le practicó la “exéresis” de la formación de gran tamaño en cara anterolateral interna de muslo y permaneció con vendaje elástico internado por 24 horas, recibiendo luego el alta de internación, siendo el diagnóstico anatomopatológico de “nodulidad adiposa” (protocolo Nro. 00/14509 del 19-12-2000 firmado y reconocido por la Dra. Casco).-

Que al cuarto día del postoperatorio relató el actor que comenzó a observar que el muslo evidenciaba una gran dureza y tras consultar al Dr. B., éste le mencionó que obedecía a un hematoma en las vías de reabsorción, le practicó un nuevo drenaje y le suministró antibióticos y analgésicos.-

Que el 8 de enero de 2001 intentó ubicar a los médicos designados para cubrir el receso del Dr. B. y ya surgió la preocupación ante la presencia de tumefacción en la zona de la herida y en el resto del muslo.-

Que fue atendido por el Dr. Tillet, uno de los propietarios de la Clínica porque la dureza no cedía y se le engrosaba día a día, y dicho profesional detectó la presencia de flogrosis (edema y eritema) en región anterointerna del muslo, por encima de la rodilla, le quitó un punto de sutura para intentar drenar el área e indicó más antibióticos.-

Que desde el mes de enero hasta mediados de febrero lo siguió atendiendo el Dr. Tillet.-

Que interin observó una mancha de color rosado, y le manifestó el Dr. Tillet que podía evidenciar infección.

Que luego fue atendido por una médica infectóloga, quien le expresó que había en la zona afectada demasiados elementos linfáticos para tratarse de un lipoma.-

Que el Dr Tillet a raíz de esa “dureza pétrea” lo derivó a un flebólogo -el Dr Maggio-, quien ordenó una práctica ecográfica en cara interna del muslo con diagnóstico de posible Linfocele, y le indicó penicilina y celestone.-

Que el 7 de marzo de 2001 se le practicó un ecodopler en el cual se detectó edema sin evidencia de trombosis venosa, y se le realizó drenaje linfático manual tres veces por semana durante treinta días.-

Que el cuadro se agravó y a raíz de ello lo derivaron al Dr. Jose Luis Ciucci quien ordenó la linfografía radioisotópica bipedia y ego unilateral del miembro inferior izquierdo los días 19 y 20 de abril de 2001 en el instituto de oncología A. Roffo. Determinándose la presencia de una alteración funcional del drenaje en el miembro inferior izquierdo con disminución relativa en el transporte a través del sistema linfático superficial, con signos de hipertensión linfática con pasaje hacia sistema linfático profundo, reflujo dérmico distal que abarca todo el miembro inferior izquierdo con áreas de retención en cara interna de rodilla y muslo de aspecto envolvente con sugestivas características derivativas por

region lateral de muslo y glúteo izquierdo.-

Que a partir de marzo de 2001 continuó asistido por el Dr Ciucci con tratamiento físico combinado intensivo de linfedema basado en sesiones de drenaje linfático manual, presoterapia secuencial y bandage (vendaje multicapas).-

Que en la actualidad se le cambió el bandage por media elástica para la compresión graduada decreciente de 20-30 mm/hg desde pie a muslo y se le prescribió la necesidad de continuar con el tratamiento físico combinado.-

Que a la fecha C. presenta en cara anterointerna de muslo izquierdo una herida postquirúrgica vertical de 20 cm. de longitud y vestigios de drenajes postquirúrgicos.-.

Que se observa consistencia aumentada en su cara anterior y posterior a predominio de cara interna y por debajo de la cicatriz comprometiendo todo el miembro inferior izquierdo, con borramiento de pliegues de la rodilla en toda su extensión siendo las medidas actuales 82 cm. para el muslo izquierdo, 54,4 cm. para rodilla y 29 cm. para el tobillo.-.

4-9.-La historia clínica número 28595 que adolece, tal como lo expresa el perito, de importantes omisiones, las que anticipo guardan relación de causalidad con el daño sufrido, no refleja otro diagnóstico presuntivo distinto que el de “lipoma gigante”. Asimismo, ningún otro pasaje de dicha pieza contiene alguna referencia o algún comentario de los antecedentes clínicos y quirúrgicos del actor, ni tampoco del criterio para asegurar que se trataba de un lipoma gigante de muslo, ni de la decisión de operar con el antecedente de extirpación testicular e irradiación inguinal. Sí se observa una anotación fechada el 6 de noviembre de 2000 en la que aparece un estudio testicular que jamás fue ordenado ni practicado (v- que no existen constancias de tal estudio). No es ocioso destacar -aunque no pueda aplicarse al sublímite por lógicas razones temporales- que la recientemente sancionada ley Nro. 26.529 (Octubre 21 de 2009 y promulgada de hecho en noviembre 19 de 2009) define a la historia clínica como el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente, quien es su titular (art 14) por profesionales y auxiliares de la salud (art 12). Se determina asimismo la obligatoriedad de asentar en ella registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes (art. 15 inciso d); y los antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere (inciso e). Además se impone la registración de todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas (inciso f). Los requisitos para que la historia clínica tenga validez como expediente médico establecido por el Código de Ética Médica de la Asociación Médica Argentina son: confidencialidad, disponibilidad, que sea única, legible, propiedad y pertenencia (Giménez, Dolores -especialista en Medicina Legal y Forense-, "La historia clínica: aspectos éticos y legales", Buenos Aires, 1998, ps. 34-36., cit. en Derecho a la salud: la Declaración Vital de Voluntad. Segunda parte: historia clínica, Bioética y eutanasia Agustini, Marcela ARDLSS 2009-21-1900).-

4-9.-La planilla de consentimiento informado (v. fs. 33 de la diligencia preliminar) solo observa registrado el nombre y apellido del paciente en el encabezamiento, pero no consta la fecha ni la firma, cuando en “prietas líneas” la doctrina del denominado consentimiento informado “apócope utilizada para expresar varias cosas a la vez” y contratara o anverso del deber de información del médico, no solo promueve la autonomía individual, sino que también protege el “status” del paciente, incita al médico a la autocrítica, mejora la racionalidad de las decisiones y compromete a la sociedad en materia médica. Se sostiene que consentir no es simplemente aceptar someterse a un tratamiento, hay ingredientes fundamentales que deben conmensurarse: el entendimiento, la comprensión, la voluntariedad del acto (Highton-Wierzba “La relación médico paciente. El consentimiento informado. Pág. 39, 47), y la obligación del médico de informar sobre la conveniencia de la operación o tratamiento, sus riesgos, y la ulterior respuesta del paciente que otorga su asentimiento (Sanchez Gomez, “Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios”, p. 51 y sigtes.).-

Es unánime en la doctrina y la jurisprudencia la consideración de que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado previo del paciente, y ello no solo basándose en la previsión legal “ad hoc”, sino también en su situación de primacía (arg. art. 902 del C.Civ.). Obsérvese que la ley citada en párrafos anteriores concibe el consentimiento informado como aquella la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios

en relación con el procedimiento propuesto y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados (art. 5). Asimismo establece que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente (art 6), y será verbal con algunas excepciones, en los que será escrito y debidamente suscripto: En el catálogo de las excepciones se encuentra la intervención quirúrgica (inciso b).-

V.-En estos señalados aspectos y en el plano pericial el médico legista en sus conclusiones describe:

Que no se ordenaron en tiempo previo a la “exéresis” estudios relativos a los antecedentes del actor derivados de la delicada operación testicular en él realizada en el año 1980.-

Que el actor tenía un factor predisponente muy importante que era la irradiación y el esclerosamiento de sus linfáticos, agregado a la obesidad (también advierte el profesional que permaneció veinte años con sus ganglios irradiados y obeso y en ningún momento hizo una complicación severa, el problema apareció después de su intervención).-

Que los médicos no deben subestimar una patología, sin tomar recaudos o haciendo diagnósticos apresurados pues teniendo un diagnóstico previo se podría haber optado por el método más conservador, tratando de ser lo menos agresivo posible. Estima que de haberse conocido el diagnóstico por biopsia una alternativa válida hubiera sido la lipoaspiración. (lo que resalto me pertenece).

El diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica. A partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho. Es exploración, recolección y análisis de datos (v. Vazquez Ferreyra, Roberto A. “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina”, p. 78).-

En el presente caso, considero que el profesional A. B. rotuló la patología que aquejaba al paciente correctamente (diagnóstico del 6 de diciembre de 2000 “lipoma gigante” en la cara interna del muslo izquierdo, y crecimiento en pocos días).

Además reconoció la ficha de consultorio externo correspondiente al actor, la historia clínica, el estudio de anatomía patológica realizado por la profesional Casco, las indicaciones que le hizo al actor el 14 de diciembre de 2000 y el informe de riesgo quirúrgico solicitado por el mismo y realizado por el Dr Bender (lo resaltado es mío).-

Sin embargo, lo intervino quirúrgicamente no tomando adecuada consideración del antecedente de neoplasia testicular izquierda y no se efectuó un control postoperatorio programado o al menos compatible con la delicada historia médica del paciente.-

A fs. 332 José Luis Ciucci, Jefe del servicio de Flebología y Linfología del Hospital Argerich (en 3 de marzo de 2005) informó que el actor fue su paciente desde enero de 2001, que observaba edema tenso, agrandamiento de miembro compatible con linfedema y que le prescribió drenaje linfático, presoterapia secuencial neumática, vendaje multicapa, elastocompresión graduada, tratamiento farmacológico. Expresó que la extirpación del lipoma puede ser una causa coadyuvante por su ubicación topográfica pero no lo puede asegurar ya que no existió un reconocimiento por el suscripto previo a la cirugía.-

5-1.-Hasta aquí entiendo que el profesional médico cirujano A. B. omitió aplicar los métodos adecuados para juzgar si los antecedentes graves del actor (extirpación testicular e irradiación inguinal y abdominal preexistentes) podían determinar acudir a una práctica diversa de la rápidamente decidida, cual fue la rápida intervención quirúrgica (véanse argumentos similares en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, en causa Ac. 43.594 del 18 de junio de 1991).

Lo que juzgo no es el posible error del médico, sino que interpreto que la conducta debida era precisar de qué medios disponía la medicina actualizada para asegurar un diagnóstico exacto, y si en el caso tales medios eran idóneos para ser empleados o no, y en la negativa, por qué no lo han sido (arg. ”ad simili” en sentencia del Alto Tribunal local en causa Ac. 91.215 del 5 de abril de 2004).-

Lo que ocurrió es que en breve tiempo posterior a la intervención practicada se produjo la formación de “linfedema” (comúnmente conocido como “elefantiasis”)del miembro inferior izquierdo (v. resumen de Historia Clínica 398/399 , agosto de 2001, “ 47 años, presenta linfedema secundario del miembro inferior izquierdo desde pie hasta pliegue inguinal, refiere neoplasia testicular izquierda y se le efectuó orquiectomía izquierda en 1980 y radioterapia inguinal y abdominal coadyuvante) y que la Clínica Privada Alcorta lo atribuye causalmente al tratamiento oncológico, a la radioterapia y a su obesidad” -fs. 92/99-).

Esta conclusión médica no concuerda con la del perito actuante ni con mi interpretación.

5-2.-Aquí radica el reproche.

Nitidamente se desprende que existió un déficit en los medios de implementación utilizados por el profesional demandado, o al menos en la despreocupación en indagar caminos alternativos de elección terapéuticas que se podrían haber considerado adecuados para aplicar al caso (v. dictámen pericial), acordes con la detección del diagnóstico, y en la subestimación de los antecedentes del actor en la región corporal afectada.-

La culpa en concreto, acorde con la dialéctica de que tal discrecionalidad ha sido inadecuada, la encuentro configurada a partir de la omisión de poner en práctica los medios científicamente reconocidos para explorar distintas posibilidades terapéuticas, Una de ellas se expresa observada en el dictámen pericial y probablemente podría haber conducido a evitar el daño o a atenuar sus efectos perjudiciales (véanse argumentos similares en sentencias de la Suprema Corte de Justicia, en causas Ac. 44.440 del 22 de diciembre de 1992, y 55.133 del 22 de agosto de 1995).-

Desde luego que si había razón de errar no hay culpabilidad (arg sentencia de la C. 1ª. Civ.y Com. La Plata Sala 1. Causa 203383 “Nievas, Horacio c/ Centro Médico Bernal SRL, s/ Daños y Perjuicios”, del 4 de julio de 1989) salvo cuando la ignorancia o simplemente la indiferencia respecto de una determinada dolencia que afectaba al paciente provenga de un acto conciente, de una negligencia culpable.-

Por lo pronto, en el presente caso, el profesional, una vez informado acerca de los antecedentes médicos y quirúrgicos del actor, previo a proceder a la intervención debió sumar a los estudios regulares de riesgo quirúrgico los análisis de linfografía y ecodopler.-

Oswaldo Andonaides, presidente de la Sociedad Argentina de Flebología y Linfología en un informe que emitió el 26 de mayo de 2005 (v. fs. 416/417) en lo que considero fundamental dice:“Que el paciente desarrolla linfedema postquirúrgico de miembro inferior izquierdo que puede tener relación como desencadenante de la cirugía realizada en el muslo... tenía como antecedente una cirugía de testículo izquierdo con irradiación complementaria de la misma en el año 1980...que al momento de la intervención aparentemente no padecía edema linfático de su miembro inferior izquierdo (detalle que no consta en la historia clínica ni en las fotos) por lo que pasados 20 años podía considerarse como compensado...que el hecho de realizar una cirugía en cara interna del muslo puede haber afectado por sí, las corrientes linfáticas, o por su posterior infección o evolución tórpida en la zona quirúrgica, lo que puede haber provocado fibrosis de linfáticos superficiales que originaron la estásis linfática, hecho frecuente en las infecciones y no en el hecho quirúrgico aislado”.

Es decir que de este informe también surge claramente lo que Lorenzetti denomina como el “ plus causal” que la actuación médica agregó, configurado a partir de la omisión de las diligencias exigibles de acuerdo con las circunstancias, y en los cuidados usuales postoperatorios durante el lapso ulterior a la intervención tendientes prevenir un cuadro infeccioso o una posible evolución anormal de la misma. Máxime teniendo en cuenta que el profesional conocía la existencia de un proceso patológico previo y ello implicaba el consiguiente deber de mayor atención en la prevención y control de los riesgos quirúrgicos (arg. arts. 512 y 902 del C. Civ, arg. Cám. Civ. y Com. La Plata, Sala 3º causa 229817 “Palacios, Carlos V. y otro c/ Ranaletta, Alejandro y otro s/ ds. y ps. “, sentencia del 21 de abril de 1998).

En este sentido, la responsabilidad en el caso de la intervención de un cirujano, ha sido juzgada con mayor estrictez señalándose que la gravedad del acto quirúrgico exige la mayor de las precauciones tanto en la falta de diligencias médicas cuanto en la evaluación de la praxis adecuada (arg artículo 19 de la ley 17132 que impone a los profesionales que ejerzan la medicina asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente -inciso segundo-).-

La responsabilidad médica está fundada, normalmente en la culpa; consecuentemente, la reparación de las chances de sobrevivida o curación también reconoce como exigencia un factor subjetivo. En la valoración de ese presupuesto, coincido con la opinión vertida en sus votos por Elena Highton cuando dijo que que el abogado y el juez deben colocarse en el lugar y tiempo en que el médico actuó, y preguntarse si actuó a través de uno de los caminos posibles o si su conducta era aceptablemente la de uno de su clase dentro de las circunstancias, o si su diagnóstico o evaluación de la situación era uno de los científicamente válidos de acuerdo a los elementos y circunstancias del caso.-

Creo no haber incurrido en el simplismo de efectuar un análisis “ex post”, sabiendo lo que el paciente adolecía. Siempre, o en muchos casos pueden existir varios caminos o conductas posibles; y sabiendo lo que ocurrió, es posible

considerar que debió haberse tomado un modo de obrar distinto. El juez debe colocarse en el lugar del profesional en el momento en que actuó a fin de evaluar su decisión u omisión (arg. Cám. Nac. Civ. Sala F de la Cám. Nac. Civ., 13/3/2000, LL 2000-F-360). Y este aspecto de la conducta del Dr. B. ya fue analizada y valorada.-

Respecto de la causalidad, es sabido que la causa en medicina es frecuentemente multi o polifactorial. "Patogénesis" significa un proceso morboso con varios procesos etiológicos exógenos (provenientes del mundo exterior) y endógenos (provenientes del interior mismo del organismo de la persona enferma, v FIORI - HERNÁNDEZ CUETO, Nexo de causalidad, p. 316).-

El punto que acaba de mencionarse está señalando la presencia de un factor que nunca va a faltar, ya que el paciente, cuando recurre a los servicios de un médico o entidad hospitalaria, es porque está afectado por un mal cuya evolución natural puede ser la causa única del desenlace negativo; el médico no crea el proceso morboso sino que accede a él cuando ha comenzado su acción destructiva. En un curioso precedente, la Corte de California declaró que si la demostración debiera hacerse en forma concluyente y más allá de toda duda, sería imposible condenar por la práctica de una profesión que no es una ciencia exacta. En otra notable sentencia (Cám. Nac. Civ., sala F, 15/5/2000) dijo la ponente, hoy ministro de la Corte Federal, Dra. Highton de Nolasco que "por ser en extremo dificultosa la demostración de ella (de la causa del daño), toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias" (HIGHTON DE NOLASCO, Responsabilidad civil. Seguros, T. II, 4, 111, agosto 2000).

En un estudio más reciente se confirmó la orientación que decreta la responsabilidad del médico sobre la base de suplir la incertidumbre del nexo etiológico con la certeza de la culpa

Con respecto a la causalidad omisiva se sostiene que se construye en términos hipotéticos y no naturalísticos, y que se tolera un grado menor de exigencia. Lorenzetti extrae esta conclusión y dice: "Frente a la duda entre un curso causal y otro, hay que estar al más probable", y comentando otra sentencia afirma que con cierta dosis de probabilidad el accidente guarda relación con el comportamiento del demandado (LORENZETTI, Responsabilidad..., cit., T. II, ps. 134, 137.

Asimismo, una prueba cierta no es exigible cuando toda la "ciencia" contemporánea se funda sobre "verdades hipotéticas", y no sobre "verdades incontrovertibles" (BALDASSARI, p. 632; SANTORO, La responsabilit....., p. 277).-

Por consiguiente, el principio queda mejor expuesto de esta manera: puede presumirse que el médico es el causante del daño cuando realizó u omitió un acto asistencial a resultados del cual el paciente sufrió una lesión, cuando no existe otro factor causal.-

Bueres examina el punto en varias páginas de su importante obra, de las cuales elijo este párrafo que creo converge en el presente caso: "si el médico actuó asistiendo al paciente y éste experimentó un resultado dañoso, ha de admitirse, en principio, desde luego, que existe imputación material" (BUERES, Vol. II, p. 316: véanse además las ps. 305, 312, 313 y 339).-

Sobre la base de la exposición que precede, y con los argumentos que la nutren y aunque ya fue anticipado, considero que la sentencia puesta en crisis en esta parte merece la confirmación (art. 384 del CPCC.).-

VI.-Ahora bien, en respuesta a los agravios rotulados como " primer y segundo yerro", por el apelante de fs. 1021/1026 vta. es oportuno recordar que tiene dicho reiteradamente esta Corte, que si media culpa en el médico interviniente cabe responsabilizar al establecimiento asistencial con base en su "obligación de seguridad" porque la existencia de aquella (la culpa del médico) es la demostración de ese deber de seguridad (conf. causas Ac. 43.518, sent. del 16 VII 1991 en "Acuerdos y Sentencias", 1991 II 465; Ac. 58.966, sent. del 15 VII 1997 en "Acuerdos y Sentencias", 1997 III 944, entre muchas otras) y que la prueba de la culpa del médico es indispensable para lograr la condena de la clínica cuando la imputación de responsabilidad estuvo exclusivamente fundada en cuestionar la actuación del profesional interviniente (conf. causa Ac. 58.966 cit.).-

Cabe hacer notar asimismo, que el marco del sistema de medicina prepaga FEMEBA SALUD (Leyes y normativas que regulan la actividad Ley 23660, 23661 y todas las que afectan a la Seguridad social. Ley 24.754/96 PMO. Resolución 939/2000 PMO. Resolución 201/02 P.M.O.E. Ley de Sociedades Comerciales -19550-

Leyes que afectan a Mutuales, Cooperativas y Fundaciones

Ley de Defensa del Consumidor – 23.662-) brinda la posibilidad de elegir el profesional médico o la clínica dentro de

una lista cerrada, vedando las posibilidades de acordar opción al beneficiario que debe sujetarse a los indicados en la denominada “cartilla”, en su caso, de cada plan, de lo cual se infiere que la elección y/o selección estuvo previamente a cargo de la obra social o empresa de medicina prepaga, que configura la relación de subordinación y dependencia que emana del artículo 1113 primer párrafo del Código Civil y consecuentemente define la mencionada obligación accesoria y tática de seguridad (arg. sentencia de la Suprema Corte publicada en J.A.1982-I-315-La Ley, 1992-B-312).-

Lo apuntado conduce inexorablemente a desestimar el agravio vertido por la citada en garantía HSBC La Buenos Aires Seguros S.A., aseguradora de la Clínica Privada Alcorta S.A. que se declara obligada “in solidum”, y deberá asumir la prestación en la medida del contrato.-

VII.-En orden a los rubros indemnizatorios la parte actora en sus agravios a fs. 950/961 vta. se disconforma por considerar exiguos los montos fijados por daño emergente, lucro cesante, incapacidad sobreviniente y daño moral.-

Los codemandados A. B. y Clínica Privada Alcorta S.A. formulan sus quejas y juzgan elevados los montos acordados a las partidas de gastos médicos, lucro cesante y daño moral (v. puntos 6.2, 6.3 y 6.4 de la pieza de fs. 979/995 y 996/1012 respectivamente).-

Caja de Seguros S.A. también protesta y considera desmedidas las indemnizaciones acordadas por daño emergente, lucro cesante, incapacidad sobreviniente y daño moral (v. fs. 1034/1036 punto VIII).-

La parte actora en oportunidad de demandar solicitó: \$ 80.000 por daño emergente, \$ 120.000 por lucro cesante, \$ 100.000 por incapacidad sobreviniente, \$ 20.000 por daño psicológico y \$ 180.000 por daño moral (v. fs. 49/51 puntos V.1-1 a V-2.-).-

Adelanto que los agravios en esta parte solo se centran a cuestionar los montos.-

7-1.-Monto del daño emergente:

A fs. 503 el profesional José Luis Ciucci confirma que el actor fue su paciente desde marzo de 2001, reconoce dos recibos, uno emitido el 30 de agosto de 2001 (v. fs. 463) por la suma de \$ 2.700 (honorarios médicos por tratamiento de drenaje linfático sobre miembro inferior izquierdo) y el otro fechado en 28 de septiembre del mismo año (v. fs. 464) por la suma de \$ 3.600 circunscripto a honorarios médicos por sesiones de drenaje linfático manual, presoterapia secuencial, bandaje, ejercicio miolinfokinéuticos y ultrasonido.-

Si bien estoy de acuerdo con la expresión de la sentenciante de grado en cuanto a que de la pericia médica emitida por el Dr. Russi se desprende que el señor C. debió afrontar otros gastos derivados de su asistencia: exámenes, tratamiento y renovación de elementos a utilizar y consultas; también lo es que el actor es afiliado a la empresa de medicina prepaga FEMEBA y que todo relacionado con análisis, consultas y exámenes lo abastece ese servicio de salud, y en cuanto a los gastos derivados del tratamiento repárese que al actor le fue cedido un equipo Lymphia Press por dicha empresa el 8 de abril de 2002 (v. propio reconocimiento surgente de la pieza inaugural, punto IV a) “párrafo final”, a fs. 46 vta./47).-

Por otra parte si bien la ausencia de documental de respaldo respecto de algunos reclamos no impide su reconocimiento, bien se sabe que tampoco existe impedimento para, en su caso, requerir la emisión de facturas por consumos de cierto valor, tal como así se obró en relación a la actuación que le cupo al Dr. Ciucci.-

Sobre el particular vale aclarar a la parte actora que este rubro no compensa la incapacidad resultante, sino solo el daño cierto al interés negativo (v. argumentos vertidos en el punto 1 de la expresión de agravios, fs. 950 vta/952, arg. art. 1068 del C.Civ).-

Por lo expuesto propongo modificar la sentencia apelada y reducir el monto asignado a esta partida a la suma de \$ 10.000.-.(art. 165 del rito).-

7-2.-Monto del lucro cesante.

Se encuentra demostrado que el señor M.C. se desempeñó como cerrajero desde el año 1977 (v. informe de la Municipalidad de Moreno de fs. 240/241) hasta diciembre de 2001 según consta en la baja de actividad.

El perito contador Jorge Nicolas Badano a fs. 756/760 confirma la fecha de baja del establecimiento comercial el 31 de diciembre de 2001, y dice que no surge el capital de giro, pero si describe los periodos de 1996 (quebranto de más de mil pesos y monto consumido por algo mas de \$ 36.000), 1996 (resultado positivo de algo más de \$ 9.000 y monto consumido por poco más de \$ 7.000), 1997 (resultado positivo de más de \$ 50.000 y monto consumido de algo más \$

37.000), y 1998 (ganancia de poco mas de \$ 10.000 y monto consumido por algo mas de \$ 18.000).

Consta en el informe prreferido que el actor es monotributista desde 1998 por lo que a partir de esa fecha no es responsable ante el impuesto a las ganancias.

El informe contable es completo logico y coherente (art. 474 del rito) y no encuentro mérito para apartarme.-

Por su parte, los testigos Becerra. Aquino y Nardillo (fs. 725, 726 y 729) confirman que el actor es cerrajero y que se desempeñaba con normalidad hasta la intervención quirúrgica.

El Dr.. Russi, en su dictámen refiere que las tareas laborales no las puede desempeñar como antes y solo en forma parcial se desempeña como experto en cajas de seguridad.

M.A. C. tenía al momento de ser intervenido 47 años (v. actuación notarial en copia a fs. 4/6), es decir que estaba en plena edad activa.-

El Código Civil argentino –como la mayoría de los Códigos civiles europeos– atiende al interés, al indicar que "El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses" (art. 1069, párrafo primero, Cód. Civ.), refiriéndose así al personal acreedor a quien se irroga el daño.

La indemnización por lucro cesante referida a las ganancias dejadas de percibir por la víctima de un hecho ilícito durante período de su recuperación y tratamiento, no consiste sólo en la privación de una mera posibilidad de ganancia, sino que requiere al menos la probabilidad objetiva de ganancias según el curso ordinario de las cosas (Cám. Nac. Civ., sala A, 9-10-89, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0009798

La reconstrucción histórica de su situación contable en los periodos antes descriptos y la circunstancia que surge descripta en el dictámen del Dr Russi en cuanto a que desarrolla algunas tareas como experto en cajas de seguridad, y la derivaciones que a raíz del "linfedema" impidieron al señor C. trabajar y generar ganancias durante el periodo de recuperación y tratamiento me hacen valorar que la suma esta excedida y propongo reducirla a la de \$ 20.000 (art. 165 y 384 del CPCC).-

7-3.-Monto del rubro incapacidad sobreviniente:

La sentenciante involucra en la evaluación no sólo la aferctación física sino también la psicológica del actor.

Fija la suma de \$ 68.000, incluyendo los gastos de atención psicologica.

Quedó debidamente probado que al actor se le practico una extracción de lipoma gigante y presento poco después "linfedema", que es una patología crónica con imposibilidad cierta de solución.

No puede soslayarse para la evaluación que la patología lo afectó y afectara en su desarrollo personal, laboral y social (era Presidente del Club " Defensores de Moreno" y luego Revisor de Cuentas, v. fs. 236, era cerrajero y ahora solo puede dedicarse a las cajas de seguridad. Aún, con las limitaciones propias de su contextura, también lo afectará en la faz deportiva.

El perito estima en un 50 % la incapacidad parcial y permanente que se eleva a algo mas del 85% por deterioro estático, dinámico, aumento del riesgo potencial para la salud, y lesión cicatrizal en muslo.-

La perito psicóloga (v. fs. 307/308) establece que el actor presenta stress-postraumático implicado por estado y rasgos de tristeza, melancolía y depresión y propone un tratamiento psicoterapéutico de dos años con una frecuencia semanal y costo de la sesion de \$ 50.

En el caso de la reparación por incapacidad sobreviniente, debo en primer término recordar que la determinación del resarcimiento no responde a cálculos matemáticos, sino al examen específico de las condiciones de quien pretende recibirlo (conf. CSJN, Fallos: 216:91; 232:282; Sala II, causa N 2701/93, del 16/06/95; causa N 4403/92, del 24/08/95).

La incapacidad sobreviniente comprende:

- 1) la capacidad laborativa o productiva o sea la pérdida de ingresos o la afectación a la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas (lucro cesante a acreditar en cada caso);
- 2) la capacidad vital o la aptitud y potencialidad genérica, es decir que no es estrictamente laboral (daño emergente presunto);

3) el daño a la vida de relación o a la actividad social, estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto (daño emergente presunto). (v. “Nuevos daños a las personas. Daño a la vida de relación, daño biológico y daño sexual”, por Jorge Mario Galdós)

Se considera que es relativo el valor probatorio de los porcentajes periciales de incapacidad, porque si bien los mismos constituyen un dato de importancia a los efectos de orientar al juzgador, lo cierto es que no obligan a éste, a quien, en definitiva, lo que le interesa a los fines de precisar la cuantía resarcitoria, es determinar previamente la medida en que la disfunción puede repercutir patrimonialmente en la situación de la víctima, a cuyo fin, no podría sujetárselo a estrictas fórmulas matemáticas que, en general, no son aptas para traducir fielmente el verdadero perjuicio que el ilícito provoca en los damnificados (Cám. Nac. Civ., sala A, 15-10-91, Jurisp. Cám. Civ., Isis, Sum. 0007752).-

Por otra parte, se ha entendido que el daño psicológico se configura mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el medio social, o que es la lesión del funcionamiento cerebral. Según la posición que rechaza un tertius genus, las lesiones a la psiquis no constituyen una categoría autónoma, puesto que tales lesiones pueden conculcar intereses de índole patrimonial o moral.

Y finalmente, para establecer el resarcimiento por las secuelas padecidas debe tenerse en cuenta datos tales como la edad de la damnificada, sexo, condición económica, su vida útil probable, ocupación y grado de incapacidad, como así también que la incapacidad sobreviniente se traduce en una dimensión de todas las aptitudes de la víctima en sentido amplio, es decir que superando lo laboral comprende todo lo relacionado con la actividad social y eventualmente cultural y deportiva (Civ. Com. y de Garantías en lo Penal, Zárate, 29/6/99, “Alvarez, Marta c/Nuñez, Ramón”).-

Ahora bien, el concepto de concausa implica que concurriendo más de una causa a la producción de la incapacidad actual, una o varias de ellas dependen de la misma víctima del hecho dañoso, ya que provienen de su propio estado de salud o enfermedad. Ello no constituye una imputación de responsabilidad puesto que nadie es responsable de su enfermedad, pero impone una disminución del monto de resarcimiento y ello es así por aplicación de la doctrina que acerca de las consecuencias de los hechos jurídicos desarrollan los arts. 901 al 906 del nuestro Cód. Civil, en particular la norma del art. 904 referente a la imputabilidad de las consecuencias medidas (Civ. y Com. San Isidro, Sala , el 12/5/99, “Farías, Manuel c/Romano. E. s/ Daños y perjuicios”).-

Habiéndose agravado con el accidente la incapacidad de la actora, que era del 15%, quien tuvo la concausa, sólo responde por esa agravación en la medida de los perjuicios conectados con el hecho fuente. La fecha en que se ocasionó el daño marca el nacimiento del deber de reparar –con su quantum- y el punto de partida de los accesorios (Civ. y Com. San Nicolás, 11/3/99, “Farías, Marta c/Transp. Hermae S.R.L. s/daños y perjuicios”)

Si la pericia médica ilustra que la actora padece obesidad, observó la extrirpación testicular y fue irradiado a nivel inguinal y abdominal, no hay dudas que estos precedentes actúan como factor concausal predisponente y agravante en la evolución del tratamiento. Incluso será menor la capacidad de rehabilitación.

Y tales factores deben tenerse en cuenta al momento del cálculo de la indemnización por daño material o físico.

Evaluando la edad al momento de hecho (47), su condición de vida social y económica, su actividad laboral, sus probables ingresos durante la época activa evaluados por el contador Badano como dato para evaluar la repercusión del daño en su proyección futura, por la disminución de la aptitud del sujeto para generarlo, y teniendo en cuenta que no es conjetural afirmar que las consecuencias de este tipo de afección se agudiza con la edad, por lo que esta disminución en las capacidades puede empeorar en forma más o menos próxima, estimo que dadas las razones de que C. no observaba las condiciones físicas ideales es excesiva la suma fijada para esta partida. Máxime si no encuentro mérito para resarcir en esta parcela la incapacidad psíquica pues como vengo sosteniendo hace tiempo, se entiende por incapacidad psíquica toda alteración de la personalidad y un stress postraumático no es tal, puesto que regularmente se cura sin dejar secuelas permanentes. No obstante tendrá influencia en la evaluación del daño extrapatrimonial.-

Es por lo expuesto que propongo modificar la sentencia apelada y reducir el monto asignada a este rubro a la suma de \$ 25.000, suma en la cual se incluyen los inobjetados gastos para afrontar el futuro tratamiento psicológico (art. 165 del CPCC).-

7-4.-Procedencia y monto del daño moral :

La actora reclamó la suma de pesos ciento ochenta mil (\$180.000) para indemnizar el daño ocasionado en su esfera

extrapatrimonial.-

El daño moral importa, en definitiva, una alteración o modificación disvaliosa del espíritu (Mosset Iturraspe, Jorge "El daño moral" Responsabilidad por Daños, V, Rubinzal-Culzoni Ed.) que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel (en) que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (conf. recomendación que el autor citado, junto a Stiglitz, Pizarro y Zavala de González, entre otros, hiciera en las II Jornadas de San Juan, en el año 1984).-

No tengo dudas sobre su padecimiento en el caso. A causa de las derivaciones adversas físicas y psíquicas de la extirpación del lipoma y la formación de "linfedema", extremo suficiente para provocarle angustia y malestar espirituales.

Además, deberá observar tratamiento y realizarse exámenes de manera permanente lo que sin dudas provoca una tensión espiritual.

Su paz y su tranquilidad se alteraron modificando disvaliosamente su espíritu, lo que autoriza acoger el presente rubro.-

Difícil traducir en una cifra el importe de este daño pues no se trata de otorgar una suma que pueda convertirse en un enriquecimiento ilícito para la víctima, pero tampoco en una nimiedad que impida paliar las consecuencias extrapatrimoniales que el accidente le ha acarreado a la víctima.-

En tanto entiendo que carece de carácter sancionatorio y que ninguna relación debe guardar con la incapacidad sobreviniente pues en no pocos casos existe sólo este daño moral, considero prudente proponer al Acuerdo fijar en pesos veinte mil (\$ 20.000) el importe de este rubro, con fundamento en el art.522 del Código Civil (art. 165 del rito).-

Si bien es cierto que en materia contractual el reconocimiento del daño moral debe ser apreciado con criterio restrictivo, su acogimiento obedece al daño que el incumplimiento culposo de la prestación profesional medica le ocasionó al actor (arts. 511, 512 y 889 del Código Civil). Y en resumidas cuentas: se advierte que el sentir de la doctrina judicial patetiza, antes que la constrictión, una extensión de la admisión del daño moral a numerosos supuestos contractuales en los que el incumplimiento, la ilicitud...- hablan per se in re ipsa- del daño moral y sin necesidad de que su acaecimiento haya tenido un sustento probatorio autónomo en la litis.

IX.-La tasa de interés.

Se queja el actor apelante porque la sentencia manda adunar intereses sobre el capital de condena a la tasa pasiva (v. considerando XIV a fs. 935 y vta.). Pide que se aplique la tasa activa con pie en los precedentes que de este Tribunal se cita y transcribe /v. fs. 960) y de algunos tribunales nacionales.

El agravio es inaudible. En efecto, si bien es cierto que este Tribunal a partir de la causa " Ruiz Varnis c/ Branchini" de marzo de 2006 siendo integrante de la Sala II de esta Cámara adherí a la posición que en aquel entonces sustentó como primer ponente el Dr. Luis Tomás Marchió, y ya integrando esta Sala III con el acompañamiento de mi colega Dr Carlos Alberto Violini decidí mantener ese pensamiento diverso consistente en aplicar la tasa que en los sucesivos períodos de aplicación pague el Banco de la provincia de Buenos Aires, en sus operaciones de depósitos a treinta días - Tasa Pasiva -, desde la fecha del hecho y hasta que quedó notificado el traslado de la demanda, fecha esta en que los demandados tomaron conocimiento del reclame de la actora y de allí hasta el efectivo pago, el 80% de la tasa que en los sucesivos períodos de aplicación cobre el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento a treinta días - Tasa Activa - (Esta sala causas 20 del 5/3/09; 13 del 10/3/09; 21 del 19/03/09; 93 del 24/4/09, entre otras).-

Pero recientemente la Excma. S.C.B.A., en la causa N° 101.774 del 21/10/09 (autos caratulados : "Ponce Manuel Lorenzo y otra c/ Sangalli Orlando Bautista y otros S/ Daños y Perjuicios), por mayoría ha ratificado su postura a favor de la aplicación de la tasa "pasiva", y si bien es cierto que la doctrina emanada del Superior Tribunal Provincial no se torna obligatoria para los tribunales inferiores, al ser esta consolidada por el dictado de sucesivos pronunciamientos deviene su aplicación al caso de autos.-

Asimismo por razones de economía y celeridad procesal es aconsejable adoptar la doctrina legal del Máximo Tribunal Provincial, pues de no ser ello así se llegaría a similar solución en virtud del efecto que, a la postre, arrojaría la interposición de un recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal con el consecuente dispendio de actividad jurisdiccional que el mismo acarrea.- (art. 34 inc. 5 apartado "e"; 278 conc. y coinc. CPCC)

Por ello, y dejando a salvo mi postura contraria sobre el particular, propongo confirmar la sentencia apelada en relación

a este punto .-

Consecuentemente este agravio de la actora corre suerte adversa .- (Esta sala causas 234 y 331, ambas de diciembre de 2009).-

X.-Inconstitucionalidad de las normas sobre pesificación.

10-1.-Necesarias aclaraciones previas:

A. B. en el punto 8 de su presentación inicial cita en garantía a Caja de Seguros S.A. y plantea en el subsiguiente capítulo la inconstitucionalidad de la ley 25.561 y de las normas afines (v. fs. 75/77).-

Clinica Privada Alcorta S.A. contesta demanda , cita en garantía en el punto 6 de fs. 97 vta. (v.fs. 106) a la compañía “La Buenos Aires Seguros S.A.” sin solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.561 y de las normas dictadas en su consecuencia.

Caja de Seguros no adhiere al planteo de inconstitucionalidad formulado por el codemandado A. B. /v. fs. 133 vta.).-

La parte actora adhiere a fs. 179 al planteo de inconstitucionalidad pretendido por los codemandados.

La sentencia decide la aplicación de la legislación de emergencia y sobre los importes de las sumas de condena aplica a partir del 3 de febrero de 2002 el C.E.R. suministrado por el I.N.D.E.C e intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia de Buenos Aires con el tope del 30 % (v. considerando XVI, párrafos finales).-

La parte actora no formula agravios respecto de esta decisión, y sí lo hacen los codemandados A. B. y Clínica Privada Alcorta S.A. solo en referencia a la suma asegurada en la póliza Nro. 5000-0173077/02 emitida por la citada en garantía Caja de Seguros S.A.(v. punto 7 de fs. 993 vta./995 y mismo punto de fs. 1009 vta./1012).-

10-2.-La solución.

En los términos en que han quedado definido el monto total de los rubros indemnizatorios declarados precedentes: \$ 75.000 deviene abstracto el tratamiento de la tacha de constitucionalidad de normas del citado régimen, pues en virtud de la reducción de las sumas condenadas, el cumplimiento de esta sentencia deberá circunscribirse al capital allí previsto.-

Por ello, se rechazan los agravios expresados sobre el tema.-

XI.-Costas de alzada:

De acuerdo a la propuesta que formulo en los considerandos precedentes, de ser compartida, resulta lo siguiente: a) se desestima el recurso de apelación deducido por la parte actora en punto a la elevación de los montos de los rubros indemnizatorios declarados precedentes y respecto de la tasa de interés aplicable, aunque esto ultimo deriva de una modificación sorpresiva de soluciones decisorias precedentes; b) los codemandados A. B. y Clínica Privada Alcorta S.A. y las citadas en garantía Caja de Seguros S.A. y HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. fracasan en sus recursos de apelación en una cuestión de precípua y de singular importancia por su incidencia totalizadora, como es el tema de la “responsabilidad”, solo logrando parcial aceptación los agravios propuestos por los codemandados A. B., Clínica Privada Alcorta S.A. y la citada en garantía Caja de Seguros S.A. en la reducción de las sumas acordadas a los rubros declarados precedentes.-

Por todo ello, propongo lo siguiente que las costas de Alzada se apliquen a los codemandados en su condición de vencidos (doct. art. 68 primera parte del C.P.C.C.).-

XII.-Por todo ello a la segunda cuestión, con las variantes indicadas en los montos de los rubros indemnizatorios VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA SEGUNDA CUESTIÓN: El señor Juez Dr. Carlos Alberto Violini, aduciendo análogas razones, dio su voto también por la AFIRMATIVA.

A LA TERCERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Sr. Juez Dr. Luis María Nolfi dijo:

En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Declarar idónea la expresión de agravios de la parta actora de fs.950/961 vta.

2°.-Modificar la sentencia dictada a fs. 905/940 y reducir los montos de las indemnizaciones por “daño emergente” a la

suma de \$ 10.000, de la partida “lucro cesante” a la de \$ 20.000, del rubro “incapacidad sobreviniente” a la suma de \$ 25.000, del rubro “daño moral” a la suma de \$ 20.000.-

3°.- Dejar establecido que deviene abstracto el tratamiento de la inconstitucionalidad de las normas de emergencia, ley 25.561 y afines.-

4°.-Confirmar la sentencia en crisis de fs. 905/940 vta. en todo lo que demás decide y fue materia de recurso y agravios.

5°.-Imponer las costas de alzada a los codemandados vencidos (art. 68 del rito).-

ASÍLO VOTO

A LA MISMA TERCERA CUESTIÓN: El Dr. Carlos Alberto Violini aduciendo análogas razones, dio su voto en el mismo sentido.-

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

SENTENCIA:

Mercedes, 29 de diciembre de 2009.-

Y VISTOS:

Que en el acuerdo que precede ha quedado establecido que la sentencia apelada de fs. 905/940vta. se ajusta parcialmente a derecho, por lo que debe ser MODIFICADA.-

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

1°.- Declarar idónea la expresión de agravios de la parta actora de fs.950/961 vta. -

2°.-Modificar la sentencia dictada a fs. 905/940 y reducir los montos de las indemnizaciones por “daño emergente” a la suma de \$ 10.000, de la partida “lucro cesante” a la de \$ 20.000, del rubro “incapacidad sobreviniente” a la suma de \$ 25.000, y del rubro “daño moral” a la suma de \$ 20.000.-

3°.- Dejar establecido que deviene abstracto el tratamiento de la inconstitucionalidad de las normas de emergencia, ley 25.561 y afines.-

4°.-Confirmar la sentencia en crisis de fs. 905/940 vta. en todo lo que demás decide y fue materia de recurso y agravios.-

5°.-Imponer las costas de alzada a los codemandados vencidos (art. 68 del rito).-

REGÍSTRESE.- NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.