Causa nº 57.474 - “B., E. N. c/ Hospital Municipal de Gral. Alvear y Dr. B., C. s/ Daños y Perjuicios” – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL (Buenos Aires) – SALA SEGUNDA - 23/04/2014

En la ciudad de Azul, a los 23 días del mes de Abril del año Dos Mil Catorce, reunidos en Acuerdo Extraordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores María Inés Longobardi, Jorge Mario Galdós y Víctor Mario Peralta Reyes, para dictar sentencia en los autos caratulados: “B., E. N. C/ HOSPITAL MUNICIPAL DE GRAL. ALVEAR Y DR. B., C. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Causa Nº 57.474), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dr. Galdós – Dra. Longobardi – Dr. Peralta Reyes.

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: - C U E S T I O N E S -
1ª.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 398/408?.

2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

- V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo:

I.- E. N. B. dedujo demanda resarcitoria de daños y perjuicios, invocando una mala praxis médica, contra el Dr. C. B., y contra el Hospital Municipal de General Alvear quien compareció en autos y opuso excepción de prescripción, que la sentencia ahora recurrida desestimó. También rechazó la citación como tercero del Fondo de Ayuda Profesional del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires, pedida por el hospital.

El pronunciamiento de Primera Instancia desestimó la demanda e impuso las costas devengadas a la actora vencida y reguló los honorarios de los letrados intervinientes. Para así decidir, en lo sustancial y que ha sido objeto de recurso y agravio, la sentencia tuvo por acreditado que la actora fue asistida el 12 de Enero de 2003 por el demandado, en el hospital público señalado, con motivo de la fractura de su muñeca izquierda (fractura del extremo distal de antebrazo izquierdo). También tuvo por probado que la actora padece de una incapacidad parcial y permanente del 15% de la total obrera pero descarta la existencia de culpa del profesional y de relación causal entre la atención médica y el daño verificado. Dice que no hay culpa en el tratamiento que efectuó el Dr. B. cuando le practicó una reducción de la fractura de muñeca con anestesia total y colocación de yeso, pese a la insuficiencia de ese tratamiento, ya que la actora no aceptó la otra práctica posible y que hubiera resultado más conveniente: una operación quirúrgica. Sostiene que fue la conducta de la Sra. B. quien, en ejercicio de su autodeterminación, no quiso ser operada y sólo aceptó la colocación de yeso. Por consiguiente, no obstante la previa y suficiente información que recibió por parte del médico de la necesidad de tratamiento quirúrgico, se opuso a ello decidiendo libremente el tratamiento a seguir. Afirma que “... puede afirmarse que los accionados han logrado probar que el daño sufrido por la Sra. B. no fue consecuencia directa de una decisión tomada y llevada adelante por el Dr. B. en forma autónoma, y sin recabar el consentimiento de la paciente. Por el contrario, fue la propia actora y el familiar que la acompañaba quienes decidieron, contando con toda la información necesaria, optar por la reducción manual y posterior yeso braquiopalmar. En consecuencia, la necesidad de una posterior intervención quirúrgica y la secuela de incapacidad del 15% con

que quedara la nombrada no pueden ser atribuidas al accionar del profesional del arte de curar” (sic. fs. 405). El decisorio tuvo por acreditada la correcta información recibida y la operatividad del principio de la autonomía de la voluntad con la declaraciones testimoniales de las enfermeras (Sras. M. Albo, M. Q. y S. Albo), con el registro del servicio de guardia del hospital, y las fichas acompañadas por el Colegio de Médicos y expedidas por el Dr. B.. Con estas bases fácticas y jurídicas, y teniendo por probado que la actora fue debidamente informada del diagnóstico y los riesgos, y habiéndose negado a la operación aconsejada, concluyó que “...puede sostenerse que en la ocasión de brindar atención en la guardia del Hospital Bernardino Rivadavia de General Alvear el Dr. C. B. no obró con impericia médica configurativa de culpa y por lo tanto no deberá responder patrimonialmente por las consecuencias de las lesiones que sufriera la actora E. N. B.” (sic. fs. 405). En definitiva rechazó la demanda porque “el profesional demandado logró demostrar que el tratamiento suministrado a la paciente actora, fue elegido por ella una vez que le fuera suministrada la información necesaria para realizar la elección” (sic. fs. 405/405 vta.).

Contra ese pronunciamiento apeló la actora a fs. 417, expresando agravios a fs. 501/504 vta., los que fueron contestados a fs. 506/507 y fs. 508/510.

La impugnación argumenta que el rechazo de la demanda (y la imposición de costas) es erróneo porque no se alcanzó a probar que el Dr. B. le indicó o sugirió que se trasladara a otro nosocomio ante la imposibilidad de intervenirla quirúrgicamente. No es cierto – agrega- que recibiera la información clara y precisa sobre los distintos tratamientos y que ella decidiera no operarse. Se disconforma de la apreciación de los dichos de los testigos, del déficit en la valoración del dictamen pericial (en el que se afirma que no es posible sostener que la paciente fue notificada de la intervención quirúrgica) y señala que las fichas médicas no tienen valor probatorio porque las hizo el propio demandado tiempo después del hecho. Añade que “de ninguna planilla surge la firma de la Sra. B. donde se plasme el consentimiento informado prestado por la misma y su rechazo a la intervención quirúrgica si el Hospital no contaba con anestesista, por lo que no es cierto que esto haya sucedido” (cf. sic. fs. 502 vta.).

Controvierte la asignación de valor probatorio a esa documentación porque la confeccionó el propio demandado, y fue presentada por él al Colegio Médico con posterioridad al hecho de lo que se desprende que su ponderación “resulta poco seria”. También discute la aseveración del fallo de que ella consintió la agregación de esa documentación, ya que negó expresamente su autenticidad cuando se le corrió traslado. Acota que “en el supuesto de que la Sra. B. se hubiera opuesto al tratamiento indicado éste debió garantizar su trabajo sentando por escrito dicha situación, haciendo firmar a la paciente su consentimiento informado respecto del tratamiento aplicado y sus consecuencias”. Luego formula otras consideraciones, insiste en que el médico obró sin obtener previamente la voluntad informada de la paciente, cita jurisprudencia que dice es aplicable y alude a la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529. El restante agravio –que quedará desplazado en atención a la decisión que propiciaré- radica en el cuestionamiento al criterio judicial para ponderar el monto del juicio en caso de demanda rechazada, estimándose en una suma muy inferior a la reclamada.

Cumplidos los trámites de rigor, firme el proveído que llamó autos para sentencia y que sorteó el orden de votación, el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto (fs. 512/513).

II.- La sentencia de Primera Instancia desestimó la excepción de prescripción opuesta por la Municipalidad codemandada y, tras ello, rechazó la demanda resarcitoria de daños y perjuicios promovida por E. N. B. contra C. B. y la Municipalidad de General Alvear, acogiendo la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires, Distrito VIII. Las costas las impuso a la Municipalidad de General Alvear por la excepción de prescripción que no prosperó; a la Municipalidad de General Alvear y a la actora por la excepción de falta de legitimación pasiva que admitió; las costas restantes (en alusión a la denegación de la demanda) a la actora.

II.1.- El recurso es admisible y fundado. Con ello anticipo que la sentencia debe ser revocada porque no media insuficiencia en el agravio de la actora y, en lo demás y cómo lo veremos, el recurso es procedente.

De este modo abordo también y de modo simultáneo los pedidos introducidos por los codemandados, C. B. y la Municipalidad de General Alvear, quienes al contestar la expresión de agravios de la actora solicitaron se decrete la deserción del recurso con sustento en lo prescripto por los arts 260 y 261 CPC (fs. 506/ 507 y 508/510).

A fines de fundar la procedencia formal de la apelación corresponde cotejar el núcleo argumental de la sentencia con la disconformidad del agravio. El fallo hizo mérito de “las constancias del registro de guardia del Hospital Municipal de Alvear, de los certificados y constancias acompañadas y del testimonio de “las dependientes del hospital M. Q., M. A. Albo y S. D. A.”. La apelación controvierte esa idoneidad probatoria porque dice que los testigos están comprendidos en las generales de la ley y una de ellas se contradice; que los certificados médicos de B. son de dos meses posteriores y sin validez probatoria ya que al contestar el pertinente traslado negó su autenticidad; que las fichas médicas y la copia de la planilla de consulta están confeccionadas por el propio demandado; que el perito manifestó que no puede afirmar con certeza que B. fue informada de la conveniencia de una intervención quirúrgica correctora y que en ningún lugar surge su firma de que haya expresado por escrito su consentimiento informado para no operarse, máxime que el hospital no contaba con anestesta. Todas estas aseveraciones, debidamente relacionadas e interpretadas con amplitud para develar la verdadera voluntad petitoria de la recurrente, superan el umbral mínimo que requiere el agravio para dar cumplimiento al recaudo de erigirse cómo una crítica concreta y razonada de la sentencia (arts. 260 y 261 C.P.C.).

No es de recibo el pedido de deserción del recurso pues si bien la pieza impugnativa no es una crítica categórica, rotunda y contundente que contradiga con precisión y minuciosidad punto por punto los fundamentos del decisorio, a partir del criterio amplio propiciado por este Tribunal, procede reputar suficiente el planteamiento recursivo de la actora contenido en los agravios de fs. 501/504. Esta Sala anteriormente sostuvo que “la expresión de agravios resulta idónea ‘en tanto aborde y desarrolle un piso mínimo de crítica con respecto a aquellas 57474 6 pretensiones por las cuales la demanda prosperó’” (esta Sala causa nro. 54.255, del 26/08/10, “Carrizo...”, y causa nro. 55.509, del 28/09/11, “Chasco D’Anna...”). En esa línea ha expresado Loutayf Ranea que “en caso de duda sobre si el escrito en que se expresan los agravios reúne o no los requisitos para tenerlo por tal, ha de estarse por la apertura de la segunda instancia.

En la sustentación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga cumplidos aún frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado; por ello, si la apelación cumple en cierta medida las exigencias del Código Procesal (...) cabe estimar que la carga procesal de fundar los agravios se satisface con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva” (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, 2ª Ed., Ed.

Astrea, Bs. As., 2009, Tomo I. pág. 62 y jurisprudencia allí citada; esta Sala, causa nº 58.439, “H.S.B.C. Bank Argentina S.A....”).

2.- En primer lugar es necesario precisar el objeto litigioso que quedó definido en base a la pretensión deducida, las defensas articuladas, la sentencia dictada y la entidad y alcance de los agravios de la actora (arts 34 inc 4, 163 inc 6, 164, 263, 264, 266 y concds C.P.C.). En la demanda se solicitaron los daños y perjuicios por la incapacidad de la Sra E. N. B. como consecuencia de la intervención profesional del Dr. C. B. como médico de guardia del Hospital de General Alvear en la consulta del día 12 de Enero de 2003, oportunidad en la que la atendió por la fractura de su muñeca izquierda. Si bien no se identificó la causal precisa de la mala praxis atribuida al médico tratante –y, por consiguiente, extensible al hospital, como principal y por el hecho del dependiente (art. 1113 Código Civil)-, ya que se relatan los hechos pero sin concretar puntualmente en que radicó el obrar culposo del profesional (vgr. error de diagnóstico, omisión de adecuada derivación, negligencia en la practica médica, etc), del contexto de la pretensión (demanda y ampliación de fs. 5/6, 21/25) y esencialmente de la alegación del demandado (fs. 82/93) se infiere que la litis quedó trabada con la aseveración de B. de que la actora sufrió una fractura del extremo distal del 57474 7 antebrazo que requería de una intervención quirúrgica. Empero, la demandada adujo que la paciente se negó a someterse a una operación, y solicitó la realización de una práctica no quirúrgica y no incruenta, ante lo

cual el Dr. B. le efectuó una reducción de la fractura bajo anestesia local y le colocó un yeso braquiopalmar que incluye el brazo y la palma de la mano, manifestándole que luego debía someterse a una operación.

En el relato del accionado se hace hincapié que tanto en la oportunidad de su atención inicial como en los controles posteriores le advirtió que debía ser operada (confr alegación de fs 82/85 del escrito de contestación de la demanda; arts. 330 y 354 C.P.C.). El Dr. B. afirmó que en la consulta del día 12 de Enero de 2003 también le formuló esas indicaciones que la actora no aceptó, que luego en la consulta del día siguiente no advirtió cambios sustanciales en la evolución de la enfermedad y que en la atención médica del día 17 de Enero de 2003 reiteró y persistió con su consejo médico (la referida operación). Expresa que en esa oportunidad “a pesar de haber mejorado el eje clínico con respecto a la fractura original, la alineación no es óptima. Ante la negativa de la paciente de recibir una intervención quirúrgica, se le indica que prosiga con yeso, miembro superior izquierdo en reposo AINE y se le explica la posibilidad de una intervención una vez retirado el yeso si queda limitación funcional y dolor” (sic. fs. 78). En el escrito de contestación de demanda se dice textualmente que “el 17 de enero de 2003 la actora consulta nuevamente al Dr. B. que le vuelve a explicar que para obtener una movilidad lo más cercana a la normal es necesaria una intervención quirúrgica pero la paciente prefiere aguardar la evolución del tratamiento actual. Ante ello el Dr. B. informa a la actora que en el caso de que al retirarse el yeso quedara una limitación funcional y dolor, puede realizarse una cirugía que consiste en la osteotomía (Sección quirúrgica de un hueso y desviación de los extremos divididos para cambiar la alineación del hueso o alterar las tensiones de la carga de peso (Diccionario Médico Dorland, p. 587) del extremo distal del radio, corrigiéndose la alineación y posterior osteosíntesis, destacándole que si la cirugía se realiza antes de que se consoliden los fragmentos no es necesario realizar la osteotomía del hueso. La paciente mantiene la negativa a una intervención quirúrgica actual reservándose para la segunda opción” (sic. fs. 84).

En la “ficha médica” que acompañó el demandado menciona también que el día del 24 de Enero de 2003 “se observa RX de control con falta de alineación y desplazamiento de la fractura con relación a la reducción realizada y falta de consolidación. Se le explica a la paciente la necesidad de una intervención quirúrgica, la misma se niega y prefiere aguardar la evolución. Se le explica que en el caso de consolidar va a quedar con limitación funcional. Se solicita RX de control y nuevo control en 7 días con RX sin yeso” (fs 78). Posteriormente el 28 de ese mes –añade- “la paciente se presenta a la consulta, al examen físico de MSI, temperatura y sensibilidad conservada, relleno capilar distal rápido. Se observa a la RX falta de alineación óptima y leves signos de consolidación. Movilidad activa y pasiva de la muñeca izquierda limitada. La paciente insiste en la no intervención quirúrgica, se le indica AINE y 10 sesiones de FKT, explicándole que si no tolera la falta de una movilidad completa o prosigue con dolor, será necesario una intervención quirúrgica. La paciente solicita un resumen de HC por si necesita concurrir a otro profesional. Se cita a la paciente por guardia, para el día de mañana para nuevo control” (sic. fs. 78 cit.).

La versión defensiva del demandado (que en todo momento le indicó la operación cómo la práctica médica necesaria y que la actora se negó) es sostenida al contestar la demanda y en el mencionado detalle que efectuó en las “fichas médicas” (también transcriptas mecanográficamente), las que tienen valor probatorio para el demandado porque funda en ellas su obrar profesional que considera adecuado a las contingencias de tiempo y lugar (confr.

fs. 78/80, según la alegación de fs. 92 “in fine” y las referencias de la pericia médica de fs 390 punto 3; arts. 499, 505 inc. 3, 512 y concs. Cód. Civil; arts. 375 y 384 C.P.C.).

Según los hechos recogidos por la sentencia, el Dr. B. adujo que la paciente fue debidamente informada de que su dolencia debía ser curada mediante una operación pero, ante su pedido y pese a su advertencia, el médico procedió a ejecutar la práctica menos incruenta por la que optó B., quién desde un comienzo y durante el tratamiento mantuvo su decisión de no operarse, tanto en la primer consulta como en las posteriores (confr. in extenso sentencia fs. 404). Ese basamento fáctico quedó definido como sustrato de la pretensión jurídica aquí en disputa.

3.- Más adelante la sentencia de grado entendió que la parte demandada logró probar que el daño de B. (la incapacidad parcial del 15 % que consideró acreditada) “no fue consecuencia directa de una decisión tomada y llevada adelante por el Dr. B. en forma autónoma y sin el consentimiento del paciente”. “Por el contrario –acota- fue la propia actora y el familiar que la acompañaba quienes decidieron, contando con toda la información necesaria, optar por la reducción manual y posterior yeso braquiopalmar” (sic. fs. 405). Para llegar a esa conclusión tuvo en cuenta que la decisión del tratamiento a seguir no corresponde al profesional sino al paciente a partir de la “información amplia y detallada de las distintas posibilidades y riesgos, que brinda el médico”. Tras ello el pronunciamiento judicial consideró acreditado que el Dr. B. “informó convenientemente a la paciente y familiar que lo acompañaba sobre la necesidad del tratamiento quirúrgico y frente a la negativa de estos continuó con la reducción manual y posterior yeso” (fs. citada 404).

Señalo también que no está en discusión el diagnóstico médico de la afección de la actora, la atención prestada en el Hospital, ni el desenvolvimiento posterior de la enfermedad y su resultado (una incapacidad parcial) ni que la dolencia (“fractura - luxación de su muñeca izquierda - Poutea – Colles” sic., pericia fs. 389 vta) admite dos conductas terapéuticas a seguir: “reducción manual bajo anestesia y posterior inmovilización con férula de yeso” (que es la que le practicó B.) o la “vía quirúrgica con reducción y sujeción por clavos o tornillos de los focos de fractura y posterior fijación por yeso). La pericia médica del Dr. J. S. que no fue observada ni impugnada por las partes (fs. 389/391; arts. 384 y 476 C.P.C.), indica claramente que por las características de la lesión y su evolución resultaba conveniente “una intervención quirúrgica correctora” (fs cit 390). Dice expresamente que “los controles realizados (por el demandado) son clínicos, radiográficos y evaluaciones de su densidad ósea por medio de una densitometría. La documentación incorporada abunda en signos de mala evolución y menciona la conveniencia de una intervención quirúrgica correctora ...” (sic. fs. 390). Por lo demás, y en base a los elementos agregados, el perito manifestó que no podía “afirmar con certeza que la paciente fue convenientemente informado” de la conveniencia de la operación y que “hay una amplia bibliografía mundial que indica la vía quirúrgica como la más conveniente, en estos casos” (fs. 351).

De modo que es incuestionado que la realización de la práctica quirúrgica aparece como la prestación médica necesaria. Al ser preguntado “cuáles son las secuelas más frecuentes para este tipo de fracturas en la mujer post menopáusica y con osteopenia marcada” el perito respondió que las secuelas eran “una mala consolidación ósea del foco lesionado, con inestabilidad articular y dolor frecuente” (fs. 390 vta.). Reitero que la pericia también explica que “existe una amplia bibliografía mundial que indica que la vía quirúrgica como la más conveniente, en estos casos” (fs. cit. arts. 384 y 474 C.P.C.). Es casi sobreabundante puntualizar el valor probatorio de la pericia médica en los juicios de mala praxis (arts. 384 y 474 C.P.C.; S.C.B.A., Ac. 81311, del 4/8/2004, “V. M. A. contra Hospital de Berisso y otro. Ordinario. Daños y perjuicios. Beneficio de litigar sin gastos”, voto de la mayoría de los Dres. Soria, Roncoroni, Pettigiani, Hitters y Kogan; en el mismo sentido: Ac. C. 82.997, 13.12.2006, “G., R. A. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otros. Daños y perjuicios”, voto de la minoría de los Dres.Soria, Pettigiani y Kogan; esta Sala, causa nº 50.199, 10/05/07, “Vulcano...”).

4.- Como se desprende de lo dicho hasta acá, conforme las alegaciones de las partes, al demandado le incumbe acreditar el hecho alegado en apoyo de su postura, por ser contrapuesto a la afirmación de la actora: que le aconsejó que se sometiera a una intervención quirúrgica y que ella decidió no hacerlo, tanto en el acto mismo de la práctica como en las posteriores consultas y estudios (arts. 375 y 384 C.P.C., confr. alegaciones de la demandada de fs. 82/93). Al examinar las oposiciones del demandado con relación a las pretensiones jurídicas del demandante, Palacio dice que “si éste introduce circunstancias impeditivas o extintivas” es consecuencia fundamental de este tipo de oposición, la que incumbe al demandado la carga de la prueba respecto de los nuevos datos que incorpora al proceso como motivo de debate, (conf. aut. cit. “Derecho Procesal Civil”, T.1 p.480; id. “Carlo Carli, “Extensión y alcance de la negativa genérica de los hechos constitutivos en la litis-constestatio” L.L. 1984-c, p.816). Carli expresa que “la respuesta negativa calificada no solamente consiste en negar el hecho afirmado sino que da una nueva versión del mismo hecho, verbi gracia: “El hecho no ocurrió como dice el actor, sino de esta otra manera”, y origina la recíproca carga procesal de

probar la respectiva afirmación (distribución de la carga de la prueba). La Suprema Corte Provincial ha resuelto que “la carga de la prueba no atiende tanto al carácter de actor o de demandado sino a la naturaleza de los hechos según sea la función que desempeñan respecto de la pretensión, de manera que mientras el actor debe probar el acto constitutivo de su derecho, el demandado debe probar los hechos contrapuestos que le son favorables por ser impositivos o extintivos. Agregándose que quien alega hechos en su descargo está obligado a probarlos...” (Ac.25443, “Alvarez Etelvina”, A. y S., 1978-III-623 y ss.; esta Sala, Causa 41483, 16/5/2000, “Fernández Juan C. c/Ronicevi”, L.L. Bs.As., pág.1351, Causa N° 44651, “Las Heras”, del 24/10/02; causas N°44450 “Molinos”, del 01/10/02; causa N°54947, 16/6/2011 “García de Fredes”; arts.163 inc.5, 375, 384 C.P.C.; causa n° 54.800, 14/07/11, “Seillant...”).

En dos palabras: B. alegó que el médico erró en el diagnóstico y tratamiento mientras que el profesional adujo que la afección requería de una intervención quirúrgica y que él en todo momento le indicó que era necesaria esa práctica, la que no se llevó a cabo porque la paciente, en el marco de su autodeterminación, no quiso.

5.- Así las cosas considero que la prueba rendida es insuficiente para tener por acreditada la alegación del médico demandado: que informó adecuada y suficientemente a la actora sobre la conveniencia de una operación quirúrgica (entendiendo por ello lo que el perito describe como vía quirúrgica con reducción y sujeción por clavos o tornillos) y que la paciente se negó durante todo el proceso de su atención, al comienzo del acto médico y posteriormente, contentándose con la reducción manual bajo anestesia local y posterior inmovilización con férula de yeso (pericia fs. 389 vta.; arts. 384 y 474 C.P.C.), pese a la falta de evolución favorable de su curación. Las “fichas médicas” aludidas y su transcripción mecanográfica glosadas a fs 78/82 y fs 248/251 carecen de idoneidad para acreditar que la actora fue informada seria y apropiadamente de que era conveniente que se operara y, más aún, que B. se negó a ello. En realidad se trata de piezas documentales emanadas unilateralmente del demandado, cuya autenticidad fue negada por la actora a fs. 98/99 y 101/102, cuyos originales se encontraban en poder del Colegio de Médicos del Distrito (conf. informe fs. 251) por la presentación que hizo el demandado a esa institución en “ocasión de denunciar el hecho motivo del presente” (fs. 92 y vta.) y que desde el punto de vista probatorio no pueden ser sustitutivas de la historia clínica faltante en el “sub-caso”. Los registros obrantes en el hospital y agregados a fs 230/231 solo hacen referencia al diagnóstico y fecha de atención e indica que la fractura es de “resolución quirúrgica”, sin otros detalles o explicaciones. Sin embargo –y como lo anticipé- las fichas médicas citadas, como prueba unilateral traída por el demandado, prueban en su contra al constituir el sustrato de su prueba de descargo (arts. 384 y 375 C.P.C.). Esa prueba documental (insisto: que opera en contra del demandado) tiene para él pleno valor probatorio porque “de conformidad al principio de adquisición procesal, cualquiera que sea la procedencia de las probanzas que obren en el expediente, su valoración por los jueces es siempre conducente y pueden beneficiar o perjudicar indistintamente a las partes, inclusive a aquélla que las solicitó u ofreció” (cf. S.C.B.A., Ac. L. 89.703, 3/5/2012, “Troglia, Nelson Ramón contra Ferrara, Arturo Ricardo y otro. Indemnización por despido”, por unanimidad voto Dr. de Lázari).

La ausencia incausada de historia clínica que de cuenta, aún mínimamente, del origen y evolución de la enfermedad y del tratamiento aconsejado constituye un indicio grave en contra de la demandada ya que la paciente no sólo fue atendida en la guardia (fs. 230/232) sino en repetidas oportunidades, y según lo manifiesta el profesional actuante, tanto en el nosocomio como en su propio consultorio (conf. fs. 78; arts. 163 inc. 5, 384 y cons. C.P.C.). No es sobreabundante destacar el valor probatorio de la historia clínica. La historia clínica “debe ser clara y precisa, completa y metódicamente realizada” (S.C.B.A., Ac.48.759, 3-11-92, “Gómez, Benigno c/ Spina, Ronald; Peralta, Oscar y ots.”, D.J.J., 144-90). “El profesional no tiene que demostrar su actuar diligente, sino que ante lo incompleto de la historia debe (el médico) aportar al proceso los datos faltantes, toda vez que dependiendo de él, que tuvo en sus manos el tratamiento de la paciente, al no ser arrojados al proceso, crean en su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional que a él corresponde desvirtuar” (S.C.B.A., Ac.46.039, 4-8-92, “Acosta, Ramón y ot. c/ Clínica Indarte S.A. y ot.”, en “Derecho de Daños en la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires”, cit.p.224). Esta postura es, también, la doctrina de la Corte Nacional que predica que “el carácter incompleto y por tanto irregular de una historia clínica, constituye presunción en contra de una pretensión eximitoria de la

responsabilidad médica, pues de otro modo el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias. También se ha destacado la trascendencia de la historia clínica como elemento valioso en los juicios que se debate la responsabilidad del galeno o del nosocomio, cuyas imprecisiones y omisiones no deben redundar en perjuicio del paciente, atendiendo a la situación de inferioridad en que éste se encuentra y la obligación de colaborar en la difícil actividad esclarecedora de los hechos que a aquéllos les incumbe" (C.S., P.120. XXXVI Recurso de Hecho. "Plá, Silvio Roberto y otros c/ Clínica Bazterriz S.A. y otros", C.S.J.N., 4/9/2001, <http://www.eldial.com.ar/>, Boletín, 26/11/01). El dictamen del Procurador General, que la Corte hace suyo, remite a doctrina de ese Alto Tribunal -antes minoritaria- que recalca ese valor probatorio (Fallos 322:726, disidencia de los jueces Fayt y Vázquez) y a la tesis de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida (Fallos 320:2715, voto Juez Vázquez) (cf. esta Sala, causa nº 42.945, 11/12/01, "Stampone..."). Por consiguiente la ausencia de historia clínica opera en contra de la demandada (arts. 163 inc. 5, 375, 384 C.P.C.).

Los testimonios de las enfermeras y personal del hospital dan cuenta que en la atención del día 12 de Enero de 2003 el Dr. B. le colocó el yeso a la paciente y le indicó que al llegar a su lugar de origen, -porque dicen que no vivía en esa ciudad- debía operarse y consultar a un profesional de confianza. Esas manifestaciones vertidas por las enfermeras que acompañaron al Dr. B. (S. D. A. y M. A. A., fs. 287/288) y por la empleada M. Q. (fs. 288 vta.) carecen de idoneidad suficiente para acreditar la correcta práctica médica (arts. 384 y 456 C.P.C.). Es que más allá de su admisibilidad formal no resultan convincentes para desvirtuar la sólida presunción en su contra, es decir la comprobación de la conducta profesional omisiva, lo que se desprende de la ausencia de historia clínica y de la inexistencia de alguna constancia apropiada indicativa de que el médico le advirtió a la actora la conveniencia de la operación, frente -además- a la ineficacia que iba demostrando el tratamiento encarado (la colocación de yeso). Ello así, máxime que el médico alegó que aceptó la determinación libre de la paciente, pese a lo cual no dejó ningún registro, ante el cuadro de situación siguiente: diagnóstico claro e indudable de la dolencia y del tratamiento adecuado, persistente y reiterada negación de la actora a someterse a una operación que es propia y habitual para estas dolencias, sin alegarse ninguna causal que sustente esa negativa (arts. 34 inc. 4, 163 incs. 5 y 6, 384, y conc. C.P.C.).

Se opone al curso normal de las cosas y a lo que sucede de ordinario, conforme el principio de normalidad (que fluye de los arts 901, 906 y concs Código Civil y 384 C.P.C.) que una persona que padece una enfermedad de significación en una mano, con diagnóstico y pronóstico precisos y claros, persista en su negativa a operarse -pese a la reiterada advertencia en contrario del médico- sin que quede registro verosímil de tal conducta, y que no obstante ello el demandado continúe asistiéndola, sin reservas, en ese contexto de evolución desfavorable o, si se quiere, de ausencia de curación. Y que en tal caso el médico (que esgrime que su actuación profesional importó respetar la decisión personal de la enferma) no deje alguna constancia verosímil de que informó a la actora el curso probable de la enfermedad (que es lo que aconteció). No resulta creíble que si el cuadro médico era desfavorable, a juzgar por los síntomas (lo que surge de las propias radiografías y de la pericia médica -conf. las referencias del dictamen de fs. 390, que reitero: "la documentación incorporada -dijo el perito Dr. S.- abunda en signos de mala evolución y menciona la conveniencia de una intervención quirúrgica reparadora"- y del propio detalle que formula el Dr. B. a fs. 78) no haya adoptado una conducta más activa, sea en lo relativo a la atención médica (continuar asistiendo sin reservas a un paciente cuyo pronóstico no sería la curación esperable según la ciencia médica) o, lo que es más importante y que resulta decisivo para fundar mi razonamiento, omitir dejar alguna constancia mínima y razonable de que el curso de la prestación médica está determinado por la decisión autónoma, libre e informada de la paciente. Y en tal sentido es importante puntualizar que los certificados expedidos por el médico -y acompañados como prueba documental de la actora (fs. 11/17)- son las únicas constancias o registros de la enfermedad. Así, obran dos certificados fechados el 21 de Marzo de 2003 (es decir a un poco más de dos meses de la colocación del yeso); uno de ellos indica que se derivó a la paciente para la intervención quirúrgica (fs. 11). El otro certificado (fs. 12) dice: "paciente sufre fractura de collar el día 12/01/03. Se practica reducción y yeso braquiopalmar el cual se retira el día 01/03/03. Se observa falta de consolidación y de alineación de los ejes clínicos. Por lo que se indica cirugía" (sic. certificado fs. 14). Es decir, en suma, las únicas constancias de que el médico indicó la operación se extendieron recién el 21 de Marzo de 2003, cuando se retiró el yeso (fs. cit.), pese

a que manifestó unilateralmente que en las consultas anteriores siempre le informó sobre la consecuencia de esa práctica ("fichas médicas" de fs. 248/250) omitiéndoselo consignar de algún modo verosímil (arts. 354, 375, 384, 474 y concs. C.P.C.; arts. 901, 906 y concs. Cód. Civil).

Tampoco es compatible con el principio de normalidad y las reglas de la sana crítica que una paciente se niegue a recibir o efectuar la práctica médica aconsejada como la más conveniente con la patología -una operación de muñeca por una fractura- sin haber esgrimido ninguna razón o fundamento de cualquier naturaleza (personal, religioso, de creencias, temores a la cirugía, etc.) ya que B. se refiere a la negativa de B. a operarse pero sin esgrimir la causal o motivo aducidos por la paciente para sustraerse a lo que constituye una práctica curativa usual para estas enfermedades. Por eso, y ante esta situación, resulta también decisivo la ausencia de historia clínica tanto en el hospital como en el consultorio del profesional, ya que es esperable que la singularidad de la conducta del paciente quede asentada o registrada de algún modo razonable y serio para anticipar el resultado que era el más esperable: la evolución de la enfermedad y no de la curación (arts. 499, 512, 901, 906 y concs. Código Civil y arts. 384, 456, 474 y concs. C.P.C.).

6.- Como consecuencia de todo lo expuesto cabe colegir que el accionado no probó su afirmación de que informó a la paciente, en la primera atención profesional y en otras posteriores, que la intervención quirúrgica era el método más acorde y propicio para enfrentar la dolencia y que la Sra. B. se opuso siempre a esa práctica. Se configura -por ende una mala praxis del demandado por omitir cumplimentar el deber de información, consistente en imponer al paciente de modo claro y sencillo la evidente conveniencia de ser operada y sus consecuencias perjudiciales, especialmente por los riesgos que entraña no practicar el tratamiento aconsejado cómo idóneo para el restablecimiento de su salud. Ello configura responsabilidad médica (que acarrea la responsabilidad refleja del hospital, como principal del médico demandado) a título de culpa (arts. 499, 505 inc. 5, 512, 901, 906 y concs. Cód. Civil).

Dice la Suprema Corte local que "la responsabilidad profesional es aquélla en la que se incurre al faltar a los deberes especiales que la actividad impone y, por lo tanto, para su configuración juegan los elementos comunes a la responsabilidad civil en general. Ello quiere decir que cuando el médico incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de 57474 17 su prestación asistencial, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta de ese modo a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512, C.C.)" (cf. S.C.B.A., Ac. C. 107.189, 21/3/2012, "Lamas, José J. Aguirre contra H. , J. C. y otros. Daños y perjuicios", por unanimidad, voto Dr. Hitters, al que adhirieron los Dres. Negri, Kogan, Soria, Pettigiani y de Lázzari, Ac. C. 102.658, 5/10/2011, "C. , A. I. contra Municipalidad de Merlo y otros. Daños y perjuicios", por unanimidad, voto Dr. de Lázzari, al que adhirieron los Dres. Soria, Hitters y Negri). "En la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad de los galenos - dijo la Suprema Corte Bonaerense-, el judicante se encuentra ante situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobrando fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo" (S.C.B.A., Ac. C. 106.780, 26/2/2013, "Etchegaray, María del Carmen contra R.M. , C. y otros. Daños y perjuicios" y su acumulada "Etchegaray, María del Carmen contra R.M. , C. y otros. Daños y perjuicios" (por unanimidad voto Dr. Genoud, al que adhirieron los Dres. Hitters, Negri y Pettigiani).

Por lo demás la culpa personal del médico es el presupuesto fáctico y jurídico para generar la responsabilidad refleja del hospital, tanto como principal por el hecho de su dependiente (arts 1113 Código Civil).

7.- Con lo dicho precedentemente queda rechazado el agravio de la actora de que el consentimiento informado debe ser extendido por escrito, toda vez que se reputó acreditado por prueba de presunciones que el profesional no cumplimentó con ese deber de adecuada prestación. En efecto, y brevemente, la ley 26.529 que no estaba vigente al momento en el que sucedieron los hechos, prescribe en su art. 5 "que se entiende por consentimiento informado" 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 ..." (sic. art. cit.). Tras ello enumera los puntos sobre los que debe recaer esa información y otros artículos admiten que, por vía de principio, el consentimiento sea verbal, salvo excepciones en los que deberá otorgarse por escrito (art 7). De ese modo, y como también lo decidió la doctrina y jurisprudencia vigente en el momento en que acaecieron los sucesos (en tal sentido no modificadas sustancialmente), "el consentimiento del paciente de un tratamiento debe ser considerado un acto no formal, en la medida que la ley no prevea formalidades especiales para su exteriorización, salvo en el caso de operaciones mutilantes (art. 19 inc. 3º de la ley 17.132) .." (Cám. Civ. y Com., Sala 2ª, San Isidro, 23-03-06, "Viva...", Sumario Juba B1751446). "El consentimiento informado implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente por la cual, luego de brindársele acabada información sobre su dolencia, el procedimiento e intervención que se le propone como médicamente aconsejable y la razón de la preferencia de ella por sobre otros procedimientos, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención ..." (cf. Cám. Civil 1ª, Sala 2ª, La Plata, 23-09-03, "O'Keeffe...", Sumario Juba B152588). Señala Lorenzetti que "la prueba del consentimiento informado puede ser de presunciones" (cf. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad civil de los médicos", Tomo I, pág. 208). Bueres expresa que "el informe se adaptará a las circunstancias del caso y a las condiciones culturales, sociales, psicológicas, etcétera, del asistido. Por lógica que no ha de tratarse de una exposición científica ni de un 'curso magistral' ... Será suficiente, pues, suministrarle una idea general sobre su estado y tratamiento a seguir, procurando que el informe sea exacto o aproximado, ya que en principio el paciente tiene derecho a conocer el problema de salud que lo aqueja" (Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 3ª ed. renovada, pág. 574).

Por todo lo expuesto la sentencia debe ser revocada y admitirse la pretensión resarcitoria de daños por culpa del demandado (arts. 499, 505, 512, 901, 906, 1113 y concs. Cód. Civil).

III.- 1.- En materia de mala praxis médica es necesario extremar el análisis de la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el resultado final que debe ser considerado daño 57474 19 resarcible porque a veces el detrimento jurídico es la pérdida de la chance de curación, recuperación o de sobrevivida (arts. 512, 901, 906, 1198 y concs. Cód. Civil). De acuerdo a las características del acto médico y la incidencia de sus consecuencias normales y ordinarias en el curso habitual de los hechos, el daño resarcible puede estar constituido no por resultado final (por ejemplo, la incapacidad o el fallecimiento del paciente) sino por la pérdida de chance de haberse curado o haber sobrevivido. "En ciertos casos el perjuicio derivaría de la pérdida de chance de curación o recuperación. El daño es la chance misma, o sea un "daño intermedio", anterior al daño final constituido por la pérdida de la probabilidad de evitar el perjuicio sufrido (Tobías José "La relación de causalidad en la responsabilidad médica" en anotación a fallo C.N.Civ. Sala B, 28/12/2001 "E.J.C. c/Hospital Alemán Asociación Civil" R.R.C.y S. 2003-394; Suprema Corte de Mendoza, Sala 1, 23/6/2003 "Marchena Jorge c/Dimensión S.A. y ots.", exhaustivo voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, J.A.14/1/2004, J.A. 2004-I-fase 2 p.73; Vázquez Ferreyra, Roberto, "La pérdida de chance como daño indemnizable en la mala praxis médica" E.D. T.184, p.1531; del mismo autor "Responsabilidad civil médica. Error en el diagnóstico patológico. Valoración de la culpa profesional. Pérdida de chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones", L.L. 1999-F-21; esta Sala, causa nº 47.435, 23/11/04, "Baliño...").

2.- En autos el daño reclamado como incapacidad sobreviniente es procedente toda vez que la incapacidad parcial de la actora es el resultado de la deficiente conducta profesional derivada de la omisión de realización de la práctica curativa correspondiente a las circunstancias de tiempo y lugar (la operación de la muñeca). Al no haberse probado que B. fue debidamente informada de que debía operarse, según lo dictamina la ciencia médica (que no garantiza resultados sino que compromete medios para superar la enfermedad o dolencia), ni que se opuso a esa técnica, queda en pie el acto médico insuficiente (la reducción de la fractura bajo anestesia local y la colocación de un yeso braquiopalmar) como sustrato fáctico y jurídico del daño final comprobado (la referida incapacidad parcial y permanente).

En efecto, el perito al evaluar las lesiones según el baremo de aplicación concluye que B. padece de una incapacidad parcial y permanente del 15 % de la V.O.T., conclusión a la que arribó -sin réplica de las partes- evaluando la totalidad de la documentación analizada, del

examen traumatológico de la paciente, de la constatación de una “buena simetría articular”, que “los movimientos activos y pasivos no están limitados” ... y de la comparación con la muñeca sana resulta “una disminución leve de la circunferencia articular, con una asimetría a nivel de la extremidad distal del cubito, por haber sido extraída quirúrgicamente en la operación correctora efectuada posteriormente” (sic pericia fs 391 vta; arts 384 y 474 CPC). Ello es corroborado también con los testimonios que revelan que B. luego fue operada por otro profesional en otro centro médico en Buenos Aires, que “carece de determinados movimientos” (testigo Rodolfo A. Morales, fs. 267 y vta.), “con poca movilidad” (testigo Elsa B. Cañas, fs. 208; testigo María A. Aguilera, fs. 269 y vta.; arts. 384 y 456 C.P.C.).

Corresponde, entones, cuantificar el daño patrimonial señalado (incapacidad parcial y permanente del 15%). La actora no probó de modo preciso y categórico cual fue la incidencia económica de su incapacidad en el ámbito laboral, familiar o social (art. 375 C.P.C.). Por ello, entiendo que procede acudir a la presunción de normalidad, de lo que sucede de ordinario según el curso natural de las cosas, esto es que la incapacidad del 15% de una mujer, actualmente de 75 años (fs. 5), tiene “per se” contenido económico porque acreditada la existencia del daño su cuantía es susceptible de ser determinada por prueba de presunciones (arts. 1066, 1067, 1083, 1086 y concs. Cód. Civil; arts. 163 inc. 5, 384, 456, 474 y concs. C.P.C.).

La afectación a la integridad psicofísica constituye un daño indemnizable porque se incluye en el concepto de incapacidad no solo la estricta repercusión laborativa (lo que en autos no fue probado) sino también se considera que “la integridad psicofísica tiene un valor indemnizable “per se” que no sólo compete las efectivas y concretas ganancias dejadas de percibir, sino que además incluye la afectación vital de la persona en su “mismidad”, individual y social, por lo que a la víctima se le debe resarcir el daño a la salud que repercute en su significación vital”, (esta Sala, 13/2/97, “Viñas Ana M.c/ Pedersen Pablo G.”, L.L.Bs.As.1997- 993; causa 47411 “Andriuolo c/ Ferrosur”, del 13/12/04, causa 47749 “Esteban c/ Cupani” del 03/03/05). En ese precedente se recordó que la incapacidad sobreviniente comprende –en primer lugar- la minoración económica en el plano productivo o laboral pero también abarca todo menoscabo en la vida, la salud e integridad o armonía física o psíquica de la persona humana, por lo que el daño debe ser resarcido por tratarse de una disminución en la capacidad vital, aun en los casos en que esa merma o deterioro físico no dificulte la realización de tarea alguna” (causa cit.). También se recordó, en consideraciones aquí aplicables, que “la incapacidad debe ser computada en general, prescindiendo de fijar un porcentaje exacto sobre la incapacidad total, justamente basado el criterio en que las tablas de incapacidad laboral no son apropiadas a estos efectos civiles, en que debe evaluarse la actividad total del sujeto” porque “el cálculo no debe ceñirse a criterios matemáticos en base a tablas indicadoras relativas a la futura vida útil de la víctima, sino que debe fijarse sujeta al prudente arbitrio judicial ponderando la importancia de las lesiones, la edad de la víctima, la repercusión que las mencionadas secuelas pueden tener en una futura actividad productiva y demás circunstancias del caso” (cf. esta Sala, causa nº 54.049, 14/10/10, “Sola...”).

En consecuencia, y siendo que la ausencia de prueba no conlleva al rechazo de la pretensión sino que conduce a hacer jugar la presunción de daño a la salud o integridad física y psíquica – aunque en valores menores, precisamente por el déficit probatorio- propicio al acuerdo fijar el monto en \$ 67.000 en concepto de incapacidad sobreviniente comprensiva de todos los daños materiales que alteran su integridad psicofísica (arts. 1066, 1067, 1086, 1083 y concs. Cód. Civil; esta Sala, causas nº 58.109, 20/02/14, “Montesano c/ Adami” y nº 58.124, 21/04/14, “De Arzave...”).

3.- Con esas mismas bases fácticas estimo justo y equitativo fijar el daño moral en \$ 45.000, atendiendo a las molestias, dolencias y padecimientos producidos por el hecho y por los avatares que la condujeron a que tiempo después sea operada en otra ciudad.

La actora además de las molestias y dolores derivados de la colocación del yeso padeció afecciones espirituales durante un cierto tiempo más, con la posterior operación recuperadora (arts. 1078, 1083, 1086 y concs. Cód. Civil). Esta cuantía por daño moral comprende las

repercusiones extrapatrimoniales desfavorables derivadas de las secuelas estéticas y psicológicas, sobre las que no se produjo ninguna prueba (arts. 375 y 384 C.P.C.).

Sobre el daño moral este Tribunal se ha manifestado, sosteniendo que “la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria” (B. Alsina, “Teoría General de la responsabilidad civil”, cit.p.205), y que “se traduce en el sentimiento de dolor que experimenta la víctima o sus parientes, generalmente en los delitos que lesionan los bienes personales –vida, integridad física o moral, honor, libertad”, (Orgaz, Alfredo “El daño resarcible”, ps.223,242, causa cit. y causa nº 54.049, “Sola...” también cit. anteriormente).

4.- Los daños psicológicos y estéticos deben ser rechazados como daños patrimoniales porque no se acreditaron afecciones psíquicas y estéticas con grado de patología permanente ni su repercusión económica desfavorable como fuente de ingresos (art. 1086 y concs. Cód. Civil).

La actora no probó que la afectación a su integridad psíquica quedó afectada con incidencia patrimonial distinta y diferente a la computada en el rubro indemnizado como incapacidad sobreviniente y por daño moral (arts. 1078, 1083, 1086 y concs. Cód. Civil). “Más allá de rotulaciones dogmáticas, el daño psíquico puede ser un daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y un daño extrapatrimonial o moral, o ambos a la vez, pese a que se admitan distingos intelectuales” (cf. mi artículo “Acerca del daño psicológico”, en J.A. 2005-I57474 23 1197) y debe ser probado por la víctima (arts. 375 y 384 C.P.C.). “El daño psíquico constituye una afección de la personalidad o del equilibrio emocional de la víctima que altera el funcionamiento del cerebro, del razonamiento o de las facultades intelectuales o de la mente de la persona, que produce un daño que debe ser traumático, patológico e irreversible, configurando incapacidad parcial o permanente” (cf. Tarraborrelli, José N., “Daño psicológico”, J.A. 1997-II-11).

Idéntica consideración corresponde para el denominado daño estético (art. 375 C.P.C.).

No hace mucho la Corte Local reiteró su doctrina legal en el sentido que “la lesión estética constituye un daño material en la medida en que influya sobre las posibilidades económicas del damnificado o lo afecte en sus actividades sociales proyectándose sobre su vida personal, sin perjuicio de su valoración al justipreciar el daño moral padecido por la víctima”, añadiendo que a los fines indemnizatorios la lesión estética -por regla- no constituye un tertium genus que deba repararse en forma autónoma, particularizada e independiente del daño patrimonial y del daño moral. Tal práctica puede llevar a una inadmisibile doble indemnización” (S.C.B.A., Ac. C. 108.063, 9/5/2012, “P. , C. y otro contra Ferreria Marcelo. Daños y perjuicios” (por unanimidad, voto Dr. Soria, al que adhirieron los Dres. de Lazzari, Hitters y Negri). Con esa base argumental y en consideraciones trasladables al caso decidió que debía dejarse sin efecto la parcela de la sentencia que admitió el daño estético porque la Cámara de origen ya había “reconocido la reparación tanto de la incapacidad física como psíquica (teniendo en cuenta al efecto las lesiones cicatrizales en el miembro inferior derecho del actor), como así también el daño moral donde también ponderó su repercusión en la faz extrapatrimonial”. Por consiguiente, y siendo que las eventuales secuelas exteriores de la mano de la actora están comprendidas en el resarcimiento del daño patrimonial por incapacidad y del daño moral (por las repercusiones extrapatrimoniales de la lesión estética en sí misma), no procede su admisión peticionada por separado (arts 1078, 1083 y 1086 Cód. Civil). Reitero que 57474 24 al no constituir daños autónomos las afecciones espirituales derivadas de la minoración estética quedan subsumidas en el daño moral (art. 1078 Cód. Civil).

En definitiva: ambos rubros (daños estético y psicológico) deben ser rechazados por falta de prueba de su configuración, extensión y cuantía (art. 375 C.P.C.; arts. 1083, 1086 y concs. Cód. Civil).

4.- En lo atinente al daño material por gastos médicos y asistenciales, y pese a la ausencia de prueba en contrario, acreditado el daño final (la incapacidad) y el tratamiento médico y asistencial, corresponde acoger el rubro en \$ 6.000 (arts. 1066, 1067, 1068 y concs. Cód. Civil;

art. 165 C.P.C.). Ello así porque también rige la presunción de daño (se presumen erogaciones devengadas por la necesidad de tratamientos médicos) partiendo de lo que sucede de ordinario, lo que conduce a su cuantificación a valores mínimos por la ausencia de prueba (arts. 375 y 384 C.P.C.; arts. 901, 906 y concs. Cód. Civil).

5.- Todas las sumas indemnizatorias aquí fijadas llevarán intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para las operaciones de descuento, y ello así por cuanto "cabe recordar que este Tribunal, siguiendo invariable doctrina casatoria obligatoria, tiene resuelto que "la tasa que debe aplicarse es la pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en sus depósitos a treinta días para las imposiciones a treinta días" (S.C.B.A. C96831, 14/4/2010 "Ocon" más recientemente Ac.95.720, 15/09/10 "Ferreyra"; esta Sala causas N° 53.713, 03/08/2010, "Artola, Mabel c/ Bejomac S.A. s /Daños y Perjuicios" y N° 54.049 del 14/10/10 cit.).

En las causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi" (ambas sentencias del 21-X- 2009) la Suprema Corte decidió -por mayoría- ratificar la doctrina que sostiene que a partir del 1 de abril de 1991, los intereses moratorios deben ser liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623, Código Civil) con arreglo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será 57474 25 diario con igual tasa (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928 -modificada por ley 25.561-; 622, Código Civil)" (S.C.B.A., Ac. C. 103.555, 22/5/2013, "Romero, Walter Oscar y otro contra Kotula de Wasylikone, María y otro. Daños y perjuicios", voto de la mayoría del Dr. Negri, al que adhirió los Dres. Kogan, Soria y Hitters por sus fundamentos).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores LONGOBARDI y PERALTA REYES, por los mismos argumentos, votaron en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor GALDÓS, dijo: Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., corresponde revocar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de agravio y por consiguiente: 1) admitir la demanda promovida por E. N. B. contra el Dr. C. B. y el Hospital Municipal "Bernardino Rivadavia" de General Alvear, condenando a los demandados a pagar a la actora la suma de \$ 118.000 (en concepto de daño patrimonial y moral) dentro de los diez (10) días de quedar firme la liquidación que al efecto se practique, con intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus depósitos (cf. S.C.B.A. C96831, 14/4/2010 "Ocon" más recientemente Ac.95.720, 15/09/10 "Ferreyra"). 2) Desestimar los rubros daño psicológico y estético. 3) Imponer las costas en ambas Instancias en el 80% a cargo de la demandada en atención al progreso de la demanda y al rechazo de dos rubros (arts. 68 y 69 del C.P.C.C.). 3) Dejar sin efecto la regulación de honorarios de los letrados y peritos intervinientes. 4) Diferir la retribución por la labor desarrollada ante este Tribunal para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77).

Así lo voto.

A la misma cuestión, los Señores Jueces Doctores LONGOBARDI y PERALTA REYES, por los mismos argumentos, votaron en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, 23 de Abril de 2014

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del C.P.C.C., REVOCASE la sentencia apelada en lo que ha sido materia de agravio y por consiguiente: 1) ADMÍTASE la demanda promovida por E. N. B. contra el Dr. C. B. y el Hospital Municipal "Bernardino Rivadavia" de General Alvear. 2) CONDÉNASE a los demandados a pagar a la actora la suma de \$ 118.000 (en concepto de daño patrimonial y moral) dentro de los diez (10) días de quedar firme la liquidación que al efecto se practique, con intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus depósitos (cf. S.C.B.A. 96831, 14/4/2010 "Ocon" más recientemente Ac.95.720, 15/09/10 "Ferreyra"). 3) DESESTÍMANSE los rubros daño psicológico y estético. 4) IMPÓNGANSE las costas en ambas Instancias en el 80% a cargo de la demandada en atención al progreso de la demanda y al rechazo de dos rubros (arts. 68 y 69 del C.P.C.C.). 5) DÉJASE SIN EFECTO la regulación de honorarios de los letrados y peritos intervinientes. 6) DIFIÉRASE la retribución por la labor desarrollada ante este Tribunal para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77). 7) REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y DEVUÉLVASE.

Fdo.: María Inés Longobardi - Jorge Mario Galdós – Víctor Mario Peralta Reyes

Ante mí: Marcos Federico García Etchegoyen – Auxiliar Letrado

Citar: elDial.com - AA8700

Publicado el: 01/01/1900

Copyright 2014 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina