

Correla

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Intervención quirúrgica.

Negligencia. Deber de información Se confirma el rechazo de la demanda por mala praxis, pues no existe ninguna constancia que confiera verosimilitud a la pretensión de endilgar al galeno demandado -y por ende, también a la empresa de medicina prepaga y a la clínica- un incumplimiento de la prestación comprometida en lo referido al diagnóstico y el tratamiento del paciente, pues de las pericias surge que la intervención quirúrgica realizada se encontraba entre las posibilidades plausibles para tratar el cuadro del paciente.

En Buenos Aires, a los 18 días del mes de mayo de 2015, hallándose reunidos los señores jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: ?C., L. A. y otro c/ M. S.A. y otros s/ daños y perjuicios? y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Picasso dijo: I.- La sentencia de fs. 2571/2587 desestimó la demanda promovida por L. A. C. contra M. S.A., I. C. de B. A. (en adelante, ICBA), J. C. P., y la citada en garantía La Estrella Cía. Argentina de Seguros S.A. (Grupo Juncal), con costas en el orden causado. La decisión fue apelada por Juncal Cía. de Autos y Patrimoniales S.A. y por el demandante. Al fundar su remedio, la citada en garantía se agravió de la distribución de las costas decidida en la instancia de grado, por cuanto -según adujo- no existen razones en autos para apartarse del principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 68 del Código Procesal (vid. fs. 2703/2704). Por su parte, la parte actora, en su expresión de agravios, sostuvo -en síntesis- que: a) se encuentra acreditado en autos que el Dr. P. fue el único que consideró la realización de una intervención quirúrgica como una solución viable, cuando no existía sintomatología neurológica que lo justificara; b) la decisión recurrida carece de razonabilidad, y es contraria a derecho y a lo que surge de la prueba producida en autos, que da cuenta del mal obrar del facultativo demandado; c) el sentenciante no valoró los dictámenes médicos obrantes en la causa en consuno con las demás pruebas aportadas, y se limitó a tomar exclusivamente sectores parciales de los informes médicos como la única verdad sobre lo ocurrido; d) no se valoró que el actor, con anterioridad a la realización de la intervención quirúrgica, era un paciente asintomático, por lo que no se aprecia cuáles serían las razones para abandonar el tratamiento clínico y someterse al quirúrgico; e) en el caso no se realizó una interconsulta con un neurólogo, lo cual resultaba pertinente dada la situación clínica en que se encontraba el enfermo; f) en el dictamen producido en esta causa el perito médico valoró subjetivamente las razones que, supuestamente, pudieron conducir al galeno demandado a no realizar una angiografía digital con anterioridad a la intervención, cuando surge de las probanzas de autos que era necesario efectuar tal estudio; g) no existía en el caso ninguna manifestación sintomática en el paciente que hiciera evidente la necesidad de realizar la intervención quirúrgica; h) la extinción de la acción penal carece de efectos de cosa juzgada en sede civil; i) resulta de aplicación en el caso la teoría de las cargas probatorias dinámicas, por lo cual recaía sobre el médico la prueba de su adecuado accionar; j) no existe duda alguna de que el Sr. C. padeció dos infecciones intrahospitalarias o nosocomiales; k) no se encuentra acreditado que se haya obtenido el consentimiento informado del paciente; l) el testigo cuya declaración es citada por el sentenciante es parcial, pues integraba el equipo médico del Dr. P.; m) carece de todo asidero pensar que un paciente del nivel sociocultural del aquí actor habría aceptado someterse a una operación que podía llegar a dejarlo cuadripléjico y postrado por el resto de su vida; n) el magistrado omitió valorar las impugnaciones de la pericia formuladas por la parte actora, que se encuentran debidamente fundamentadas; o) la intervención quirúrgica realizada era innecesaria e inadecuada, lo que permite advertir el accionar negligente del médico, y p) la decisión recurrida se sustenta en un dictamen del Cuerpo Médico Forense, en el marco de la causa penal, que fue luego dejado de lado y desestimado por una pericia posterior, obrante a fs. 186/196 de ese expediente. Los fundamentos vertidos por la citada en garantía fueron contestados a fs. 2777/2778, mientras que los de la actora merecieron respuesta a fs. 2758/2763, 2765/2774 y 2779/2789. II.- Liminarmente, y previo a ingresar en el análisis de los agravios vertidos en los remedios sub examine, corresponde señalar que no se encuentra debatido en la causa que el Sr. C. fue intervenido quirúrgicamente el día 26/4/1995 en el ICBA por el Dr. J. C. P.. Las partes tampoco cuestionan que el mentado profesional atendió con anterioridad al demandante, tanto en el ICBA como en su consultorio privado, y fue quien recomendó la realización de la operación que, según el actor, le produjo los perjuicios por los que ahora reclama. En cambio, los litigantes no se encuentran contestes en cuanto a las circunstancias particulares en que se desarrolló la relación médico-paciente. En particular, sobre si era necesaria la operación quirúrgica realizada, si el médico actuó diligentemente en la atención del paciente, y si se informó debidamente al demandante sobre los riesgos que implicaba la intervención. III.- a) Encuadre jurídico de la responsabilidad de M. S.A. y de ICBA En la medida en que se está demandando a la empresa de medicina prepaga a la que el actor estaba afiliado, y a la clínica donde se produjo la intervención, resulta de aplicación en el sub lite la ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor. Ello es así, ante todo, en tanto, como lo ha

señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación -y lo ha ratificado el legislador mediante la sanción de la ley 26.682 (arts. 4, 27 y concs.)-, ¿es aplicable el régimen de defensa del consumidor al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, habida cuenta que se trata de un contrato de adhesión y consumo? (CSJN, 3/13/2001, ?E., R. E. c/ Omint S.A. de Servicios, LL, 2001-B-687; por remisión, en el caso, al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación). En el mismo sentido se ha expedido esta cámara: ?Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella? (esta cámara, Sala A, 4/7/2005, ?D. de R., S.E. c/ Medicus S.A.?, ED, 215-23). Por otra parte, como es sabido, si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2, ley citada), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que -en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa (esta cámara, Sala A, L. n° 582.467, ?T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.?, del 14/5/2012; Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 355; ídem, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102 y 114). En el mismo sentido, se ha dicho que la ley 24.240 ¿es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aún ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o prestan servicios a consumidores o usuarios? (Cám. Nac. Civ. Com. Fed., Sala III, 26/9/2006, RCyS, 2006-685; vid. asimismo SCJ Mendoza, Sala 1, 11/10/1995, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA, 24/5/06; esta cámara, Sala L, ?C. de A., O. R. c/ Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina y otros?, L. n° 568.586, del 2/2/2012). Concluyo, entonces, que resulta aplicable al sub lite la ley 24.240 y las normas que con ella se integran. Y aunque resulte sobreaabundante, señalo que esta afirmación es independiente de que las partes hayan o no invocado dicho microsistema legal pues, como es sabido, corresponde al juez determinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes, más allá de la calificación que éstos les hayan asignado (iura novit curia). Adicionalmente, surge del art. 63 de la norma citada que se trata de una ley de orden público y, como tal, debe ser aplicada de oficio por el juez. Sentado ello, añado que, como es obvio, las empresas de medicina prepaga y las clínicas responden por el hecho de los médicos que emplean para cumplir sus obligaciones. Como lo he dicho con anterioridad (ver mi voto, esta cámara, Sala A, L. n° 581.002, ?Leguizamón, Hilda del Valle c/ De La Fare, Mauricio y otros?, del 8/3/2012; ídem, L. n° 571.184, ?Peralta, Ricardo, c/ Obra Social Ferroviaria?, del 23/2/2012), para llegar a esta conclusión no es preciso recurrir -un tanto ficticiamente- a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la empresa de medicina prepaga y la clínica siguen siendo deudora de las prestaciones médicas -aunque las haga ejecutar materialmente por otro-, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudora) responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inexecución (vid. mis trabajos La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 29 y ss.; y ?Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada?, RCyS, agosto de 2006, p. 42; Bénac-Schmidt, Françoise y Larroumet, Christian, ?Responsabilité du fait d'autrui?, en Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, París, 2002, t. IX, p. 4 ; Durry, Georges, informe conclusivo en La responsabilité du fait d'autrui, Responsabilité Civile et Assurances, noviembre de 2000, p. 63 ; Rémy, Philippe, ?La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept?, Revue trimestrielle de droit civil, 1997-323, p. 346; Starck, Boris - Roland, Henri - Boyer, Laurent, Droit civil. Les obligations, Litec, París, 1996, t. 2, p. 709; Flour, Jacques - Aubert, Jean L. - Savaux, Éric, Les obligations, Armand Colin, París, 2002, t. 3, p. 132/133 ; Larroumet, Christian, ?Pour la responsabilité contractuelle?, en Le droit privé français à la fin du XXe siècle, obra en homenaje a Pierre Catala, Litec, París, 2001, p. 15 ; Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, Civitas, Madrid, 1994 ; Lorenzetti, La empresa médica, cit., p. 113, 117/118 y 426 y ss. ; Ramella, Anteo, ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1967; Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S., ?El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social?, LL, 1985-B-156; Kemelmajer de Carlucci, Aida, Daños causados por los dependientes, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 41; Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 3, p. 157; Banchio, Enrique C., Responsabilidad obligacional indirecta, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66; Tobías, José W., ?El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas?, LL, 1983- b, 1143). En este sentido, debe tenerse en cuenta que la obligación principal de las clínicas, o de las empresas de medicina prepaga, no se agota en la provisión de los profesionales necesarios para la atención del paciente, sino que consiste en prestar al enfermo el servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor, el cual, obviamente, no se encuentra garantizado, dado que se trata de una obligación de medios. En otros términos, el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la obligación principal a cargo de la ya citada codemandada, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de aquellos, no por el incumplimiento

de una obligación de seguridad, sino por el de la mencionada obligación principal. Es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento (Sáenz, Luis R. J., ¿La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor?, en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 626 y ss). Por eso coincido con Lorenzetti en que la relación entre la clínica -o la empresa de medicina prepaga-, el paciente y el médico no puede analizarse como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio. El problema a resolver se vincula entonces con esta relación jurídica y no con la que se entabla entre el médico y la clínica con efectos subsidiarios hacia terceros. El paciente no es tercero, sino parte. Por lo demás, en la estipulación a favor de terceros el tercero adquiere un beneficio cuya extensión está vinculada al contrato base, mientras que en el contrato médico hay una contraprestación y no un mero beneficio, y la extensión del vínculo se determina en función de aquella reciprocidad. Si fuera un mero beneficiario, el paciente solo podría adherir y no discutir nada, y se desvirtuaría la noción de consentimiento informado. Por ello, en virtud de la estructura del vínculo obligatorio, debe entenderse que la clínica -o la empresa de medicina prepaga- responde contractualmente y de modo directo por el incumplimiento, sin importar que la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquella (Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 334 y ss.). Esta es la posición de la jurisprudencia francesa, que descarta la aplicación de la estipulación a favor de terceros y considera que la clínica es la única deudora de las prestaciones médicas, y en tal carácter responde en forma directa por su incumplimiento (Corte de Casación, primera Sala civil, 4/6/1991, Gazette du palais, 1992-II-503, con nota de François Chabas; Revue trimestrielle de droit civil, 1992-123, con nota de Patrice Jourdain; JCP, 1991-II-21730, con nota de Jean Savatier; Idem., 26/5/1999, JCP, 1999- II-10112; Droit et Patrimoine, n° 73, julio-agosto de 1999, p. 84, con nota de François Chabas; Défrenois, 1999-1334, con nota de Jean-Luc Aubert; Dalloz, 1999, somm., n° 386, con nota de Jean Penneau; Idem., 9/4/2002, JCP, 2002-I-186, con nota de Geneviève Viney; Responsabilité civile et assurances, 2002, chron. n° 13, con nota de Christophe Radé; Revue trimestrielle de droit civil, 2002-516, con nota de Patrice Jourdain ; Droit et Patrimoine, n° 106, p. 96, con nota de François Chabas ; Idem., 13/11/2002, Gazette du palais, 7-8/3/2003, jurispr., 42, con nota de François Chabas ; Dalloz, 2003, somm., n°460, con nota de Patrice Jourdain; Tribunal des Conflits, 14/2/2000, JCP, 2001-II-10584. Vid. al respecto mi trabajo ¿La responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical?, Gazette du Palais, n° 126/127, 5/6 de mayo de 2004, y Welsch, Sylvie, Responsabilité du médecin, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.). Ahora bien, es sabido que la prestación principal a cargo de los médicos -o, como en este caso, de la empresa de medicina prepaga y la clínica- es, en principio, de medios, puesto que solo se comprometen a la realización de un comportamiento diligente para alcanzar el resultado esperado por el paciente, que no se encuentra afianzado, dada su aleatoriedad (Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 469 y ss; esta cámara, Sala A, 16/7/2004, RcyS 2004-113; ídem, Sala C, 1/6/2004, LL 2004-F, 206; ídem, Sala B, 4/3/2004, RcyS 2004-IV, 70; ídem, Sala D, 30/9/1998, sum. 0011916, BaseIsis; CNCiv y Com. Fed, Sala 3, 26/8/1992, JA 1993-I, 301; CCiv. Com. Azul, Sala II, 11/3/2004, LLBA 2004-630, entre muchos otros precedentes). No es óbice a esa conclusión el hecho de que la ley 24.240 prevea la responsabilidad objetiva de todas las personas que han intervenido en la producción o comercialización de un producto o servicio defectuoso (art. 40), dado que tanto esa disposición como el art. 5 de aquella ley se refieren a los daños derivados de la lesión de bienes distintos de los que constituyen el objeto contractual, con lo cual regulan el deber de indemnidad del establecimiento asistencial, y no su deber de prestación. Este último, en cambio, a falta de norma expresa en ese sentido, se rige -en principio- por las reglas comunes, lo que implica que la obligación de prestar cuidados médicos es de medios, y su incumplimiento se patentiza mediante la conducta negligente de los facultativos que cumplen materialmente el plan prestacional. b) Encuadre jurídico de la responsabilidad del médico Descartada la aplicación a casos como el presente de la teoría de la estipulación a favor de terceros, la relación contractual se anuda -en principio- exclusivamente entre el paciente y la clínica y/o la empresa de medicina prepaga (vid. mi voto in re ¿Torres? y ¿Antúnez?, ya mencionados). Sin embargo, cabe hacer la salvedad de aquellos casos en los que el enfermo elige y contrata personalmente al médico que lo habrá de atender, aunque integre la cartilla de una obra social o empresa de medicina prepaga. Esta situación es la que, a mi criterio, se configura en el sub lite, pues el actor acudió a atenderse en el consultorio del Dr. P., quien, según sus propios dichos, fue su cardiólogo de consulta (vid. fs. 683/695). Asimismo, esta circunstancia se evidencia a través de las tarjetas de consulta aportadas en copia por el propio médico a fs. 490/492. Por ende, poca duda cabe de que la relación entre el actor y el codemandado citado en último término reviste, en el caso, naturaleza contractual, por lo que deberá regirse, en lo que atañe a la responsabilidad de dicho profesional, por lo dispuesto por los arts. 520 y cons. del Código Civil. Asimismo, reitero que es pacífica la opinión según la cual las obligaciones que asumen los facultativos son normalmente de medios, por lo que, en principio, deberá probarse su culpa a efectos de obtener una condena

favorable al paciente damnificado. En este sentido, cabe señalar que la culpa profesional no es algo distinto a la culpa en general, según la define el art. 512 del Código Civil. Como lo he afirmado con anterioridad, no es posible sentar a priori una regla según la cual el médico prestará siempre la culpa grave, o bien la levísima, sino que el parámetro de comparación deberá construirse en cada caso teniendo en cuenta cómo habría actuado, en la especie, un buen profesional de la especialidad de la que se trate (arts. 512, 902 y 909, Código Civil; vid. mi trabajo "Error y culpa médica", en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), Responsabilidad civil. Liber amicorum a Francois Chabas, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 267).

IV.- Partiendo de esas premisas, e ingresando en el análisis de la controversia de autos, memoro que en esta clase de pleitos, en los que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia, de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos como sus conclusiones deben ser adoptados por el sentenciante, salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante, podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (esta cámara, Sala A., 25/9/12, "A., N. A. c/ B., A. y otro s/ daños y perjuicios", L. 593.116; Devis Echandía, Hernando, Compendio de la prueba judicial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. II, ps. 112 y ss.).

El perito médico designado de oficio señaló que el actor había padecido, en enero de 1992, una hemiplejía izquierda con secuela grave, como consta en la historia clínica. Con ese antecedente, y el hallazgo de obstrucciones carotideas bilaterales severas, existían -según el experto- suficientes razones como para indicar una revascularización cerebral, evaluando previamente el balance riesgo-beneficio. También indicó el perito que no es totalmente necesario, para proceder a una intervención como la de autos, la realización de una arteriografía de los cuatro vasos del cuello, en presencia de otros estudios no invasivos confiables; que no parecía razonable, en el caso, continuar con un tratamiento farmacológico, y sí intentar el procedimiento de revascularización carotidea (que fue la intervención realizada en el caso), aun en un paciente de alto riesgo, que de otra manera tenía un futuro incierto. En cuanto a la infección intrahospitalaria que contrajo el paciente en el nosocomio, concluyó el experto que la infección urinaria era esperable en un paciente con sonda vesical permanente, y que la infección por estafilococo es altamente probable en pacientes con mal manejo de las secreciones bronquiales, como era el caso del actor como consecuencia del accidente cerebro vascular (en adelante, ACV; vid. fs. 1592 vta./1593).

Al dar respuesta a los puntos de pericia formulados por los codemandados ICBA y Parodi, el perito dictaminó que, dadas las condiciones hemodinámicas de ambas carótidas del paciente, y una vez evaluado el riesgo-beneficio, a pesar del alto riesgo vascular, el procedimiento quirúrgico de revascularización era conveniente. Concluyó también allí que el análisis de las constancias de autos no permite advertir que haya existido negligencia, imprudencia o impericia del personal médico o paramédico, y que, si bien las infecciones detectadas al actor no son buenas para este último, son esperables en casos similares, y no son causa de la evolución final del paciente. Sobre este último aspecto, dijo el perito que el ACV perioperatorio, la secuela previa que tenía el actor y la enfermedad sistémica vascular son las principales razones de la mala evolución (vid. fs. 1593 vta./1594).

En particular respecto del cumplimiento del deber de información, y de la obtención del consentimiento informado, dijo: "En la HC consta que se habló con la familia y el paciente de los riesgos y de la ecuación riesgo-beneficio de la revascularización (16/05/95). En la HC consta haber evaluado el alto riesgo quirúrgico neurológico (23/04/93), se lo trató médicamente desde el 23/04/93. En una evolución previa refiere la HC que se lo trató con esclerofin y adalat retard. La cirugía fue el 27/04/95 como se dijo anteriormente. Hay constancias de por lo menos cuatro visitas preoperatorias con el Dr. P., en una de ellas el 06/04/95 donde se postergó la cirugía por un 'mal momento personal del pt., según consta en HC, por un mes' (textual). El mismo Dr. P., el 16/04/95 cuando habla de los riesgos quirúrgicos le fundamenta y sustenta la indicación quirúrgica en el peligro del infarto bi-hemisférico, según consta en HC" (sic., fs. 1594 vta.). Sobre la misma cuestión señaló, al contestar la ampliación de los puntos de pericia: "...el Dr. P. informa los riesgos, si bien no consta ninguna firma del pt. o un familiar que lo evidencie. En 1995 no era corriente el firmar el consentimiento informado por parte del pt., como lo es actualmente, es un elemento legal que comenzó a difundirse alrededor del año 2000" (vid. fs. 1597). Es cierto que el demandante impugnó el informe que acabo de reseñar (vid. fs. 1643/1657). Sin embargo, sus dichos no se encuentran avalados por la firma de consultores técnicos y, a su vez, han merecido las respuestas del experto a fs. 1663/1670, que me impresionan como debidamente fundadas. Por ende, concluyo que cabe otorgar pleno valor probatorio al dictamen del perito médico, atento a su contundencia y razonabilidad (art. 477 del CPCCN).

Más allá de ello, no puede soslayarse el dictamen del Cuerpo Médico Forense, obrante en la causa penal caratulada "P., J. C. s/ lesiones culposas" (expte. 3134/95). Es que el aporte de dicho cuerpo científico especializado es fundamental, pues se trata de un órgano imparcial auxiliar de la justicia, cuyos miembros son designados de acuerdo a sus antecedentes y especialidad, lo que permite aceptar sus conclusiones, siempre y cuando el dictamen sea coherente, categórico y fundado en principios técnicos, dada la reconocida autoridad científica que dicho cuerpo posee (esta

cámara, sala A, 14/5/2012, ?T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.?.; ídem, 9/12/2008, ?C., O. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados?.; ídem, sala J, 22/11/2011, ?L., E. F. c/ S., R. s/ Daños y Perjuicios?, LLOnline). En particular, cabe destacar que dicho cuerpo consideró que: "Si bien la resolución quirúrgica de procesos obstructivos de los vasos del cuello es una técnica comúnmente realizada y siempre preventiva hay otras consultas medicas que prefiere realizar tratamiento medicamentoso (...). Se trata de un paciente con antecedentes de ACV con hemiparesia faciobraquiocrural que fue operado con un criterio científico pero opinable y con una complicación indeseable que produjo secuelas neurológicas" (fs. 289). A mi modo de ver, las constancias antes reseñadas echan luz sobre el acierto -al menos parcial- de la sentencia de grado. En efecto, la opción adoptada por el médico tratante del actor (intervención quirúrgica) se encontraba, al menos, entre las posibilidades plausibles para tratar el cuadro del paciente, lo cual impide considerar que, en la elección del tratamiento, haya existido un accionar negligente por parte del galeno. Asimismo, los dictámenes ya reseñados son coincidentes en cuanto a que las convulsiones y el ACV que padeció el demandante luego del acto quirúrgico son un riesgo ínsito en el tipo de intervención que se llevo a cabo, máxime con los antecedentes que presentaba el Sr. C.. Es decir, no surge de la causa que haya existido un obrar culpable del médico que haya sido la causa adecuada del resultado, sino, por el contrario, que las consecuencias dañosas que motivaron la promoción del presente litigio son consecuencia de los peligros que encerraba la operación que se llevó a cabo (riesgo quirúrgico). Por último, y conforme a los dichos del perito médico, las infecciones intrahospitalarias invocadas por el demandante, si bien existieron, tampoco guardan relación causal con las consecuencias cuyo resarcimiento se persigue. En consecuencia, sólo cabe concluir -en coincidencia con la decisión adoptada en la anterior instancia- que no existe ninguna constancia en la causa que confiera verosimilitud a la pretensión de endilgar al galeno demandado -y por ende, también a la empresa de medicina prepaga y la clínica- un incumplimiento de la prestación comprometida en lo referido al diagnóstico y el tratamiento del paciente, por lo que corresponde desestimar los agravios vertidos al respecto. V.- Toca examinar las quejas de la parte actora, relativas al incumplimiento del deber de información por parte de los demandados. Sabido es que el deber de información en materia médica encuentra fundamento, por un lado, en el principio de buena fe (art. 1198 del Código Civil) y, por el otro, en el respeto de los derechos fundamentales del paciente, tales como el de autodeterminación y el derecho personalísimo sobre la integridad física (arts. 19 y 33, Constitución Nacional; I, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3 y 12, Declaración Universal de Derechos Humanos; 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 6 y 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Más allá de ello, la cuestión ha sido objeto de una expresa regulación por la ley 26.529, aunque esta normativa, en atención a la fecha de su promulgación, no resulta aplicable en el sub lite (art. 3, Código Civil). Es pacífica la opinión que considera que dentro de la información que debe suministrarse al paciente se encuentra incluida la que versa sobre los riesgos y efectos colaterales de la práctica médica a desarrollarse (conf. López Mesa, Marcelo J. - Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 425). Sin embargo, no es tan sencillo determinar si ello abarca todos los riesgos posibles, o solo los que revisten cierta frecuencia estadística. En Francia, la Corte de Casación entiende, a partir del año 1998, que deben informarse todo los riesgos graves, aún los excepcionales (Corte de Casación, 1ª Sala Civil, 7/10/1998, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1999.111, con nota de Patrice Jourdain; Idem, 9/10/2001, Droit et Patrimoine, abril 2002, p. 92, con nota de Francois Chabas). La ley del 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud reformó el art. L. 1111-2 del Código de la Salud Pública, que obliga ahora a los facultativos a informar al paciente acerca de "los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles que comportan [las investigaciones o tratamientos] así como las otras soluciones posibles y sobre las consecuencias previsibles en caso de negativa". En la doctrina nacional campea, en cambio, un criterio más moderado, que sólo pone a cargo del médico la información sobre los riesgos más comunes -o "estadísticos?-, excluyendo los anormales o extraños (Lorenzetti, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, t. I, p. 208; Calvo Costa, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 347). La cuestión de la carga de la prueba del cumplimiento o incumplimiento de esta obligación de informar también es polémica. Algunos fallos nacionales parecen inclinarse por exigir que sea el paciente quien acredite que no se le informó (esta cámara, Sala G, 31/10/2006, ?Lorenzatti, Oscar A. c/ Instituto Municipal de Obra Social?, LLOnline), mientras que otros ponen a cargo del médico la prueba de tal extremo (esta cámara, Sala M, 16/9/2002, ?B. de K. S., G. H. c/ G., J. A. y otros?, LL, 2003-B-316; CNFed. Civ. Com., Sala I, 1/2/2005, ?R. L. A. c/ Hospital Aeronáutico y otro?, LL, 2005-D-755), o bien, sosteniendo como principio que el onus probandi pesa sobre el paciente, confieren sin embargo gran valor a las presunciones hominis para tener por acreditada la ausencia de información (esta cámara, Sala D, 9/3/2004, ?F. M. G. c/ Asociacion Francesa Filantrópica?, RCyS 2004-388, con nota de Carlos A. Calvo Costa). Por mi parte, comparto el criterio mencionado en segundo término (la prueba incumbe al facultativo), que ha sido seguido, por lo demás, por la Corte de Casación francesa, precisamente en un caso de responsabilidad médica: ?Quien está legalmente o contractualmente ligado por una obligación particular de información debe

soportar la prueba del cumplimiento de esa obligación? (Corte de Casación, primera Sala civil, 25/2/1997, Défrenois, 1997-751, con nota de Jean-Luc Aubert; Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1997-434, con nota de Patrice Jourdain; el criterio ha sido luego confirmado por la ley del 4 de marzo de 2002, ya citada, al reformar el art. 1111-2 del Código de Salud Pública). El citado tribunal ha reiterado el criterio en otras situaciones caracterizadas por el carácter profesional de una de las partes, como sucede con los abogados (primera Sala Civil, 29/4/1997, Juris Classeur Périodique, 1997-II-22948) y el vendedor profesional (primera Sala Civil, 15/5/2002, Contrats. Concurrence. Consommation, octubre de 2002, p. 14). Sentado ello, cabe indagar si la dolencia que presentaba el actor puede ser considerada como un riesgo propio de la operación a la que se sometió y, de ser así, si este le había sido debidamente informado. Al primer interrogante he dado respuesta en el considerando que antecede. Sin embargo, cabe agregar a ello que, conforme a los dichos del perito médico: "...las complicaciones posoperatorias son probables y en caso como la del actor estaban aumentadas la probabilidades" (vid. fs. 1595 vta.). Así las cosas, el perjuicio sufrido por el paciente era un riesgo ínsito en la operación, y se produjo durante su transcurso. Es más, los propios codemandados P. e ICBA hicieron hincapié, al contestar la demanda, en: "...el riesgo quirúrgico implícito en el caso" (vid. fs. 692). Queda entonces por establecer si el paciente fue debidamente informado del riesgo en cuestión. En primera instancia se tuvo por acreditado ese extremo, por un lado, con la constancia inserta en la planilla de seguimiento del paciente, de la cual surge que el 26 de abril de 1995 "Se valora con el paciente y familia el riesgo versus beneficio de la intervención" (sic., fs. 2204). También en virtud de la prueba testimonial de fs. 2168/2169, en la cual el Dr. L. M. F. -integrante del equipo médico del codemandado Dr. P. dijo: "...estuvo en varias de las consultas pre-operatorias y se le informó [al paciente] de los riesgos del procedimiento (...) el Sr. C. era un paciente de alto riesgo y en forma consensuada entre el paciente, sus familiares y el Dr. P., se determinó el momento en que debía realizarse el procedimiento...". Señalo que en la época en que se realizó la intervención regía el art. 19 de la ley 17.132 (ahora modificado en este aspecto por la ley 26.589), que únicamente requiere el consentimiento por escrito en los casos de operaciones mutilantes, supuesto que no se configura en autos. Juzgo entonces que el ya mencionado asiento en la historia clínica, sumado a la declaración testimonial antes transcrita -que si bien debe ser apreciada con estrictez, por cuanto el Dr. F. integra el cuerpo médico del codemandado P., no cabe descartar sin más- resultan suficientes para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información que recaía sobre el galeno, máxime cuando no existe ninguna constancia en la causa que controvierta esos elementos. Finalmente, no deben perderse de vista las afirmaciones del perito médico, antes transcritas, en cuanto a que la forma en que se dejó constancia del cumplimiento del deber de información era propia de la práctica médica en el momento en que se produjo el hecho de autos (vid. fs. 1597). Por estos motivos, propongo desestimar los agravios vertidos al respecto por la parte actora.

VI.- En cuanto al recurso de apelación de la citada en garantía, cabe recordar que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 68 del Código Procesal, nuestro ordenamiento adjetivo adhiere a un principio generalmente aceptado en materia de costas, y cuyo fundamento reside básicamente en el hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pueda haber actuado durante la tramitación del proceso, puesto que quien promueve la demanda lo hace por su cuenta y riesgo (Fassi, Santiago C. - Yañez, César D., Código Procesal Civil y Comercial, Astrea, Buenos Aires, 1988, t. 1, p. 411 y ss.). Sin embargo, este principio no es absoluto, pues el artículo citado en último término faculta a los jueces a eximir a la parte vencida de la imposición de costas cuando ello sea procedente, y siempre teniendo en cuenta que dicha exención debe interpretarse restrictivamente (Fassi - Yañez, op. cit., t. 1, p. 416 y ss.). Por eso, y como ya lo ha puesto de resalto esta cámara, resulta procedente distribuir las costas en el orden causado si la parte que resultó perdidosa pudo, razonablemente, tener la convicción de que tenía motivos fundados para litigar (esta cámara, Sala A, 30/10/2009, "López Suárez, Juan Carlos y otro c/ Ferrosur Roca S.A.", LLOnline AR/JUR/74857/2009; íd., Sala G, 3/7/2009, "Delgado de Groperrin, María Concepción c/ Groperrin Lance, Roberto Gastón", LLOnline AR/JUR/25924/2009). En el presente caso, y contrariamente a lo afirmado por la recurrente, la parte actora tuvo razones fundadas para litigar, más allá de la procedencia o no de la acción intentada. Es que, como queda dicho, la opción adoptada por el médico tratante era "opinable" -al decir del Cuerpo Médico Forense-, y el paciente sufrió efectivamente importantes daños como consecuencia de la operación, aunque -por las razones aquí expuestas- ellos no sean, en definitiva, imputables a los demandados. Por ende, propongo al acuerdo desestimar también el planteo formulado por la aseguradora ya mencionada.

VII.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo confirmar la decisión recurrida en todo cuanto ha sido materia de apelación y agravios. Con costas de alza en el orden causado. El Dr. Kiper y la Dra. Abreut de Begher, por las consideraciones expuestas por el Dr. Picasso, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto firmando los señores Jueces por ante mí, que doy fe.

FDO. Sebastián Picasso, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper. Buenos Aires, de mayo de 2015.

Y VISTO, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I.- confirmar la decisión recurrida en todo cuanto ha sido materia de apelación y agravios. Con costas de alza en el orden causado. II.- A fin de conocer en las apelaciones deducidas contra los honorarios regulados a fs. 2587/2587 vta., es de señalar que en los supuestos de rechazo de demanda debe

computarse como monto del juicio el valor íntegro de la pretensión (conf. Fallo Plenario ?Multiflex S.A. c/ Consorcio de Propietarios Bartolomé Mitre CNCiv. (en pleno) 30-09-1975 La Ley Colección Plenarios pág. 509). A estos efectos debe atenderse al capital reclamado en la demanda que ha sido desestimada no correspondiendo incluir los intereses en la base del cálculo de los honorarios, pues para que esto ocurra se requiere que hayan sido objeto de reconocimiento en el fallo definitivo (confrontar en este último aspecto art. 19 del Arancel y en autos ?Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c/Medina Juan José y otros s/cobro de sumas de dinero? del 27/09/11 de esta Sala). Además de lo expuesto, se tendrá en cuenta la naturaleza del asunto, resultado obtenido, etapas cumplidas por cada uno de los profesionales intervinientes, mérito de su labor apreciada por su calidad, eficacia y extensión, la relación de esta labor con el principio de celeridad procesal, considerando además lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 10, 19, 33, 37, 38 y concs. de la ley 21.839 -t.o. ley 24.432. En virtud de lo expuesto, por resultar reducidos se elevan a la suma de pesos ... (\$...) los honorarios regulados al letrado patrocinante de la parte actora Dr. Eladio Javier Gomez Prieto, por su actuación hasta la denuncia de su fallecimiento a fs. 1007. Por resultar reducidos se elevan a la suma de pesos ... (\$...) los honorarios regulados por la incidencia resuelta a fs. 1402. No habiendo el Dr. Gomez Prieto firmado el escrito de fs. 989 -contestación de traslado de caducidad de instancia- no corresponde regulación de honorarios por la incidencia resuelta a fs. 992. Por resultar reducidos se elevan a la suma de pesos ... (\$...) los honorarios regulados al Dr. Alberto Daniel Cardiello, letrado apoderado de los codemandados I. C. de B. A. y J. C. P., por su actuación en las tres etapas del proceso. Por resultar reducidos se elevan a la suma de pesos ... (\$...) los honorarios regulados por la incidencia de fs. 992. Por resultar reducidos se elevan a la suma de pesos ... (\$...), los honorarios regulados a las Dras. Gloria E. Ferrari y Ana C. Iglesias, letradas apoderados de la citada en garantía, por sus actuaciones en las tres etapas del proceso. III.- En cuanto a los honorarios de los peritos, se valorará el monto comprometido, como la entidad de las cuestiones sometidas a sus dictámenes, mérito, calidad y extensión de las tareas, incidencia en la decisión final del litigio y proporcionalidad que deben guardar con los estipendios regulados a favor de los profesionales que actuaron durante toda la tramitación de la causa (art. 478 del CPCC). Ante ello, por resultar reducidos se elevan a la suma de pesos ... (\$...) los honorarios regulados al perito médico Dr. Daniel Ángel Bracco. Por resultar reducidos se elevan a la suma de pesos ... (\$...) los honorarios regulados al perito médico psiquiatra Eduardo Taccone. Por no resultar elevados se confirman los honorarios regulados al perito contador Carlos Augusto Abbondanza. Por no resultar elevados se confirman los honorarios regulados al perito consultor técnico de la parte actora psicólogo Lic. Ángel Roberto de Barrio. Por resultar reducidos se elevan a la suma de pesos ... (\$...) los honorarios regulados al perito consultor técnico médico Dr. Carlos Alberto Baistrochi. Por no resultar elevados se confirman los honorarios regulados al perito consultor técnico por la actora Dr. Marcelo Gabriel Blanco Cambiaggio. IV. Por las tareas realizadas en esta instancia que culminaron en la presente sentencia, régulanse los honorarios de la Dra. Mercedes Gómez Prieto a la suma de pesos ... (\$...), en el carácter de letrada patrocinante de la parte actora. Los del Dr. Alberto Daniel Cardiello a la suma de pesos ... (\$...). Los de las Dras. Gloria E. Ferrari y Ana C. Iglesias a la suma de pesos ... (\$...). Los del Dr. Justo M. Salinas en la suma de pesos ... (\$...) en su carácter de letrado apoderado del codemandado M. S.A. (art. 14 del Arancel). Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese. FDO. Sebastián Picasso, Liliana E. Abreut de Begher y Claudio M. Kiper. Correlaciones Herrera, Beatriz M. c/Hospital Interzonal Sor María Ludovica s/pretensión indemnizatoria - Cám. Cont. Adm. La Plata - 15/04/2014

002047E