

Responsabilidad Del Medico Incumplimiento Del Deber De Informacion Responsabilidad De Los Titulares Del Quirofano

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad del médico. Incumplimiento del deber de

información. Responsabilidad de los titulares del quirófano

Se modifica parcialmente la sentencia en cuanto a las costas generadas por el rechazo de la demanda respecto del codemandado, las que se imponen a la parte actora. Se confirma la sentencia en cuanto hizo lugar a la demanda entablada por incumplimiento del deber de información respecto de los posibles riesgos o complicaciones de la intervención que se realizara a la accionante.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 5 días del mes de Febrero de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala ?B?, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: ?Concha, Blanca Nieve c/ B., D. A. s/ interrupción de prescripción (art. 3986 C. C.)? respecto de la sentencia de fs. 837/852, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - MAURICIO LUIS MIZRAHI - OMAR DIAZ SOLIMINE - A la cuestión planteada el Dr. Claudio Ramos Feijóo, dijo: I. La sentencia de fs. 837/852 hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por Blanca Nieve Concha condenando, en consecuencia, a D. A. B. y la citada en garantía, ?Seguros Médicos S.A.?, en los términos y alcance de la póliza contratada, a abonarle la suma de \$... con más los intereses fijados en el considerando V y costas. Asimismo, se rechazó la demanda promovida contra Mario Alberto y Ricardo Brunzini, con costas por su orden (ver f. 852). II. A fs. 884/900 el codemandado, D. A. B., y su citada en garantía fundan agravios. En primer lugar, rechazan el valor probatorio otorgado al formulario del consentimiento informado y de la errónea aplicación del derecho contenida en la sentencia de primera instancia. Al respecto, señalan que le causa gravamen que la juez a quo haya interpretado que el mencionado codemandado incurriese en incumplimiento del deber de información por considerar que a su criterio el formulario de consentimiento informado suscripto es insuficiente para acreditar que la Sra. Concha conocía los posibles riesgos o complicaciones de la intervención que se realizara. Destaca que no correspondía que se concediera plena virtualidad a dos declaraciones testimoniales de amigas de la parte actora las que bien pudieron no comprender que era lo que se realizaría a la Sra. ni que complicaciones podrían suscitarse, lo cual no hubiera ocurrido con la paciente. Solicitan que se valore especialmente el cumplimiento del deber de información hacia la paciente, así como su documentación por escrito, pues si la ausencia del mismo es determinante a la hora de condenar al médico por falta al deber de informar, contrariamente, cuando está documentado que dicha circunstancia debe ponderarse con idéntico rigor (ver fs. 885/888). En segundo lugar, se agravian de la violación a las reglas de la sana crítica y de la desacertada valoración de las pruebas colectadas. Manifiestan que no existe en autos un solo elemento de prueba que pueda sustentar eficientemente la idea de que la paciente no conocía que tenía, ni el tratamiento, ni sus riesgos (ver fs. 888/891vta.) En tercer lugar, se quejan de la inexistencia de relación causal entre el deber de información y los daños reconocidos en el fallo recurrido. En función de ello, dicen que al no verificarse ni acreditarse en autos ningún incumplimiento no se le quitó a la paciente la posibilidad de decidir. Afirman que la asunción de riesgos de la actora hace que no se pueda establecer ninguna relación entre los demandados y los presuntos daños que se pretenden imputar. Advierten que nunca se reclamó al Dr. B. por no haber podido decidir sobre la intervención ni por la supuesta pérdida de posibilidad de haber permanecido con la patología algún tiempo más hasta perder el ojo (ver fs. 891vta./895). En cuarto lugar, se agravian de los rubros indemnizatorios concedidos. En cuanto al daño emergente e incapacidad sobreviniente sostienen que la actora nunca reclamó por considerar que de no operarse hubiera mantenido el 50% de la visión del ojo intervenido por uno o dos años más. Por lo tanto, aducen que al reclamarse por la pérdida de un ojo y no por otra cosa, al no haber sido generador de tal daño no tiene porque otorgarse indemnización. Aclaran que no puede considerarse inserto en el reclamo la típica pérdida de chance de curación, ya que para que esta sea viable debe advertirse una conducta culpable con entidad para ocasionar tal pérdida de chance, y en el caso de autos ello no ocurrió. Tampoco fue demostrado que se privara a la actora de la posibilidad de elegir realizarse o no la operación (ver fs. 895/896). Con respecto a los gastos médicos farmacológicos, señalan que no existió ningún incumplimiento ni daño, por lo que nada se debe y además, no surge fehacientemente que corresponda la suma \$... (ver f. 896). En lo atinente al daño psicológico, se agravian del grosero apartamiento de la pericial realizada por la sentenciante. Indican que no existe prueba de que la no posibilidad de elección pudiera haber generado en la actora incapacidad psicológica alguna (ver fs. 896vta./897). Con relación al daño moral, hacen hincapié en que no existe un solo elemento probatorio que de cuenta de que la Sra. Concha posea alteraciones en su espíritu por, supuestamente, no haber podido elegir (ver fs. 897/897vta.). En quinto lugar, rechazan la tasa de interés impuesta ya que considera que dicha determinación

implica una alteración del significado económico del capital de condena (ver fs. 897vta./898vta.). Por último, se agravian de la imposición de costas. Al rechazar la sentencia de la anterior instancia, peticionan que se impongan las costas a la accionante. Igualmente, solicitan que para el hipotético e improbable caso en que se confirme la sentencia se apliquen las costas por su orden (ver fs. 898vta./899). Tal pieza recibió respuesta de la parte actora a fs. 929/933 solicitando que se desestimen las quejas expresadas por la contraparte, se confirme la sentencia de marras y se amplíe la demanda a los codemandados Brunzini, con expresa imposición de costas. III. A fs. 901/908 expresa agravios la parte actora. Enuncia que coincide con la Juez de grado respecto de la condena al Dr. B. tocante a la falta de cumplimiento con el deber de información a la paciente, tanto más cuando, como en el caso que nos ocupa, la intervención sugerida, no fue la misma que en principio se le dijo a la actora que se le iba a realizar, y además, porque la gravedad de la patología de la paciente, implicaba un serio riesgo para su vida y la cuasi imposibilidad de obtener el éxito buscado (ver f. 905). Critica la sentencia respecto a que no se ha condenado al médico tratante, ya que en el supuesto de haber cumplido con los protocolos médicos, no se ha valorado la aceleración de la pérdida de la visión de la actora (ver f. 905vta.). Por otra parte, se agravia de que se haya rechazado la demanda contra los Dres. Brunzini, representantes y propietarios del Centro Oftalmológico Dr. Brunzini, donde se llevara a cabo la intervención de la actora. Recuerda que si bien se ha acreditado que dicho nosocomio contaba con la habilitación para funcionar expedido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el mismo no cumplía con los requisitos necesarios y requeridos para este tipo de intervención. Considera que debió extenderse la responsabilidad hacia los médicos del centro médico ya que tal cirugía debió realizarse en una clínica médica y no en un departamento con quirófano y tanto más si se tiene en cuenta que son médicos y que no podían desconocer las complicaciones del cuadro (ver f. 906). Seguidamente, realiza una crítica de los rubros reclamados y su acogimiento. En referencia al daño emergente e incapacidad sobreviniente considera que la suma otorgada es pobre e insuficiente para lograr la reparación patrimonial de las secuelas invalidantes, que llevaron a que la actora no pueda desenvolverse en la vida diaria sin la ayuda de otra persona. Por otro lado, impugna que se haya considerado un mismo rubro el daño emergente y la incapacidad sobreviniente, los que debían ser independientes, uno derivado de la práctica y otro de las consecuencias laborales (ver fs. 906vta./907). Tocante a los gastos médicos y farmacológicos, rotulan que resultan nimios teniendo en cuenta los episodios de dolor, de curaciones, de afectación a su cuadro de salud en general y la necesidad de paliar sus consecuencias (ver f. 907). Respecto al daño psicológico, expone que el monto otorgado es insuficiente en atención a que la pericia que concluyó que la actora posee una incapacidad del 30 al 35% según el Baremo de Castex y Silva (ver f. 907). En lo atinente al daño moral, le parece insuficiente la suma de \$... de sólo analizar los padecimientos de una persona que se acerca a un médico reconocido a fin de poder solucionar un problema en su vista deficiente y se le propone la realización de una intervención de cataratas, con la promesa de recuperar la vista totalmente, porque de no hacerlo era probable que pierda la visión (ver fs. 907vta./908). El traslado de esta presentación fue contestado a fs. 917/923 por el codemandado, Ricardo Brunzini, y a fs. 934/938 por el codemandado, Dr. B. y la citada en garantía. Ambos solicitan la deserción del recurso. El primero peticionó se confirme la resolución recurrida en cuanto resolvió el rechazo de la demanda instaurada contra su parte, con costas a cargo de la actora. Los segundos requirieron que se rechace la demanda con costas a la actora. IV. A fs. 924/927 expresa agravios el codemandado, Dr. Ricardo Brunzini, solicitando se revoque las costas que le han sido impuestas por su orden en tanto no hay razones para apartarse del principio objetivo de la derrota previsto en el art. 68 CPCCN. Requiere que se impongan las costas de ambas instancias a la contraria. Esta pieza recibió réplica del codemandado, Dr. B. y la citada en garantía a fs. 939/941. V. Los magistrados, no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos pues basta que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas producidas a otras, u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN, Fallos:258:304; 262:222; 265:301 y doctr. de los arts. 364 y 386 del CPCCN). Pasaré a tratar el fondo de la cuestión. VI. Desde ya adelanto que el escrito de agravios presentado por la parte actora con el fin de que se confirme parcialmente la sentencia de marras, se eleven los montos otorgados y se responsabilice también a los codemandados, Dres. Brunzini, no cumple en lo que hace a las quejas sobre la responsabilidad con el recaudo mínimo que establece el Código Procesal en su artículo 265 para componer una crítica concreta y razonada, que vulnere los sólidos argumentos de la sentencia de grado. Con relación al contenido de la expresión de agravios, reiteradamente se ha dicho que debe configurar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se consideran equivocadas, no bastando las simples generalizaciones ni las apreciaciones meramente subjetivas, que demuestren un enfoque diferente del otorgado por el juzgador. Tampoco se cumple con las recordadas exigencias cuando el apelante manifiesta, mera disconformidad con el fallo de primera instancia, que considera injusto, mas sin suministrar argumentos jurídicos que funden un punto de vista diferente reiterando alegaciones ya efectuadas y examinadas por el a quo (L.L. 1985-C-644 38876-S). ?Debe ser un acto de impugnación destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el tribunal de

apelación. En esta orientación, la citada norma del ordenamiento ritual ha recibido la paciente y fecunda jurisprudencia de nuestros tribunales, los que realizaron una eficiente aplicación de la preceptiva legal en cuanto ordena que el memorial de agravios "deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Ello hace que el contenido de la impugnación se deba relacionar con la carga que incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso (vid. Fenochietto-Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado, T. 1, págs. 939 y ss.). Desde la perspectiva señalada, lo "concreto" de la crítica que se dirige contra el fallo se refiere a lo preciso; indicando y determinando cuál es el agravio y, a su turno, lo "razonado" indica los fundamentos, las bases, las sustanciaciones, exponiéndose con la debida claridad por qué se configura el agravio. En resumidas cuentas, la expresión de agravios debe ser una crítica, esto es un juicio impugnativo; concreta, esto es precisa y determinada; y razonada, vale decir, expresar los fundamentos que sustentan los agravios; lo cual exige ineludiblemente precisar punto por punto los errores y omisiones -tanto fácticos como jurídicos- que se atribuyen al fallo en crisis. Efectuado el encuadre precedente -y tal como se expuso supra- en el caso de autos resulta ser que el apelante, lejos de desarrollar argumentos tendientes a demostrar lo errado de la decisión final del magistrado de grado, hace observaciones que más que hacer mella en el razonamiento de aquel, terminan por convencer de lo acertado de su decisión. En este sentido, con relación a la responsabilidad que le cabría a los Dres. Ricardo y Mario Brunzini la propia actora refiere que se ha acreditado que el Centro Oftalmológico Dr. Brunzini contaba con la habilitación para funcionar expedido por el G.C.B.A., pero que el mismo no cumplía con los requisitos necesarios y requeridos para el tipo de intervención llevada a cabo. La accionante argumentó, también, que debía extenderse la responsabilidad hacia los médicos del centro médico porque tal cirugía debía realizarse en una clínica médica y no en un departamento con quirófano. Y arguyó, finalmente, que al llevarse a cabo la intervención en el quirófano de los codemandados no se puede excluir de su responsabilidad al nosocomio por el deber de información no prestado ya que las complicaciones esgrimidas por el experto no surgen del formulario de consentimiento informado. Frente a estas manifestaciones encuentro atinada la solución a la que arribó la magistrada de grado en lo referente a esta cuestión. La propia apelante reconoce en sus agravios que el centro oftalmológico -junto con el quirófano de cirugía ambulatoria, oftalmológica anexo al mencionado centro (fs. 160/166 y 585/598)- poseía habilitación otorgada por el G.C.B.A.. Sin embargo, no ha dado fundamento alguno que acredite que el lugar no cumplía con los requisitos necesarios requeridos para el tipo de intervención que se realizó. Tampoco ofrece argumento alguno que sustente que debió cumplirse en una clínica médica en lugar del quirófano de un centro oftalmológico ni demostró que de realizarlo en una clínica médica el resultado hubiese sido diferente. Con relación al agravio que expone relativo a que no es posible excluir al centro oftalmológico del deber de información no prestado me permito poner de resalto una pequeña distinción entre lo que es el consentimiento general de internación y el consentimiento general informado. Mientras que el primero es un documento que suscribe el paciente ante la administración del establecimiento asistencial, por el cual presta conformidad a internarse, y a que sea dicha institución la que le preste los servicios de quirófano, enfermería, fisiokinesiología, farmacia, diagnóstico por imágenes, alojamiento, nutrición, y laboratorio, que la atención médica por la cual se interna puede involucrar. El segundo instrumenta el deber de información que el médico tiene para con el paciente, y el consentimiento que este último debe prestar ante la indicación de una cirugía o práctica invasiva que sea necesario realizarle (Acevedo, Rafael, "El Error Médico", La Mutual Argentina Salud y Responsabilidad Profesional, Buenos Aires, 2011, págs. 91/95). Por lo tanto, al ser el médico quién tiene la obligación de informar -acerca del diagnóstico, alternativas terapéuticas, las razones del procedimiento médico que se propone realizar, los beneficios que se persiguen, los riesgos y las eventuales complicaciones que el mismo puede acarrear, los controles e indicaciones posquirúrgicas que debe cumplir el paciente, y los riesgos de no aceptar la intervención propuesta- es que no corresponde en este caso extender la responsabilidad a quienes demandó como titulares del quirófano, Dres. Ricardo y Mario Brunzini, como se pretende dado que al ser ellos quienes pusieron a disposición únicamente el lugar de intervención es que sólo deben responder frente a esa obligación determinada. En efecto, al no existir prueba que demuestre que la actora resultó dañada como consecuencia de la falta de asepsia del quirófano o del instrumental allí utilizado o de los servicios que implicaba la internación en la clínica es que no corresponde hacerlos responsables en tanto no existe relación causal entre el daño alegado y la actuación de los codemandados recientemente mencionados. VII. Por otra parte, corresponde tratar la responsabilidad endilgada al codemandado, Dr. B., producto del incumplimiento del deber de información que pesaba sobre él. El codemandado y la citada en garantía condenados se quejan del valor probatorio otorgado al formulario del consentimiento informado. Para dar inicio al tratamiento de esta cuestión debe considerarse que en la actualidad el médico y los establecimientos asistenciales prestan sus servicios para el cuidado de la salud a pacientes que demandan más información, y que asimismo disciernen acerca del diagnóstico que se les ha informado y el tratamiento que se les ha indicado, proporcionándoles el ordenamiento jurídico tutela para el ejercicio efectivo de esos derechos, todo lo cual hace que el elemento científico que antes tenía clara supremacía en la relación médico-paciente, ya no pueda condicionar el pleno ejercicio de la autonomía y derecho del paciente sobre su salud (cfr.

Acevedo, Rafael, ob. cit., págs. 81/82.). La jurisprudencia ha dicho que normalmente la responsabilidad de un médico por los daños sufridos a un paciente se basa en el fracaso del profesional en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos. En cambio, bajo la doctrina del consentimiento informado, se puede llegar a cuestionar al médico en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, pero actuando sin su consentimiento, más allá del dado o sin haberlo informado acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que éste pudiera decidir si quería, o no, someterse al mismo (CNCiv., Sala F, Mimica, Adriana Nilda c/ Fernández, Elsa Susana s/ Daños y Perjuicios -Resp. Prof. Médicos y Aux.-,98/02/05) Al respecto, la Dra. Elena Highton de Nolasco en el citado fallo sostuvo, como vocal preopinante, que la ley 17.132 da una pauta específica respecto del deber de informar que pesa sobre el médico, en cuanto dispone su art. 19, inc. 3° que los profesionales de la salud (médicos, odontólogos y demás colaboradores) deben "respetar la voluntad del paciente", es decir, que debe requerirse el consentimiento de los pacientes o sus representantes, como paso previo a la realización de un procedimiento, debiendo prestarse por escrito cuando se trata de una operación mutilante. Pensamiento al que adhiero y que hoy se encuentra receptado en la ley 26.529 en los arts. 2 inc. e) y f) y del 3 al 9 con posteriores modificaciones en la ley 26.742. A partir de lo recientemente señalado y la distinción hecha en el considerando anterior cabe destacar, también, que el consentimiento informado es un proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación médico-paciente, que culmina con la autorización que el paciente, que goza de discernimiento y de autonomía para tomar decisiones (o, en caso contrario, su representante), confiere al profesional de la salud para la realización del acto médico, previa información oportuna, veraz, clara, comprensible, completa y adecuada sobre su estado de salud, y acerca del tratamiento que se le propone realizar, características, alcances y objetivos del mismo, alternativas terapéuticas (si las hubiera), beneficios esperados, riesgos y posibles complicaciones o efectos adversos relativos al procedimiento, controles y pautas de alarma que debe cumplir, y riesgos para la salud de no aceptar la realización del tratamiento (cfr. Acevedo, Rafael, ob. cit., pág. 84.). En este caso, y como bien ha expresado la juez a quo a partir de lo informado en la experticia por la médica oftalmóloga, Dra. Marcela Alejandra Pérez, resultaba fundamental para la actora tener conocimiento no sólo del avance de su enfermedad sino, fundamentalmente de todas las características de la intervención que se llevaría a cabo, las posibilidades concretas de éxito y de fracaso, del posible desenlace que se estaba intentando evitar o prolongar, y que podía requerir una segunda operación por la presencia eventual de cataratas. Recuerdo que la experta informó exhaustivamente a fs. 533/537 las posibles complicaciones que podían ocurrir durante y después de la intervención considerando la severidad de la retinopatía que aquejaba a la actora. Sin embargo, en el formulario preimpreso de fs. 814/815 suscripto por la accionante -según se probó a fs. 641/650 ante el desconocimiento de la misma- sólo se menciona que se le había informado a la paciente acerca de la naturaleza de la patología, del procedimiento que se le efectuaría, los beneficios que podía razonablemente esperar y la posibilidad de ocurrencia de riesgos mayores o complicaciones en relación a dicho procedimiento, pero no existe ningún detalle concreto de aquellos. Por ello, es evidente que se está frente a dos formularios de consentimiento en los que se ha dado información genérica, mas no los alcances puntuales que podía llegar a tener la intervención quirúrgica que se iba a desarrollar. No puedo pasar por alto, además, que en uno de los mencionados documentos existe un espacio en blanco donde se debía completar el nombre del médico que le ha explicado a la paciente lo mencionado acerca del procedimiento. Esto juntamente con lo ya referido por la sentenciante en cuanto a que los documentos hacen referencia al Centro Oftalmológico de los Dres. Brunzini. En este sentido, cabe destacar que los formularios como los adjuntados no contienen los requisitos indispensables para dar prueba del consentimiento informado del paciente, y resultan ser más una pretendida declaración de cláusulas de exclusión de responsabilidad del profesional que llevará a cabo el acto médico que un instrumento que refleje a ciencia cierta que el paciente ha sido debidamente informado sobre los riesgos y beneficios esperados de aquél (cfr. Calvo Costa, Carlos A., ¿Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial?, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pág. 340). El texto que suscribiera la actora, no tiene el alcance liberador que proponen los mencionados recurrentes en este punto. No se trata de un eximente que excluye probar los extremos invocados en la defensa, por la simple razón de un enunciado general que no revela el conocimiento explícito definido acerca de las consecuencias significativas que pudiera producir la intervención de vitrectomía del ojo izquierdo. Para casos como el de autos, es el instrumento donde queda consignado el supuesto consentimiento informado el medio probatorio por excelencia para determinar qué cuestiones han sido informadas y cuáles no, sabiendo la dificultad que implica tanto para el actor como para el demandado probar a través de otros medios si el consentimiento genérico estuvo complementado con la debida explicación médica. La jurisprudencia sostiene que para que el consentimiento se encuentre efectivamente acreditado debe probarse que el paciente pudo preguntar y que sus preguntas fueron contestadas por el profesional, y que, dada la operación en particular, el paciente conocía los riesgos que ésta llevaba ínsitos para su salud (Sumario N°22957 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil). En consecuencia, al no existir en la presente causa otros medios de prueba que acrediten que el médico ha cumplido con el deber de informar a la paciente es que corresponde confirmar el fallo recurrido en este ítem. Con relación a la queja vertida acerca de la valoración que se ha

dado a las dos declaraciones testimoniales de amigas de la parte actora, Sra. Escudero y Sra. Hooper, de fs. 556/556 y 557/558 debo decir que la misma es intrascendente ya que considero que sólo se ha hecho referencia a ellas como un elemento indiciario más de que la actora no tenía cabal entendimiento de la operación a la que se iba a someter posiblemente por la falta de información. Por más que se pasen por alto tales declaraciones o se las analice con un mayor rigor la solución a la que arribó la magistrado de grado no variaría según mi parecer por lo antedicho. Asimismo, comparto con mi colega de la anterior instancia en que si realmente se hubieran complementado las hojas del consentimiento informado con la debida explicación del médico, la actora no se hubiera negado someterse a una nueva intervención teniendo conciencia de que existía la posibilidad real de necesitar de aquella. Esa falta de información oportuna fue la que previsiblemente fue la que provocó desconfianza en la actora hacia el médico que motivó al fin de cuentas que decida no someterse a una nueva intervención con el mismo profesional. En efecto, éste es otro indicio de que, como ya se ha señalado, el médico ha incumplido su deber de informar debidamente a la paciente acerca de los riesgos y complicaciones que implicaba someterse a una vitrectomía conociendo la factibilidad de fracaso de la operación. Máxime frente al cuadro clínico que presentaba la actora. Algunos autores identifican los conceptos de "indicio" y "presunción". Hugo Alsina citando a Dellepiane dijo al respecto: "Llámase indicio a todo rasgo, vestigio, huella, circunstancia y, en general, a todo hecho conocido o, mejor dicho, debidamente comprobado susceptible de elevación por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido" (Alsina, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", Buenos Aires, 1961, tomo III, página 681). Concluyo, pues, que el demandado, Dr. B., no cumplió debidamente su obligación de informar a la paciente, Sra. Concha. No obsta a esta conclusión el hecho de que, en el documento que en copia obra a fs. 814/815, se haya mencionado que la posibilidad que existan "riesgos mayores o complicaciones", tales afirmaciones resultan absolutamente genéricas, y no consisten en un particularizado detalle de los peligros que entrañaba la intervención que específicamente se le practicó. Por otro lado, en cuanto al agravio que sugiere la falta de relación causal entre el deber de información y los daños reconocidos en el fallo recurrido, no cabe duda de la existencia de relación causal entre aquellos. Es evidente, muy especialmente en este caso, que no habiendo ofrecido información completa el médico -sobre todo en cuanto a los riesgos y complicaciones que podía padecer la paciente a partir de la intervención sugerida- le ha quitado a la actora la posibilidad de elegir libremente por encontrarse viciada su voluntad (art. 897 del Código Civil). Ergo, si la paciente hubiese sabido que se encontraba frente a una operación con altas probabilidades de fracaso por su complejidad, que incluso podía conllevar a una segunda cirugía, habría podido optar con mayor discernimiento no someterse a dicha intervención dejando que la enfermedad avance naturalmente en lugar de arriesgarse a acotar los tiempos de la misma como sucedió. Si bien la progresión de la enfermedad -según afirmó la citada perito- llevaría indefectiblemente a la ceguera, su evolución normal podía demorarse hasta alcanzar dicho estado un año aproximadamente (ver minutos 22:15-23:27 y 38:20-41:27 de la audiencia para mejor proveer, grabada y filmada). En ese sentido, la Corte de Casación francesa ha decidido que el médico que incumple su obligación de información "priva al interesado de una oportunidad de escapar, por una decisión tal vez más juiciosa, al riesgo que finalmente se ha realizado, pérdida que constituye un perjuicio distinto de las lesiones corporales resultantes" de la intervención médica (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 7/2/1990, Bulletin Civil I, n° 39; ídem, 6/12/2007, Dalloz, 2008.jur.192, con nota de Pierre Sargos). También la jurisprudencia ha señalado: "Cabe responsabilizar a los médicos demandados por los daños provenientes de la intervención quirúrgica practicada a un paciente, pues la ignorancia y el desconocimiento de este último acerca de todos aquellos peligros derivados de la práctica le privaron de la oportunidad de analizar en profundidad el paso que estaba por dar y al mismo tiempo de buscar asesoramiento para el abordaje de otras variantes". Sin embargo, siempre será preciso probar que la falta de información ha hecho perder al paciente, cuanto menos, una chance de rehusar el tratamiento, lo que no ocurre cuando, pese a la falta de información sobre los riesgos del tratamiento, la información completa no habría ofrecido al enfermo los argumentos de una opción distinta de aquella seguida por el médico (le Tourneau, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, París, 2008, p. 574). En el presente caso, ya hice referencia a que la actora tenía la opción de decidir no someterse a la sugerida intervención y dejar que la enfermedad progrese normalmente, asegurándose por lo menos conservar la vista parcial del ojo izquierdo cuanto menos un año más. Es por ello que no corresponde hacer lugar al presente agravio. Las razones expuestas me convencen de lo acertado de la decisión de la magistrado de la anterior instancia tocante a la atribución de responsabilidad en cabeza del Dr. D. A. B.. Asimismo, se recuerda que la condena se hizo extensiva a Seguros Médicos S.A. y al no existir queja alguna en dicha materia quedaron firmes los alcances y límite de cobertura que se ha hecho referencia en el fallo recurrido. VIII. A continuación procederé a evaluar los diferentes reclamos efectuados por la actora, y los codemandados y la citada en garantía, con relación a la ponderación del resarcimiento en concepto de: daño emergente e incapacidad sobreviniente, gastos médicos farmacológicos, daño psicológico y daño moral; también, se evaluará la tasa de interés fijada y el modo en que se impusieron las costas apeladas. 1. Daño Emergente e Incapacidad Surviviente: Por un lado, emplazado y citada en garantía condenados sostienen que la actora no reclamó por considerar que de no operarse hubiera mantenido el 50% del ojo por uno o dos

años más. Alegan que la actora solicitó indemnización por la pérdida de un ojo pero no fue el médico quien generó tal daño, sino la propia enfermedad. Manifiestan que no puede considerarse inserto en el reclamo la típica pérdida de chance de curación. Por otra parte, la actora considera insuficiente la suma otorgada y se queja que se haya considerado un mismo rubro el daño emergente y la incapacidad sobreviniente, los que debían ser independientes. La sentenciante bien ha justipreciado este rubro en función de la 'chance' con que podía contar la actora de mantener otra calidad de vida sin el porcentaje total de incapacidad hasta que se manifestara la consecuencia final de su enfermedad y que no podía extenderse más de uno o dos años. Ya he dicho que en este caso lo que corresponde es indemnizar el daño que le produjo la 'pérdida de chance' de rehusar el tratamiento por falta de información, que le provocó perder la visión del ojo izquierdo por completo por lo menos un año antes de que se hubiera desarrollado la enfermedad normalmente. Es manifiesto que el daño provocado a la actora fue generado por la información incompleta dada por el médico, con lo cual es correcto que se lo haya hecho responsable de indemnizarlo. Recuerdo que en el escrito de 'amplía demanda' presentado por la actora a fs. 52/63 en el capítulo VIII. se ha hecho referencia a la pérdida de chance con relación a la valoración del potencial humano perdido. Es más, se ha citado jurisprudencia y doctrina al respecto. Esta Sala ya tiene dicho (CNCiv., Sala B, 'Gonzalez, Antonio c/ Sztark, Ricardo A. y otros s/ Daños y Perjuicios', 26/09/2012) sobre el tema que hay acuerdo doctrinario de que se verifica una chance cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. Y por supuesto que la frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible. Vale decir, que hay algo actual, cierto e indiscutible; y ello es la efectiva pérdida de la oportunidad de lograr un beneficio -o evitar alguna pérdida o sufrir alguna frustración-. Al respecto, creo indispensable efectuar dos aclaraciones. La primera, es que la pérdida de chance no genera la obligación de indemnizar cuando se trata de la frustración de meras posibilidades o expectativas; es decir, cuando éstas son muy vagas o generales, pues en tales casos el daño que se invoca sería puramente eventual o hipotético, y es sabido que resulta improcedente conceder indemnizaciones de las meras conjeturas. De ahí que esa posibilidad perdida -para dar nacimiento a la obligación de indemnizar- tiene que tener una intensidad tal de modo que se erija en una probabilidad suficiente; o sea, que es necesario que la pérdida se encuentre debidamente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio. La segunda aclaración a efectuar en materia de chance es que -cuando lo truncado es una probabilidad suficiente- lo que se indemniza es la chance misma y no la ganancia o pérdida que era objeto de aquélla; a cuyo efecto el juez ha de evaluar la mayor o menor probabilidad de que esa chance se convierta en cierta. Esto significa, desde luego, que el resarcimiento a disponer en ningún supuesto ha de tener el alcance que lo identifique con la pérdida en sí, pues -si mediara tal identificación- se estaría indemnizando concretamente la ganancia frustrada o la pérdida generada, y no la probabilidad de lograrla o de evitarla, que hace a la esencia de la chance. La jurisprudencia y doctrina, como ya se anticipó, es coincidente en los precedentes lineamientos (ver esta Sala, en autos, 'Torres, Horacio J. c/ Microómnibus Norte L. 60", del 16/11/2006; íd., in re 'Oubiña c/ Soc. Italiana de Beneficencia y ots.', del 27/2/2008; CNCiv., Sala C, del 5/8/74, LL 156-274; CNCiv., Sala G, del 21/12/81, LL 1982-D-475; CNCiv., Sala J, del 23/4/2007, en autos 'V.A. c/ Banco Superville; CNCiv., Sala D, del 24/5/2006, 'G., R.L. c/ G., P.A. y otros?; SC Mendoza, Sala 2, del 31/10/79, JA 1980-I-197; CNFed. Civ. y Com., Sala 2, del 26/8/88, LL 1989-A-342; Zabala de Gonzalez, Matilde, 'Resarcimiento de daños', vol. 2 'Daños a las personas', p. 373 y sigtes., ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991; Alterini, Atilio Anibal, Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto M., 'Derecho de Obligaciones', p. 790, N 1856, 2 edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998). En el caso de autos la chance perdida la estimo seria; vale decir, que considero que medió en la especie una probabilidad suficiente de la paciente de haber podido rechazar intervenir quirúrgicamente y no perder la visión del ojo izquierdo anticipadamente, de manera que esa premisa habilita la condena indemnizatoria con los límites precisados. En el apuntado cuadro de situación, teniendo en cuenta las condiciones económicas de la familia (que se desprenden de las constancias del beneficio de litigar sin gastos -expte. 107.366/08), soy de la opinión que el justiprecio efectuado sobre este rubro en la instancia de grado -desde la perspectiva de una pérdida de chance- resulta ajustado a derecho, por lo que propondré a mis colegas que se confirme el monto de \$... (art. 165 CPCCN).

2. Gastos Médicos y Farmacológicos: El demandado y citada en garantía se quejan de que no se ha acreditado fehacientemente que corresponda la suma \$... en concepto de gastos farmacológicos. En cambio, la actora se agravia del escaso monto determinado en su favor. El criterio que debe prevalecer sobre la procedencia de estos rubros es amplio, no siendo necesario agregar documentos que acrediten tales erogaciones ya que la costumbre determina que no se otorguen comprobantes. No requieren, entonces, una prueba fehaciente para ser admitidos; y ello en razón que se deducen de las lesiones sufridas por la víctima (art. 163 inc. 5 CPCCN). Es así que teniendo en cuenta que si la actora hubiese podido optar libremente no operarse no hubiese incurrido en gastos médicos y farmacológicos. Por lo tanto, conforme lo dicho y las demás constancias de las actuaciones, considero que el importe establecido por la juez de grado para la accionante (\$...) por el presente rubro resulta ajustado a derecho; por lo que propondré al Acuerdo su confirmación (art. 165 CPCCN).

3. Daño Psicológico: En este caso, se agraviaron el codemandado y citada en garantía de la indemnización otorgada por daño psicológico, dado que no

existe prueba de que la no posibilidad de elección pudiera haber generado en la actora incapacidad psicológica alguna. La actora rechaza el monto otorgado, al que califica de insuficiente en atención a la pericia que concluyó que la actora posee una incapacidad del 30 al 35%. Cabe resaltar que el daño psíquico es una afectación que no incide en el cuerpo humano sino en la estructura anímica o alma de la víctima. Este rubro deberá tener relación con el detrimento patrimonial derivado de un daño que afecte a alguno de los tres niveles vegetativo, sensitivo o espiritual del alma humana (Azpeitía, Gustavo A.; Lozada, Ezequiel y Moldes, Alejandro J. E., "El daño a las personas", editorial Ábaco, Buenos Aires 1996, pág. 109 y sgtes). El aspecto psicológico de la actora, Blanca Nieve Concha, ha sido evaluado por la experta, Lic. Teresa F. J. Opisso (ver fs. 635/638); consideró que la peritada no pudo tramitar la pérdida de su visión, lo cual ha afectado a ésta en las áreas personal, familiar, social, recreativo, laboral y afectivo. Diagnosticó desarrollo reactivo (Excluye PTSD y Duelo Patológico) de grado severo (30 al 35%), según baremo de Castex y Silva (CIDIF). Atento que la juez de grado al evaluar el presente rubro indemnizatorio no consideró el total de la incapacidad ya que no puede ser atribuible al demandado y su incumplida obligación de informar sino que sólo evaluó el daño psíquico en relación causal a la pérdida anticipada de la visión es que corresponde rechazar los agravios vertidos por las partes demandada y citada en garantía. En lo atinente al monto otorgado, considero que no cabe no hacer lugar a los agravios expresados, en tanto el magistrado de grado ha valuado prudentemente el daño psíquico generado en atención a lo señalado anteriormente. Por lo tanto, se confirma la suma de \$... establecida (artículos 163 incs. 5, 6, 386, 477 del CPCCN, 1083 y 1086 del Cód. Civil).

4. Daño Moral: La demandada y citada en garantía se agravan de que no existe un solo elemento probatorio que de cuenta de que la Sra. Concha posea alteraciones en su espíritu por no haber podido elegir. Por otra parte, a la actora le parece insuficiente la suma de \$... al analizar los padecimientos que ha sufrido su persona, teniendo en cuenta que se le había prometido recuperar la vista totalmente. En relación al daño moral, hace falta aclarar que el agravio moral es todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial (Orgaz, "El daño resarcible", Ed. Depalma, Buenos Aires 1967, pág. 184), es así que a fin de justipreciarlo se contemplan las afectaciones al espíritu, sentimientos de dolor, angustia y padecimientos sufridos por quien los reclama. Sin lugar a dudas, las circunstancias provocadas por el evento dañoso, sus secuelas luctuosas, sorpresivas e imprevisibles lo convierten en absolutamente procedente. La indemnización del daño moral no requiere guardar proporción con la del perjuicio material, pues responden a razones de índole diferente, de tal forma no resulta la materialización de los intereses morales gozando los magistrados de un amplio arbitrio para su determinación toda vez que se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico, es una prueba in-re ipsa y surge inmediatamente de los hechos mismos. Para meritar este rubro debe ponderarse la vinculación entre la gravedad objetiva de las lesiones -pérdida de la visión anticipadamente en función de la frustración de la chance de optar no someterse a intervención quirúrgica por falta de información- y las implicancias espirituales que correlativamente suponen para la persona damnificada. En fin, ponderando las características objetivas del menoscabo y sin descuidar el carácter predominantemente resarcitorio de la partida, considero acorde la suma de \$... establecida a favor de la actora, por ello estimo prudente que se rechacen los agravios en tal sentido y se confirme el monto indemnizatorio fijado en concepto de daño moral (arts. 163 incs. 5 y 6, 265, 386 del CPCCN y 1078 del Código Civil).

5. Tasa de Interés: Con relación a las quejas vertidas en materia de intereses, atento la doctrina plenaria en autos "Samudio de Martínez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios", los intereses deben aplicarse a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago (art. 303 del CPCCN). Por otra parte, cabe destacar que en el caso se impone la vigencia del art. 303 del ritual, precepto que considero vigente en su redacción originaria conforme lo decidido por esta Sala (R. 621.758, del 30/08/2013, "Perez Horacio Luis c/ Banco Saez S.A s/ ejecución de honorarios, La Ley, cita online: AR/JUR/55224/2003). El mentado plenario admite una solución diversa cuando acontezca "una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". Pero esa singular especie comporta una situación harto excepcional, que se aparta de la regla general, y que -para que pueda tener lugar- debe ser acreditada fehacientemente y sin el menor asomo de duda en el marco del proceso. A mi juicio no obran en la causa constancias que certifiquen que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del evento, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir. En función de lo expuesto, y en cumplimiento de la doctrina plenaria, he de proponer al Acuerdo que se rechacen las críticas vertidas en materia de intereses, confirmándose que se adicione al capital de condena los intereses a la tasa mencionada, los que se computarán, por ser un caso de responsabilidad contractual, desde la fecha en que se interpelló al deudor, es decir, el día de celebración de la audiencia de mediación y hasta el momento del efectivo pago.

6. Costas: Los condenados, codemandado y citada en garantía, se agravan en cuanto a la imposición de las costas dispuesta por la a quo. Peticionaron para el hipotético e improbable caso en que se confirme la sentencia que se apliquen las costas por su orden. Por otra parte, el codemandado, Dr. Ricardo Brunzini, solicitó se revoque las costas que les han sido impuestas por su orden en tanto no hay razones para apartarse del principio objetivo de la derrota previsto en el art. 68 CPCCN. Requiere que se le apliquen las costas de ambas

instancias a la contraria. Las costas son las erogaciones impuestas a quienes intervienen en un proceso para la iniciación, prosecución y terminación de éste. Respecto a su imposición, el Código Procesal ha adoptado en su artículo 68 la doctrina del hecho objetivo de la derrota. "La justificación de esta institución está en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar", naciendo su imposición del deber de condenar al derrotado (cf. Chioventa citado por Fenochietto-Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T 1, pág. 280 y ss.). No obstante, la 2 parte del art. 68 señala que "sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad". Este párrafo importa una sensible atenuación al principio del hecho objetivo de la derrota y acuerda a los jueces un margen de arbitrio que debe ejercerse restrictivamente y sobre la base de circunstancias cuya existencia, en cada caso, torne manifiestamente injusta la aplicación del mencionado principio (Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, T. III, pág. 373). A decir de Morello, Sosa y Berizonce, lo relativo a la existencia de mérito para disponer la eximición que librado, en cada caso concreto, al prudente arbitrio judicial (auts. cits. Código Procesal..., t. II B, pág. 52). Estimo que no existen razones en el caso que justifiquen apartarse del principio citado. En consecuencia, corresponde por un lado rechazar las quejas del codemandado, Dr. B., y la citada en garantía confirmándose la imposición de costas a dichas partes (art. 68 CPCCN y art. 110 inc. a del dec. ley 17.418); y por el otro, hacer lugar a la queja del codemandado apelante, Dr. Ricardo Brunzini, imponiéndose las costas relativas al rechazo de demanda respecto de su persona a la parte actora por resultar vencida (art. 68 CPCCN). IX. Por lo hasta aquí expuesto propongo al acuerdo modificar parcialmente la sentencia apelada sólo en cuanto a las costas generadas por el rechazo de demanda respecto del codemandado apelante, Dr. Ricardo Brunzini, las que se imponen en ambas instancias a la parte actora por resultar vencida y confirmar todo lo demás en cuanto fue motivo de agravios. Se propone imponer las costas de alzada al codemandado, Dr. B., y citada en garantía, ?Seguros Médicos S.A.?, por resultar sustancialmente vencidos a excepción de lo ya reseñado (arts. 68 y 163 inc. 8 del CPCCN y art. 110 inc. a del dec. ley 17.418). Así lo voto. Los Dres. Mizrahi y Díaz Solimine, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Ramos Feijóo, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - MAURICIO LUIS MIZRAHI - OMAR DIAZ SOLIMINE - Es fiel del Acuerdo.- Buenos Aires, Febrero ... de 2015.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se modifica parcialmente la sentencia apelada sólo en cuanto a las costas generadas por el rechazo de demanda respecto del codemandado apelante, Dr. Ricardo Brunzini, las que se imponen en ambas instancias a la parte actora por resultar vencida y se confirma todo lo demás en cuanto fue materia de agravios. Las costas de alzada se imponen al codemandado, Dr. B., y citada en garantía, ?Seguros Médicos S.A.?, por resultar sustancialmente vencidos a excepción de lo ya reseñado. Regístrese, notifíquese y, oportunamente publíquese (conf. Acordada 24/2013 de la CSJN). Fecho, devuélvase. 000528E