

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Cirugia Estetica Obligacion De Resultado

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Cirugía estética. Obligación de resultado Se mantiene la sentencia que hizo lugar a la demanda de mala praxis médica en la cirugía estética practicada a la actora, pues la ausencia del consentimiento informado y la omisión por parte del galeno de ordenar a su paciente la realización de exámenes prequirúrgicos resultan de suma gravedad.

Lomas de Zamora, a los 30 días de Agosto de 2016, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, de este Departamento Judicial, Dres. Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho, para dictar sentencia, la causa n° 73404, caratulada: "T. N. M. C/ C. A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS".- De conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes: -CUESTIONES- 1°.- ¿Es justa la sentencia dictada? 2°.- ¿Qué corresponde decidir? Practicado el sorteo de ley (art. 263, últ. parte, Cód. Proc.), dio el siguiente orden de votación: Dres. Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño.- -VOTACION- A la primera cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi dice: I.- Que el señor Juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial número doce de este Departamento Judicial, dictó sentencia a fs. 463/469 haciendo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por N. M. T. contra A. C., Instituto de Obstetricia, Ginecología y Fertilidad y P. J. G., condenándoles abonar a la actora las sumas establecidas con más sus respectivos intereses.- Que a fs. 473 apeló la parte actora, concediéndose libremente el recurso deducido a fs. 474.- Que a fs. 485 apeló el demandado P. J. G., concediéndose libremente el recurso deducido a fs. 486.- Que a fs. 488 apeló la demandada A. C., concediéndose libremente el recurso deducido a fs. 490.- Que a fs. 520/524 expresó agravios la parte actora, recibiendo réplica por parte de la demandada A. C. a fs. 526.- Que a fs. 501/503 expresó agravios el demandado P. J. G., sin recibir réplica alguna por parte de la contraria.- Que a fs. 504/517 expresó agravios la demandada A. C., sin recibir réplica alguna por parte de la contraria.- Que a fs. 528 se llamó la causa para dictar sentencia mediante providencia consentida y firme que habilita el dictado de la presente.- II.- De los agravios.- De la actora: Se agravia la recurrente por considerar escasas las partidas presupuestarias otorgadas en la instancia de origen y en concepto de incapacidad sobreviniente, daño moral, daño psicológico y tratamiento y en última instancia por la tasa de interés aplicada.- Del demandado P. J. G.: En primer lugar, se agravia el accionado porque el Juez de grado yerra al considerar la existencia de conductas reprochables por parte de la doctora C. Entiende que ninguna prueba se ha producido en el proceso que demuestre culpa médica y responsabilidad profesional. En segundo término, se agravia por la extensión de responsabilidad hacia su persona y como titular del instituto demandado. En última instancia, se disconforma con los montos indemnizatorios determinados en la instancia de origen por considerarlos excesivos.- De la demandada A. C.: En su ocasión, se agravia la demandada por la atribución de responsabilidad que se le imputa.- A modo de síntesis, argumenta que la prueba que analizó primordialmente el Juez de grado, resultó ser la pericia médica. Advierte, que le sorprendió la extracción parcializada de párrafos de la pericia, sacándolos de contexto y omitiendo el desarrollo de otros párrafos marcadamente opuestos al forzado argumento que el inferior elabora. Señala que el Magistrado de grado omite considerar la existencia de procesos ajenos al accionar médico, como resulta ser la aparición de complicaciones que representan el curso disvalioso de una enfermedad o intervención quirúrgica, pese a haberse adoptado los procedimientos normales y habituales. Señala como un grave error, que para el sentenciante la sola existencia del daño es suficiente causal para responsabilizar al médico interviniente. Advierte que analizando la pericia, en ninguna de las preguntas efectuadas por la actora, se menciona concreta y circunstanciadamente la existencia de mala praxis médica o apartamiento de los deberes a su cargo. Respecto de los estudios prequirúrgicos, en párrafo alguno menciona que no se realizaron y, además, se limita a señalar cuales son los que habitualmente son solicitados para cualquier cirugía. Manifiesta, que el experto sostiene que la eventual no realización de dichos exámenes hubiese influido negativamente en el resultado obtenido y/o que esa supuesta omisión de la actuación profesional fuese determinante en el acaecimiento de los hechos. Resalta que en párrafo alguno el experto señala la disconformidad de la técnica empleada y con el procedimiento descrito en la historia clínica. Que la utilización de "Pervinox" no fue censurada por el perito y que pudo haber sido el causante de la reacción alérgica de la piel. Que el experto no censuró la realización del acto médico en la sala de procedimientos donde se efectúa la transferencia de embriones. Señala que el Juez de grado no valoró el informe emitido por el Comité Científico del Colegio de Médicos y el cual concuerda en un todo con las manifestaciones del aludido experto y en modo alguno cuestiona el procedimiento seleccionado y la técnica empleada, con el accionar médico y además coincide con la aparición de una complicación

atribuible al "Pervinox" que resulta total y absolutamente ajeno a su actuación. Respecto al "consentimiento informado" alude que es más que obvio que si la paciente decidió someterse al procedimiento es por que estaba lo suficientemente informada y el hecho de llevarse a cabo el mismo es índice inequívoco de la información recibida. La no rubrica del consentimiento informado, no es causal del rechazo que la paciente produjo al "Pervinox". Señala que la suscripción del consentimiento informado es realizado por personal administrativo del instituto, una vez que los profesionales médicos explican al paciente cual será el procedimiento que se llevará a cabo, cuales son las ventajas, las desventajas y las eventuales derivaciones de dicho acto. Una vez explicadas debidamente todas las cuestiones atinentes al procedimiento a implementar, el trámite administrativo no lo realiza el profesional, sino el personal del establecimiento y, precisamente, es archivado en la Historia Clínica.- Señala a modo de conclusión que ninguno de los daños reclamados son imputables a la actuación profesional de la recurrente, ni en forma directa, indirecta, o refleja. Toda la actuación profesional fue correcta. El a-Quo lo ha ignorado, basándose en la transcripción parcial de un informe que lejos de endilgar responsabilidad a su persona, la exime de ella. Sostiene que en definitiva puede afirmarse, sin temor a incurrir en error, que tipificar una culpa sobre meras especulaciones como lo ha hecho el inferior carece de sustento. No lo tiene en el aspecto fáctico ni mucho menos en el jurídico.- En último lugar, se agravia e impugna por resultar arbitrarios, ilegítimos, incausados y groseramente abultados los montos indemnizatorios de la sentencia.- III- Cuestión preliminar.- Que encontrándose la causa a estudio del Tribunal, el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual corresponde determinar en primer término la ley aplicable a los supuestos como el que nos ocupa. Que el artículo 7 del nuevo ordenamiento vigente establece la aplicación inmediata de las leyes a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, agregando a párrafo seguido que las mismas no tienen efecto retroactivo, salvo disposición en contrario. Que ambos principios (aplicación inmediata e irretroactividad de la ley), bien entendidos, se complementan. Que de tal modo, corresponde entender -como regla general- que la nueva legislación se aplica inmediatamente a todos los supuestos acaecidos a partir de su entrada en vigencia, así como también a aquéllos otros que, habiéndose originado aún en fecha anterior, producen sus consecuencias jurídicas con posterioridad a la sanción de la norma. No será aplicable entonces a las relaciones o situaciones jurídicas -y sus consecuencias- consumadas, agotadas o extinguidas con anterioridad a su vigencia, excepto cuando, claro está, exista disposición legal en contrario. Que, sentado ello, advierto que en la especie la relación jurídica obligacional en la que se funda el reclamo nació en el momento en el que se produjo el daño -esto es, el 23-11-2007-; razón por la cual considero que el conflicto deberá ser juzgado por la ley vigente en aquél entonces, hoy derogada. (En este sentido, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en La Ley 02/06/2015, punto IV último párrafo.; LORENZETTI, R. L., en ?Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado? T. I, p. 47 y sgtes, Ed. Rubinzal Culzoni; ?Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado? Tit. Prel. y Libro I, Ed. INFOJUS; p. 23 y sgtes; íd. SCBA, Ac. 107.423).- IV- Consideración de las quejas.- A- Por una cuestión de orden lógico procesal, habré de abordar en primer término la atribución de responsabilidad que contiene el fallo.- I- Inicialmente, cabe poner de resalto que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquéllas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (CSN noviembre 8-1981, "Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles" en "Actualización de Juris.", N° 1440, La Ley, 1981 - D, pág. 781). Tales cuestiones esenciales, son ésas que, según las modalidades del caso, resultan para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (SCBA, AC. 21917, DJBA, T. III, pág. 15, ídem Ac. 35.221 "Ramos de Pagella c/ Escot", 22-4-86). Pongo de resalto que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estime necesarias para la sentencia que deban dictar (Santiago C. Fassi., "Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", T I, pág. 278). No se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de los fundamentos por ellas invocados. Aparece necesario recordar, como claramente lo explica Carrió (El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria? de Abeledo Perrot. Buenos Aires 1983, T° I Pág. 166) que la Corte Suprema Nacional ha formulado una serie de reglas: a) Incumbe exclusivamente a los jueces de la causa determinar cuales son los puntos que quedan comprendidos en la litis - contestación.- b) Los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos. Basta con que se hagan cargo de aquellos que sean conducentes a la decisión del litigio.- c) El hecho de que los jueces no se pronuncien en forma expresa sobre una cuestión no constituye una anomalía que afecte la validez del pronunciamiento, si del contexto del mismo resulta claro que aquella ha sido resuelta en forma implícita.- d) Los jueces no están atados por las razones jurídicas que las partes invoquen, ni por las calificaciones jurídicas que estas den a sus pretensiones. Ellos son libres en la aplicación del derecho -principio procesal de ?iura novit curia?- mientras no alteren las bases fácticas del litigio.- No es vano recordar que cuando un expediente llega a la Cámara de Apelación, en virtud de un recurso, es la Alzada quien adquiere la plenitud de la jurisdicción, ocupando desde entonces la misma

posición que tenía el juez de la primera instancia; le corresponden idénticos deberes y derechos (C.S.J.N., 2-11-95, in re "Miguel, Lorenzo c/ Estado Nacional"; "Sandler, Héctor c/ Estado Nacional", Rep. El Derecho, T. 30, pág. 1072, n 21; esta Alzada, 4-IV-06; Causa 62.061, Reg. Sent. Def. 60, Diario "El Derecho", 12-IX-06, n° 11.591, fallo 54.240). Merece efectuar tal salvedad, en virtud que son numerosos los agravios bajo análisis que intentan torcer lo resuelto en la instancia de origen.- II- Integra el thema decidendum la responsabilidad decidida y en su caso, la procedencia y cuantificación del daño. Corresponde introducirme en primer medida a lo que es el análisis de la responsabilidad profesional. La existencia de la culpa del médico es la demostración de la violación al deber de seguridad y la ausencia de su prueba se convierte en un valladar infranqueable para avanzar en una condena contra esta. De ello se deriva, que la prueba de la culpa de los médicos asume vital importancia. Asimismo, en el estudio de las conductas de los profesionales médicos, cabe poner de relieve que la Suprema Corte de nuestra provincia, coincidiendo con la doctrina mayoritaria ha recurrido, en numerosos pronunciamientos, a los principios generales del art. 512 del Código Civil en los supuestos de responsabilidad profesional a la que definió como: "aquella en la que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone, requiriendo para su configuración de los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir, que cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512 del Código Civil). La responsabilidad profesional - se afirma reiterada y acertivamente - se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general. (Ac. 31702 22-12-87 "Rivero y Hornos C/ Echaide Norberto S/ Daños y Perjuicios"; Ac. 43594, 18/6/91 "Nievas Honorio C/ Centro Médico Bernal SRL S/ daños y Perjuicios", citado aprobatoriamente por Ghersi Carlos A "Responsabilidad por prestación médico asistencia, Hammurabi, Buenos Aires 1992, ps. 343 y ss en J.A 1992-II-517, Ac. 50801, 21/12/93 2G.D. C/ Clínica Privada Pilar y otro s/ Daños y perjuicios", DJJ 146-156 y LL Buenos Aires, año 1, N° 2 Junio de 1994, p. 155 entre muchos otros). En este sentido, la responsabilidad médica constituye parte especial de la responsabilidad profesional, donde sólo por excepción en la actividad del médico está en juego una prestación de resultado tal como ocurre en el caso de análisis anatomopatológicos o, de intervenciones quirúrgicas de notoria simpleza o, de cirugía estética. Esta tendencia jurisprudencial se ha extendido a todos los tribunales bonaerenses y conforma la actual e invariable doctrina legal de la Corte Provincial (S.C.B.A. Ac. 55404 "Mendez C/ Municipalidad de Salto y otros s/ Daños y Perjuicios" entre muchos otros). Por su parte, la Corte Nacional, al valorar la obligación jurídica de asistencia médica, ha remarcado que el deber jurídico de obrar se compone no sólo con la carga de actuar con la prudencia y el pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino con las que establecen los ordenamientos particulares, propios de los profesionales del arte de curar (vgr. Código Internacional de Ética Médica, Declaración de Ginebra, etc.), atendiendo a los bienes jurídicos comprometidos (Fallos 306:187 y J.A. 1984- II-373; CSJN 24/10/89 "Amante Leonor y otros C/ Asociación Mutual de Transporte Automotor", J.A. 1990- II-127). Receptando estos principios, corresponde señalar que encontrándose comprometidos los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona - preexistente en todo ordenamiento positivo - no cabe tolerar ni legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resulten incompatibles con el recto ejercicio de la medicina. En materia de culpa médica, su apreciación ha de efectuarse atendiendo a que: "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 del Código civil)?" En un precedente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, recogió la opinión de Trigo Represas, quien sostiene que para apreciar la culpa ha de acudirse al "buen profesional" de la especialidad ya que debe armonizarse las directivas del art. 512 del Código Civil con las del art. 902 para la esfera aquiliana, y con el art. 909 para el ámbito contractual (S.C.B.A., Ac. 44177, "Dezeo C/Guido"). III- No debemos perder de vista que el tipo de intervención quirúrgica practicado en la paciente, revista el carácter de cirugía estética, razón por la cual, a los fines del presente tratamiento indefectiblemente debo distinguir las obligaciones de medios y de las de resultado.- Develar la cuestión impone partir del discernimiento de la naturaleza contractual de la responsabilidad endilgada, en tanto derivada de la impropia ejecución de obligaciones nacidas de un acuerdo de voluntades entre la paciente-reclamante y el profesional (arg. Arts. 1137, 1140, 1190 del Cód. Civil, Lorenzetti, Ricardo "Contratos médicos?", pág. 80). Tal reconocimiento y la particularidad de la prestación -cirugía estética- nos instala inexorablemente en la clasificación de las obligaciones de "medios" y de "resultado"; y cuya breve evocación conceptual se torna insoslayable. Y para su caracterización ha de recordarse que en las obligaciones de medios el deudor sólo se obliga a cumplir el objeto con diligencia, prudencia y pericia, sin que frente al mero malogro del mismo, se vea compelido a repararlo; a su turno las de "resultado", son las que, ante la sola frustración del objeto prometido, el deudor incurre en responsabilidad debiendo por ende responder, sin importar que haya puesto diligencia, prudencia y pericia. Tal discriminación conlleva que en esta última categoría la "culpa" queda fuera de la cuestión, dejada de lado, en tanto estamos frente a una responsabilidad "objetiva", esto es con fundamento en el factor de atribución "objetivo". La importancia de tal distingo clasificatorio está esencialmente fundado en la diversidad del factor de atribución -subjetivo en la de medios y objetivo en las de

resultado- distinción que se proyectará en las eximentes respectivas. Así, en las obligaciones de "medios", en tanto el criterio legal de imputación es la culpa, tendrá operatividad probatoria la "no culpa", mientras que en las de "resultado", en las cuales la diligencia del solvens queda fuera de la cuestión- el factor de atribución es objetivo (crédito a la seguridad especial, garantía, tutela especial del crédito, riesgo etc. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad contractual objetiva", JA 1989-II-964), las cuales de eximición se restringen a la causalidad ajena, que incluyen el caso fortuito y la fuerza mayor (arts. 513 y 514 del Cód. Civil). Formulada esta breve distinción conceptual, típicamente ligada a la ponderación de la responsabilidad derivada del desempeño de los profesionales de la salud, lo que hace inexorable su mención, cabe insistir en la gravitación del "factor de atribución" y su consecuente impacto en el terreno relativo a la carga y posibilidades probatorias, cuyo peso y amplitud viene consecuentemente impuesto y determinado por él.

Así y coincidente con lo que afirma el recurrente en la queja vertida en cuanto a este punto, ha de apreciarse la prestación del cirujano estético como una obligación de "resultado". En tal sentido se pronuncian autores de la talla de Bustamante Alsina ("Teoría General de la responsabilidad civil"), entendimiento que se ha proyectado naturalmente al ámbito judicial pudiendo reconocerse pronunciamientos diversos que guardan coincidencia con tal criterio en cuanto califican el quehacer obligacional de los especialistas en cirugía plástica como de "resultado", expresándose en ocasiones que el "paciente" no se sometería a ella de no prometerse o asegurarse un resultado satisfactorio con cierto grado de certeza (CNC sala G 15-6-2000 LL 2000-F.718), sosteniéndose en otras que "en casos de correcciones simples, la cirugía estética lo obliga a la consecución del fin" (CSN Sala G 19-3-99 Ed. ejemplar del 20-5-99). Con respecto a la carga de la prueba de la culpa médica, cabe señalar que en principio incumbe al pretensor (paciente), la carga de demostrar la culpa del facultativo (demandado). Sin embargo no puedo dejar de advertir que se ha dado paso a lo que una nueva corriente doctrinaria denominada como la doctrina del "favor probationis" y de las cargas "probatorias dinámicas" se ha inclinado por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, doctrina que tiene apoyatura en lo previsto en el art. 375 del Código Procesal, que impone a cada parte la prueba de los presupuestos de hecho de las normas por ellos invocadas. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Últimas tendencias Jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica, en Juris.Arg.,1992-III,p.817 y s.s.nºV-b). Lo cual ha llevado a que se resuelva que en esta materia "la carga probatoria es compartida", no bastando la actitud meramente pasiva del profesional demandado, quien debe acreditar que obró sin culpa o sea con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas (Cam.Nac.Civ.Sala C, 31-8- 93,"S.C.M.c/ Mun.de Buenos Aires", La Ley 1994-A-54). Asimismo y siendo las cuestiones- como la presente - eminentemente técnicas y/o científicas, debe darse preeminencia en lo que hace al valor acreditatorio, al informe pericial del profesional o experto interviniente (Cam. Apel Departamental, Sala I, Reg.Sent.Def. NºIII8/89 y Nº204/89), y la preeminencia que adquiere dicho medio probatorio para acreditar la existencia de una conducta inadecuada por parte del profesional, en este caso de la prestación que origina el daño, aparece como indiscutible (doct.arts.473 y 474 del Código Procesal). No obstante lo expresado, cabe también poner de relieve que las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente para poner a las claras la culpa del médico, condujeron a la doctrina a conferir un elevado valor, quizá como en ninguna otra materia, a las presunciones judiciales (praesumptio hominis) (cfr. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad civil de las clínicas y/o establecimientos médicos", Ed. Abaco, Bs. As, 1981, págs. 240/44; mismo autor: "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Bs. As. 1992, t.I, págs. 82, 85 y 325/27). Dicho criterio echó raíces en el derecho comparado a través de las teorías de la "res ipsa loquitur" o de la "circunstancial evidence" (en Inglaterra, Canadá, Nueva Zelanda y E.E.U.U.), de la "faute virtuelle" o de la "presumption de faute" (en Francia), de la "anscheineweis" (en Alemania, del "id quod plerumque accedit (en Italia) y de la "prima facie" o prueba por primera impresión (en España) (esta Sala, causa 30.924, sent. nº 436 del 27-9-2005). De tal suerte, evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos, el juez ha de deducir la culpa galénica no probada de forma directa. En otras palabras: el magistrado tendrá por acreditada la culpa, cuando el daño, en su ocurrencia, y según la experiencia común, no pudiera explicarse de otro modo que no fuese el de la comisión de una culpa; a menos que el demandado diera una prueba eficaz para liberarse en sentido amplio; a) no culpa o b) causa ajena (que constituye el límite de responsabilidad) (cfr. Jordano Fraga, Francisco, "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual de los médicos" en Revista General de legislación y jurisprudencia, Madrid, 1985, p. 75 y s.s. cita de C. Nac. Civ. sala D, S. 16/7/98, causa "Contreras c/ Municip. Bs. As, v. asimismo: Vazquez Ferreyra, Roberto A. "Prueba de la culpa médica", Ed. Hammurabi, Bs. As.", 1991, caps. IV y V p. 67/113; idem Bueres, Alberto J. "Responsabilidad civil de los médicos", ob. cit. 1992, T. I, p. 82 y s.s., v. también: C. Nac. Sala D, causa "Fernandez Russo c/ Hospital J. Ramos Mejía", S. 9/8/89 en J.A. 1990-II-73 y L.L. 1990-E-440). Claro está que en el fondo, y cuando menos desde la perspectiva de autorizada doctrina, la admisión de las presunciones "hominis" no importa derogar el régimen de la carga de la prueba en materia de culpa. Habrá que demostrar hechos que generen "indicios", para extraer de ellos la culpa de manera indirecta. (cfr. C. Nac. Civ. Sala D, causa "Contreras c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", cit). He de señalarse, que el objeto de análisis en procesos como el presente, es la conducta del médico respecto de la enfermedad o el daño producido. No se trata de juzgar la intervención en si, sino aquello que el médico aporta: si ello

beneficia, o perjudica o es indiferente, o hay una mera abstención cuando se debía obrar. No debe perderse de vista, que las intervenciones quirúrgicas son riesgosas: la ciencia médica establece que hay procedimientos y/o procesos que tienen efectos adversos inevitables. También se sabe que hay un margen de error inevitable en muchas etapas del diagnóstico y de la terapia.

IV- Ahora bien, y ya como lo adelantara precedentemente, en los casos en que se demanda por daños derivados de una mala praxis médica -como en el sub examine-, la preeminencia de la prueba pericial adquiere fundamental y decisiva importancia. Sin duda se está ante una problemática de extrema complejidad, en la que el sentenciante muy difícilmente contará con conocimientos que le permitan dictaminar sin el auxilio de una opinión profesional médica (arts. 375 y 384 del CPCC). De allí que el dictamen pericial, se configure -en el caso-, como el medio probatorio más eficaz para poder determinar si existió una actividad negligente o imprudente de los médicos, capaces de generar responsabilidad en los términos ut supra mencionados.

V- El magistrado de anterior grado cimentó su resolución en varios ítems. La demandada C., cuestionó enfáticamente el análisis elaborado por el sentenciante y enarbolo su postura solicitando se revoque el decisorio.- Entiendo, a mi parecer, que más allá de los argumentos esbozados por la recurrente, atento la particular cuestión que se trae a conocimiento, la cuestión gira indefectiblemente en torno a la ausencia del "consentimiento informado" y la omisión de estudios prequirúrgicos.- Sostiene la demandada, "que es más que obvio que si la paciente decidió someterse al procedimiento es por que estaba lo suficientemente informada y el hecho de llevarse a cabo el mismo es índice inequívoco de la información recibida" -sic-, postura la cual, desde ya no comparto.- El consentimiento informado ha llegado a constituir una exigencia ética, y un derecho recientemente reconocido por las legislaciones de todos los países desarrollados.- Esta nueva forma de entender la relación del médico con el paciente ha surgido como consecuencia de profundas transformaciones en la Medicina y en la Sociedad Occidental, y constituye un valor que los profesionales de la medicina ya no pueden dejar de lado (CC0001 MO 52400 RSD-80-6 S 23/03/2006, "Castillo Petronilla c/Vanetta Jorge y otros s/Daños y Perjuicios"). La carga médica del consentimiento informado del paciente consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de la enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su consentimiento para ser sometido a tales procedimientos. Así entendido el consentimiento informado aparece como la justificación misma de la legitimidad del acto médico, fundado en el derecho del paciente a su autonomía y su autodeterminación (CC0002 SM 59172 RSD-168-7 S 19/06/2007 "Pacheco, Carlos y otros c/Municipalidad de Malvinas Argentinas y otro s/Daños y perjuicios"). Observando las consecuencias que el acto quirúrgico le trajo a la Sra. T., se advierte que un prolijo y exhaustivo consentimiento informado no dejaría dudas al respecto, ya que por más que la paciente haya decidido someterse al procedimiento -argumento del recurrente-, no puede interpretarse que haya sido correctamente informada sobre las consecuencias y riesgos de la intervención a la que sería sometida (art. 384 CPCC). Este extremo resulta determinante ya que considero que la ausencia del mismo importa una grave falencia, por lo que habré de valorarlo en forma negativa a la postura de la demandada (art. 384 CPCC).

Otro punto incontestable, a mi entender, consiste en que el profesional omitió ordenar a su paciente la orden de estudios prequirúrgicos.- Es que la acreditación de mala praxis -omisión del estudio prequirúrgico- y su relación causal con el daño sufrido por el actor es suficiente para dar por acreditado el incumplimiento de la obligación que pesa sobre los profesional médicos que, si bien no pueden asegurar el resultado en el arte de curar, deben llevar a cabo todas las diligencias o medidas que la ciencia médica exige para arribar al resultado deseado. (Causales para demandar por responsabilidad civil médica -pautas jurisprudenciales mayoritarias- Horacio G. Lopez Miró).- A los fines de mantener su postura, la quejosa trae a colación pasajes de la pericia médica efectuada en el proceso. Sostiene que la eventual no realización de dichos exámenes hubiese influido negativamente en el resultado obtenido y/o que esa supuesta omisión de actuación profesional fuese determinante en el acaecimiento de los hechos.- En primer lugar, en base al plexo probatorio plasmado en el proceso y trayendo a colación la citada "carga de la prueba", tengo por cierto que, ante la orfandad probatoria que rodea el presente tópico, los aludidos "estudios prequirúrgicos" efectivamente no se realizaron.- El dictamen médico elaborado por el cirujano plástico Guillermo Jorge Scornik y que da cuenta fs. 366/371, sobre el presente extremo manifestó que los pacientes sometidos a una "lipoaspiración" están comprendidos en la Clasificación de la Sociedad Americana de Anestesiólogos como Clase I "Sin alteraciones orgánicas, fisiológicas o psiquiátricas. Patología quirúrgica localizada y sin compromiso sistémico". Que los exámenes prequirúrgicos deben incluir: 1- Hemograma: Globulos Rojos, hematocrito, hemoglobina. 2- glucemia. 3- Electrocardiograma y visita cardiológica con evaluación de riesgo quirúrgico.- Ahora bien, quizás la falta de realización de dichos estudios no sea el concatenante del resultado obtenido, lo cierto es que su omisión por parte del profesional la considero cuanto menos desprolija, teniendo en cuenta el deber de prudencia y diligencia que pesa sobre los profesionales médicos. Tal omisión, habré de valorarla también en forma negativa a la postura de la demandada (art. 384 del CPCC).- Ante los hechos sucintos y tratados precedentemente, entiendo que abordar los restantes agravios planteados, no varía la conclusión a la cual he de arribar. Considero enfáticamente que la ausencia del consentimiento informado y la omisión por parte del galeno, de ordenar a su paciente la

realización de exámenes prequirúrgicos, resultan de suma gravedad, por ello y más allá de que si le asista razón o no al recurrente respecto a los restantes puntos planteados, considero que la cuestión se encuentra sellada y el resultado que propongo al Acuerdo es adverso al profesional médico.- En este orden de ideas, corresponde confirmar la sentencia en cuanto hizo lugar a la demanda contra la Dra. A. C., debido a la omisión del debido "consentimiento informado" y la falta de orden por parte de la profesional de efectuarse su paciente los correspondientes exámenes prequirúrgicos, lo cual demuestra un accionar desprolijo por parte de la profesional demandada, tornándose de una presunción en su contra que no ha logrado desvirtuar (arts. 512, 902 Cod. Civil y arts. 163 CPCC). A su turno, el codemandado P. J. G. se agravia por la extensión de responsabilidad a su persona y como titular del Instituto de Obstetricia, Ginecología y Fertilidad.- A partir del emplazamiento negocial en la figura del artículo 504 del Código Civil y descontándose que el médico no puede considerarse un subordinado de la clínica (sujeto a un poder de mando), en cuanto concierne a su labor técnica o científica, se plantea la interesante cuestión enderezada a fijar el real alcance o extensión del deber de la entidad por las faltas médicas.- Ahora bien, sin perjuicio de la responsabilidad contractual directa del médico para con su enfermo, de resultas de haber éste prestado su adhesión de eficacia a la estipulación concertada en su beneficio (art. 504 citado), habrá una responsabilidad contractual directa de la institución asistencial respecto del paciente; mas el enfermo estará necesitado de probar la culpa del médico, pero no con el fin de poner en marcha el deber reflejo del ente sanatorial, sino para patentizar la transgresión de la obligación de seguridad por parte de dicho ente (Bueres, Alberto J., "Responsabilidad de los Médicos", Hammurabi, 1992, págs. 380 y 385).- Corresponde señalar que la responsabilidad del ente asistencial es una obligación tácita de seguridad, que es directa y puede ser subjetiva u objetiva y de resultado según los casos. Esto último implica que no basta con aproximar al paciente profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina, sino que debe asegurarse una prestación médica diligente e idónea, de acuerdo con las circunstancias particulares, lo menos reprochable posible. A estos recursos humanos deben agregarse los medios materiales (instalaciones, instrumentos, medicamentos etc.) en oportunidad, cantidad y calidad adecuadas (Trigo Represas, responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales, L.L. 1981-D- 133; Bueres "Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos" p. 32 y 33). El fundamento de la responsabilidad contractual de los establecimientos asistenciales radica en la estructura y los efectos de la relación jurídica obligacional. Para que las clínicas, sanatorios u hospitales sean civilmente responsables por el hecho del médico o auxiliar no es necesario que exista relación de dependencia o subordinación, pero si es imprescindible que medie culpa en la actuación de los sustitutos, auxiliares o copartícipes del centro o ente prestador del servicio galénico, lo que involucraría no solo al personal técnico y científico, sino también al paramédico (S.C.B.A., Ac. 46.712, "Bellman C/ Asociación Médica"). Es de destacar, además, que si bien el paciente tiene una acción directa contra los médicos en caso de incumplimiento de su obligación, nacida de aquella estipulación a su favor, tiene también una acción directa en el mismo caso contra la entidad estipulante en razón del contrato de asistencia pasado entre ellos. Esta responsabilidad del establecimiento asistencial no rige por los principios de la responsabilidad por el hecho de sus dependientes (art. 1113 Cód. Civil), como ut supra quedara dicho. Si bien puede existir un contrato con relación de dependencia laboral entre el médico y el sanatorio (u hospital), no puede juzgarse al médico dependiente de éste en cuanto al ejercicio de su actividad profesional cuya independencia científica y técnica es incompatible con la idea de que pueda subordinarse el acto médico a órdenes de las autoridades del establecimiento.- Es que independientemente de la responsabilidad del médico, existe la obligación también directa de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesoria en ciertos contratos que requiera la preservación de las personas de los contratantes, contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Cuando la entidad se obliga a la prestación de servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida (Jorge H. Bustamante Alsina, "Responsabilidad Profesional del Médico por el hecho ajeno", E.D., Tº 152, pág. 880).- Le bastaba al actor - por lo tanto -con acreditar la culpa en el más amplio sentido, en que incurriera el personal del hospital, como su relación causal con el hecho alegado, para que su pretensión pueda prosperar.- Claro que las demandadas podrán deslindar su responsabilidad acreditando por su parte, la existencia de cualquiera de las eximentes indicadas anteriormente.- En este contexto, habiéndose confirmado la atribución de responsabilidad a la demandada A. C., en consonancia con lo resuelto por esta Alzada en casos análogos, corresponde hacer lugar a la demanda contra Pío J. G. en su carácter de titular del Instituto de Obstetricia, Ginecología y Fertilidad por los fundamentos esbozados en el presente considerando.

B- Habiendo despejado las quejas traídas respecto a la atribución de responsabilidad por el evento cuya reparación se persigue, corresponde que me aboque al tratamiento de las quejas vertidas respecto a los diversos rubros indemnizatorios por los que prosperó el reclamo. Incapacidad Física.- Corresponde recordar que el daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe serle asignado. De tal modo, el artículo 1067 del Código Civil, establece: "no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código (es decir, no hay acto que engendre

responsabilidad civil resarcitoria), si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar...?. Por ende, el daño es la contrapartida de la reparación y debe congruentemente consistir en una consecuencia que ?pueda? ser reparada en alguna forma, más o menos perfecta (por equivalente o por medio de satisfacción indirecta). En otros términos, el daño resarcible no es cualquier daño en sentido amplio, pues la resarcibilidad del perjuicio exige que éste se integre con un resultado disvalioso que la reparación procura subsanar o compensar. Esta Sala -en su anterior integración- tiene dicho en reiterados pronunciamientos que, en relación al daño resarcible, en definitiva más allá de las calificaciones o ?nomis juris? que demos a las cosas y a los perjuicios a tarifar, de lo que se trata es de indemnizar justa e integralmente estos últimos. Tan solo la reparación jurídicamente plena o integral, que no es otra cosa que la indemnización o equivalente dinerario en la medida de lo justo (equitativo) para el caso determinado (Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, Causa 58.026, RSD-136-4, 27-4-2004 ?Olivera, Ramón c/ Microómnibus Quilmes SACIF y ots. S/Ds y Ps). En la pericia médica obrante a fs. 366/371, el Dr. Guillermo Jorge Scornik determinó que la actora, a raíz del accidente, presenta una incapacidad física parcial y permanente del 6% de la Total Obrera como consecuencia de las intervenciones quirúrgicas consecuentes a la lipoaspiración, extremo que se condice que las historias clínicas emanadas del instituto demandado y Clínica Estrada S.A. y que da cuenta fs. 229/234 y 283/315.- Por lo expuesto, no hallando mérito para apartarme de las conclusiones del perito médico, teniendo en cuenta la edad de la víctima al momento del hecho y sus demás condiciones personales, como así también, los extremos invocados al momento de evaluar la responsabilidad estimo justo establecer las sumas de pesos setenta mil(\$70.000) a efectos de reparar el daño físico, lo cual dejo propuesto al Acuerdo (art. 474 del CPCC).- Daño moral.- Con relación a tan particular daño, cabe decir, que el daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenerse por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica (art. 1078 del Código Civil y su doctrina; S.C.B.A., 13-6-89, ?Míguez, Rubén y otros c/Comarca S.A. y otro? -L 40.790- El Derecho, Tº136, pág. 526). Dentro de dicho marco interpretativo, estimo que la traducción económica del aludido quebranto que en el fallo se efectúa no refleja suficientemente los sufrimientos espirituales que a la víctima debió haberle provocado el evento dañoso. En resumen es que propongo, dentro de dicho contexto, establecer las sumas de pesos cincuenta mil (\$50.000) para reparar el daño moral, lo cual dejo propuesto al Acuerdo (arts. 1078 del Código Civil, arts. 165 y 384 del CPCC).- Daño Psíquico y tratamiento.- a- El daño psíquico puede importar un daño patrimonial indirecto en tanto produce deterioros orgánicos que impiden el ejercicio habitual de la actividad laborativa de la víctima, y en todo caso infligen un daño patrimonial directo al disminuir o afectar la integridad personal. La disminución de las aptitudes psíquicas constituye un daño resarcible, cuando provoca una incapacidad total y permanente, pero también cuando la víctima no desempeña al momento actividad alguna (Rey, Rosa-Rinessi, Antonio "La cuantificación del Daño. Sus implicancias" en "Cuantificación del Daño 2001-1" Edit. Rubinzal- Culzoni, pag. 45). La perito Maria Paula Duro Rodriguez en su dictamen de fs. 336/339, diagnosticó para la actora un trastorno correspondiente a un desarrollo psíquico post traumático moderado que le genera una incapacidad que oscila entre un 10% y 25% parcial y permanente, recomendando un tratamiento de psicoterapia individual con una duración aproximada de 18 y 24 meses y con una frecuencia de una sesión por semana. b- En lo concerniente al tratamiento del daño psíquico acaecido, es menester indicar que el hecho de que se haya concedido una suma por daño psicológico no es obstáculo para que se otorgue otra para el tratamiento psicoterapéutico dado que no se produce una duplicación de la indemnización que suple la minoración. El tratamiento apunta a evitar el empeoramiento de unos estados psicológicos de gravedad, y en todo caso a conseguir un progreso en la salud, pero no a recuperarla totalmente. No genera doble indemnización reconocida por el daño psicológico y el tratamiento terapéutico posterior, porque en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima y, dentro de tal orden de ideas, los desembolsos necesarios para la rehabilitación terapéutica de los actores resultan consecuencias del hecho dañoso y son imputables al responsable del mismo a tenor de lo dispuesto por el artículo 901 y siguientes del Código Civil. No hallando mérito para apartarme de citado dictamen y teniendo presente la edad de la actora al momento del hecho así como también el impacto en su vida de relación, la afección que la aqueja en forma previa al hecho y lo resuelto por esta Sala en casos análogos, estimo justo fijar la suma de pesos treinta y cinco mil (\$35.000) para reparar ambos rubros -daño psicológico y tratamiento-, lo cual dejo propuesto al Acuerdo (art. 474 CPCC).- Gastos médicos, farmacia y traslados.- Debo recordar que existe una antigua y pacífica jurisprudencia, de la cual era partícipe esta Sala en su anterior integración, por la cual se ha resaltado la necesidad de reconocer el rubro en cuestión, una vez que ha quedado demostrada la existencia de lesiones con presidencia del lugar o institución donde haya concurrido para su tratamiento, a título gratuito u oneroso, con la sola limitación de establecer un justo monto (esta Sala, Exp: 69341 RSD: 70/12 del 22 de mayo de 2012 in re "Schiazzano, Carlos Alberto c/Soto, Hector Marcelo s/Daños y perjuicios"). Acreditada la existencia de lesiones, debe entenderse que la víctima debió incurrir en

gastos médicos, farmacia y traslados, criterio que se mantiene aún habiendo sido tratada en instituciones públicas gratuitas, así como la no exigencia de presentación de acreditaciones por tales erogaciones. Sentado ello y atento la índole de la lesión padecida por la actora como consecuencia del presente evento, propongo confirmar las sumas fijadas en tales conceptos, lo cual dejo propuesto al Acuerdo. Tasa de interés.- Por último, se agravia la parte actora respecto de la tasa de interés establecida en la instancia de origen, esto es, la denominada "Tasa Pasiva-Plazo fijo digital a 30 días" o tasa bip del banco de la Provincia de Buenos Aires. Que, si bien dicha modalidad de la tasa pasiva es la que ha venido fijando este Tribunal desde el 27/03/2015 a la fecha (Cfr. autos: "Aguilera, Azucena Petrona c/El Puente SAT y ot. s/Ds. y Ps., Expte. 71489, RSD 20/15 y muchos otros); habida cuenta los términos más abarcativos que emergen del texto de la reciente doctrina legal que sobre el tópico ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, he de proponer al Acuerdo su inmediata aplicación, disponiendo consecuentemente que los réditos deberán calcularse mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos periodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso. (Cfr. SCBA, Ac. B62488, Sent. 18/05/2016, autos: "Ubertalli Carbonino, Silvia c/ Municipalidad de Esteban Echeverría s/ demanda contencioso administrativa" y "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios"; arts. 622 y 623 del Cód. Civil; 7, 768 inc. "c" y 770, Cód. Civil y Comercial; 7 y 10, ley 23.928) Con tal alcance, modifícase este aspecto del fallo apelado. En base a estas consideraciones: -VOTO POR LA NEGATIVA- A la misma primera cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño, por consideraciones análogas, TAMBIEN VOTA POR LA NEGATIVA.- A la segunda cuestión, el Dr. Carlos Ricardo Igoldi dice: Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde revocar la sentencia apelada en el siguiente aspecto: I: Elevando la suma en concepto de: a) Incapacidad física, a la suma de pesos setenta mil (\$70.000).- b) Daño moral, a la suma de pesos cincuenta mil (\$50.000).- c) Daño psicológico y tratamiento, a la suma de pesos treinta y cinco mil (\$ 35.000).- II: Estableciendo que los réditos se calculen mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos periodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso. III: Imponer las costas de Alzada a la demandada quien continúa perdidosa (art.68 del C.P.C.C). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (Ley 8904). -ASI LO VOTO- A la misma segunda cuestión, el Dr. Javier Alejandro Rodiño, por compartir fundamentos, VOTA EN IGUAL SENTIDO.- Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente -SENTENCIA- En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia apelada no es íntegramente justa por lo cual debe revocarse en la medida del recurso y agravios. Con costas de Alzada a la demandada (art.68 del C.P.C.C).- POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y CITAS LEGALES, revocase la sentencia apelada en el siguiente aspecto: I: Elevando la suma en concepto de: a) Incapacidad física, a la suma de pesos setenta mil (\$70.000).- b) Daño moral, a la suma de pesos cincuenta mil (\$50.000).- c) Daño psicológico y tratamiento, a la suma de pesos treinta y cinco mil (\$ 35.000).- II: Estableciendo que los réditos se calculen mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos periodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso. III: Imponer las costas de Alzada a la demandada quien continúa perdidosa (art.68 del C.P.C.C). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (Ley 8904). IV: Regístrese. Notifíquese y, consentida o ejecutoriada, devuélvase a la instancia de origen.

012071E