

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Intervencion Quirurgica Consentimiento Informado

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Intervención quirúrgica.

Consentimiento informado Se mantiene el fallo que hizo lugar a la demanda de mala praxis, pues si bien no existió negligencia de los profesionales en la intervención practicada a la actora, estos no cumplieron con su deber de información, resultando justificado que aquellos respondan por los daños que la intervención, aun correctamente realizada, provocó.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 17 días del mes de febrero de dos mil dieciséis, se reúnen en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para conocer en los recursos de apelación interpuestos por las partes a fs. 628, 629, 630 y 633 contra la sentencia de fs. 609/620, dictada en los autos ?JARA VILLALBA MARÍA VICENTA C/ GCBA y OTROS s/ RESPONSABILIDAD MEDICA? Expte. 30729/0. Practicado el sorteo pertinente, resulta que debe observarse el siguiente orden: Dr. Hugo R. Zuleta, Dr. Esteban Centanaro y Dra. Gabriela Seijas. Los magistrados resuelven plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? A la cuestión planteada, el Dr. Hugo R. Zuleta dijo: I. - A fs. 49/70 se presentó la Sra. María Vicenta Jara Villalba y promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y los Dres. Norberto Carlos Fernández y Sebastián Alfredo Miriuka por daños y perjuicios. Relató que el 25 de julio de 2005 fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital General de Agudos Dr. Cosme Argerich (en adelante, Hospital Argerich) a raíz de una secuela de luxóiractura del brazo izquierdo. Puntualizó que requirió anestesia local, que fue aplicada utilizando el método ?bloqueo axilar?. Individualizó al Dr. Fernández como jefe de equipo y al Dr. Miriuka como anestesista. Sostuvo que inmediatamente después de la intervención notó dolor en forma persistente y severa, acompañado de una incipiente falta de movilidad en el brazo intervenido. Señaló que la falta de movilidad se fue agravando en los meses siguientes. Detalló el historial de consultas y tratamientos que realizó hasta descubrir, dos años después, que tenía un nervio parcialmente seccionado en la región donde se inyectó la anestesia. Arguyó que el daño provocado al nervio y sus consecuencias eran directamente atribuibles a los demandados, atento su actuar negligente durante la intervención quirúrgica y el post operatorio. Estimó los daños sufridos en \$271.880 o lo que en más o menos resultara de la prueba. II. - A fs. 118/134 se presentó el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y contestó la demanda. Lo propio hizo el codemandado Fernández (fs. 164/190) y, en su carácter de citada en garantía, Seguros Médicos S.A., a fs. 229/234. Por su parte, el Dr. Miriuka no se presentó en el proceso. No obstante, no recayó declaración de rebeldía. III. - A fs. 609/620 el juez de primera instancia dictó sentencia. Con relación a los profesionales intervinientes, sostuvo que no correspondía realizar reproche alguno, toda vez que, si bien consideró acreditada la existencia del nexo causal entre la práctica quirúrgica -más específicamente, la aplicación de anestesia- y los daños denunciados por la actora, entendió que no existió obrar antijurídico imputable a los codemandados. No obstante lo expuesto, entendió que se había violado el deber de información. En tal sentido, destacó que el consentimiento informado suscripto por la actora no contenía información suficiente en cuanto a las posibles complicaciones que puede padecer un paciente ante la práctica anestésica de ?bloqueo axilar?. Agregó que el formulario no se encontraba suscripto por el profesional informante, lo cual, per se, importaba un incumplimiento al artículo 4 de la Ley 153 y hacía presumir la falta al deber de información del médico. Dado que no se probó a qué profesional correspondía la obligación de informar, no condenó a ninguno de los médicos demandados. En cambio, encontró responsable al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Decidió, por tanto: * Hacer lugar a la demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por la suma de total \$71.500 por los siguientes conceptos: incapacidad sobreviniente, \$40.000; pérdida de chance y lucro cesante, \$20.000; daño moral, \$10.000 y gastos de asistencia médica/ viáticos, \$1500. * Imponer las costas en un 80% a la parte demandada -GCBA-y en un 20% a la parte actora. * Rechazar las sumas solicitadas en concepto de daño/tratamiento psicológico y daño a la vida en relación (este último lo consideró comprendido en el daño moral). * Rechazar la demanda con respecto al resto de los demandados. En lo que a estas peticiones respecta, impuso las costas por su orden. IV. A fs 628 apela el codemandado, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Sus agravios, presentados a fs. 651/662, giran en tomo a las siguientes cuestiones: 1. - La ausencia de la falta alegada en cuanto a la instrumentación del consentimiento informado. Alega, en tomo a este punto, que la mayoría de la normativa citada por el sentenciante de grado no estaba vigente al momento de la intervención de la actora. Destaca, asimismo, que la normativa vigente no imponía ningún formalismo para la instrumentación del consentimiento informado. Resalta que tanto los peritos actuantes como el testigo Razza indicaron que, a su criterio, el consentimiento se había realizado correctamente. 2. - En subsidio, cuestiona los montos reconocidos por cada rubro indemnizatorio, por considerarlos elevados. V. - A fs. 629 y 630 apelaron, respectivamente, Seguros

Médicos S.A. y el Dr. Norberto Carlos Fernández. Ambos se agravieron por la distribución de costas efectuada por el magistrado de primera instancia. VI. - A fs. 633 apela la parte actora. Sus agravios, presentados a fs. 647/650, giran en torno a las siguientes cuestiones: 1.- El rechazo de la demanda con relación a los médicos actuantes. En cuanto al Dr. Miriuka, manifiesta que el juzgador ha omitido valorar debidamente su responsabilidad a la luz del artículo 902 del Código Civil, que establece que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia, mayor será la obligación que resulte de las posibles consecuencias de los hechos. Asimismo, manifiesta que el juez de grado relativizó y anuló el rol del citado a comparecer, ?eliminando la presunción legal que implica la falta de contestación de demanda y el silencio consiguiente en el proceso? (fs. 648 vta). En cuanto al Dr. Fernández, sostuvo que su actuar fue negligente en el seguimiento postoperatorio. 2.- Objeta los montos reconocidos por los rubros incapacidad sobreviniente, daño moral y pérdida de chance, por considerarlos exiguos. VII. - Corresponde señalar que no se encuentran controvertidos los siguientes hechos: * Que la actora fue sometida a una intervención quirúrgica en el hospital Argerich el 26 de julio de 2005. * Que en dicha operación se le suministró anestesia en forma local (bloqueo axilar izquierdo). * Que existe relación causal entre la plejía del miembro superior izquierdo de la actora y el bloqueo axilar realizado. * Que la actora padece, a raíz del hecho en estudio, una incapacidad parcial y permanente del 50%. Considero, asimismo, consentidos los siguientes puntos: a) La inexistencia de negligencia profesional durante la intervención quirúrgica. En tal sentido, vale destacar que la actora incurre en un error al afirmar que el sentenciante de grado no consideró acreditada la relación de causalidad entre la intervención practicada y los resultados dañosos denunciados. El juez sostuvo que los padecimientos de la Sra. Jara son consecuencia del bloqueo de nervios periféricos realizado durante la operación; no obstante, entendió que la complicación existente no se debió a un actuar negligente de los profesionales demandados. La actora sostiene que el Dr. Fernández debe responder por sus lesiones a raíz de su deficiente labor en el seguimiento post operatorio y que Dr. Miriuka debe ser condenado en razón del reconocimiento tácito de los hechos que deriva de su falta de contestación de demanda, pero no esboza argumento alguno tendiente a refutar lo sostenido por el magistrado en cuanto a la ausencia de culpa de los profesionales en tomo a la labor realizada durante la intervención. b) La falta de individualización del profesional obligado a informar a la Sra. Jara y, en consecuencia, la imposibilidad de responsabilizar a los profesionales demandados por la ausencia de consentimiento informado. El argumento sostenido al respecto por el sentenciante de grado no fue motivo de agravio. VIII. - Sentado lo anterior corresponde ingresar al análisis de los agravios esgrimidos por las partes. Por razones de orden metodológico trataré en primer lugar la crítica expuesta por la actora en cuanto a la responsabilidad de los profesionales codemandados. Con relación al Dr. Miriuka, la actora entiende que, dada la falta de contestación de demanda por parte del profesional, el juez debió considerar reconocidos todos los hechos y, por ende, encontrarlo responsable por los daños provocados. Entiendo que lo solicitado por la actora no puede tener favorable acogida por dos razones: a) Carece de fundamento jurídico. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, el silencio del demandado ?puede considerarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran? (resaltado agregado). En cambio, nada dice sobre los hechos ilícitos que se atribuyan al demandado, los que siempre deben ser probados. En el mismo sentido dispone el artículo 54 del citado cuerpo legal. b) Las pericias médicas son claras en cuanto a la ausencia de negligencia de los profesionales. También arguye que no se evaluó el actuar del profesional a la luz del artículo 902 del Código Civil, mas no esboza razón alguna que permita refutar los argumentos del sentenciante en cuanto a que la labor del profesional fue correcta. Así, al no haberse acreditado violación alguna al deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, no se presentan los supuestos de responsabilidad contemplados en aquella norma. Con relación al Dr. Fernández, la actora insiste en que su actuar en el post operatorio fue desaprensivo y negligente, y cuestiona el informe pericial del Dr. Gabrielli. Sin embargo, las objeciones que presenta contra dicho informe no alcanzan para desvirtuar la conclusión del a quo, que se funda en el análisis global de la prueba producida, de la que no surge elemento alguno que respalde la tesis de la actora con relación a la responsabilidad del profesional demandado. Por ello, considero que los agravios de la actora en relación con esta cuestión deben ser desestimados. IX. - Corresponde, ahora, analizar el agravio del Gobierno de la Ciudad con relación a la falta cumplimiento del deber de información por parte de los profesionales intervinientes. La intervención quirúrgica se realizó el 26 de julio de 2005. El sentenciante de primera instancia consideró que el consentimiento era defectuoso y fundó su afirmación en lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 153 y el artículo 4 del Decreto Reglamentario 208-GCBA-2001 (ver fs. 615). La demandada criticó lo sostenido por el juez de grado arguyendo: a.- que las normas citadas no se encontraban vigentes al momento de la operación y b.- que del formulario obrante a fs. 5 de la historia clínica (en adelante HC) surge expresamente que la actora aceptó ?haber sido informado/a tanto de los posibles riesgos y/o complicaciones derivados del tratamiento propuesto?. La primera crítica es fácilmente refutable. La operación se realizó en 2005. La Ley Básica de Salud se sancionó el 25 de febrero de 1999 y su reglamentación - específicamente, la reglamentación actual del artículo 4, inciso h- data de 2003 (Decreto N° 2.316/03, artículo 1°, BOCBA 1826). Estas normas no se derogaron, aunque fueron superadas por la Ley de

Derechos del Paciente en 2009. Resulta claro, entonces, que se encontraban vigentes al momento de la intervención. Por otra parte, resulta claro que las resoluciones 437-MSGC-2008 y 356-MSGC-2009 se citaron a modo ejemplificativo, a fin de destacar que -años después- hasta el propio gobierno reconoció que los formularios de consentimientos utilizados anteriormente no cumplían con los requisitos de la Ley 153. Ahora bien, la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires establece para los galenos la doble obligación de solicitar el consentimiento de sus pacientes para realizar estudios o tratamientos y de otorgarles toda la información necesaria a fin de que tomen la decisión de someterse, o no, a la práctica. El Decreto Reglamentario 208/2001 (conf. art. 1º, Decreto N° 2.316/003) establece que "[u]na síntesis de la información brindada por el profesional actuante debe quedar registrada en la Historia Clínica o registros profesionales con fecha, firma del profesional, aclaración y número de Matrícula. En idéntica forma debe registrarse la declaración de voluntad del paciente que acepta o rechaza el estudio o tratamiento propuesto" (art. 4, inc. h, punto 4). Como primer punto cabe destacar que el deber de registrar una síntesis de la información otorgada recae sobre el profesional. Por ende, contrariamente a lo sostenido por el codemandado, si la síntesis se registró deficientemente, incumbe al profesional probar que la información necesaria fue brindada al paciente. Sentado ello, cuadra señalar que un formulario genérico en el que se asienta que se le advirtieron al paciente "los posibles riesgos y/o complicaciones del tratamiento propuesto" (ver fs. 6, HC) no da fe alguna de la información otorgada. Es de presumir que el paciente, en general, no tiene conocimiento médico alguno. Por ende, desconoce la extensión de los conjuntos "riesgos" y "complicaciones". Informar acerca de los riesgos requiere mencionarlos individualmente. En otras palabras, la Sra. Jara no puede haber aceptado que se le informó todo, cuando no sabía qué era todo. El formulario suscripto, por tanto, carece de validez. Por ello, se incumplió con la obligación establecida en el decreto reglamentario. La conclusión a la que se arriba no se ve alterada por el hecho de que ciertos profesionales atestigüen que formalizar el consentimiento informado de esa manera es una práctica corriente, puesto que de ello no se sigue que el procedimiento sea correcto, sino que, en forma corriente, se obtienen consentimientos inválidos. Resta analizar las consecuencias de la falta de consentimiento informado. A primera vista pareciera que la idea de asignarle responsabilidad a los profesionales que llevaron a cabo una intervención en debida forma resulta cuestionable. Es evidente que no es la falta de información lo que provoca el daño y, en este sentido, no se vislumbra la relación causal entre la omisión del profesional y los perjuicios sufridos por el paciente. No obstante, las dudas son superables cuando se enfoca el tema desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad del paciente y su derecho a aceptar, o no, determinado riesgo. Es que el quid del consentimiento radica en el hecho de que sea el paciente el que elija qué riesgos correr. Que elabore, con la información suficiente, su propio balance de posibles reveses y beneficios, y elija, en consecuencia, el camino a seguir. En el caso, la actora, de haber sabido que la plejía del miembro a intervenir era una complicación, si bien poco probable, posible de la intervención a la que se sometía, podría haber optado por no realizársela. La asunción o rechazo de los riesgos era profesionales que omitieron dar la debida información respondan por los daños que la intervención, aun correctamente realizada, provocó. Tal como señalé anteriormente, se encuentra firme lo sostenido por el juez de primera instancia en cuanto consideró que no se encontraba acreditado a qué miembro del equipo tratante correspondía dar la información y, por tanto, no se podía responsabilizar a ninguno de ellos por el incumplimiento analizado. No obstante ello, procede la condena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en virtud de las consideraciones realizadas por el juez de grado, que no han sido refutadas por la codemandada (fs. 616 vta/618). X. - Establecido el deber de reparar del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, corresponde analizar las críticas realizadas por las partes en tomo a los montos indemnizatorios reconocidos por el magistrado de primer grado. La Ciudad se limita a sostener que la extensión del resarcimiento no puede ser la misma para los casos en que la intervención se llevó a cabo sin que mediara consentimiento informado que en aquellos en que medió negligencia. Sin embargo, establecido el deber de reparar, conforme expliqué en el Considerando IX, no advierto que la accionada haya presentado argumentos autónomos que fundamenten la distinción que pretende con relación a la extensión del resarcimiento. La actora, en tanto, apeló por bajos los montos reconocidos en concepto de incapacidad física, daño moral y pérdida de chances. En cuanto al daño moral, la actora se limita a destacar lo desaprensivo del cuidado que le fue otorgado. Al respecto vale señalar dos cuestiones: a) conforme lo expuesto por los peritos intervinientes el cuidado otorgado fue el debido y, b) no explica por qué considera que la suma reconocida en primera instancia es insuficiente para compensar ese daño. En cuanto al daño físico, la crítica consiste en realizar una comparación entre el monto que pidió por un 66% de discapacidad sospechada y el que le fue reconocido por un 50% de discapacidad probada. Con respecto al rubro "pérdida de chance", también se limita a manifestar su disconformidad con la suma reconocida en primera instancia. Conforme lo dispuesto por el artículo 236 del Código Contencioso Administrativo y Tributario, "[e]l escrito de expresión de agravios debe contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el/la apelante considere equivocadas. No basta con remitirse a presentaciones anteriores". Vale mencionar que "el contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implica el

estudio de los considerandos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones, conjeturas u omisiones sobre las distintas cuestiones resueltas [...] La parte del fallo no impugnado o criticado insuficientemente, como sanción al recurrente, quedará consentida, pues reiteramos, la demanda de impugnación viene a determinar los agravios y capítulos que se someten a la Cámara...? (conf. FENOCHIETTO, CARLOS E., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 98/99). A la luz de los requisitos reseñados, estimo que los agravios de la actora en cuanto a los montos reconocidos en primera instancia no cuentan con la clase de argumentación jurídica que exige el artículo 236 del código procesal y, por lo tanto, deben declararse desiertos. XI. - Por último, corresponde analizar los agravios del codemandado Fernández y de la citada en garantía ?Seguros Médicos S.A.? en cuanto a la distribución de costas establecida por el magistrado de primera instancia. El artículo 62 del Código Contencioso Administrativo y Tributario establece que ?[l]a parte vencida en el juicio debe pagar todos los gastos de la contraria, aún cuando esta no lo hubiese solicitado. Sin embargo, el tribunal puede eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al/la litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad?. Conforme la solución que aquí se propone, quedó comprobado que la intervención quirúrgica, más específicamente, la aplicación de anestesia, provocó serios daños a la integridad física de la actora. Asimismo, quedó probado que la Sra. Jara no fue debidamente informada acerca del riesgo al que se sometía en la intervención. . En este contexto, es razonable que la actora se haya considerado con derecho de demandar no solo al Gobierno -finalmente condenado-, sino también al anestesta y jefe de equipo de la intervención. En tales condiciones, no hay duda de que existe mérito suficiente para apartarse del principio objetivo de la derrota en materia de costas, como resolvió el magistrado de primera instancia. XII. - Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que se rechacen los recursos interpuestos y, en consecuencia, se confirme la sentencia de grado. Propongo, asimismo, que las costas de la presente instancia sean distribuidas por su orden en atención al resultado de los recursos. El Dr. Centanaro adhiere al voto que antecede. En mérito a las consideraciones expuestas, el Tribunal RESUELVE: 1. Rechazar los recursos interpuestos y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado. 2. Imponer las costas de esta instancia por su orden. Se deja constancia de que la Dra. Gabriela Seijas no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia. Regístrese. Notifíquese a las partes por Secretaría y a la Sra. Fiscal en su público despacho. Oportunamente, devuélvase al juzgado de origen. Dr. HUGO R. ZULETA Juez de Cámara Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires Esteban CENTENARO Juez de Cámara Subrogante Sala III Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires Correlaciones: GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ?Cejas, José Luis c/GCBA (Hospital Oftalmológico Santa Lucía - Hospital Carlos Durand) s/daños y perjuicios' - Trib. Sup. Just. Bs. As. (Ciudad) - 05/06/2012 - Cita digital IUSJU210358D 022081E