

Falta De Consentimiento Informado Efectos

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Falta de consentimiento informado. Efectos

Se hace lugar al recurso de inconstitucionalidad

interpuesto contra la sentencia condenatoria por mala praxis, debido a que la decisión no constituye una derivación razonada del derecho vigente.

En la ciudad de San Salvador de Jujuy, Provincia de Jujuy, República Argentina, a los un días del mes de Diciembre del año dos mil dieciséis, reunidos los señores jueces de la Sala I, Civil y Comercial y de Familia del Superior Tribunal de Justicia, doctores Beatriz E. Altamirano, Sergio Marcelo Jenefes y Clara De Langhe de Falcone, bajo la presidencia de la nombrada en primer término, vieron el Expte. N° CF-11.642/2015, caratulado: ?Recurso de inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° B-230.738/2010 (Cámara en lo Civil y Comercial, Sala II, Vocalía N° 4): ORDINARIO POR MALA PRAXIS MEDICA - DAÑOS Y PERJUICIOS: G. E. B. c/ ESTADO PROVINCIAL - HOSPITAL SAN ROQUE?, del cual, La Dra. Altamirano, dijo:

La Cámara Civil y Comercial, Sala II, dictó sentencia en los autos de referencia, en fecha 13 de Abril del año 2015, haciendo lugar a la demanda, condenando al Estado Provincial, a abonar a la actora la suma de Pesos Setenta mil (\$70.000) en concepto de daño material, otro monto igual Pesos Setenta mil (\$70.000) por daño moral y Pesos Nueve mil seiscientos (\$9.600) por daño psíquico, con más los intereses a la tasa pasiva que liquida el Banco Central de la República Argentina por su Comunicado N° 14.290, desde el 30/9/03 (fecha de la cesárea) hasta la de la sentencia, y de allí hasta el efectivo pago la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, sólo para el caso de mora; rechazando los rubros farmacológicos y de traslado, impuso las costas al Estado Provincial y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Hizo extensivos los efectos de la sentencia a la Dra. María Elena Ferreyra (Artículo 82 del C.P.C.). Para así resolver, valoró el daño físico irreparable sufrido por la Sra. G. E. B. en virtud de la mala praxis médica que le fuera realizada, a raíz de la cual perdió su capacidad procreativa, cuando la misma tenía 19 años de edad. En apretada síntesis y sólo en lo que interesa al caso relató, que según surge de la demanda, el hecho se derivó a partir del ingreso de la actora al Hospital San Roque, el día 30 de Setiembre del año 2003, en horas de la mañana, en búsqueda de asistencia médica para dar a luz a su primogénita, la que nació el mismo día por la tarde, por cesárea, llevada a cabo por la Dra. María Elena Ferreyra. A partir del siguiente día de la operación, comenzó con dolores en el vientre, logrando sólo que le dieran calmantes, lo que se agravó por un estado febril, hasta que el día cuatro de Octubre, fue derivada de manera urgente al Hospital Pablo Soria, donde le realizaron una Histerectomía Abdominal Simple, por padecer una infección puerperal, consecuencia de una mala praxis cometida antes, durante o después del nacimiento, permaneciendo internada hasta el 23 del mismo mes en que fue dada de alta. Refirió que al contestar la demanda, el Estado Provincial, pide la citación como tercera obligada de la profesional que realizó la cesárea, Dra. Ferreyra, excepciona de prescripción y con fundamentos solicita el rechazo de la demanda. Lo mismo hace también la tercera citada a fs. 119/137, a través de su apoderado legal, Dr. Pablo Ernesto Mármol, señalando que de la documental y especialmente de la Historia Clínica de la paciente sólo emergen pruebas que permiten afirmar que su actuación no amerita reproche alguno, aclarando que no ha sido acusada por la actora, ni se ha realizado contra ella ninguna imputación, no obstante lo cual denuncia un error en la apreciación que hace la nombrada, ya que asistió a la paciente durante el trabajo de parto y, luego de haber comprobado que el descenso del feto se tornaba dificultoso, decidió someterla a la intervención quirúrgica, lo que permitió que naciera una niña sana y sin complicaciones. Señaló el Tribunal a-quo que según lo sostenido por la profesional médica citada: a) la intervención quirúrgica no tuvo problemas y de cuyo desarrollo se dejó descripción en la Historia Clínica, recalcando que el alumbramiento (extracción placentaria) fue completo, luego de lo cual se realizó una revisión de la cavidad uterina, lo que resulta posible por tratarse de una maniobra quirúrgica a ?cielo abierto?, aclarando que la bibliografía médica es contundente al señalar que pueden quedar restos placentarios dentro del útero, excepciones que ocurren en los partos vaginales, donde la cavidad uterina permanece oculta a la visión profesional. b) Indicó haber previsto la correspondiente profilaxis antibiótica durante y en el postoperatorio para la prevención de las infecciones puerperales, agregando que el mismo aconteció sin complicaciones durante los tres días siguientes, mientras la paciente estuvo bajo su cuidado, y recién al cuarto día refirió tener dolores abdominales, siendo asistida por el Dr. Vargas, quien luego de las veinticuatro horas de iniciados, solicitó la derivación de la Sra. B. al Hospital Pablo Soria, por un cuadro de abdomen agudo. c) En este último nosocomio se le diagnostica endometritis puerperal, desarrollada a pesar de la profilaxis antibiótica, por lo que se lleva a cabo primero una operación exploratoria, y conforme los hallazgos que verifican le practican una histerectomía puerperal, lo que -dice- le salvó la vida. d) Realiza amplias consideraciones médico legales, citando doctrina científica especializada, que hace referencia a las diversas causas que pueden provocar la infección sufrida por la paciente, no obstante la profilaxis cumplida, extendiéndose finalmente en el análisis

de la inexistencia de culpa de su parte. A continuación el Tribunal sentenciante fijó como contractual la relación entre el médico y su paciente, y en virtud de ello rechazó la defensa de prescripción de la acción civil, por ser decenal, dando el encuadre dentro del cual hace el examen. Refirió en cuanto a la paciente, que a la fecha de realizarse la histerectomía total en el Hospital Pablo Soria, al que fuera derivada, tenía 19 años, quedando imposibilitada de procrear nuevamente en edad fértil. Conforme surge de la pericia presentada por el Dr. Robles Ávalos, integrante del Departamento Médico del Poder Judicial, la evolución clínica o ginecológica en la post cesárea, no fue buena, lo que indicaría que el proceso infeccioso continuó a pesar de la antibiótico-terapia instituida. Refiere el experto que, aunque constaba en el registro de enfermería las prescripciones de laboratorio, no así ecografías de control; ni se describe la realización de examen complementario (Rx abdominal), ante la posibilidad de acceso o tumoración en cavidad. Valoró el a-quo que, si bien dicha pericia fue observada tanto por el demandado como por la tercera citada, el perito ratificó con solvencia sus conclusiones, resaltando la falta de consentimiento para la primera cirugía, contrariando lo dispuesto por los artículos 5° y 6° de la Ley N° 26.529 y, luego de precisar las razones de la imposición de información previa, el sentenciante, expresó que los jueces no pueden apartarse o modificar las conclusiones del experto, porque si bien las normas procesales no le acuerdan a la pericia el carácter de prueba legal, al tratarse de una opinión propia del saber del perito, para apartarse es imprescindible tener elementos de juicio que fehacientemente permitan concluir en su error o inadecuado uso del saber científico del técnico, los que no fueron aportados por quienes lo impugnaron. Por ello, consideró que la pericia resulta contundente al afirmar que en el caso hubo deficiente atención, fundamentalmente porque no se registró el consentimiento informado, siendo el control de puerperio insuficiente al no existir registros médicos en distintos horarios, de igual modo la valoración de los factores de riesgo para el desarrollo de la endometritis, no habiéndose realizado examen a nivel abdominal y de herida quirúrgica, ni de tacto vaginal luego de la cesárea entre el 1/10/03 y el siguiente día, que permita establecer si el orificio cervical interno se hallaba entreabierto o no, lo que hubiese servido para palpar restos placentarios, precisando la pericia, las demás deficiencias detectadas, concluyendo el a-quo, -con cita de jurisprudencia- en la relevante importancia de la pericial médica en los procesos de mala praxis, como de la prueba indiciaria que tiene un amplio campo de aplicación. Con fundamento en tal informe pericial resolvió el a-quo, como ya lo adelantara, hacer lugar a la demanda interpuesta en contra del Estado Provincial, precisando que "Los profesionales que se encuentran en relación de dependencia con el Estado Provincial no adoptaron las precauciones previsibles...", disponiendo hacer extensivo los efectos de la misma a la Dra. María Elena Ferreyra que fue citada como tercera obligada (artículo 82 del C.P.C.). Contra dicha sentencia, el Dr. Pablo Ernesto Mármol en representación de la Dra. María Elena Ferreyra, que fuera citada y compareciera como tercera obligada, interpuso el recurso de inconstitucionalidad que es objeto de estudio, para su resolución. Luego de un extenso memorial, el recurrente tacha la sentencia de arbitraria por falta de fundamentación, entendiéndola vulnerada los derechos de defensa en juicio, de propiedad, del debido proceso legal y del principio de irretroactividad de la ley. Se queja porque no surge la acción u omisión culpable e imputable a su representada que justifique la extensión de la condena por mala praxis a la misma, ya que su actuar en la atención de la paciente B., en todo momento se ajustó a la *lex artis*, no surgiendo de la prueba rendida indicio alguno que permita atribuirle responsabilidad cierta. Dice que el Tribunal a-quo sólo hace aseveraciones genéricas, indeterminadas y plurales, señalando los puntos de sentencia que lo demuestran, pero no menciona cual fue el actuar negligente, imperito o temerario en que incurrió la Dra. Ferreyra, limitándose a señalar el daño sufrido, omitiendo valorar los demás elementos de la responsabilidad civil, esto es el hecho antijurídico, la relación de causalidad y el factor de atribución, o sea la culpa de la citada. Señala que lo único que se le reprocha a la nombrada es la ausencia del consentimiento informado por escrito, lo que no basta por sí sólo para responsabilizarla por mala praxis médica, además de precisar que sí le manifestó a la actora, en forma verbal, cual era su estado de salud, las posibles consecuencias si se prolongaba el estancamiento del descenso del feto, la alternativa quirúrgica, sus riesgos y beneficios, agregando que si no dejó constancia escrita, fue por la urgencia del caso y porque la ley que protocolizó e impuso el consentimiento informado por escrito, recién fue instrumentado seis años después. También se agravia la recurrente, de la fecha a partir de la cual el Tribunal de grado dispone el cómputo de los intereses, esto es, desde la fecha del hecho, lo que considera constituye un abuso del derecho y un enriquecimiento sin causa por parte de la actora, quien se ve beneficiada por su inacción durante más de seis años, generando injustamente a su favor durante dicho lapso, frutos civiles que se condena a pagarle. Por último denuncia que la sentencia de la que se agravia, ha fallado extra petita, al regularle al representante legal de la actora del principal, honorarios profesionales por su actuación en el expediente de aseguramiento de prueba, N° B-112.219/03, cautelar que refiere, accedía al expediente principal N° B-116.777/04, de cuyo trámite se desistió, pese a encontrarse caduco de pleno derecho, extendiéndose en adelante en doctrina y jurisprudencia sobre el tema, señalando que ello no obsta sin embargo a ser ofrecido como prueba, pero sin que implique que por tal motivo se regulen honorarios en un expediente caduco, y actuando más allá de su competencia, ya que tal expediente tramitó en otra Sala. Por tales razones, solicita se declare la procedencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, con costas, efectuando reserva del caso federal. Sustanciado el recurso con las partes del

principal (fs. 33), el Estado Provincial omite contestarlo, de lo que se deja constancia a fs. 48, dándosele por decaído el derecho a hacerlo (fs. 48 vta.). Por su parte, el Dr. Ariel Chauque, por sus propios derechos, y en representación de la recurrida, Sra. G. E. B., contesta el recurso y solicita el rechazo del remedio articulado, alegando su improcedencia por las razones que esgrime, a las que remito en honor a la brevedad, solicitando expresa imposición de costas a la recurrente. Cumplidos los demás trámites procesales, el Sr. Fiscal General emitió dictamen, aconsejando admitir parcialmente el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto (fs. 73/80), por lo que el mismo se encuentra en estado de resolver. Previo un minucioso análisis de las constancias de los autos traídos a mi conocimiento, me encuentro en condiciones de adelantar mi voto, compartiendo en parte la opinión vertida por el Ministerio Público Fiscal, sobre la procedencia del remedio articulado, pero sólo respecto a la falta de comprobación suficiente que haga procedente extender los efectos de la sentencia cuestionada a la tercera recurrente. Difiero en cambio en cuanto a la conclusión a la que arriba sobre la cuestión de los intereses, respecto de los cuales estimo, su tratamiento devino en abstracto. Así, avocada a la valoración del agravio que introduce la quejosa sobre la extensión de responsabilidad a su persona, como tercera obligada, y que objetivamente la sentencia le imputa al demandado, Estado Provincial, considerándola arbitraria, por adolecer la misma de fundamentación suficiente, ya que omite precisar a su respecto, cual es la acción u omisión antijurídica imputable a ella. Ante tal cuestionamiento, previa verificación del contenido de la resolución en crisis, cabe reconocerle razón a la quejosa en su argumentación, porque dicho fallo exhibe a su respecto, un evidente dogmatismo, contradicción, e insuficiente fundamentación. En efecto, en la especie, no debemos olvidar que como lo sostiene la doctrina especializada, ¿los presupuestos de la responsabilidad civil son autoría, antijuricidad, imputabilidad, dañosidad y relación de causalidad entre el hecho antijurídico o imputable, y el daño.? (Jorge Mosset Iturraspe, ¿Responsabilidad por daños?, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. II, p. 12), y, en el caso, ninguno de tales requisitos aparecen en la sentencia como valorados, ni personalmente reconocidos ni imputados a la galena recurrente, sino solo en relación a la responsabilidad objetiva del Estado por su deber de brindar seguridad a los pacientes que ingresan a los nosocomios públicos, resolución ésta que ha sido dejada firme y consentida por el mismo. En el caso de los profesionales médicos en particular, la jurisprudencia ha dicho a su vez, en opinión que comparto, que ¿Los presupuestos de la responsabilidad civil de los médicos son: a) existencia de un comportamiento propio, activo u omisivo; b) que dicho comportamiento viole el deber de atención y cuidado propios de la profesión médica; c) que ese obrar antijurídico sea imputable al galeno a título de culpa, dolo o malicia; d) que del obrar antijurídico e imputable al profesional se siga un daño al paciente y e) que ese daño guarde relación de causalidad adecuada con el hecho médico? (fallo citado en págs. 849/850 de la obra coordinada por Oscar Ernesto Garay, ¿Responsabilidad Profesional de los Médicos...?, ed. La Ley). Aplicados tales conceptos al caso bajo revisión, se advierte la razón de la recurrente, porque nada de tales comprobaciones surgen de las constancias de autos, lo que evidentemente ha llevado al Tribunal a-quo a generalizar y pluralizar su fundamentación, ya que debiendo hacerlo, omitió señalar en concreto, la acción u omisión imputable precisamente a la Dra. Ferreyra. En su lugar limita el análisis e imputación de los incumplimientos a los deberes y obligaciones que describe, basándose especialmente en lo informado por el Departamento Médico del Poder Judicial, para concluir que corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta en contra del Estado Provincial, pero generalizando y pluralizando la indebida atención sufrida por la actora como imputables a ¿Los profesionales que la atendieron...?, o refiriendo que ¿se encuentra fehacientemente probado que los dependientes del Hospital San Roque han obrado con culpa...?, y que ¿La obligación de seguridad no fue cumplida...cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad, además de la que concierne al personal...? señalando también que ¿Los profesionales que se encuentran en relación de dependencia con el Estado Provincial no adoptaron las precauciones previsibles...?, todas citas que ponen de manifiesto la indeterminación del personal sobre a quienes se les reconoce responsabilidad, esto es, sin individualizar e identificar en tal fundamentación, a quien en verdad se le imputaba la culpa, o la relación causal entre la conducta indebida y el daño sufrido. Incluso intenta el a-quo justificar tal argumentación aclarando que ¿muchas veces no se puede determinar con exactitud su identificación precisa, ya que son varios y todos tratan de excusar su responsabilidad?, pero sin embargo contrariando tal consideración, y sin ninguna otra fundamentación atinente, extiende la responsabilidad civil reconocida en cabeza del Estado, sólo a la Dra. María Elena Ferreyra, como tercera citada como obligada, llegando de esa manera a una conclusión que no resulta ser una lógica derivación de todo lo expuesto. En todo caso, -como bien lo invoca el recurrente-, nos encontramos con una sentencia contradictoria en relación a la misma, ya que por un lado reconoce la dificultad de individualizar al responsable personal (fs. 415 in fine y vta.), y no obstante ello, hace extensivo los efectos de la sentencia a la nombrada, individualizándola, pero sin mencionar siquiera el acto antijurídico imputable a la misma, considera probado su concreto actuar culposo. Ante tal contradicción y omisión, se impone la aplicación de la doctrina de la Corte Suprema sobre la apreciación de ser sentencias arbitrarias, las que adolecen de tales deficiencias. ¿Los fundamentos contradictorios existen, además, si el pronunciamiento cuestionado sienta dos bases incompatibles entre sí para resolver el mismo problema? o ¿que la falta de un necesario grado de concordancia entre los fundamentos del fallo y sus conclusiones tiñen también de arbitrariedad a la sentencia del caso? (CSJN, Fallos 297:280 y 303:2036

respectivamente). A ello cabe agregar lo expuesto reiteradamente por ese mismo Alto Cuerpo Nacional, cuando las sentencias como en este supuesto, omiten fundamentar lo relacionado con la recurrente, para hacer extensiva la condena en su contra, afirmando que: "Las resoluciones dotadas de fundamento solamente aparente deben ser dejadas sin efecto por carecer de motivación suficiente para su sustentación" (250:152; 254:40; 256:364). Eso es justamente lo que se observa en la sentencia en crisis, que ni siquiera logra individualizar en su análisis de la prueba, la imputación personal de culpa de la tercera a la que extiende los efectos de la condena cuando sabido es que la regla de responsabilidad que rige la actividad de prestación médica en cuanto a su responsabilidad (contractual y extracontractual) es la de la culpa. Para concluir, cabe resaltar que si bien el Tribunal de grado tuvo en cuenta tanto el dictamen del perito, como los testimonios rendidos durante la audiencia de vista de causa, dictó, sin embargo, un resolutorio teñido de arbitrariedad por no ajustarse a las constancias de autos y al cumplimiento del derecho invocado. Cabe aclarar finalmente que lo único que aparece valorado en la sentencia cuestionada como imputable a la tercera recurrente, es la falta de constancia sobre la obtención previa a la cesárea, del consentimiento informado por parte de la paciente, actora del principal, a cuyo respecto cabe precisar como bien lo refiere la recurrente; su imposición formal recién fue contemplada legalmente con posterioridad al hecho, pero hasta entonces resultaba aplicable la postura doctrinaria que consideraba a tal recaudo como un acto no formal. Así la doctrina había sostenido que "Substancialmente, el consentimiento del paciente a un tratamiento debe ser considerado un acto no formal, en la medida que la ley no prevea formalidades especiales para su exteriorización" (obra precedentemente citada de Oscar Ernesto Garay, p. 199) y, por ello, el valor de tal omisión como causal de imputación de culpa queda desvirtuado. Mas aún, si tenemos en cuenta que la actora del principal, al demandar nada denuncia al respecto, y solo lo hace en esta instancia al tiempo de responder el recurso. Es decir, que no obstante haber tenido oportunidad cierta de demandarla a la recurrente en forma personal y que, de hecho, en un principio lo hizo, desistió sin embargo de tal acción. De ello se deriva que tal recaudo de la falta de consentimiento informado, por sí sólo, no puede tener la relevancia suficiente y única para sostener la sentencia en su contra. Lo hasta aquí valorado basta a mi juicio para admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la quejosa, dejando sin efecto el punto 2º) del resolutorio de la sentencia en crisis, en cuanto dispone hacer extensivo los efectos de la sentencia a la Dra. María Elena Ferreyra. Pasando ahora a los otros agravios denunciados, en virtud de lo precedentemente resuelto, estimo que su tratamiento y resolución, devienen en abstracto, al quedar la recurrente desinteresada de los resultados del juicio respecto de dichos temas, y mucho más cuando quien la citara como obligada, esto es el demandado de los autos principales, Estado Provincial, ha dejado firme y consentida la sentencia, y ha omitido injustificadamente responder en esta instancia, el recurso interpuesto contra la misma, que le imputa responsabilidad objetiva a su cargo. Resulta de aplicación a mi juicio, la misma postura de la jurisprudencia nacional que en distintos términos han arribado a la misma conclusión ya que "Si al tiempo de dictar sentencia ha desaparecido el interés jurídico concreto del apelante, no cabe pronunciamiento alguno" (fallo citado en la Revista de Derecho Procesal- Sentencia II, p. 466). En este caso, las cuestiones planteadas por la quejosa, han perdido relevancia y convierten en abstracta su revisión, por haber desaparecido la litigiosidad y el perjuicio, ya que la misma al quedar desvinculada del juicio carece ya de interés económico y/o jurídico susceptible de ser tutelado judicialmente. Ello responde, como reiteradamente se sostuvo, a que "para la correcta resolución del conflicto este Superior Tribunal de Justicia debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión" (L.A. Nº 58, Fº 1719/1720, Nº 486) y precisamente a este momento, luego de lo precedente resuelto, expedirme sobre los demás agravios resultaría inoficioso, por lo que a su respecto cabe declararlo abstracto. Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Pablo Ernesto Mármol, en representación de la Sra. María Elena Ferreyra y, en consecuencia, revocar el punto 2º) del resolutorio, en cuanto dispone hacerle extensivo los efectos de la sentencia. Respecto a los honorarios de los profesionales por su actuación en los autos principales, procede revocar el punto 4º) del mismo dispositivo, debiendo el Tribunal de origen volver a regularlos, respetándose lo resuelto en el presente recurso. Las costas de esta instancia deben imponerse a la parte demandada principal, Estado Provincial, que ha citado como tercera a la recurrente ante el Tribunal de grado, y ha omitido contestar el recurso, cuando ha dado lugar a su interposición (art. 102 del CPC), y porque estimo que la actora ha litigado con algún derecho y de buena fe. En cuanto a los honorarios correspondientes a esta instancia, se difiere su regulación hasta tanto lo sean por el inferior. Los Dres. Sergio Marcelo Jenes y Clara Aurora De Langhe de Falcone, Presidenta del Superior Tribunal de Justicia, adhieren al voto que antecede. Por ello, la Sala I Civil y Comercial y de Familia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, RESUELVE: 1º) Hacer lugar al Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Pablo Ernesto Mármol, en representación de la Sra. María Elena Ferreyra, y en consecuencia, revocar el punto 2º) de la resolución dictada el 13 de Abril del año 2015, por la Sala Segunda de la Cámara Civil y Comercial, en cuanto dispone hacerle extensivo los efectos de la sentencia a la nombrada. 2º) Declarar que el tratamiento y resolución de los demás agravios interpuestos por la recurrente Sra. María Elena Ferreyra, han devenido en abstracto. 3º) Revocar el punto 4º) del resolutorio, debiendo el tribunal de origen volver a regularlos, conforme lo resuelto en el presente fallo. 4º)

Imponer las costas de esta instancia a cargo del demandado del principal, Estado Provincial (Art. 102 del C.P.C.). 5º) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se acerquen los elementos para ello, conforme se especifica en los considerandos y sean fijados nuevamente en la instancia anterior. 6º) Registrar, agregar copia en autos y notificar por cédulas.

Firmado: Dra. Beatriz E. Altamirano; Dr. Sergio Marcelo Jeneffes; Dra. Clara Aurora De Langhe de Falcone.

Ante mí: Dra. Susana Inés Ferreyra - Secretaria Relatora.

014042E