

Danos Y Perjuicios Responsabilidad Medica Fallecimiento De Menor En Una Operacion Inexistencia De Consentimiento De Los Padres

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Responsabilidad médica. Fallecimiento de menor en una operación. Inexistencia de consentimiento de los padres

Se confirma el fallo que acogió parcialmente la demanda de daños deducida por los padres del menor fallecido durante una operación quirúrgica, pues, si bien se descartó la existencia de mala praxis en la intervención, se encontró reprochable un peculiar incumplimiento del deber de información del médico al no haberse informado sobre la entidad de las complicaciones quirúrgicas.

En la ciudad de Corrientes, a los veinte días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, estando reunidas en el Salón de Acuerdos de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, las Sras. Jueces de Cámara Dras. Luz Gabriela Masferrer y Rosana E. Magan, con la Presidencia de la Dra. María Eugenia Sierra de Desimoni, asistidos de la Secretaria autorizante, tomaron en consideración los autos caratulados: "MAIDANA RAMON DAVID Y RAMONA ITATI OJEDA DE MAIDANA C/ ROMILIO MONZON Y/O CLINICA DEL NIÑO S.A. S/ ORDINARIO", Expte. N° C02-41470/97 venido en grado de apelación de la sentencia de fs. 1291/1309 vta., dictada por la Sra. Juez en lo Civil y Comercial N° 2, Dra. Graciela Liliana Lisceiko. Que conforme a las constancias de autos, corresponde que emitan voto en primero y segundo término, las Sras. Juezas de Cámara Dras. Luz Gabriela Masferrer y Rosana E. Magan, respectivamente.- La Sra. Juez de Cámara Dra. Luz Gabriela Masferrer hizo la siguiente RELACION DE CAUSA Me remito a las constancias de autos por encontrarlas ajustadas a derecho y a fin de no incurrir en repeticiones innecesarias. En su sentencia N° 54 de fecha 29.05.2014 obrante a fs. 1291/1309 vta. la Sra. Juez ¿a-quo? falla en este juicio haciendo lugar parcialmente a la demanda y condena a Romilio Monzón y a la Clínica del Niño S.A. a abonar a los actores -Ramón David Maidana y Ramona Itatí Ojeda-, dentro de los diez días de quedar firme dicho fallo, la suma de \$50.000 en concepto de daño moral; suma a la que deberán adicionarse los intereses correspondientes a la tasa pasiva promedio BCRA para uso de la justicia desde el 27.11.1997 hasta el 6.01.2002 y a partir de allí, la tasa activa pura, no capitalizable, que cobra el Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento, hasta el efectivo pago. Hace extensiva la condena a Royal & Sun Alliance Seguros (Argentina) S.A. Y a San Cristóbal SMSG. Impone las costas a los demandados y a sus compañías aseguradoras. A fs. 1331/1336 vta., el demandado Romilio Monzón, por apoderado, interpone recurso de apelación y nulidad contra dicha sentencia. Corrido el traslado de ley a fs.1337 por proveído N° 15072, fue evacuado a fs. 1341/1344, concediéndose el recurso mediante auto N° 18003 de fs. 1346, libremente y con efecto suspensivo. Llegados los autos a la Alzada, a fs. 1453 se llama Autos para Sentencia. Se constituye la Sala en la forma y con el orden de votación dispuestos a fs. 1475 y consentido el llamamiento de autos y la forma en que queda integrada la misma, quedan estos autos en estado de dictar sentencia.- La Sra. Juez de Cámara Dra. Rosana E. Magan presta conformidad con la precedente relación de causa.- Seguidamente, la Cámara plantea las siguientes CUESTIONES: PRIMERA: Es nula la sentencia recurrida? SEGUNDA: En caso negativo, la sentencia apelada debe ser confirmada, modificada o revocada? A LA PRIMERA CUESTION LA SRA. JUEZ DE CAMARA DRA. LUZ GABRIELA MASFERRER DIJO: Si bien no ha sido formalmente deducido, el recurso de nulidad se halla implícito en el de apelación (art. 245 del CPCC), siendo conteste la doctrina y jurisprudencia nacional y provincial en sostener que: ¿si bien el recurso de nulidad se encuentra subsumido en el de apelación, ello no releva al recurrente de la carga de satisfacer los presupuestos de admisibilidad que consagra el art. 172 del ordenamiento procesal, vale decir, de la invocación concreta del perjuicio sufrido y del interés que se pretende satisfacer? (CNFed. Civ. y Com. Sala III, DJ T 1997-2, pág. 412; SJ 1363) por lo que la falta de planteo concreto -como aconteció en la especie- implica el abandono del recurso expresa o implícitamente interpuesto (Loutayf Ranea, El Recurso Ordinario de Apelación, T. II, pág. 410; De Santo, Tratado de los Recursos, Recursos Ordinarios, T. I, pág. 460, Bs. As. 1999). Por otra parte, y es lo relevante, no se advierte la existencia de vicios de sentencia que ameriten un pronunciamiento de oficio, por lo que no cabe su consideración.- A LA MISMA CUESTION LA S RA. JUEZ DE CAMARA DRA ROSANA E. MAGAN DIJO: Adhiero al voto que antecede. A LA SEGUNDA CUESTION LA SRA. JUEZ DE CAMARA DRA. LUZ GABRIELA MASFERRER DIJO: I. Abocada al análisis del recurso de apelación, resulta que los actores demandan indemnización de daño moral como consecuencia del fallecimiento de su hijo menor, de seis años, E. D. M., en oportunidad de haber sido intervenido quirúrgicamente, atribuyendo la responsabilidad al Dr. Romilio Monzón, y a la Clínica del Niño S.A y/o a quién resulte responsable. Reclaman la suma de \$150.000, con más intereses, gastos y costas. Sintetizando, relatan que su hijo padecía de una enfermedad cerebral, conocida como Sarcoma de Ewing, tumor extra axial parieto-occipital izquierdo, tratado desde los cuatro años de edad tanto por médicos de esta ciudad como de Buenos Aires. Explican que en 1996, luego de un tratamiento endovascular para tratar de achicar el tumor, realizado en el Instituto Fleni de Buenos Aires, regresaron a consultar nuevamente al Dr. De los Reyes

quién les manifestó que el niño no podía ser intervenido en las condiciones en que se encontraba porque había muchas posibilidades de que falleciera, por lo que recurrieron al tratamiento con método Hanzi hasta que mediante una tomografía computada realizada en 1997, se advirtió que existía un voluminoso proceso expansivo, aconsejándoseles seguir métodos no quirúrgicos, acudiendo con dicho diagnóstico ante el Dr. Romilio Monzón, quién luego de examinar al niño concluyó que tenía sangre y pus en la cabeza, y luego de efectuarle estudios, aconsejó internarlo en la Clínica del Niño para una transfusión de sangre, lo que se realizó el 26.11.1997, informándoles que al día siguiente (27.11.1997) se le practicaría un drenaje. Explican que durante el acto quirúrgico se les comunicó que el niño se encontraba muy grave y minutos después que había fallecido. Sostienen que al entrar a verlo se les exhibió un tumor extraño sin autorización por lo que consideran que el médico demandado se extralimitó en su actuación, sin tener en cuenta la oposición manifestada por los padres a una intervención quirúrgica, así como la opinión de los facultativos consultados con anterioridad que previnieron del riesgo que ello podría traer aparejado. Piden la indemnización en un intento por resarcir el dolor provocado, habiendo sido quebrantada su paz y tranquilidad de espíritu como progenitores. Acompañan documental. Por su parte, a fs. 75/78 contesta la codemandada Clínica del Niño S.A, en tanto que a fs. 83/84 vta. hizo lo propio el demandado Romilio Monzón, mientras que las presentaciones de las citadas en garantía San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales y La República Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. (posteriormente absorbida por la compañía Royal & Sun Alliance Seguros (Argentina) S.A.) obran a fs 137/139 vta. y a fs. 164/169 vta. -respectivamente-. Todas ellas negaron los hechos alegados por la contraria y la responsabilidad que se les adjudica. Dan su propia versión de lo acontecido, sostienen que la conducta médica no ha sido negligente y que actuó de conformidad a lo que marca la lex artis ante el cuadro fáctico en que se encontró, y según consta en el protocolo quirúrgico, además de haber contado con el consentimiento de los padres del paciente. Las citadas en garantía -además- señalan los límites de la cobertura, rechazando la responsabilidad imputada al asegurado por considerar que no existió culpa en su actuación e impugnando el monto solicitado en concepto de indemnización por daño moral, por carecer el pedido de pautas concretas que indiquen cómo se arriba a dicha suma. Producidas las pruebas, ofrecidas por las partes, a fs. 1291/1309 vta. se dictó sentencia, por la cual hizo lugar parcialmente a la acción condenando a los demandados a abonar a los actores la suma de \$50.000 como reparación de ?daño moral?. Para así decidir, luego de analizar el material probatorio arrojado - la pericia médica practicada en autos, el informe consultivo requerido, en uso de atribuciones instructorias, a la Facultad de Medicina de la UNNE, las opiniones científicas colectadas en la causa penal acompañados a la causa y la basta testimonial rendida en autos-, concluyó que se encuentra probado que el cuadro del niño requería atención quirúrgica para combatir el proceso infeccioso o inflamación purulenta que lo afectaba y que para ello se tuvieron en cuenta los antecedentes médicos del menor y que los recaudos adoptados por el equipo quirúrgico y la práctica médica fueron acordes al diagnóstico, por lo que descarta la mala praxis que respecto a la intervención quirúrgica pretendían atribuir los actores. Sin embargo, afirma que el profesional demandado (Dr. Monzón), actuó sin contar con el debido consentimiento informado de los padres del menor, en el sentido de que su responsabilidad se extendía al hecho de brindar una información completa a los accionantes respecto de las alternativas que podían suscitarse en el mismo acto quirúrgico, de lo que no se rindió prueba alguna de haberse cumplido, y esa omisión tuvo incidencia en cuanto a la cabal comprensión del acto y sus riesgos por parte de los progenitores. Agrega, que la responsabilidad por la falta de información también es imputable a la Clínica demandada al no desplegar actividad alguna tendiente a que se anticipe a los actores los datos suficientes para que presenten su consentimiento informado, ni advirtió la ausencia del mismo al formar el legajo del paciente, por lo que debe responder conjuntamente con el médico que llevó adelante la intervención en sus instalaciones. Asimismo, extiende la condena a las aseguradoras citadas en garantía que deben responder en los términos de la ley 17.418 y con el alcance de los contratos de seguro que reconocieron vigentes al momento del hecho. Contra esa decisión dirige su queja el demandado Dr. Monzón, quien luego de efectuar una relación de la causa, acusa de falta de fundamentación adecuada en el fallo, además de expedirse sobre cuestiones no introducidas por las partes. Le agravia que la sentenciante haya condenado a su parte a un resarcimiento económico por una supuesta ?falta en la faz informativa? y contradictoriamente admite que los accionantes prestaron el consentimiento verbal de la cirugía a realizarse y que sabían que ella excedía de un drenaje por punción. Explica que del escrito de demanda, que da origen al reclamo, surge que los actores conocían el riesgo de la cirugía propuesta tanto por consultas previas con otros facultativos, como por haber sometido al niño a una práctica similar (lo que también se desprende de la copia de ?hoja de derivación suscripta por el Dr. Manuel de los Reyes, obrante a fs. 420), un año antes y aún así por actos inequívocos consintieron la entrada de su hijo al quirófano. Agrega que el objeto de la cirugía (?exéresis?), surge de la copia del protocolo que fue glosado en autos a fs. 13 y que el conocimiento respecto a dicha práctica también surge de los dichos expresos del accionante durante su absolución de posiciones. Señala que el fundamento expresado en el decisorio atacado, respecto a que la falta de información llevó a los padres del menor a considerar que se realizó una prestación distinta a la comprometida, no es más que una construcción subjetiva del sentenciante y que lo demandado fue un resarcimiento económico alegando haberse extralimitado el médico en la práctica de una cirugía no querida por los actores,

demandando también que no se les pidió autorización para ello, por lo que concluye que no puede alegarse falta de conocimiento de los riesgos, insistiendo en que la supuesta falta de información endilgada como causal de responsabilidad a su parte por el juez a quo, no fue introducida por los actores, es decir no constituyó materia litigiosa en autos. Afirma que la sentencia impugnada resulta injusta, ya que habiendo rechazado la mala praxis alegada en la demanda, contiene una condena dictada sobre la base de una pauta indiciaria. Como segundo agravio, critica la imposición de costas por ser evidente la falta de responsabilidad de su parte, por lo que no puede resultar condenado en autos. Expresa que en el supuesto de mantenerse la responsabilidad debe recordarse que ha existido vencimientos recíprocos, tanto en la cuestión numérica, en razón de que habiéndose reclamado la suma de \$150.000, se otorgó el tercio (\$50.000), como en la parte jurídica, puesto que la actora reclamó mala praxis por negligencia e imprudencia y la sentencia concluyó que ello no existió. Considera que sólo en un 50% del reclamo los accionantes obtuvieron éxito, por lo que corresponde distribuirlos en forma proporcional, de conformidad a lo establecido en el art. 71 CPCC.- La parte apelada contestó traslado a fs. 1341/1344, y solicitó el rechazo del recurso. Explican que nunca tuvieron conocimiento cierto y concreto del tipo de intervención que se realizaría, y que tal como señalaran en la demanda entendían que el menor ingresaría a la Clínica a fin de someterse a un pequeño drenaje, no a una exéresis, recordando además que manifestaron expresamente su total oposición a una intervención quirúrgica. Indican que ni el demandado, ni los miembros del equipo médico presentes en la intervención, comunicaron o informaron a su parte para que tomara libremente la decisión de realizar y/o continuar con la intervención efectuada por el demandado, por lo que insiste en que no existe permiso y/o autorización expresa, ni tampoco se acreditó consentimiento verbal prestado por su parte. Señalan que la falta de información acerca de cómo se efectuaría el procedimiento, se probó suficientemente en autos y que ello produjo un engaño en los hechos para dicha intervención, por lo que le cabe la responsabilidad al Dr. Monzón por la falta de autorización. Recuerdan que el consentimiento informado de un paciente es un acto jurídico que debe cumplir con los recaudos previstos por el ordenamiento legal y debe quedar plasmado con claridad, afirmando que para la ejecución del procedimiento faltó una genuina voluntad de su parte. Sostienen que la valoración indiciaria, es una forma de valoración dentro de la sana crítica y que no es cierto que el juez a quo haya realizado una construcción subjetiva que no fue expresado por los actores en el proceso, porque tal como surge del escrito de demanda el Dr. Monzón conocía su postura y decisión respecto del tema. Refieren que el consentimiento informado es una regla que se funda en el derecho de toda persona a disponer de su cuerpo y se sustenta en la asunción de los riesgos que la intervención implica, por lo que debe estar libre de todo vicio y materializarse en una auténtica autorización y/o permiso. Respecto al agravio expuesto en relación a las costas, invocan que ellas tienen una finalidad exclusivamente resarcitoria y no implican una penalidad para el litigante vencido. Asimismo, expresan que los argumentos esgrimidos por el apelante respecto a la aplicación del art. 71 CPCC, en razón al carácter de vencedor, no está dado por la amplitud con que el derecho del actor reciba aceptación judicial, sino por el hecho de que encuentra reconocimiento en la sentencia, cualquiera sea la medida en que ello ocurra y que el acogimiento parcial no cambia a quien lo efectúa la calidad de ganancioso ni al demandado la de vencido a su respecto. Reconocen que si bien medió en el proceso un acogimiento parcial a su requerimiento, no es motivo para justificar un apartamiento de la regla general contenida en el art. 68 del código de rito. Por lo que concluyen que la imposición de costas corresponde como ha sido decidida.- II.- Ahora bien, del fallo atacado surge que la juez a quo ha aplicado las disposiciones del Código Civil anterior, por ser ley vigente al momento que se consumó la relación jurídica, toda vez que el hecho que motivó el presente reclamo ocurrió en noviembre de 1997. De ello no hay agravio del apelante, por lo que no caben más consideraciones al respecto. Asimismo, en reiterados precedentes he sostenido que la aplicación de la ley nueva a los procesos en trámite importaría volver sobre la relación procesal ya constituida, de lo que puede resultar una afectación retroactiva de la relación procesal, en violación de la garantía del debido proceso al verse vulnerado el derecho de alegación y prueba, y conclusión en una sentencia incongruente con lo pedido por las partes. Por todo ello, la sentencia sometida a consideración en el presente, será analizada en esta instancia conforme al régimen jurídico anterior.- III.- Comenzando el análisis de la responsabilidad médica que le cabría al demandado, resulta pertinente recordar que no existe duda que las obligaciones nacidas de la relación médico paciente son de naturaleza contractual, y regidas por lo tanto por los arts. 499, 512, 519, 520, 521 y 902 del Código Civil antes vigente y que encuentro aplicable al caso. Los presupuestos de la responsabilidad médica son la existencia de daño, la relación de causalidad adecuada entre éste y la conducta imputada, y el carácter antijurídico de tal conducta, consistente en un incumplimiento de las obligaciones asumidas a título de dolo o culpa (conf. Yungano-López Poggi-Bruno ?Responsabilidad profesional de los médicos?, pags. 134 y 55; Cazeaux-Trigo Represas, ?Obligaciones? T. I, p gs. 316 y 367; CNCivil y Comercial San Isidro, Sala 2da., 1/6/1990 ?Basabilvaso, M. A. c/ Prata, Ernesto?, JA 29/5/1991, p g. 11). La doctrina y jurisprudencia nacional es unánime al sostener que se trata principalmente de una obligación de ?medios? o ?de atención? u ?obligación de actividad?, donde el deudor no se compromete a un resultado, sino que pone de su parte los medios conducentes para que el acreedor pueda obtener el resultado, el cual, sin embargo no fue asegurado por el deudor (conf. Llambías, J. J., ?Tratado de Derecho Civil?, Obligaciones, T. I, pags. 207, 211,

nums. 171 y 172; Alsina Atienza D., ¿La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado?, JA 1958-III-587; Bustamante Alsina, J. ¿Teoría General de la Responsabilidad Civil?, p g. 501, n. 1376; Bueres, A. ¿Responsabilidad Civil de los médicos?, p g. 183, n. 331; CNCivil Sala C, LL 115-116; CNCivil Sala D, 9/9/1989, ¿F.M.M. c/ Hospital R. Mejía?, del voto del Dr. Bueres, publicado en LL 1990-E-415).

IV.- En el caso que nos ocupa, la cuestión a dilucidar se halla relacionada con la atribución de responsabilidad médica en su faz informativa, específicamente si ha existido violación al deber de información que correspondía brindar por el profesional demandado a los padres del menor. Según señaló el fallo, se descartó la existencia de mala praxis en la intervención quirúrgica, pero se encontró reprochable un peculiar incumplimiento del deber de información del médico al no haberse informado sobre la entidad de las complicaciones quirúrgicas. Se entendió que no se dio a los accionantes una información completa respecto de las alternativas que podían suscitarse durante el acto quirúrgico, lo que incidió en la cabal comprensión del acto y sus riesgos por parte de los progenitores. Previo a todo planteo, cabe analizar la queja del apelante de que este punto es un tema introducido por la sentenciante y que no fue propuesto en la demanda. De la lectura del escrito inicial, obrante a fs. 2/4 vta., claramente se advierte que los accionantes relatan: "...el Dr. Monzón, junto con la pediatra de la Clínica del Niño, nos dice que el día siguiente, 27 de noviembre, se le iba a realizar un drenaje...?; "...al entrar a verlo, (...) nos exhiben el 'tumor extraído' SIN AUTORIZACIÓN ALGUNA, ya que en ningún momento se nos dijo que nuestro hijo iba a ser internado ni mucho menos, que se iba a extraer el tumor...?; ¿el Dr. Monzón se extralimitó en su actuación...Pero, lo más grave aún es actuó SIN NUESTRA AUTORIZACIÓN. Como V.S. puede inferir el médico -y esto es un principio que se impone de manera incontenible- no puede efectuar ningún tratamiento, menos aún, intervenir quirúrgicamente, sin recabar el consentimiento del paciente; en este caso, de los padres del niño?, finalmente señalan que "...no se requirió nuestro consentimiento en este caso, si no que, además hemos manifestado y expresado claramente nuestra total oposición a que se lo intervenga quirúrgicamente...?. Tales expresiones revelan que no hay dudas de que, en el escrito inicial, el planteo fue realizado. Incluso se ha remarcado con mayúsculas que no se había pedido autorización a los padres para la realización de la práctica médica que se efectuó. De la acción entablada en tales términos se corrió traslado y la demanda fue contestada por la clínica negando expresamente dicha circunstancia, mencionando la demandada que ingresó a sala de cirugía con el consentimiento prestado por sus padres a fin de realizar una exeresis parcial tumorectomía y que efectuada la exeresis en un 50 o 60% ante la descompensación hemodinámica se resuelve continuar con la cirugía informándose a los padres, antes de continuar, y que ellos prestaron verbalmente su consentimiento para proseguir con el acto quirúrgico (ver f. 77). Analizando la contestación de demanda del médico -hoy apelante- también se observa que expresamente fue negado por éste que el acto quirúrgico se hubiera realizado sin autorización (ver fs. 83). Por tanto, de ningún modo puede afirmarse que la falta de información no fue materia litigiosa. El punto ha sido expresamente planteado por la actora y fue respondido con negativa por la demandada, por lo que no encuentro que exista la incongruencia que el recurrente pretende imponer al fallo. En consecuencia, habiendo tenido oportunidad el demandado de referirse a tal circunstancia y de producir prueba al respecto, la indefensión que se alega no es tal, por lo que este agravio debe ser desestimado.

V.- Entrando al análisis del tema del consentimiento informado, no puede dejar de advertirse que si bien en la actualidad se encuentra reconocido en la legislación (26529, B.O. 20.11.2009 y 26742 B.O. 24.05.2012), al momento del hecho que nos ocupa (1997), la Ley 17132 (B.O. 31/01/1967) que rige al ejercicio de la medicina, prevenía en su art. 19, inc. 3º ¿Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz?. Si bien no venía impuesto en forma expresa por norma jurídica de carácter general, se reconoció que la exigencia del consentimiento informado forma parte de la lex artis médica, poniéndose de resalto la autonomía de la persona y su derecho a la autodeterminación y así fue admitido por la jurisprudencia en varias oportunidades ("Favilla, Humberto v. Peñeyro, José y otro", C. Nac. Civ., sala I, 25/10/1990 publicado en LL 1991-D-114; "P., R. H. v. Estado Nacional (Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/responsabilidad médica)", C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 28/12/1993, publicado en ED 160-97).- Conforme lo ha entendido la doctrina, el consentimiento informado implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente, por la cual luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención (Cfr. Highton, Elena y Wierzba, Sandra, ¿La relación médico-paciente: el consentimiento informado?, citado por Tallone, Federico en El Consentimiento Informado en el Derecho Médico, en Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, La Ley, T.V, p. 593). A su vez, este consentimiento informado debe reposar sobre una información comprensible. Ello implica que el lenguaje y la comunicación en general deben acomodarse al entorno cultural del paciente, debe adaptarse a las posibilidades propias de la persona asistida (cfr. Tallone, Federico, ob. Cit, p. 594).- La juez a quo, al explicar los motivos por los que endilga responsabilidad al

médico demandado, expone precisamente que la información brindada por el galeno a los padres resultó incompleta, en el sentido que los mismos no comprendieron adecuadamente los alcances de la intervención quirúrgica a que su hijo sería sometido, así como los riesgos que entrañaba y las complicaciones que durante el acto se presentarían. Apoya su decisión en la declaración del Sr. Maidana prestada en el expediente penal, las imprecisiones que surgen de la declaración testimonial del Dr. Monteleone, integrante del equipo y a quien se encargó la tarea de transmitir a los padres de las complicaciones presentadas durante la cirugía y solicitar la autorización para continuar con la misma. De las pruebas rendidas en la causa, que tengo a la vista, puede advertirse que según lo consignado en la historia clínica del menor E. M., que obra agregada en original a fs. 122 del expediente penal N° 34221, se indicó la necesidad de internación del niño para someterlo a una transfusión y tratamiento quirúrgico, lo que efectivamente así se hizo de conformidad a las constancias obrantes a fs. 120/121 (hoja de internación), 123 (hoja quirúrgica), 124 (hoja de anestesia), 125 (Protocolo operatorio), 133/135 (indicaciones médicas y medicaciones proporcionadas durante la internación) de dicho expediente penal. Ahora bien, lo cuestionado por los padres del menor, accionantes en el presente proceso, se refiere al tipo de cirugía llevada a cabo por el profesional médico. Según sus propias declaraciones (fs. 645 y 650 y vta.) el consentimiento prestado por su parte abarcaba una intervención quirúrgica que comprendía un ?drenaje? y no una extirpación del tumor o exeresis parcial, tal lo que surge de la Hoja Quirúrgica el Protocolo Operatorio suscripto por el médico (fs. 123 y 125 de expte N° 34221).- De acuerdo a la declaración del profesional demandado, obrante a fs. 154/162 de la causa penal puede leerse, según sus dichos, que ?un drenaje quirúrgico al retirar material necrótico, coágulos, pus, van reduciendo el volumen tumoral y esto se transforma en una excéresis parcial, no era una punción con una aguja lo que se pretendió hacer como mero tratamiento, de ahí puede surgir la confusión entre drenaje y excéresis parcial?, y al prestar declaración en las presentes actuaciones a fs. 327 y vta. afirma que lo que se planteó hacer es ?una tumorectomía parcial como está en el protocolo quirúrgico? (ver respuesta a la vigésimoprimera pregunta). Sin embargo, en la causa, no surge constancia de que los padres hubieran autorizado dicho tipo de intervención.- Aquí adquiere relevancia, el hecho de que el consentimiento para ser válido debe ir precedido de la información suficiente que permita al interesado prestarlo consciente y voluntariamente, le den la opción de someterse al tratamiento aconsejado o negarse al mismo, y en ocasiones darle la opción intermedia de preferir un tratamiento más o menos cruento y de adoptar terapéuticas menos riesgosas o menos invasivas (cfr. López Mesa, Pacientes, Médicos y Consentimiento Informado, en Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, La Ley, T.V, p. 622). Como dice Highton, comprende dos aspectos: por un lado que el médico obtenga el consentimiento del paciente y que el primero revele al segundo una adecuada información (Highton, Elena, "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico. El difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", en Revista de Derecho Privado y Comunitario. N° 1, p. 170). El otorgamiento de ese consentimiento se basa en una relación especial de confianza, entre médico y paciente en el que la información relacionada con el padecimiento resulta comprendida respecto del tratamiento y la peligrosidad del mismo, entonces el deber del médico de informar de manera clara y adaptada al nivel cultural de cada paciente acerca de los riesgos de la intervención quirúrgica, surge de los principios de buena fe y confianza establecidos en el art. 1198 del anterior Código Civil. La base del fundamento jurídico en que se sustenta el consentimiento informado es el respeto de los derechos personalísimos, pues los pacientes tienen derecho de conocer todo aquello que consideren necesario para tomar libremente la difícil decisión de continuar adelante o no con la propuesta o diagnóstico que efectúa el profesional (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 25/08/2005, C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 02/06/2004, "G. de A., M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica").- Debe tenerse en cuenta que, en términos generales, ?...la información constituye en sí misma un resultado que deberá acreditar, quien deba cumplir la obligación, en caso contrario, existirá una presunción de incumplimiento, que acarreará la correspondiente responsabilidad en forma autónoma e independiente de los daños económicos y/o morales que pudieran producirse? (Celia Wingarten-Carlos A Ghersi, citando a Rubén Stiglitz, en Tratado de Daños Reparables. Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, T. II, Bs.AS., 2017, p. 22). Respecto a la prueba de la prestación de dicho consentimiento se ha dicho que "la carga de la prueba corresponde al médico, y ello de acuerdo con el criterio establecido en materia de información, en el sentido de que pesa sobre quien lo afirma la carga de la prueba de la prestación, por cuanto de invertir tal carga y desplazarla sobre el paciente, se le impondría a éste una prueba diabólica (probar un hecho negativo, esto es, que no se le dio la necesaria información, ni otorgó el preceptivo consentimiento informado), mientras que para el médico se trata de probar un hecho positivo, del que podría dejar buena constancia en la historia clínica..." (cfr. Galán Cortés, Julio C., citado por Vázquez Ferreyra, Roberto A. en El Consentimiento Informado en la Práctica Médica, Publicado en JA 2001-III-1085, La Ley, Cita Online:0003/008379). En este punto, encuentro que la valoración efectuada por la ?a quo? se adecua a las reglas de la sana crítica, en el entendimiento de que el consentimiento informado se hallaba viciado por no haberse brindado en forma completa de acuerdo a la capacidad de comprensión de los padres del menor, con mayor razón si se tiene en cuenta que no se arrió a la causa ningún documento suscripto por los accionantes autorizando la práctica efectivamente realizada por el demandado.- En consecuencia, el agravio del apelante respecto de la

suficiencia de la información no se sostiene. De ningún modo puede admitirse que los actores conocían el riesgo de la cirugía propuesta, si no se ha aportado prueba contundente en ese sentido. Tampoco puede asignarse efecto informativo a consultas previas con otros facultativos o a prácticas similares si -como es reconocido por la doctrina- el consentimiento informado debe ser actual y tiene un carácter temporal y revocable, por lo que un consentimiento prestado anteriormente puede ser inválido o no haber subsistido (cfr. López Mesa, art. cit., en Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, La Ley, T.V, p. 628). Por ello, considero que no puede tenerse por válido el hecho de haber consentido un año antes un tratamiento similar, como pretende el demandado, y las quejas expresadas en este sentido deben ser desestimadas.

VI.- En torno a la condena indemnizatoria en concepto de daño moral, cabe destacar que, en general, se admite que para que proceda un resarcimiento por tal concepto es indispensable que nos encontremos frente a una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbándose la tranquilidad y el ritmo normal de vida, por lo que constituye una alteración desfavorable en las capacidades del individuo para sentir, querer y entender; traduciéndose en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho. Es que el daño moral -en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales- es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver Cammarota, Antonio, "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, T. 2b, Pág. 593 y ss.; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 287; CNCiv, Sala C, 22-12-2005, "Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL", LL, online; íd., Sala E, 26-5-2006, "Montalbetti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros"). Tratándose de la muerte de hijos, casi siempre el daño moral es rubro principal y a veces exclusivo, especialmente cuando se trata de la muerte de menores, respecto de quienes los padres tenían cubierto el tratamiento terapéutico y porque, nada aportaban económicamente a éstos (cfr. Zavala de González, Matilde, Tratado de Daños a las Personas. Daño Moral por Muerte, Astrea, Bs.As., 2010, p.233.). En el caso que estamos tratando, los demandados accionaron por mala praxis, solicitando indemnización en concepto de daño moral. La juez a quo, en la sentencia atacada, si bien no encontró acreditados los extremos para condenar por mala praxis respecto del acto quirúrgico llevado a cabo por el demandado, sí encontró responsabilidad del médico en su faz informativa y por tanto condenó al mismo, en concepto de daño moral, a indemnizar a los accionantes la suma de \$50.000.-

Respecto a la responsabilidad del médico en lo que respecta a la falta de obtención del consentimiento informado, Highton y Wierzba introducen la cuestión del siguiente modo: "Si bien normalmente, la responsabilidad profesional del médico se basa en el fracaso del profesional en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos, bajo la doctrina del consentimiento informado se puede llegar a cuestionar a un médico en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, más habiendo actuado sin el consentimiento del enfermo, o más allá del consentimiento dado; o cuando actuara no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que éste pudiera decidir si quería someterse al mismo" (Highton, Elena I. - Wierzba, Sandra, "La relación médicopaciente: el consentimiento informado, p. 14., citado. en El Incumplimiento del Deber De Consentimiento Informado como Daño Moral Autónomo, la ley Cita Online: AP/DOC/4904/2012). De ello se ha dicho se deriva un estándar objetivo (Conf., C. Nac. Civ., sala M, 16/9/2002, "B. de K. S., G. H. v. G., J. A. y otros", con cita de C. Nac. Civ., sala F, 5/2/1998, "M. A. N. v. Fernández, Elsa S.", citado por Macías, Marta A, en art. cit. la ley Cita Online: AP/DOC/4904/2012), debiéndose responder por las consecuencias dañosas aunque no haya habido negligencia o imprudencia, es decir que no se verifica un fracaso en la técnica médica sino que lo cuestionado se centra únicamente en no haber informado apropiadamente, de modo que el interesado se haya visto privado de decidir aceptar o no. En estos casos, debe considerarse si la falta de información privó al paciente de decidir si quería o no aceptar el tratamiento. En la presente causa, nos hallamos ante la pérdida de hijo de los actores; y es lógico el profundo dolor que ese solo hecho origina. Ahora bien, al no contarse con baremos o parámetros estandarizados, la determinación del monto está librada al arbitrio prudente de los jueces y debe hacerse ponderando la entidad, alcances y repercusión de la lesión o agravio en todas las esferas de la persona, comprensivo no sólo del dolor, sino también de las aflicciones, angustias, preocupaciones y pesares, a los que el dinero puede compensar en cierta medida como medio de "obtener contentamientos, goces y distracciones para restablecer el equilibrio de los bienes extrapatrimoniales" (Elena Highton, voto en fallo de la C.N.Civ. Sala F. 12/3/2004, "García, R. Alfredo c/Campana, Aníbal s/daños y perjuicios"). En el caso de autos, la juez a quo estimó equitativo fijar el monto de condena en la suma de \$50.000, la que debe confirmarse al no haber apelado la parte actora.

VII.- También se agravia el apelante por la imposición de costas a los demandados, afirmando que no existió la falta de información -lo que aquí se confirma y entendiendo que existió vencimiento recíproco al no prosperar en su totalidad lo pretendido por el actor tanto en su faz numérica como en la faz jurídica. En este punto "predominan los pronunciamientos que consideran que las costas causídicas deben ser soportadas íntegramente por el responsable del daño sufrido, aunque no prosperen íntegramente los rubros resarcitorios pretendidos por el actor? (en "Código

Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe - Análisis doctrinario y jurisprudencial", dirigido por Jorge W. Peyrano, Rosario J, 1996, tomo I, ps. 782 y ss.- Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala 3ª Integrada, 10/04/01 - Stagnita, Roque c/ Banco del Suquía s/ Daños y perjuicios, entre otros), y se ha sostenido que para la determinación del pago de las costas, debe atenderse a la entidad de cada capítulo reclamado según haya sido acogido o desestimado, pues no debe ser igual al efecto de las costas que se reconozcan todos los rubros o sólo algunos. En nuestro caso, el único concepto reclamado por los actores en la demanda fue el daño moral, y por dicho concepto ha prosperado la sentencia. Si bien la judicante ha reducido el monto de condena por encontrar fundamento de la responsabilidad sólo en la falta de información, no encuentro que exista un vencimiento recíproco por el que deba dispensarse a los accionados de la condena accesoria de costas. Sabemos que la distribución proporcional de costas no debe realizarse con un criterio meramente matemático sino que debe primar un criterio jurídico, y que en juicios donde se reclaman distintos rubros indemnizatorios, a los fines de considerar si existieron o no vencimientos recíprocos, debe considerarse que hay vencimientos recíprocos cuando se hace lugar a algunos rubros y se rechazan otros (luego, dependiendo la entidad de los vencimientos, podrán o no reflejarse en la imposición de costas), pero no cuando se hace lugar a todos los rubros disminuyéndose los montos. Por tanto, los agravios referidos a la imposición de costas son improcedentes y deben ser rechazados. VIII.- Por todo lo expuesto, propiciaré el rechazo del recurso de apelación interpuesto a fs.1331/1336 por el codemandado Monzón respecto de la sentencia N° 54 de 29-05-14 obrante a fs. 1291/1309, confirmándose la misma en todos sus términos. Las costas de alzada deben ser impuestas al apelante vencido (art. 68 CPC). En cuanto a los honorarios de los profesionales intervinientes de la parte demandada y de la actora por su actuación en esta segunda instancia, corresponde regularlos en un ...% (... POR CIENTO) del importe fijado en la instancia de origen, suma a la cual deberá adicionarse el porcentaje del I.V.A. en el caso de que se encuentren inscriptos como responsables de este tributo ante la A.F.I.P. (ley N° 5822, arts. 9 y 14), con más el interés establecido en el art. 56 de la ley arancelaria y hasta su efectivo pago. Así voto.- A LA MISMA CUESTION LA SRA. JUEZ DE CAMARA DRA. ROSANA E. MAGAN DIJO: Por compartir los fundamentos y conclusión a que arriba la vocal preopinante, adhiero y me expido en igual sentido.- Con lo que terminó el Acuerdo, pasado y firmado ante mí, Secretaria, que doy fe.- Fdo: Dra. LUZ GABRIELA MASFERRER - Dra. ROSANA E. MAGAN. Ante mí. Dra. MARIA DEL CARMEN ACOSTA. -Secretaria CONCUERDA: fielmente con sus originales obrantes en el Protocolo de Sentencias de ésta Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial y del corriente año.- CORRIENTES, 20 de Marzo de 2019.- Dra. MARIA del CARMEN ACOSTA Secretaria Actuaria - Sala II Cám. de Apel. Civil y Comercial Corrientes SENTENCIA CORRIENTES, 20 de Marzo de 2019.- Por los fundamentos que instruye el Acuerdo que antecede, FALLO: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs.1331/1336 por el codemandado Monzón respecto de la sentencia N°54 de 29-05-14 obrante a fs. 1291/1309, confirmándose la misma en todos sus términos. 2) Imponer las costas de alzada, al apelante vencido. 3) REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes de la parte demandada y de la actora por su actuación en esta segunda instancia en un ...% (... POR CIENTO) del importe fijado en la instancia de origen, suma a la cual deberá adicionarse el porcentaje del I.V.A. en el caso de que se encuentren inscriptos como responsables de este tributo ante la A.F.I.P. (ley N° 5822, arts. 9 y 14), con más el interés establecido en el art. 56 de la ley arancelaria y hasta su efectivo pago. 4) Insértese, regístrese, notifíquese y consentida que fuere, devuélvase a origen.- Dra. ROSANA E. MAGAN Juez - Sala II Cám. de Apel. Civil y Com. Corrientes Dra. LUZ GABRIELA MASFERRER Juez - Sala II Cám. Apel. Civil y Comercial Corrientes Dra. MARIA del CARMEN ACOSTA Secretaria Actuaria - Sala II Cám. de Apel. Civil y Comercial Corrientes

041046E