

## Mala Praxis Medica Culpa Medica Rechazo De La Demanda Cirugia Principio De Congruencia Deber De Informacion Consentimiento Informado

### JURISPRUDENCIA

ACUERDO. En Buenos Aires, a los 10

días del mes de agosto del año dos mil veinte, hallándose reunidas las señoras juezes de la Sala "M" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Dras. María Isabel Benavente y Gabriela A. Iturbide, a fin de pronunciarse en los autos "C., D. H. c/Fundación Lucha Enfermedades Neurológicas de la Infancia y otros s/daños y perjuicios", expediente n° 12.856/2011, la Dra. Benavente dijo: I.- Por padecer problemas de insomnio, D. H. C. consultó con una médica neuróloga -Dra. M.-, quien le aconsejó realizar una polismnografía. Ésta se llevó a cabo el 13 de abril de 2006, en la sede que la codemandada FLENI tiene en la localidad de Escobar. Con su resultado, M. la derivó al Dr. M., especialista en otorrinolaringología. Dicha interconsulta se realizó el 26 de mayo siguiente. Allí, el profesional ordenó efectuar una tomografía de macizo cráneo facial, que fue realizada el 31 de mayo. Según ese estudio dio cuenta que tenía el tabique desviado e hipertrofia de cornetes, las que únicamente se resolverían con cirugía. C. interrogó al profesional acerca de qué podría suceder si no se operaba y recibió como respuesta que su situación iría empeorando hasta llegar a provocar apneas reales, pues los cornetes tenían una marcada hipotrofia debido al esfuerzo por respirar. Luego de los exámenes prequirúrgicos de rigor, el 26 de julio de 2006 se llevó a cabo la intervención. M. habría informado a los familiares de C. que la operación fue difícil pero exitosa. No obstante haber experimentado, al día siguiente recibió el alta sanatorial y fue citada al consultorio para el 28 de julio. Concurrió con intenso dolor y, a pesar de ello, M. le sacó los tapones de la nariz. Sin embargo, los dolores persistían al igual que la imposibilidad de dormir. A los pocos días, el demandado le dio el alta definitiva. Frente a ese panorama, realizó una nueva consulta con la Dra. M. quien al darse cuenta del mal posoperatorio que transitaba la paciente, sugirió esperar unos meses para ver si se normalizaba el sueño. Consultó también a otra especialista - Dra. M.- quien luego de ordenar una nueva tomografía axial computada (TAC), advirtió que existía una perforación y desvío del tabique nasal y, al compararla con la TAC anterior, permitía advertir que la lesión no era preexistente sino -muy por el contrario- posterior a la operación efectuada por M.. Impuesta de ese resultado, el 7 de diciembre la actora visitó a un especialista en tabique nasal y confirmó el diagnóstico. Al medir la funcionalidad de ambas fosas nasales corroboró, además, que la perforación del tabique provocaba una gran disminución en la entrada de aire. El único tratamiento posible era una crioterapia para disminuir la hipertrofia de los cornetes, pero ya no se podía corregir la desviación del tabique superior a causa -precisamente- de la perforación. Luego de asistir a numerosas consultas médicas con varios galenos, uno de ellos -Dr. G.- diagnosticó que C. padecía "colapso faríngeo" y necesitaba una nueva cirugía. Al contestar demanda, los emplazados negaron que la intervención de M. hubiera sido defectuosa y se remitieron a los antecedentes previos de la paciente que allí detallan. Afirmaron que la práctica y el posoperatorio inmediato no tuvieron complicaciones. Producida la prueba, en la sentencia de fs. 847/867, el juez de grado no encontró probada la culpa médica y rechazó íntegramente la demanda, con costas a la actora vencida. Viene apelada por la actora. En los agravios de fs. 885/893 -con réplica a fs. 895/6 y 898/904- la vencida formuló extensas consideraciones sobre la falta de información previa sobre la posibilidad de perforación y de sus consecuencias. Sostiene -así- que su voluntad se ha visto viciada por no contar con todos los elementos necesarios para tomar una decisión libre y consciente de los riesgos. Por tanto -y por aplicación de las leyes 24.240 y 26.529- aduce que los demandados incumplieron ese deber fundamental. Critica, asimismo, que el a quo se hubiera basado solamente en el informe pericial y no en el resto de la prueba. Y aun cuando no cuestiona las conclusiones a las que arribó el perito en su dictamen, sostiene que la frecuencia con que suelen producirse perforaciones como la experimentada, M. debió ser aún más diligente, atento la situación de la actora y el conocimiento que tenía de su condición de deportista. Finalmente, solicita se revisen las costas causídicas. II.- Como se advierte de la síntesis efectuada precedentemente, en la demanda la recurrente relató en forma extensa y minuciosa el fatigoso circuito que realizó para solucionar su problema de insomnio que incidía en su rendimiento deportivo. En ningún pasaje se refirió a que no fue informada sobre la posibilidad de experimentar una perforación del tabique como consecuencia de la intervención a la que fue sometida. Tampoco hizo referencia a que hubiera recibido información suficiente sobre el tipo de práctica que realizó el profesional demandado y sus posibles riesgos. Es sabido que el principio de congruencia impone que exista conformidad entre el contenido de las decisiones judiciales y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, con la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto, motivo por el cual, cuando una resolución se aparta de la materia que fijaron las partes, se menoscaba el referido principio (conf. Guasp, "Derecho Procesal Civil", t. I, p. 517; Palacio, "Derecho Procesal Civil", t. V, p. 429, núm. 663; Morello-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial, t. I, p. 117, 2ª edición; CNCiv. Sala G LL 1986-B, 15, mi voto en la Sala G en "Consortio Paraguay 4756 c/ Cons. Fray Justo Santa María de Oro s/ daños y perjuicios" del

06-11-2017, entre muchos otros). De allí que la decisión debe recaer sobre pretensiones deducidas en la oportunidad procesal pertinente, a efectos de hacer posible la plena defensa del adversario y no otorgue a ninguna de las partes ventajas sobre la otra distintas de aquellas que se derivan de una inteligente interpretación de los escritos constitutivos del proceso (conf. Clariá, Julia M., ¿Incongruencia y arbitrariedad en el proceso civil. Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación?, JA 1997-II-798). A la luz de las directivas reseñadas es claro -a mi juicio- que admitir las quejas significaría modificar los términos en que fuera propuesta la demanda y, por ende, alterar el modo en que quedó trabada la litis, lo que llevaría a vulnerar el principio de congruencia (art. 163, inc. 6 del CPCCN), en el que se inscribe el art. 277 del rito en tanto delimita la jurisdicción de la Alzada sólo a aquellos capítulos que hubieran sido sometidos primero al conocimiento del juez anterior en grado. En los agravios, siguiendo los lineamientos de la sentencia que ataca, la recurrente manifiesta que resulta de aplicación la ley 24.240 y sus modificatorias, salvo con relación al profesional demandado expresamente excluido de su articulado. Sin embargo, toda la argumentación que vierte está referida al incumplimiento del deber de información por parte del codemandado M., quien -según afirma- fue quien completó el formulario que contiene su consentimiento informado y no le explicó las complicaciones y probables secuelas del acto médico que aconsejó realizar, de modo que el consentimiento oportunamente prestado es nulo. Este extremo no formó parte de la etapa constitutiva del proceso y, consecuentemente, no existió un marco apropiado de debate y prueba que resguarde el debido proceso adjetivo. Si bien lo expuesto es suficiente para desestimar el agravio, sólo para extremar el ejercicio del derecho de defensa y dar una respuesta jurisdiccional a la recurrente, habré de expedirme sobre cuáles son las razones de fondo que motivan a declarar en este punto la improcedencia del recurso. III.- Para solicitar el rechazo de los agravios, los demandados sostienen que aun cuando al momento en que se realizó la práctica médica no se encontraba vigente la ley 26.529, la paciente fue debidamente informada antes de suscribir el consentimiento que se encuentra agregado como prueba. Es verdad que en la época en que se realizó la intervención quirúrgica, en el ámbito local se encontraba vigente la ley 17.132, que exigía la forma escrita solamente en el caso de operaciones mutilantes (art.19 inc. 3). Sin embargo, no debe soslayarse que el consentimiento informado es una manifestación del principio de autonomía o autodeterminación del paciente que, como tal, abrevia en los derechos fundamentales, cuyo sustento no es otro que la dignidad de la persona humana. Encarnan los valores básicos en que se asienta el ordenamiento jurídico entero y representan la parte más sustantiva del derecho constitucional (conf. Diez Picazo, Luis M., ¿Sistema de Derechos Fundamentales?, 2º ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 36 ss.). En consonancia con los instrumentos internacionales que forman parte del bloque federal (arts. 19 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y art. 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. V, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y Preámbulo y art. 12, Declaración Universal de los Derechos del Hombre), en numerosos precedentes la Corte Suprema ha resaltado el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional. No solo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de éste para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo (Fallos: 332:1963; 335:799). Estableció que dicha disposición otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual puede adoptar las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros (Fallos: 316:479; 324:5). Recordó, a su vez, que nuestro sistema jurídico recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación (Fallos: 328:4343; 338:577; ídem, ?D., M. A. s/ declaración de incapacidad?, del 7/07/2015). Como se advierte, la autodeterminación del paciente tiene sustento en las normas de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, no sólo aquellas que fueron incorporadas por conducto de la Reforma Constitucional, sino también en el art. 19 CN. De modo tal que más allá de la fecha en que comenzó a regir la ley N° 26.529, el respeto por la autonomía del paciente reconoce sustento en las disposiciones citadas anteriormente. De modo tal que, más allá de la entrada en vigencia de la ley mencionada, la *lex artis ad hoc*, exigía también en la época en que se llevó a cabo la intervención quirúrgica, proporcionar al paciente información adecuada para que pueda tomar una decisión libre. Por tanto, al informar y requerir el consentimiento de la actora, el emplazado no hizo más que respetar los postulados expuestos. Sin perjuicio de ello, la falta de información e incluso de requerir el previo consentimiento del paciente no generan por sí solos y en forma automática la responsabilidad del médico. En efecto, así como el mero consentimiento informado no basta para legitimar toda intervención quirúrgica, siendo posible que el médico se torne responsable, aún contando con autorización del paciente, de igual modo, si aquél fuera inválido o ineficaz, por lógica consecuencia, tampoco compromete automáticamente o en forma inexorable la responsabilidad del galeno, aún cuando deja a éste en una posición delicada (conf. CNCiv., Sala I, 25-10-1990, ?Favilla, Humberto c. Peñeyro, José y otro?, LL 1991-D-117 y DJ 1991-2-565; esta Sala, ?Olivera Natalia c/Sastre, Eduardo Rubén y otro s/daños y perjuicios?, expediente n°110.890/2011, del 3-07-2018; Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A(CApeLTrelew)(SalaA), ?Q., M. c. P., J. y otra s/ daños y perjuicios?, del 2/10/2015, La Ley Online). La

responsabilidad del facultativo ha de resolverse en tal caso de acuerdo con el principio general de la responsabilidad civil que se asienta en la causalidad, pues no todo incumplimiento genera la obligación de pagar una indemnización. El carácter causal de la falta o insuficiente prestación del consentimiento informado se acentúa cuando existen alternativas. Es decir, cuando el paciente puede someterse o no someterse a la intervención (esto se aprecia, sobre todo, en las intervenciones de cirugía estética), o cuando existen tratamientos alternativos, con riesgos distintos del finalmente hecho realidad. En esos casos, la falta de información pasa a tener influencia en la producción del resultado. Por el contrario, si la intervención es necesaria o si el tratamiento alternativo es igualmente arriesgado, no puede decirse que la falta de información sea causa del daño finalmente producido. De no ser así, más que una indemnización a título de responsabilidad, la omisión se transformaría en una especie de multa civil frente a la nuda infracción del deber (conf. Audiencia Provincial de Barcelona, 31/07/2001, sent. transcripta por García Garnica, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, cit., p. 265, nota 228; CNCiv., Sala A de esta Cámara (conf. Sala A, ?D. M., N. B. c. Hospital Nacional Dr. Alejandro Posadas y otros s/ daños y Perjuicios?, del 15-5-2013, en LL 2013-E, 515). De lo expuesto se deduce que frente a la deficiencia de información, la relación de causalidad debe buscarse entre la omisión o la insuficiencia y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos han cristalizado; y no de forma directa entre la omisión de la información y el daño materializado tras su práctica (conf. Galán Cortés, Julio C., ?Responsabilidad civil médica?, Civitas, Madrid, 2011, p. 662/663; Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, ?Q., M. c. P., J. y otra s/ daños y perjuicios?, del 2-10-2015, cit.). Se trata, en suma, de valorar si, efectivamente, el paciente no se habría sometido a la intervención de haber conocido los riesgos que corría. Pues bien. En la especie, M. realizó exámenes antes de proceder a la intervención. Incluso informó a la paciente cuáles serían las consecuencias de no someterse a la cirugía. También recomendó la operación de garganta. Le preguntó si quería suspender el acto quirúrgico, aunque la respuesta fue negativa porque quería resolver lo antes posible su problema de salud. Como puede advertirse, entre la paciente y el galeno existió diálogo fluido, en el que C. tuvo incluso la oportunidad de suspender el acto quirúrgico y la recurrente prefirió seguir adelante. Por lo demás, según el informe pericial, la intervención fue bien indicada pues era una alternativa plausible para los problemas de apnea (ver fs. 613/621). De modo tal que, aun en la hipótesis más favorable a las quejas, no está probada la falta de información, pero también es dudoso que, de haber conocido el riesgo, C. hubiera desistido del tratamiento quirúrgico, en la medida que estaba decidida a solucionar el asunto. Por otro lado, la contingencia finalmente ocurrida, si bien es esperable, no es inexorable y suele suceder en el 10% de los casos. De manera tal que la apelante debió probar que, a pesar de no ser tan elevada la tasa de probabilidad, hubiera preferido no correr el riesgo y permanecer en el mismo estado. Por tanto, aún si se soslaya lo dispuesto por el art. 277 CPCCN y, más aún, se examina la cuestión desde la hipótesis más favorable a la apelante, no se verifica en el caso vínculo causal suficiente entre la insuficiencia de la información alegada y la decisión de realizar el tratamiento quirúrgico. De modo que no se configura el incumplimiento que hace nacer la obligación de responder por parte del médico, el establecimiento asistencial y de la empresa de medicina prepaga. IV.- Los restantes argumentos del memorial no cumplen mínimamente las exigencias que el art. 265 CPCCN establece para sostener el recurso. La actora sostiene que si M. sabía que la perforación del tabique es la complicación más frecuente de la cirugía septal, ?debió haber sido aún más diligente?. Tratándose en el caso de una obligación de medios, frente al categórico informe pericial que concluyó en que el galeno no cometió ninguna falta imputable a título de culpa, de acuerdo al estándar exigible a un profesional de su clase y categoría, no se explica en qué consistiría esa mayor diligencia a la que se alude genéricamente en las quejas. V.- Finalmente, no encuentro motivo que autorice a apartarse del orden de las costas aplicado por el colega de grado. Es sabido que no revisten el carácter de ?pena? sino el de una indemnización debida a quien injustamente se vio obligado a efectuar erogaciones judiciales. Es decir, los gastos que se han ocasionado al oponente al obligarlo a litigar, con prescindencia de la buena o mala fe y de la poca o mucha razón del perdedor pues, para el criterio objetivo de la derrota, la conducta de las partes o el aspecto subjetivo es irrelevante (CSJN Fallos 312:889, 314:1634; 317:80,1638; 323:3115, entre otros; Morello-Sosa-Berizonce, ?Códigos Procesales...?, pág.58, com.art.68; Chiovenda, Principii, tº I, pág.901; Loutayf Ranea, ?Condena en costas en el proceso civil?, p. 44 y sigs., 1ª reimpresión, Astrea, 2000, y sus citas). Y, aun cuando en nuestro ordenamiento legal el criterio mencionado no es absoluto (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal), pues puede ser dejado de lado tanto frente a la configuración de situaciones excepcionales como en caso de presentarse las circunstancias específicamente contempladas en la ley (conf. Gozáni, Osvaldo A. ?Costas Procesales?, pág. 7), contrariamente a lo que se afirma en los agravios, las razones subjetivas invocadas no justifican aplicar la eximición que establece el art. 68, segundo párrafo del rito. VI.- En síntesis, propongo desestimar las quejas y confirmar la sentencia apelada. De compartirse, las costas de Alzada serán impuestas a la actora que resulta vencida (art. 68 CPCCN). La Dra. Gabriela A. Iturbide adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia que la Vocalía n°37 se encuentra vacante. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras jueces por ante mí que doy fe. Fdo.: María Isabel Benavente y Gabriela A. Iturbide. Ante mí, Adrián Pablo Ricordi (Secretario interino). Conste. **ADRIAN PABLO RICORDI**

Buenos Aires, agosto de 2020. Y Visto: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: Confirmar la sentencia de fs. 847/867, con costas (art. 68 CPCCN). Una vez regulados los honorarios de primera instancia, se hará lo propio con los de Alzada. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía n° 37 se encuentra vacante. MARIA ISABEL BENAVENTE GABRIELA A. ITURBIDE ADRIAN PABLO RICORDI

Correlaciones: Ley 26.529 - BO: 20/11/2009

001845F