



Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

***“M. M. J. c/ Centro Gallego de Bs. As. Mutualidad Cultura Acción Social y otros s/ Daños y perjuicios”.-Exp. 75.423/2012.- Juzg .n° 28.-***

En Buenos Aires, a los 25 días del mes de febrero de 2019, hallándose reunidos los señores Jueces integrantes de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a los efectos de dictar sentencia en los autos: ***“M. M. J. c/ Centro Gallego de Bs. As. Mutualidad Cultura Acción Social y otros s/ Daños y perjuicios”***, y habiendo acordado seguir en la deliberación y voto el orden de sorteo de estudio, el Dr. Kiper dijo:

Contra la sentencia de primera instancia (fs. 794/806), que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por M. J. M., contra H. A. y la Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina, y la rechazó contra el Centro Gallego de Buenos Aires y la Fundación Galicia Saude -esta última citada como tercera-, apelan el actor, el profesional demandado, la obra social y la tercera citada, quienes, por los motivos expuestos en sus escritos de fs. 833/838 (actor), 823/830 (Obra social), 839/845 (A.) y 831/832 (Fundación Galicia), intentan obtener la modificación de lo decidido. Corridos que fueran los traslados de dichas presentaciones, el actor los contestó a fs. 851/854, 860/863 y 864/878, y la obra social lo hizo a fs. 848/850, encontrándose los autos en condiciones de dictar un pronunciamiento de carácter definitivo.

I.- En torno al encuadre jurídico que habrá de regir esta litis, y atendiendo a la fecha del hecho, entiendo que resulta de aplicación la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente vigente, sin perjuicio de señalar, claro está, que a idéntica solución se arribaría aplicando las normas pertinentes de este último cuerpo legal.

II.- Es un hecho no controvertido en esta instancia que el actor, M. J. M., sufría de una dolencia denominada “pectus excavatum”; una deformidad congénita de la caja torácica que se caracteriza por el pecho hundido a la altura del esternón.



Este cuadro, coincidieron las partes, arroja distintas complicaciones respiratorias (quien la presenta tiene predisposición a sufrir procesos congestivos e infecciones broncopulmonares); además, el paciente presentará habitualmente una disminución de talla y peso, aparición de ojeras y fatiga constante en el cuerpo, junto con un menor gasto cardíaco y desarrollo muscular; y a esto deben agregarse las consecuencias estéticas.

Tampoco se discute que el paciente fue intervenido el día 29 de abril de 2008, en el Centro Gallego de Buenos Aires, y que la operación estuvo a cargo del demandado, Dr. H. A..

Las partes son contestes, asimismo, en que luego debió ser intervenido otras tres veces en el mismo nosocomio, por diversas complicaciones postoperatorias.

La magistrada de grado al hacer lugar a la acción, fue clara en valorar la actuación de los profesionales intervinientes. En ese marco, afirmó, con base en el dictamen pericial, que no se podía atribuir el fracaso de la intervención quirúrgica encaminada a solucionar la patología que presentaba el actor -así como las múltiples complicaciones que se derivaron de ella-, a deficiencias en la actuación profesional del demandado A.. Tampoco habría reproche alguno a la actuación de los restantes profesionales que intervinieron.

Sin perjuicio de ello, sostuvo que el referido demandado, fue negligente en informar debidamente al actor –o a sus representantes legales, pues en ese momento era menor de edad-, los riesgos que acarrearía el procedimiento, razón por la que debe responder por los daños sufridos.

Por otra parte, hizo extensiva la condena a la obra social, en virtud del deber de seguridad en relación a la eficiencia de la prestación médica, así como en cuanto a la integridad del paciente.

### III.- Excepción de falta de legitimación.

Comenzaré examinando el agravio formulado en relación al rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la obra social demandada.

La Obra Social de Personal Rural y Estibadores, reprocha que se haya rechazado la mencionada defensa. Expone que la negligencia





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

administrativa de no requerir el consentimiento informado del paciente, no puede serle imputada.

Señala que la finalidad de la entidad es dar cobertura económica a las prestaciones médicas, lo que no implica un deber asegurativo por la deficiencia de la prestación.

Detalla, además, que el afiliado tuvo la libertad de elegir el profesional interviniente, de la nómina de prestadores, lo que reduce la obligación de la entidad a hacerse cargo del pago de los gastos.

Al respecto debo señalar que la falta de legitimación para obrar acontece cuando el actor o el demandado no son las personas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades, con referencia a la materia concreta sobre la que versa el proceso (conf. Palacio, Lino, "La excepción de falta manifiesta de legitimación para obrar", en Revista Argentina de Derecho Procesal, N° 1, pág. 78).

En ese sentido se ha explicado que la obligación de prestar atención médica que asume la obra social puede hacerse de diversos modos. Así, el sistema de libre elección permite al paciente ir a cualquier médico de una denominada área geográfica, cuyo arancel será pagado por el sistema. Es un sistema más caro porque es menos controlable para quienes lo organizan.

Por otra parte, el sistema cerrado, (como el de autos) obliga al paciente a acudir a determinado servicio organizado por la entidad prestadora. Es más barato en cuanto es más controlable el gasto, pero obviamente es menos apetecible para el paciente en cuanto a que no puede ir al médico que quiere sino al que le indican. (conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, La empresa Médica, 2da Ed., Ed. Rubinzal Culzoni, 2011).

La propia obra social refiere en su contestación de demanda que, si bien no impone al afiliado un prestador determinado, éste debe elegir para su tratamiento alguno de los profesionales de la cartilla que la entidad le provee.

El hecho de que el actor haya tenido que optar por un su prestador dentro de los que han sido incorporados al régimen, implica que la obra social ha tenido la posibilidad de elegir cuáles serán los centros



asistenciales o profesionales de la salud más idóneos para integrar ese sistema.

Por ello, es sabido que los organizadores de tal sistema son susceptibles de ser demandados en caso de algún reproche por el incumplimiento de alguna de las obligaciones de las que asume el profesional que preste el servicio.

En consecuencia, estimo que debe rechazarse este agravio y confirmar este aspecto de la sentencia apelada, en cuanto al rechazo de la excepción opuesta.

#### IV.- Responsabilidad de la obra social y el Dr. A..

a. La obra social y el Dr. A., se quejan de que se haya hecho lugar a la acción. Sostienen que la asistencia médica proporcionada por los profesionales siempre fue la adecuada, tal como lo expuso el perito médico oficial. Así, destacan una serie de manifestaciones formuladas por el experto en las que puede apreciarse que el trabajo del demandado y de los médicos del nosocomio siempre fue correcto y que la vía quirúrgica era la única manera de intentar mejorar el padecimiento que sufría el actor.

Además, afirman que tanto el actor como sus padres, habían sido adecuadamente informados de los riesgos propios de la cirugía.

Dicha aseveración –remarcan- resulta evidente del relato de los hechos efectuado en la demanda, en el que se recalcó que en la última intervención no se le requirió el consentimiento a los padres del paciente, lo que daría por sentado que en las anteriores sí. Así también, estiman que sería impensado que habiendo efectuado tantas consultas con sus médicos intervinientes, no se hubiera advertido al actor y a sus representantes legales de las consecuencias probables del tratamiento quirúrgico.

b. En este estado, estimo útil detenerme en la naturaleza del vínculo que se establece entre el médico y el paciente cuando éste requiere la prestación de servicios profesionales que resultan de su incumbencia y, consecuentemente, la responsabilidad que de dicho vínculo se deriva.

Dentro de la variada gama de actividades profesionales, conceptualizables como una prestación de hacer (arts. 630 y cctes. CC, Mosset Iturraspe y otros "Responsabilidad Civil", Hammurabi, Bs. As.,





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

1992, página 459), señalan que, de acuerdo al objeto de la obligación, puede ésta considerarse como "de medios" -o de conducta- o "de resultado" -o de fines-, incluyendo entre las primeras a la del médico. El distingo tiene trascendencia en dos ámbitos: la diversidad del factor de atribución -subjetivo en el primer caso y objetivo en el segundo-, y en la distribución de la carga de la prueba. (Agoglia-Boragina-Meza Responsabilidad por incumplimiento contractual", Hammurabi, 1993, p. 62; con cita de Bueres, "Responsabilidad contractual objetiva", JA 1989-II-977).

En las obligaciones de medios, la conducta diligente -aquella encaminada a la obtención del resultado anhelado por el acreedor- es esencial para dar por cumplida la prestación, aunque se haya fracasado en el logro del interés final. Así, puede distinguirse en este "deber calificado" un doble juego de intereses: uno primario, que se colma en tanto el deudor se aplique celosamente al cumplimiento del proyecto de conducta tendiente a obtener aquella finalidad; y otro mediato constituido por la efectiva consecución del resultado, aleatorio en la medida en que su alcance no depende sólo de los esfuerzos del deudor, sino también de la influencia de circunstancias inciertas (v. Bueres, "Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos, p. 132, citada a su vez por Agoglia-Boragina-Meza, ob, cit., p. 72, n° 12).

Por ello, tratándose de obligaciones de medios, la diligencia desplegada por el deudor no sólo integra estructuralmente el nexo obligatorio, sino que es también, y fundamentalmente, un componente del pago.

En tal medida, el incumplimiento existe cuando el deudor omite prestar la conducta calificada que le compete, siendo indiferente para generar su responsabilidad contractual la real obtención del resultado esperado (v. Bustamante Alsina, "Prueba de la culpa", LL. 89-886; Bueres, ob. cit., p. 154, y, del mismo autor "Responsabilidad contractual objetiva", JA. 1989-II-977; Vázquez Ferreyra, "Prueba de la culpa médica", p. 60 y ss., citado por Agoglia y otros, ob. cit., p. 74, n° 15).

La culpa, entonces, se presenta como una omisión de diligencias que impone la naturaleza de la obligación de tal modo que refleja una conducta



del agente, contraria a lo que cabría exigir en las circunstancias del caso y que provocan el perjuicio de un interés ajeno jurídicamente tutelado. En tal aspecto aparece como sinónimo de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los reglamentos (Belluscio, “Código Civil Comentado, Anotado y Concordado”, T. 2, pág. 627).

En autos, el Dr. Alfredo Omar Miranda, perito médico cirujano, expuso que la técnica de Nuss, utilizada en el caso, implica la colocación de una barra metálica debajo del esternón hundido con el fin de elevarlo, aumentando el diámetro anteroposterior, separándolo de la columna vertebral.

Describió que esta técnica es aceptada, porque “...es menos agresiva que otras que requieren maniobras más agresivas para separar quirúrgicamente mediante cortes, el esternón hundido de sus anclajes laterales (cartílagos costochondrales-que los fijan a las costillas) e inclusive secciones a distinto nivel del esternón para inmovilizarlo...”

Vale decir, el camino más recomendado para intentar solucionar el cuadro del actor era practicarle una operación como la que se le practicó, la que, como lo explicó el perito médico, tenía sus riesgos.

A esto debe agregarse que, según aseveró el experto, el paciente se encontraba en la edad límite en la que la intervención podía ser realizada, atento que la elasticidad de su tórax iría disminuyendo, lo que disminuiría las posibilidades de éxito del tratamiento.

Es claro –como ya expliqué- que, desde el punto de vista quirúrgico, los profesionales actuaron correctamente y que el resultado disvalioso que sobrevino a la operación consistía en uno de los riesgos propios de un acto quirúrgico de esas características.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la demanda no fue acogida por esta razón sino, por el contrario, debido a que mi colega de primera instancia entendió que no se había informado correctamente al actor –y a sus padres-, sobre las posibles contingencias de una intervención de las características que requería.

Como dije, la a quo aseveró que se habría incurrido en un actuar negligente al momento de otorgarle la información al paciente. Esa





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

falencia, por si sola, pone en cabeza de los demandados –según su visión-, las consecuencias de haber podido rechazar la práctica, decisión que se vio afectada por la ausencia del conocimiento.

Es sabido que la carga de la prueba sobre este aspecto relativo al consentimiento informado pesaba sobre la actora; sin perjuicio del deber moral e inclusive jurídico del accionado, de colaborar activamente en el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido (conf.art.377 CPCC y teoría de las cargas probatorias dinámicas).

La Dra. Highton de Nolasco se ha pronunciado sobre la cuestión al decir que “en definitiva, dado el estado actual de nuestra legislación positiva y de la práctica médica, no dudamos que incumbe al actor probar que fue inadecuadamente informado, o bien que no consintió la realización de un procedimiento médico, sin perjuicio de que ambas partes aporten toda prueba que tengan para mejor esclarecer sus posiciones. Entendemos que resulta aconsejable mantener este principio” (conf.: Highton, E.I- Wierzba, S.M. "La Relación Médico-Paciente: El Consentimiento Informado", 2a. ed. actualizada y ampliada, ed. Ad-Hoc, pág. 229 y sgtes., núms. 331 a 333; ver también CNCivil Sala F, del 5/9/2003, L. 362273, in re "Ferrada Fernández, Graciela c/Obra Social Unión Pers. de la Nación del Pers. Civil Nación s/daños y perjuicios").

Nótese que la ley 26.529 sobre los “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud” (publicada en el B.O. 20/11/2009) a la fecha de los acontecimientos analizados no estaba vigente, y por ende, es inaplicable para este caso (conf. art. 3 Cód. Civil), lo cual no resulta óbice para que pensemos que ella hubiera allanado el camino de este conflicto (ver en especial art. 2 inc. f; y arts.5, 6, 7 sobre el consentimiento informado; y arts.12,13, y 15 sobre los requisitos de la historia clínica).

En autos, no obra consentimiento alguno suscripto por el actor, o por sus representantes legales respecto de la primer intervención; únicamente se ha suscripto un documento de ese tipo en fecha 10 de mayo de 2008, previo a una de las intervenciones que se llevaron a cabo para estabilizar al actor luego de producidas las complicaciones postoperatorias.



Es sabido que la información constituye en la relación médico-paciente un derecho de este último: "...ya no es considerada solamente como un deber ético del médico sino que se ha constituido en una obligación eminentemente contractual susceptible de generar responsabilidad en caso de incumplimiento, enraizada en la buena fe contractual, que halla fundamento en los arts. 10 y 729 CCyC, pero especialmente en el art. 961 del CCyC, en cuanto dispone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, por lo cual "obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor". Dentro de este contexto general que conforma el deber médico de información se encuentra inmerso el consentimiento informado, cuya omisión puede originar la responsabilidad civil del galeno cuando se materializan los riesgos típicos sobre los cuales el paciente no ha sido informado" (CALVO COSTA, Carlos A., "El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado", La Ley, RCCyC 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - DFyP 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219).

En cuanto al contenido de todo aquello que se debe informar, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5° de la Ley de Derechos del Paciente (que no se aplica al caso, como ya referí) es de destacar que debe proporcionarse información en torno al diagnóstico, al pronóstico y al tratamiento recomendado. El diagnóstico debe ser suministrado al paciente luego de que el médico haya efectuado la revisión inicial y una vez que cuente con elementos científicos (v. gr., análisis complementarios) que le permitan suministrarlo. Igual trato cabe hacer respecto del pronóstico, el que también debe ser informado por el médico, aunque podrá ser relevado de informarlo sólo en situaciones puntuales y excepcionales (v. gr., situaciones de urgencia), como lo veremos también posteriormente. A su vez, la información juega un papel preponderante respecto del deber de informar sobre el tratamiento, dado que ella resulta fundamental para que el paciente pueda emitir su libre consentimiento una vez que —en forma





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

previa a ello— haya sido anoticiado de todos los pormenores de la terapia médica y/o quirúrgica recomendada por el profesional, principalmente en cuanto a las consecuencias esperadas y a los riesgos que ello conlleva. Por ello, paralelamente a la obligación técnica de brindar al paciente un tratamiento consciente, atento y conforme a las verdades adquiridas de la ciencia, el médico debe requerir del paciente un consentimiento libre y esclarecido. (CALVO COSTA, Carlos A., op cit).

El mismo autor, en un libro publicado antes de la sanción de la ley 26.529, sostuvo que la instrumentación del consentimiento informado era una de las cuestiones que traía controversia en el ámbito médico ya que, en aquella época, no existía una norma que impusiera determinada forma para obtener el consentimiento, inclinándose el jurista por estimar que el consentimiento informado constituye un acto no formal. Incluso refirió que, a su entender, el paciente podía manifestar su voluntad verbalmente, siendo posible acreditar el cumplimiento de este deber por cualquier medio (CALVO COSTA, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007, ps. 336, 337 y ss.).

Por otra parte, no resulta ocioso recordar que la obligación de informar al paciente es, claramente distinguible de la obligación principal que asumió el profesional, que consiste realizar los tratamientos y procedimientos médicos, de acuerdo a su experticia.

Podría darse el supuesto de cumplirse una e incumplirse la otra.

Tratándose de obligaciones distintas, también lo serán las consecuencias de su posible violación: en el caso del incumplimiento de la obligación principal, el daño resarcible estará asociado con las consecuencias derivadas de la culpa médica, mientras que en el caso del deber de información el daño estará usualmente referido a la materialización de un riesgo previsible no informado debidamente al paciente.

Para determinar si el médico tratante, H. A., cumplió con el deber de informar que todos los profesionales de la salud le deben a sus pacientes, deben aplicarse las normas que estaban vigentes cuando se efectuó la operación ya referida.



Como señalé, en el caso, surge de la historia clínica agregada en copia, que el único consentimiento informado (ver fs. 146/147), fue firmado por el padre del actor en fecha 10 de mayo de 2008, previo a una de las operaciones que tuvieron lugar luego de que se desencadenaran las complicaciones ya referidas.

Entiendo que, aun cuando –como ya referí– la carga de la prueba de la falta de información recaía en cabeza del actor, lo cierto es que dicha prueba puede llegar a ser muy difícil de producir, por lo que se debe juzgar de la manera más equilibrada posible.

En suma, creo que el actor ha aportado suficientes evidencias para probar que no había sido informado fehacientemente de los riesgos que conllevaba la operación, más allá de haber podido suponer que toda intervención de cierta entidad acarrea un grado de peligrosidad.

A ello debo agregar que la ausencia total de prueba producida por los demandados, respecto de la realmente se había cumplido con el deber de informar.

En consecuencia, juzgo que debe confirmarse la responsabilidad atribuida en la sentencia de grado, lo que habré de proponer al acuerdo de mis distinguidos colegas.

c. Ahora bien respecto de la responsabilidad de la obra social, condenada, se ha sostenido que los médicos, las clínicas o las empresas de medicina prepaga asumen diversas obligaciones para con sus pacientes, entre las cuales cabe computar la obligación principal —consistente en prestar atención médica al paciente de conformidad con las reglas del arte de curar—, la de seguridad —por la cual las clínicas y las entidades de medicina prepaga garantizan que el paciente no será dañado en el marco de la relación de consumo, y más allá del ámbito específico de la obligación principal, art. 5 de la ley 24.240— y la de información. Esta última, actualmente regulada por los arts. 3 y concs. de la ley 26.529, tiene un objeto propio y específico, consistente en proporcionar al paciente la información sanitaria necesaria para que aquel tome una decisión esclarecida en el sentido de someterse o no a determinada terapia o tratamiento.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

La Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina, también tiene que responder ya que el profesional, incorporado en su cartilla, por las razones ya descriptas, no actuaron conforme las pautas del art. 512 del Código Civil. Es responsable, entonces, por la prestación desarrollada por algún integrante de su cuerpo profesional.

Entonces, creo que ambos condenados (la obra social y el Dr. A.) tienen que responder de manera concurrente por lo ocurrido.

Por lo que propongo al Acuerdo, que se confirme también este punto de la sentencia.

V.- Partidas indemnizatorias

a. Se otorgó la suma de \$ 180.000 en concepto de incapacidad sobreviniente y tratamiento psicológico. Esto es criticado por la obra social, por considerar el monto elevado.

Como referí, la carencia de información, no produce un perjuicio en sí misma, sino que debe entenderse que ha afectado la posibilidad del actor –y de sus representantes legales-, de elegir otras alternativas terapéuticas, cuando se materialice algún riesgo previsible del que el paciente no hubiera sido anoticiado.

Se ha dicho que la pérdida de una posibilidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; se trata de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que no se podrá saber si el afectado habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado ese hecho antijurídico. O sea, para un determinado sujeto había posibilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en esas probabilidades. Privar de esa esperanza, de esa posibilidad, conlleva un daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar la medida de ese daño porque lo frustrado, lo perdido es la chance y no el beneficio esperado. Coexisten pues (a) un elemento de certeza (de no mediar el evento dañoso el damnificado habría mantenido la esperanza) y al mismo tiempo, (b) un elemento de incertidumbre, ahora definitiva, cual es si manteniéndose la situación de hecho que era el presupuesto de la chance,



la ganancia se habría obtenido realmente (Trigo Represas, F. A. “Pérdida de la chance de curación y daño cierto, secuela de mala praxis” LL 1986-C-34, reproducido en su libro Reparación de daños por mala praxis médica, Hammurabi, Bs. As., 1995, pag. 237 y sgts., citado por Aída Kemelmajer de Carlucci “Reparación de la chance de curación y relación de causalidad adecuada” en Relación de causalidad en la responsabilidad civil, Revista de Derecho de Daños, T. 2003-2 Rubinzal Culzoni, pág. 248).

En el presente, la chance de la que se vio privada el actor, fruto de la carencia de información, fue de poder optar por otra alternativa terapéutica o por no realizar ninguna.

Si tengo esto en consideración, entiendo que la chance, la posibilidad, de la se vio privado el actor es relativamente acotada.

Llego a esta conclusión, merituando que la técnica que se utilizó, según refirió el perito médico cirujano, es la menos agresiva para un cuadro como el que padecía el paciente, por lo que otras alternativas habrían sido probablemente más riesgosas, y por lo tanto menos factibles de ser elegidas. Esto a pesar de haberse utilizado dos barras en vez de una, lo que –según el experto- debe haber obedecido a la edad del paciente. Nótese que si bien la intervención podría haber sido menos riesgosa de utilizarse solo una barra, la elección de la técnica no ha recibido críticas de parte del experto oficial.

Por otra parte, es indudable que resulta un factor determinante, que el reclamante se encontraba en el extremo superior de la edad para la realización de la operación. En ese sentido, el experto señaló que la edad óptima para este tipo de intervención es entre los 7 y los 15 años, en virtud a la laxitud de los tejidos, según señalara.

Entiendo que esto resulta muy relevante, pues las opciones que podría haber manejado el actor, atento a su edad, no eran muchas, y además carecía de tiempo para emprender cualquier tratamiento, pues una vez que se alejara de la edad óptima para la intervención, las posibilidades de éxito seguramente se irían reduciendo, así como se irían incrementando los riesgos.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

En síntesis, en la época de tomar la decisión respecto de la intervención, el actor podía optar por no someterse a ningún tratamiento (lo que no parece probable si tengo en consideración las manifestaciones vertidas al momento de realizar la entrevista con la experta psicóloga, donde remarcó su entusiasmo por corregir su cuadro), o elegir alguna alternativa terapéutica (de ellas, la más recomendada, habría sido la que finalmente se utilizó).

Fuera de ello, el experto concluyó que más allá de las vicisitudes dolorosas que ha sufrido el actor como consecuencia de las complicaciones y las operaciones a las que se debió someter para solucionarlas, las cirugías realizadas no han modificado ni la deformación torácica ni tampoco la funcionalidad cardiorrespiratoria del actor.

Agregó que el único daño que podría determinarse como base de la decisión quirúrgica, corresponde al drenaje pleural, el que no puede exceder del 6% de la total obrera.

Vale decir, el paciente no se encuentra peor que antes luego de la intervención; y como dije atento su edad poco margen de acción tenía para intentar reparar su afección.

Tanto el actor como la obra social, requirieron diversas explicaciones al experto, quien las contestó sólidamente ratificando en todo sus conclusiones.

En cuanto a la faz psicológica, la licenciada Laura Karina Magaldo, perito oficial, describió que, del análisis de las técnicas administradas surge que el actor posee un nivel intelectual medio, con un tipo de pensamiento concreto, y se trata de una persona con capacidad para realizar tareas comunes de carácter práctico.

Agregó que se trata de un sujeto con pobre capacidad creativa o bien esta se encuentra reprimida por otros factores.

Remarcó que, psicodinámicamente, se trata de una persona que presenta inestabilidad emocional, marcada tensión y angustia, cuyos recursos defensivos resultan ineficaces para afrontar las situaciones problemáticas que se le presentan.



Destacó que “...*toda intervención quirúrgica malograda, sobre todo si ésta se relaciona directamente con la imagen corporal tanto externa como intrapsíquica, son factores necesarios y suficientes para convertirse en verdaderos desencadenantes de desequilibrios psicopatológicos...*”

Contó también que previo al hecho de autos el actor tuvo una acomodada modalidad de funcionamiento psíquico sostenida en mecanismos de defensa tales como la represión, la disociación, y a través de la sobreadaptación que le ha permitido no “conectarse” con emociones dolorosas.

Explicó que el Sr. M., como reacción al hecho desarrolló sentimientos distímicos con tendencia depresiva, pérdida de autoestima, alteración de las relaciones interpersonales y conductas desadaptativas, dudas sobre su capacidad para enfrentar problemas y falta de confianza en sí mismo, que afectan su vida social, elementos todos que concluyen con una profunda perturbación del equilibrio emocional y su vínculo con el mundo exterior.

Concluyó que los sucesos por los que se promovieron estas actuaciones tuvieron para la subjetividad del actor la suficiente intensidad como para evidenciar un estado de perturbación emocional encuadrable en la figura de daño psíquico, y estableció que sufre de un trastorno distímico.

Aclaró que el cuadro psíquico actual, guarda nexos concausales con los hechos que se debaten en estas actuaciones. Pero agregó que si se trata de estudiar la importancia de los trastornos previos del accionante, lo cierto es que no presentó trastornos psíquicos de trascendencia anteriores al hecho de autos, y que la profunda rebaja de la autoestima, la presencia de sentimientos distímicos y síntomas de retraimiento social, han hecho su aparición a consecuencia del evento que aquí se investiga.

En definitiva, evaluó que el Sr. M. presenta un desarrollo reactivo moderado, al que le corresponde un porcentaje de incapacidad del 25%, y recomendó la realización de un tratamiento psicológico individual con el propósito de propender a la elaboración de los acontecimientos y a las alteraciones sobrevinientes. Estimó que el tratamiento debe tener una duración de al menos un año, con una frecuencia semanal, y agregó que el





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

costo por sesión se sitúa en los \$ 200 (a la fecha de la pericia –marzo de 2015-).

Este informe fue impugnado por la obra social demandada, como así también por la tercera citada, quienes sostuvieron que la incapacidad del actor resulta preexistente al hecho, y se derivan de su patología congénita.

En ese marco, la experta, ratificó su dictamen, pero remarcó que el incidente de autos guarda un nexo concausal indirecto, con el cuadro actual del actor, aun cuando no estableció un porcentaje que permita la incidencia de cada una.

Considero que todas las presentaciones formuladas por los peritos se encuentran fundadas en principios y procedimientos científicos y resultan congruentes con el resto de la prueba rendida. Por eso, pienso que se deben aceptar a la luz de los arts. 386 y 477 CPCCN.

Como dije, el límite de la responsabilidad de los demandados estará dado, por la pérdida de chance de decidir un tratamiento y no por el desarrollo definitivo del daño, el que no tiene relación de causalidad con la falta de información.

En suma, en el caso, si tengo en consideración que el actor tenía 19 años al momento de la operación, así como que la incapacidad física que se relaciona con la intervención resulta verdaderamente escasa, que las secuelas psicológicas no tienen un origen exclusivo en el tratamiento recibido, y que las alternativas terapéuticas eran relativamente acotadas, en uso de las facultades que me confiere el artículo 165 del CPCC, propongo al Acuerdo que, de ser compartido mi criterio, se reduzca esta partida a la suma de \$ 120.000

b.-Daño moral

La magistrada de grado otorgó la de \$ 200.000 por este rubro. Esto también es criticado por la obra social.

Recuerdo que en el ámbito contractual, no cualquier daño moral origina la responsabilidad del autor del hecho, sino un verdadero agravio.

Por ello, siendo excepcional, corresponde al actor la prueba de que verdaderamente hubo daño moral (Conf. Borda, Guillermo, "La Reforma del Código Civil-Responsabilidad Contractual", en E.D. 29-763); en otras



palabras, es necesaria la acreditación de la existencia de una lesión a los sentimientos, afecciones o de la tranquilidad anímica, que no puede confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos y de los negocios (Conf. Huberman, Carlos, "El daño moral en la responsabilidad contractual", en L.L. 149-522).

El art. 522 del Cód. Civil deja librado a criterio del juez en caso de incumplimiento contractual, la posibilidad de condenar a la reparación del agravio moral, según la índole del hecho generador y las circunstancias del caso. Es cierto -y de allí el carácter restrictivo de su aplicación- que esa facultad no puede ser ejercida en forma caprichosa o arbitraria, sino que debe otorgarse la reparación, cuando por el incumplimiento contractual aparece configurada una lesión de cierta importancia a los sentimientos de la víctima, o cuando es violado alguno de los derechos que protegen como bien jurídico a los atributos de la personalidad del hombre como tal, o cuando hay una lesión cierta a un interés no patrimonial reconocido a la víctima por el ordenamiento jurídico.

Además, la indemnización por este concepto tiene carácter autónomo y no tiene por qué guardar proporción con los daños materiales (conf. Sala G, 01/03/2000, Zalazar, Mario A. c. Transporte Metropolitanos General Roca S. A.).

El daño moral no es sino la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (conf. Jorge Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", ed. Abeledo Perrot, 4ta. ed., nro.557, pág.205).

El daño es el menoscabo o lesión a los intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico (conf. Eduardo A. Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", Editorial Astrea, pág. 287). Justamente, lo que define el daño moral -se señala en la doctrina- no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico (conf. Zannoni, Eduardo, op. cit., pág.290).

Respecto de la prueba del daño moral, se ha señalado que: “cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el “onus probandi”. Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca (Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, tomo 1, página 387/88).

El carácter estrictamente personal de los bienes lesionados al producirse un daño moral, está indicando por sí la imposibilidad de establecer una tasación general de los agravios de tal especie. Así, el daño moral corresponde que sea fijado directamente por el juzgado sin que se vea obligado en su determinación por las cantidades establecidas en otros rubros.

Para establecer la cuantía del daño, el juzgador debe sortear la dificultad de imaginar o predecir el dolor que el hecho dañoso produjo en la esfera íntima del reclamante para luego establecer una indemnización en dinero que supla o compense el desmedro injustamente sufrido, por lo que mas que en cualquier otro rubro queda sujeto al prudente arbitrio judicial, que ha de atenerse a la ponderación de las diversas características que emanan del proceso. “La determinación del monto no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración pues se trata de daños que afectan a esferas distintas” (cfr. Llambías “Obligaciones” T.I pág. 229).

Sentado ello, y con relación a la cuantía de la indemnización, si tengo en consideración las excepcionales características que presentó el hecho, la repercusión que en los sentimientos del actor debió generar su ocurrencia, así como los tratamientos a los que debió someterse el actor luego de la intervención, y demás características personales, propongo que la suma se reduzca a \$ 100.000.

VI. Intereses



La jueza a quo determinó que los montos otorgados devenguen un interés del 8% anual desde la fecha del acto médico, hasta el día de la sentencia, y a partir de allí los intereses se calcularan considerando la tasa activa.

Esto recibe críticas tanto de parte del actor, como de la obra social demandada.

Cabe decir, como en anteriores oportunidades, que en el caso de una mala praxis médica, si la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la pretensión, los intereses deben correr desde ese momento. Es que, aún frente a la hipótesis de responsabilidad contractual, tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva, no es necesaria la previa intimación para constituir en mora (cfr. esta Sala, “Valdez Graciela Reina y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios”, R. 518.753, 19 10 2009, CNCiv., 13/06/02, Sala “E”,. “López Beatriz Isabel c/Hospital Británico de Buenos Aires”, elDial AE1AB2).

En igual sentido, esta Sala ha establecido que el punto de partida del cómputo de los intereses debe efectuarse desde el momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico de los demandados, si las consecuencias dañosas se produjeron en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis por la existencia de una mala praxis médica. (“Lisi, José y otros c/ Salud Oeste SRL (Sanat. 15 de Diciembre H.A. Moyano) y otros s/ daños y perjuicios-resp. prof. médicos y auxiliares”, R. 588.579, sentencia del 07/08/2012; “Lifchitz, Susana Ester c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios-resp. prof. médicos y aux.”, R. 587.532, 28/02/2012, entre otros).

Los daños cuya reparación se persigue por medio de esta acción judicial se han producido en forma coetánea con el hecho ilícito motivo de la litis, entonces la obligación del responsable de volver las cosas a su estado anterior y de indemnizar los restantes perjuicios sufridos ha nacido a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico. Si en esta oportunidad nace el deber de reparar los perjuicios, como contrapartida surge el derecho del damnificado a ser indemnizado; y ello es así





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

independientemente de que el actor hubiere efectuado o no erogaciones previas al dictado de la sentencia.

En efecto, a poco que se observe que los intereses tienen por finalidad compensar al acreedor la indisponibilidad del uso de su capital, se advierte que, si éste es debido desde el momento en que se produjo el daño (o lo que es lo mismo, desde que el damnificado se hallaba habilitado a reclamarlo), corresponde computarlos desde la fecha del accidente.

Por lo demás, Hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial esta Sala venía aplicando el plenario “Samudio de Martinez Ladislaa c/Transporte Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios” (20-4-2009), que establece que, para el caso de intereses moratorios, corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina allí fijada por todo el período indicado en la sentencia apelada (cfr. art. 303 del Cód. Procesal).

Su aplicación se debió a que si bien no se desconocía que el art. 303 del CPCCN había sido derogado por el art. 12 de la ley 26.853, en virtud del art. 15 de esa misma normativa, tal disposición recién entraría en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se creaban, razón por la cual continuaría vigente hasta ese momento la doctrina plenaria.

Sin embargo, si bien el artículo mencionado establecía la obligatoriedad de los fallos plenarios, ello suponía –claro está– la subsistencia de las normas legales en que aquellos se fundaban. (Colombo-Kiper, Código Procesal y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 267).

Ahora bien, desde el 01/08/2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial que en su artículo 7 fija las pautas de derecho transitorio. Como los intereses son consecuencia de una relación jurídica existente, debe aplicarse la nueva ley.

En ese entendimiento y de acuerdo con la pauta establecida en el artículo 768, inc. c), creo que debe continuarse desde el 01/08/2015 y hasta el efectivo pago con la aplicación de la tasa activa (aun cuando por los motivos enunciados ya no sea de aplicación el plenario).



En virtud de ello, propongo al acuerdo que se modifique la sentencia en este punto, estableciendo que las sumas otorgadas devenguen un interés calculado por la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago.

#### VII. Costas.

Se impusieron las costas del proceso a los demandados vencidos (la obra social y el Dr. A.), con excepción de las devengadas por el rechazo de la acción respecto del Centro Gallego de Buenos Aires y las de la actuación de Fundación Galicia Saude, quien fuera citada como tercera, las que se distribuyeron en el orden causado.

Esto recibe críticas de la obra social, así como de la tercera citada.

Esta Sala ha sostenido reiteradamente que para que exista expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas, razonamientos totalizadores, remisiones, ni, por supuesto, planteamiento de cuestiones ajenas. Se exige legalmente que se indiquen, se patenten, analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada. Ello no significa ingresar en un ámbito de pátrea conceptualización, ni de rigidez insalvable. En el fecundo cauce de la razonabilidad y sin caer en un desvanecedor ritualismo de exigencias, deben indicarse los equívocos que se estimen configurados según el análisis de la sentencia apelada.

Por lo tanto, en dicho escrito el apelante debe examinar los fundamentos de la sentencia y concretar los errores que a su juicio ella contiene, de los cuales derivan las quejas. Su función consiste en mantener el alcance concreto del recurso y fijar la materia de reexamen por el "ad quem", dentro de la trama de las relaciones fácticas y jurídicas que constituye el ámbito del litigio.

Luego de haber analizado la pieza presentada por la parte demandada no puedo sino concluir en que no cumple con los requisitos de suficiencia técnica exigidos por las normas citadas, limitándose a manifestar su desacuerdo con lo resuelto sin formular una crítica concreta y razonada de los fundamentos tenidos en cuenta en la sentencia de grado.





Poder Judicial de la Nación  
CAMARA CIVIL - SALA H

Es que la recurrente se limita a disentir con lo resuelto, sin efectuar una crítica concreta. Es sabido que en materia de reclamos indemnizatorios las costas deben ser soportadas en principio por el responsable del daño inferido, aun cuando no prosperen en su integridad todas las pretensiones introducidas por el actor, pues la noción de vencido debe determinarse conforme a una visión global del juicio y no por meros análisis aritméticos de los reclamos y sus respectivos resultados.

Al ser ello así, propicio que se declare desierto este punto de la apelación, debiendo confirmarse esta parte de la sentencia.

En cuanto al planteo de Fundación Galicia Saude, entiendo que no debe tener favorable acogida.

Coincido con la apreciación de la magistrada a quo en cuanto a que el hecho de que el galeno que llevó a cabo la intervención no perteneciera a la nómina del centro de salud –donde tuvo lugar, y cuyo titular es el Centro Gallego de Buenos Aires-, podía resultar ajeno al actor, por lo que la acción dirigida a esa entidad resultaba totalmente atendible, más allá de su resultado.

En efecto, que esa asociación, haya citado como tercera a la gerenciadora, con quien tenía un contrato a fin de hacerse cargo de la gestión sanitaria de la entidad mutual, resulta no solo razonable, sino necesario, en el marco de una demanda como la presente, en la que se discutido un acto quirúrgico llevado a cabo en sus instalaciones.

En virtud de ello, entiendo que debe confirmarse, la imposición de costas decidida en la instancia de grado.

Finalmente, las costas de esta instancia se imponen a la obra social y al galeno demandados, con excepción de las correspondientes al recurso interpuesto por el tercero, las que se imponen por su orden.

VIII.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo que, de ser compartido mi criterio: se modifique la sentencia de grado, reduciendo los montos otorgados en concepto de incapacidad a 120.000 y de daño moral a 80.000, y disponiendo que los intereses se calculen utilizando la tasa activa, desde la fecha de la intervención quirúrgica y hasta el efectivo pago; con costas en los términos detallados en el capítulo VII.



La Dra. Abreut de Begher dijo:

Adhiero a las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper en su voto, proponiendo la solución allí indicada.

El Dr. José Benito Fajre dijo:

Adhiero a las consideraciones expuestas por el Dr. Kiper en su voto, proponiendo la solución allí indicada.

Con lo que se dio por finalizado el acto, firmando los señores Jueces por ante mí de lo que doy fe.- Fdo.: José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher, Claudio M. Kiper.-

///nos Aires, 25 de febrero de 2019.-

**Y VISTO**, lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad, el Tribunal decide:

Modificar la sentencia de grado, reduciendo los montos otorgados en concepto de incapacidad a 120.000 y de daño moral a 80.000, y disponiendo que los intereses se calculen utilizando la tasa activa, desde la fecha de la intervención quirúrgica y hasta el efectivo pago; con costas en los términos detallados en el capítulo VII.

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y oportunamente, devuélvase.- Fdo.: José Benito Fajre, Liliana E. Abreut de Begher, Claudio M. Kiper.-

