En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V., M. A. c/ C. D. V. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 128/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 450/05), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1254) y constancia de fs. 1257, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1064/1085vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) El Sr. juez de grado desestimó la demanda interpuesta por la Sra. M. A. V. contra C. D. V. o C. D. V. SRL y L. C. P. y contra "E. C. C. D. S. a P. F. S.A.". Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios.

II) La actora se agravia de tal decisión. Concedido el recurso y elevados los autos a la alzada cumple la quejosa con los artículos 262 y 263 del CPCCh.

Luego de narrar los antecedentes de la causa, el objeto de la demanda, las circunstancias culturales de la actora, los hechos, la contestación de la misma, la prueba producida, los hechos probados, las conclusiones sobre la pericia, a las que me remito, a fs. 1137vta.

bajo el rubro la sentencia crítica, manifiesta que la sentencia adolece de vicios lógicos y abandono de la sana crítica en la valoración de la prueba.

Señala que el sentenciante dice que la prueba documental ha sido reconocida, insistiendo en el desconocimiento apuntado, en particular de la HC, lo que incluye el consentimiento del Sr. S.

En punto a la confesional, la desestima de plano considerando el quejoso que al ser hechos contenidos en la demanda y personales del absolvente deben ser tenidos por ciertos y porque describen las circunstancias de la conducta médica que debe analizarse, no solo el relato es veraz sino que debe extraerse de todo el plexo probatorio. Desestima la confesional del co-demandado sin dar razones.

Se refiere al análisis que efectúa de las testimoniales ofrecidas por su parte, de la Sra. A., S., O. y de V., tomando solo las declaraciones sobre conocimiento general, cercenado de la última nombrada la parte más significativa de lo declarado, sin atender que estuvo presente en las circunstancias de la operación, acompañó a la paciente y escuchó de modo personal y directo las expresiones del demandado, transcribiendo alguna de las respuestas dadas por V. y enuncia lo que se probó con tal testimonio.

En cuanto al testimonio del patólogo, prácticamente tiene por válidas todas sus respuestas, debiendo haber contrapuesto dichas respuestas por las dadas por el consultor técnico de su parte.

Lo mismo sucede con el Dr. B., quien da detalles altamente sospechosos si se tiene en cuenta que la operación se efectuó tres años antes.

Resulta interesante -dice- correlacionar las

respuestas de este, lo que el apelante efectúa y solicita se confronte la testimonial con las conclusiones y observaciones efectuadas en el escrito del 5 de abril de 2006, continente del consultor técnico.

Así se refiere a la testimonial de M., de M. y agrega que el resto nada aporta.

Menciona luego la pericial del médico forense, y alega que la impugnación a la misma fue desestimada sin argumento alguno.

Cita jurisprudencia.

Señala la necesidad de correlacionar los elementos probatorios colectados porque más allá de la sana crítica se trata de determinar la culpa de los demandados en la producción del daño.

Señala que el tacto vaginal no es definitorio para determinar la dolencia y que la ecografía habla de "pequeña colección líquido hipoecoico"; y pequeño lo que dista mucho de parecer igual a "dos puños" de tamaño.

Advierte que desde la ecografía del 26 de septiembre al día de la operación 5 de octubre hubo más que tiempo suficiente para realizar otros estudios y se pregunta que si había peligro de muerte, como se sostiene, por qué esperaron ocho días para practicar la operación.

Indica que si se tiene por cierto que el Dr. P. se sorprendió con el hallazgo de las malformaciones, quiere decir que el análisis sobre las dolencias fue insuficiente, pues si para el juez y el forense el tacto era concluyente como es posible que el hallazgo lo sorprendiera.

Entiende que en el punto h) el perito hace

futurismo al concluir que si se hubiera intentado otro tratamiento la terapéutica clínica no hubiese variado, y la conclusión en todos los casos sería quirúrgica.

Indica que el informe histopatológico fue posterior a la operación, sobre los órganos que se le extrajeron, no sobre una biopsia.

Los médicos están obligados a aplicar en la búsqueda de la salud todos los procedimientos, siendo la solución quirúrgica la última ratio.

Y si no quedaba otra solución se interroga porque no se le comunicó a la actora a fin de que esta buscara otras chances.

Considera que el daño pudo ser evitado si, como dice la Corte, el paciente hubiese sido mantenido en observación, durante el 26 de septiembre al 5 de octubre.

Indica que la conclusión en el punto "K" es simplemente absurda, ya que el diagnóstico debe ser antes y no después. El diagnóstico es sesgado, apunta a la justificación de la conducta que debió ser en lo previo de otra manera, de allí que se haga referencia al "diagnóstico definitivo" cuando ya no interesaba prevenir y obrar en consecuencia, sino justificar o confirmar.

Transcribe el punto k, y agrega que la "laparotomía" es un procedimiento de investigación y que, también sirve para efectuar extracciones, el informe dice bien, que a través de ella se arriba al diagnóstico, y con ella la conducta a seguir puede ser quirúrgica y puede llegar a la histeroctomía o extirpación de cualquier órgano afectado. El informe no juzga sobre la conducta previa, sino sobre lo que pudo ser, pero el momento ya era tarde, la paciente perdió

los órganos, en consecuencia la laparatomía solo sirvió para justificar la operación.

La técnica del Dr. P. no fue la correcta.

Sugiere la lectura de la pericia del Dr. Paiz en su obra pericias médicas, para comprender la impugnación y la enormidad de lo actuado por el demandado, la clínica y lo informado por el forense, que de modo superficial y sin fundamento el juez homologa.

Hace referencia al punto 14 de la sentencia y a los puntos 3, 4, a lo relatado por el sentenciante a fines de septiembre e indica que el médico se refiere a la ecografía como si el médico la hubiese considerado, lo que no está probado, pero suponiendo que así fuera en la posición 23 admite que había una várice en el anexo derecho, que estuvo internada tres días, que se le realizó la ecografía, que fue atendida por otros profesionales y que discordaron acerca de la dolencia, que le dijo a la actora que le realizaría otra operación, aunque no admite que le haya dicho que era pequeña, concluyendo el juez que la actora prestó el consentimiento.

En referencia a los puntos 6 y 7 dice que son una relación de las afirmaciones de la demanda, el 8 es la admisión de la obligación de la clínica de atender a los pacientes de la DIBA, el 9 es una síntesis de lo reclamado y el 10 se refiere a la posición de los demandados, con una redacción confusa, y entiende que la clínica y el demandado no hicieron lo que dice sobre la obligación médica.

Afirma que si quedaron vacíos de prueba lo que el juez enumera, ver fs. 1148vta., es porque el Juez desestimó las pruebas testimoniales, en especial de la

Sra. V., la respuesta de P. a la posición 37.

El punto 11 de la sentencia es un entramado de suposiciones e inexactitudes. La demanda apuntó de modo claro a los hechos a partir de los cuales se produce el aborto, mayo de 2011, el segundo legrado y la operación; es más, el proceso fáctico fue reconocido en confesión por el demandado.

Transcribe lo sostenido por el Juez que no sabe qué quiere decir, pero agrega que la única presencia vital de la actora antes y durante su estancia en el quirófano, anestesiada, dormida, inconsciente, es haber puesto su cuerpo y la esperanza de sanación, no siendo verdad que se haya otorgado consentimiento a través del compañero de la paciente, y que el papel que pretende hacer pasar por tal está en blanco, ya que no dice todo lo que tiene que decir. Señala que el documento fue desconocido por su representada y el Sr. S. nunca fue citado a reconocer firma.

Le preocupa la redacción del punto 12 del fallo pues si bien admite que los demandados estaban en condiciones de satisfacer el débito comprometido, trae una afirmación que no condice, con la situación a resolver.

Sostiene el sentenciante dos cosas que son tan inexactas como innecesarias, que la actuación del Dr. P., según los testigos haya sido arreglada a la ciencia médica, lo que no puede sostenerse sin confrontar las observaciones del consultor médico y que los testigos deben declarar sobre hechos y no opiniones y que las omisiones que achaca a la demanda, las referencias que pretende debían ser hechas resultan innecesarias, pues no está en el objeto del juicio lo que hizo o dejó de hacer el demandado y la clínica antes de mayo de 2001,

los hechos del proceso parten de allí y el juez no los puede modificar, el punto "b" es insólito, el cuestionamiento parte de mayo de 2001, y el hecho que no lo haya abandonado es porque creía en el médico hasta que su actuación defraudó su confianza.

Las manifestaciones del Juez que siguen y que enumera el quejoso, indica que son inexactas, equivocando lo que es una laparascopia, así como cuando sostiene que no se probó el impedimento de la obra social de usar de la facultad indelegable de cambiar de profesional, los dichos del otro médico consultado respecto del legrado primero y la histerectomía, que no comenta que la paciente consintió tal estudio y su compañero también, más cualquier otra intervención no prevista o eventual (Reserva N° 1738/2005).

El punto 14 reproduce los dichos del Dr. B., quien confirma la actuación del demandado, pero nada dice que podían realizarse otros estudios que pusieran en descubierto el diagnóstico correcto. Insiste que el Dr. B. es más bien coautor del ilícito y no un perito designado para ayudar al juez en la decisión técnica médica.

El punto 15 es otro dislate, la mayor parte del párrafo es una relación de los dichos de los testigos de la parte demandada, con sus datos técnicos, que no sirven para nada desde el punto de vista del juicio, ni del diagnóstico, pues es definitivo, pero luego de haber hecho la ablación de los órganos, no sirvió para la curación de la paciente, ya que las dolencias continuaron como fue reconocido por el demandado y lo prueban los testigos.

Lo que los demandados debieron probar de modo suficiente es que los análisis y pruebas fueron todas

las que podían hacerse para lograr un diagnóstico correcto y certero, la operación era un recurso in extremis. El propio forense admite la existencia de otros métodos y el juez transcribe

En el párrafo 16 el juzgador concluye que nada hay que reprocharle a la conducta de los demandados pues la falta de diligencia no fue probado, entendiendo el quejoso que sobre la base de las pruebas y de las citas jurisprudenciales y doctrinarias efectuadas el deber de prestación no fue satisfecho, no solo por la ausencia del resultado perseguido, ya que las dolencias continuaron de la misma forma, con los mismos síntomas, que tenía antes de la cirugía.

No intentaron acreditar la inexistencia de otra, enfermedad, cuando menos para acreditar que la actuación había sido útil, todo quedaba igual que al momento de la primitiva consulta, con un faltante singular, el hijo por nacer y los órganos reproductivos de la actora.

Finaliza señalando que nada dice el sentenciante sobre el consentimiento informado, que habría prestado el Sr. S. y que fuera negado y cuya virtualidad convierte en inocua toda la supuesta diligencia que hubieran puesto los demandados.

En cuanto a la apelación diferida, cuestión relativa a la designación de consultor técnico de su parte, carecía de justificación la condena en costas allí dispuesta, aunque en menor medida, por esa razón y desde que a su parte le fue reconocido el derecho, debe ser dejada sin efecto esa condena en costas.

Mantiene la reserva del caso federal.

III) Los codemandados C. D. V. y L. C. P. contestan los agravios y ratifican reserva del caso

federal ante una eventual sentencia que no atienda sus argumentaciones.

IV) No existe discusión en autos en cuanto a la relación entre la actora y el demandado, relación médico-paciente.

Tampoco que dicha relación se inició en diciembre de 1999, con motivo de un embarazo anterior.

Las partes están de acuerdo en que en el mes de mayo de 2001 se produce una consulta por fuertes dolores abdominales y cierta anomalía menstrual (amenorrea y dolor hipogástrico), efectuado examen ginecológico el útero no impresionó como gestante; también que días después otra profesional de C. D. V., realizándose un gravindex el que dio positivo, y luego en el S. A. una ecografía ginecológica constando mediante la misma una gesta de diez semanas de saco gestacional en cuyo interior se observa embrión móvil y con cinética cardíaca positiva.

Al producirse nuevos dolores recurre al Dr. P. y al examen ginecológico se palpa útero aumentado de tamaño por gesta de dos meses, al tacto vaginal abundante ginecorragia, cuello formado permeable al dedo en todo el trayecto tal como consta en la HC Orden N° ****. Y aquí es donde comienzan las disidencias, ya que la actora sostiene que el aborto fue provocado por el médico, mientras que este aduce que de acuerdo al estado de las cosas importa el diagnóstico de aborto incompleto, decidiendo un raspado evacuador para que no se produzca un sangrado mayor de la paciente.

Otro acuerdo se refiere a la concurrencia de la Sra. V. nuevamente a la clínica, interpretando el Dr. P. ante las manifestaciones de la actora, como un resto ovular residual, practicando un nuevo legrado

evacuador, permaneció internada unas horas y fue dada de alta, indicando antibióticos.

De todo se dejó constancia en la historia clínica.

Decía que las disidencias comenzaron a partir dicha maniobra por parte del profesional, que la actora enumera como primer acto ilícito, ya que se trató de un error de diagnóstico del Dr. P. quien atribuyó los síntomas a la supuesta anormalidad del embarazo, y de acuerdo al informe del resultado de la ecografía que realizara el Dr. W., la decisión de inducir el aborto y la intervención quirúrgica no tuvo justificación médica y tal mala praxis se continuó con el legrado evacuador.

De la prueba analizada, tal práctica ilícita o responsabilidad del médico P., no se ha acreditado.

Así resulta de suma importancia la pericia médica realizada por el forense, de allí que el ordenamiento procesal (art. 461 CPCCCh), determina que cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada, es admisible la prueba pericial y asimismo en el art. 481 se refiere a la eficacia probatoria del dictamen del perito. Y observo que ha cumplido con los recaudos exigidos, encontrándose el dictamen suficientemente fundado, no surgiendo elementos de juicio o del auxilio dado por el consultor técnico, al que se refiere el actor a fs. 897/901 que permitan apartarse de las mismas y por ende que más allá de su impugnación, no encuentro motivo valederos para no apoyar mi decisión en ella.

Informó que ante la existencia de un hematoma retrocorial, que pude producir desprendimiento del embrión y su posterior absorción, la única conducta a

seguir para preservar la vida de la paciente era el legrado, agregando que la existencia de restos placentarios en la cavidad uterina, luego del legrado evacuador es una complicación, pero no una práctica incorrecta y que a fin de no ser muy exigente con la cureta, ya que puede producir sinequias uterinas, y la complicación que genera la existencia de restos, luego del legrado y cumplido con las normas de asepsia, es de muy fácil solución y buena evolución.

Asimismo de acuerdo a la Anatomía Patológica de fs. 36, los restos vellositarios, eran anembrionados por ende no se produjo un aborto, informando que si a la ecografía se le agrega la clínica, ambas indican la presunción de un aborto en curso (fs. 832vta. respuesta al punto sj - fs. 423vta.).

Entraré a considerar la falta de consentimiento que alega la actora a fin de que se efectuara la cirugía del 5 de octubre de 2001.

El demandado al contestar niega la inexistencia de consentimiento previo; señaló que la actora prestó consentimiento, tal como lo reconoce expresamente a fs. 7, y que concretada la intervención el 5 de octubre de 2001 a las 7, el Sr. L. A. S., concubino de la actora, ratificó el aludido consentimiento y acompañó HC.

La actora desconoce toda la documental presentada.

El Sr. Juez tuvo como otorgado tal consentimiento, alegando: d) no comenta que como paciente consintió la práctica de la laparotomía y que su concubino, L. A. S. como acompañante responsable o familiar, también consintió el acto, más cualquier otra intervención no prevista o eventualmente que resulte necesaria (Reserva N° 1738/2005).

Como bien lo señala el demandado reconoció la Sra.

V. que consintió la cirugía que le sugiriera el Dr. P. como consecuencia de una várice en el acceso derecho. "Prestó así su consentimiento", agregando que la cirugía no fue la prometida, sino otra diversa, le fue extraído el útero y el ovario derecho.

En punto al consentimiento del Sr. S., es cierto que la actora desconoció toda la documental presentada por la demandada, que indudablemente comprendía el consentimiento de este y por ende los argumentos del demandado no se comparten.

Y asiste razón al quejoso que no existió, en consecuencia, consentimiento por parte del Sr. S., pero resulta cierto lo aseverado por la quejosa que la actora consintió la cirugía… y así lo manifiesta a fs. 78, "Prestó su consentimiento".

No obstante el Dr. P., los médicos intervinientes y el perito dan motivos bastos y que fueron analizados por el sentenciante para entender que se tuvo en la cirugía una situación de excepción que ameritó la extensión de la misma.

Situación que es admitida por la Ley 17132 en el art. 19.

Y al respecto enseñan Highton y Wierzba en "Responsabilidad Profesional de los médicos. Etica, Bioética y jurídica Civil y Penal", págs. 203 y sgtes.; Se considera que el médico puede actuar sin el consentimiento informado del paciente, cuando las circunstancias extremas del caso así lo justifiquen. La emergencia desplaza la necesidad del consentimiento informado, y agrega que muchas veces el apremio va unido a un estado de inconsciencia del paciente.

Indican que desde el punto de vista fáctico, la noción de urgencia no está del todo delimitada, siendo

que se ha aceptado su aplicación en forma casuística, para que la misma no se convierta en regla. Se considera que solo la historia clínica del paciente y las particulares circunstancias del caso son las que indican la existencia o no de la coyuntura, dejándose en este aspecto espacio para el ejercicio de la discrecionalidad judicial, que resolverá ex post facto si se dan o no las condiciones de excepción.

Bajo el título "el consentimiento implícito y la teoría de la extensión", dicen las autoras, que se trata de una variante del consentimiento presunto que se refiere al alcance que debe atribuirse al permiso dado, cuando el tratamiento médico que finalmente debió administrarse, parece exceder aquel al cual el paciente había decidido someterse. Bajo esta teoría, el consentimiento de una paciente al tratamiento para una dolencia o enfermedad en particular constituye una autorización para el uso de los medios razonables a fin de aliviar tal estado. Es decir que no existirá responsabilidad por tratamiento no autorizado cuando la extensión del tratamiento u operación sea la que requiere la sana medicina, aún si las circunstancias no responden a una verdadera emergencia. La razón para que el médico extienda el procedimiento debe ser "medicamente justificable". Así cuando un paciente consiente que se practique una intervención quirúrgica y durante el transcurso de la misma se desarrollan o emergen condiciones inesperadas, el cirujano puede actuar a pesar de la falta de consentimiento. La conveniencia de la pronta Terapéutica, los riesgos y las consecuencias que podría acarrear su posposición, constituyen factores básicos que luego determinan responsabilidad o no del médico al actuar más allá del

consentimiento obtenido.

Y en los presentes, como ya lo consignara la Sra. V., dio la autorización a fin de que se practicara la laparotomía exploratoria, la que se realizó tal como da cuenta el Dr. B., quien declaró que ya había visto el diagnóstico presuntivo ecográfico del útero aumentado que ya refería podía tener otra patología agregada y se suponía que podía ser fibroma uterino o endometriosis, luego de realizar la incisión y abordar la cavidad abdominal, la paciente presentaba un útero aumentado significativamente de tamaño de características dibromatosas y endiometrósico, otro hallazgo en aquel momento fue el anexo, el ovario derecho o izquierdo, presentaba un quiste hemorrágico por el cual se hizo la histeroctomía, declaraciones de quien estuvo presente en el acto quirúrgico y cuyas precisiones coinciden con el informe del estudio histopatológico.

He de aclarar en respuesta a los agravios del apelante con relación al Dr. B., que si entendía que era coautor del ilícito, debió actuar en consecuencia, y no lo hizo, admitiendo a tal como testigo.

Declaró y resulta un argumento más a lo que vengo sosteniendo, que es más común de lo que se cree, encontrarse diferencias de hallazgos quirúrgicos y los estudios previos del paciente, sobre todo hay patologías que son más típicas que otras y hay otras que los hallados quirúrgicos son distintos a los previstos sobre todo en pacientes agudos, desconociendo el caso puntual y hay veces en que la solución es algo más compleja de las posibilidades.

Todo ello adquiere relevancia ante el informe del médico forense quien afirma que en pacientes con intensos dolores crónicos y abortos frecuentes

corresponde la anexo-histerectomía, indicando que se podría haber intentado un tratamiento con antibióticos de amplio espectro, pero ante el diagnóstico histopatológico la terapéutica clínica no hubiera variado el cuadro y la conclusión en todos los casos sería quirúrgica y ante la falta de la medicación antibióticos de amplio espectro se puede recurrir a la laparotomía exploratoria.

Reconoce que es imposible interrumpir un acto quirúrgico para informar patologías, y que ante un hecho intraoperativo, corresponde que el cirujano cambie el procedimiento, para beneficio del paciente, agregando que ante el cuadro descripto la práctica es la correcta, y señaló que el varicocele pelviano puede ocasionar síntomas como los relatados por la actora, al realizar la laparotomía se arriba al diagnóstico definitivo, resultando correcta la técnica empleada por P.

La incorrección que alega sobre las maniobras quirúrgicas, el quejoso, son solo manifestaciones de un lego, apoyadas por doctrina nacional y extranjera generales, que no se ha demostrado sea de aplicación en el caso concreto.

Menciona en el punto 17 la apelación diferida a fs. 509, respecto de las costas que se les impusiera como oferentes del consultor técnico y en un 80% de la incidencia de la excepción de falta de personería y de oposición a consultor técnico.

Y considero que tal queja deviene inconducente toda vez que, sin perjuicio que oportunamente la imposición de costas por el ofrecimiento del consultor técnico resultó prematuro, no se designó consultor.

En punto a las costas proporcionales por las

incidencias, el agravio no ha de prosperar; es que en el pronunciamiento que se dicte respecto de las excepciones opuestas deben imponerse las costas de conformidad a lo dispuesto por el art. 161 (163 del CPCCh). Rigen las normas del art. 69 y ss. del código procesal, debiendo regir el principio objetivo de la derrota, salvo que existan circunstancias excepcionales que admitan la imposición por su orden ("Cód. Procesal", Highton- Areán, pág. 968).

Asimismo, la jurisprudencia ha sostenido, si luego de opuesta la excepción de falta de personería esta es subsanada, quedará acreditada pero se le impondrán las costas al que lo hizo tardíamente, en autos la actora ha reconocido la omisión y subsanó la misma, lo que no obsta a la imposición de las costas, ya que fue la defectuosa actividad procesal lo que dio lugar a la incidencia.

Por su parte se admitió el consultor técnico basado en doctrina de allí que la proporción en que fueron impuestas las costas resulta justo.

Las costas de esta instancia estarán a cargo del actor vencido.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente el trabajo profesional, la posibilidad de que las pretensiones prosperen, el resultado obtenido y demás pautas de los artículos 5 y 13 de la ley de honorarios.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Desestimar los agravios del actor y confirmar la sentencia de fs. 1064/1085vta. y lo resuelto a fs. 505/507 con relación a las costas.

2) Imponer las costas al vencido y diferir la

regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

3) Tener presente la reserva del caso federal.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora contra la sentencia definitiva nro. 056/2009 del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción (fs. 1064/1085vta., fs. 1087).

La sentencia venida en crisis rechazó la demanda incoada por M. A. V. contra C. D. V. SRL y L. C. P. Respecto de la Aseguradora E. C. C. D. S. a P. f. SA el pronunciamiento tiene idénticos efectos exonerativos. Impuso las costas a la perdidosa y reguló los honorarios de los letrados actuantes.

A fs. 1126/1153. obra agregado el memorial de agravios de la parte actora apelante, que fueran contestados a fs. 1189/1205.

Atento a la puntual descripción de las quejas de la parte actora efectuada por la Sra. camarista que emitió el primer voto y en el entendimiento que con ello se encuentra cumplimentada la carga procesal (art. 164 de la Ley XIII, nro. 5), me eximo de realizarla, abordando directamente los temas a decidir en esta instancia de revisión.

Análisis.

1.- En primer término dejaré sentado la situación procesal sobre la inexistencia en el pleito de consultor técnico, que la actora en su memorial atribuye opiniones.

A fs. 443 la parte actora pide la apertura a prueba sin designar consultor técnico, idéntica postura continúa a fs. 511 y fs. 520, cuando el a quo había

dispuesto que se propusiera antes de la apertura a prueba, lo que ocurrió a fs. 522.

A fs. 523/524 obra el auto de apertura a prueba donde no se receptó la propuesta de consultor técnico de parte (omisión de tener por designado al profesional). Auto que llegó firme a esta Alzada.

Además de los actos procesales detallados agrego que el consultor debe cumplir sus funciones en tiempo propio, conforme la intención presuntiva de las partes (doct. art. 625 del CC) y debe, por ende, concurrir con puntualidad a las audiencias que se fijen, observar lo que corresponda preguntar y explicar a su turno, presentar informes y continuar vinculado a la tramitación, mientras no exista una decisión final que cierre toda posibilidad de actuación respecto de la pericia, y de la consultoría que es accesoria de esta (art. 625 del CC y arts. 523 y 424) –cita de Abatti, Griffi, Ival Rocca, ED 96-818 transcripción de Falcón, E. "Cód. Proc…", T.III, pág. 385, ed. Abeledo Perrot-88).

A fs. 829/833 obra la pericial médica del perito único designado, que fuera impugnada por la accionante a fs. 897/901, y además de coincidir con el A quo que la misma es insuficiente para rebatir las conclusiones del experto, no hubo comparecencia alguna del hipotético consultor técnico, ya que no había sido designado, ni obra informe alguno.

Es por ello que a todas las quejas asentadas en la opinión de un consultor técnico he de desestimarlas por no coincidir con la realidad procesal. Sin perjuicio de la utilización de doctrina y bibliografía transcripta para fundar sus quejas.

Cabe recordar en este punto lo dicho por la

doctrina: ”la legislación procesal moderna aparece decididamente orientada en el sentido de instituir, con relación a las partes y sus representantes o asistentes, el deber de actuar en el proceso con lealtad y buena fe. Esa línea legislativa fue abierta por la Ordenanza Civil austríaca, proyectada por Franz Klein, cuyo parágrafo 178 establece, entre otras prescripciones, que las partes deben, en sus exposiciones, “alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias efectivas para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones con arreglo a la verdad”” (cita Palacios, “Derecho procesal civil”, t.III, pág. 46/47, ed. Abeledo Perrot-1979).

2.- Despejado lo anterior, y en orden a la cuestión troncal sobre la revisión del fallo venido en crisis, puntualizo que en oportunidades anteriores sostuve, incluso concordando con el magistrado de grado, la doctrina generalizada que entendió, cuando se demanda por mala praxis hay que probar cuatro elementos de la responsabilidad. Es decir, cuatro elementos a acreditar, un acto, un daño, la relación de causalidad con el acto y el daño y la culpa. En materia médica hay que probar los cuatro elementos citados. El acto médico o comportamiento humano es el más importante. Como lo que hay que probar es la imprudencia, negligencia o impericia se deben resaltar las omisiones, por defecto en la atención en su caso la omisión de conducta debida, el acto precipitado (imprudencia) o el acto alejado de esas reglas de la lex artis (imperito) (Héctor Mario Lavalle, Luis Rodríguez Saiach “Cálculo – Mala Práctica Médica, defensa médica –visión jurídica...”, pág. 101, 199/200, ed. Gowa-2006). Para que quede comprometida la responsabilidad de los

médicos por los hechos cometidos en el ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa de la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiera sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado. Asimismo, basta que alguno de estos requisitos fracase para que el deudor quede exento de responsabilidad civil por las consecuencias de su actividad. Demostrar que ha tergiversado el plan de prestación que es objeto del deber (ver doctrina citada, pág. 101).

Por otro lado, en los juicios de mala praxis médica, la prueba debe versar sobre los actos u omisiones del médico que demuestren su negligencia, imprudencia o falta de pericia, mas no solo en cuanto al resultado negativo del tratamiento, pues aún cuando dicho resultado no haya sido el esperado, no compromete por sí solo responsabilidad alguna si la conducta considerada reprochable no está acreditada suficientemente (cf. CCivCom., Lomas de Zamora, Sala I, "López Rodríguez, Leila J. y otra c/ Municipalidad de Esteban Echeverría", 18/09/03, LLBA 2004, p. 526)" - elDial.com - DCF8C, elDial.com - DCF8C, 14/11/08).

En cuanto a la mala praxis invocada, estructurada la idea según emerge del memorial en la falta de necesidad de la intervención quirúrgica, y en especial el énfasis sobre la falta de información y de consentimiento previo a las que alude la quejosa, siguiendo lo dicho en párrafos precedentes desarrollaré los planteos y su análisis.

En el entendimiento de que cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos o científicos inobjetables y no existe otra prueba que los desvirtúe,

la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de obtener argumentos de ese tipo de mayor valor, aceptar las conclusiones del peritaje (ver Ricardo Lorenzetti "Responsabilidad civil de los médicos", t.II, pág. 256 ed. Rubinzal Culzoni-1997).

Inmutable la pericia, coincido con el a quo en la desestimación de las impugnaciones por carecer de elementos argumentales que la descalifiquen; no ha quedado demostrado en autos, efectivamente, el daño, pues ello no ha de confundirse con el resultado no esperado, ni tampoco probada la negligencia o impericia del médico actuante.

Atribuyó dos hechos al Dr. P.: el primero un aborto provocado por el médico tratante inicialmente seguido de un segundo legrado evacuador. Tal práctica ilícita o incorrecta no se acreditó en autos, me remito al informe del perito médico y transcribo en lo pertinente: "la única conducta para preservar la vida de la paciente era el legrado,… el legrado evacuador es una complicación no una práctica incorrecta (fs. 830 y vta.). Sabido es que "en las fronteras de la licitud de la actividad del ginecólogo se encuentran las prácticas abortivas y de esterilización. El primero, penalizado por el código penal argentino, no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si ese peligro no puede ser evitado por otros medios" (ver Lorenzetti, ob. citada, pág. 337 T.II).

Por lo cual arribo a las mismas conclusiones de la magistrada que emitió su voto en primer orden.

Abordaré la queja sobre el rechazo del aquo respecto de la intervención quirúrgica del 5 de octubre de 2001, segundo punto de controversia de las partes,

la ilegalidad y la ausencia del consentimiento informado.

A fin del análisis del tema, debe considerarse que la declaración testimonial del Dr. B., este informa detenidamente de la práctica efectuada a la actora y la conveniencia en ese tipo de situaciones, remarcando la necesidad de la práctica de histerotomía. Cuando existen dolores abdominales existen o pueden existir otras patologías.

Es más, dijo "siempre que se realiza una laparatomía podemos encontrarnos con muchas situaciones inesperadas "en este caso puntual estaba claro que ese útero aumentado de tamaño y que aquellos síntomas que refería la paciente era producto de un útero fibromatoso y endometriósico. El cirujano debe decidir la técnica quirúrgica a utilizar en esas condiciones y cabía totalmente la técnica que se uso que fue la histerectomía total y anexectomia. Es una cirugía que se realiza necesariamente cuando están presentes las patologías mencionadas" (sic). Cuando le preguntaron al testigo cuál era el motivo de la intervención quirúrgica, este contestó "dolor hemorragias, antecedentes de infertilidad es decir pérdida de embarazos espontáneamente y útero aumentado de tamaño que estaba descripto en la ecografía". Amplió "el otro médico que era el Dr. B... que es cirujano general también ingresaba al quirófano como ayudante porque presentaba un abdomen doloroso con posibilidades de otras patologías digestivas, intestinos, vesícula divertículos, etc.". Al ser interrogado cuál era el diagnóstico presuntivo ecográfico, contestó, "era endometritis y fibroma uterino". Reafirma en otras evacuaciones que la técnica solución y tratamiento para

el útero fibromatoso es esa, la cirugía. Finalmente dice en su interrogatorio testimonial, "Cuando la paciente tiene muchas hemorragias, tiene mucho dolor, son pacientes normalmente de más de 30 años, que ya han tenido chicos, se plantea que la solución es quirúrgica porque no hay otra alternativa, con la endometriosis, hay tratamientos hormonales que no dan normalmente tan buenos resultados como uno quisiera, en síntesis la paciente ha tenido chicos, es consciente que no va a embarazarse más por ese órgano que es el útero, y viene con esos cuadros de intenso dolor, hemorragias, pérdida de embarazos reiteradas, la misma paciente solicita la solución a su problema y es la propia cirugía, los otros tratamientos son paliativos" (fs. 596/599).

Hago especial referencia a este testimonio, por cuanto por tratarse de una persona dotada de un particular conocimiento científico que se expresa en un lenguaje científico como, por ejemplo, un médico que informa sobre el estado de un enfermo a quien en su momento visitó y curó. Cuando el testigo tiene conocimiento de alguna ciencia, o actividad técnica especializada (ver Fassi Maurino, "Cód.Proc…", t.3, pág. 682, ed. Astrea-2002).

Es indudable el valor probatorio de la presente declaración testimonial, atento a la idoneidad y que fuera presencial. Como resalté en los párrafos precedentes conoció la historia de la paciente, y dio cuenta de la practica realizada, afirmando que no solo es la única o mejor solución para las dolencias descriptas que conoció al momento de ingresar al quirófano.

La pericial médica, de fs. 829/833, en lo que interesa en este análisis de la situación, especifica

lo observado en la ecografía de septiembre 2001, previa a la operación que, salvo la manifestación de la actora, esta estuvo a conocimiento del cirujano y en ella se observa "a nivel pelviano llama la atención grosero aumento del tamaño del útero con impronta hacia anexo derecho y franco aumento de la vascularización de la región compatible en primera instancia con enfermedad pélvica inflamatoria (anexitis)" (fs. 830vta.) La ecografía solo da un panorama…", "laparotomía exploradora es una indicación quirúrgica ante determinados cuadros clínicos abdominales, que librados a su evolución ponen en grave riesgo la vida del paciente para después poder subsanarlas".

No ha quedado demostrado en el curso del pleito, la imprudencia o impericia, tampoco negligencia del médico tratante, sin perjuicio de que el resultado obtenido no haya sido el deseado ni el esperado.

Otra declaración testimonial, que a mi modo de ver cierra la decisión, que no existió la mala praxis imputada al Dr. P., es la efectuada en su oportunidad por el patólogo, Dr. O. I. a fs. 591/595vta.

Dicho profesional de la salud, describe detenidamente el útero, las condiciones del mismo y del ovario extraídos a la Sra. V. (las patologías encontradas) en octubre de 2001, fojas a las que me remito; a fs. 592vta. afirma que la única solución es la quirúrgica para el tratamiento de estos cuadros agudos. Transcribo: "segunda repregunta: para que diga el testigo de conformidad al informe patológico y la amplia información que sobre el caso en particular reflejó al responder el interrogatorio, y a su criterio profesional era necesaria extirpar el útero de la Sra. V. Contestó: si me permite contestar a la pregunta con

un término distinto diciendo que la intervención quirúrgica realizada se justificó. Debido a la endometriosis interna, debido a la fibromatosis difusa en la presencia del quiste achocolatado. No sé el cuadro clínico, si en el cuadro clínico hubiera presencia de dolor intenso que suele dar esta patología, la intervención es más que justificada. Con respecto al dolor que lesiones endometrosicas menores a la observada han sido producto de gran dolor y lesiones como estas y más extensas no han producido dolor. Esta patología contradictoria es de difícil diagnóstico, los patólogos discuten con los ginecólogos, frecuentemente, y es una patología que trae, cuando presenta dolor, una mala calidad de vida".

Surge del escrito de demanda que en octubre de 2001 cuando la Sra. V. concurre a la consulta con el Dr. P. sufría de dolores (fs. 78). Estos argumentos me llevan a confirmar lo decidido por el A quo.

3.- No obstante entender que hubo un proceder médico correcto de acuerdo a la dolencia, al cual no ha de imputarse negligencia ni dolo, queda por resolver el planteo de la recurrente respecto del consentimiento informado.

En principio, el consentimiento del paciente a un tratamiento debe ser considerado un acto no formal, en la medida que la ley no prevea formalidades especiales para su exteriorización. "el médico tiene un conjunto de deberes frente al paciente [...] en una primera etapa, es decir, antes de decidir la realización de un tratamiento o una intervención, deberá efectuar todos los estudios e investigaciones necesarias para llegar a un diagnóstico cierto. Debe tener en cuenta los riesgos o secuelas que deriven del tratamiento o intervención a

efectuar y hacer conocer al paciente dichos riesgos. Hay que tener presente que su consentimiento es indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica" (cf. CN Civ., sala I, 25/10/1990, Favilla, Humberto c. Peñeyro, José y otro, considerando VI del voto de la Dra. Borda de Radaelli y sus citas, publicado en La Ley, t. 1991-D, pág, 114 y ss.)." [elDial.com - AE128B].

Dicho esto, cabe preguntarse qué ocurrió en la especie. La actora consintió la cirugía que sugirió el Dr. P. como consecuencia de una várice en el acceso derecho, pero desconocía la posible cirugía de extirpación del útero como probabilidad. Por su parte el concubino no reconoció la documental, lo que arribo a la conclusión de que no existió por parte de este consentimiento.

Conforme las declaraciones de los testigos B. y O. y del informe del perito médico –especialista en tocoginecología- en apretada síntesis los profesionales de la salud dan cuenta que la práctica adecuada es la cirugía, y que con laparotomía exploradora puede determinarse qué afección existe y qué órganos están o no comprometidos. A mi modo de ver no se trató de una emergencia ocurrida en el quirófano, sobre la cual debían proceder, sino una situación previsible de la cual no estaban informados ni la paciente ni su concubino, y en ello me remito a la declaración testimonial de A. G. V. (fs. 578/79vta.) refiriéndose al Dr. P. dice "en su momento dijo que iba a sacar una várice del ovario, después la llevó a la sala de operaciones, como demoraron mucho nos asustamos, por la demora, por el que había dicho que iba a ser como de veinte minutos, que era una pavada que no se asusten,

pero después cuando bajó del quirófano, él dijo que había tenido que extraer el útero porque tenía un fibroma de la medida de sus puño, cosa que en la ecografía anterior no había salido…", testimonio no tachado ni impugnado.

Hay una descripción que resulta ilustrativa en dicha pieza procesal. "Recuerdo que luego de realizar la incisión y abordar la cavidad abdominal la paciente presentaba un útero aumentado significativamente de tamaño, de características fibromatosis y supe por el médico tratante o cirujano Dr. P. que venía con cuadros dolorosos hemorrágicos e infertilidad, es decir, pérdida de embarazos reiterados…".

No puedo descartar la idea de que los médicos conocían que podían encontrar una situación probable de histerotomía o, lo que es más grave aún, otra afección u otro órgano comprometido, tal y como ocurrió con el ovario.

Cabe entonces la pregunta, se le comunicó esta probabilidad a la paciente. Ningún testimonio ni otra prueba da cuenta de ello.

Si bien al absolver posiciones el médico Dr. P. dice que existió el consentimiento, niega no haber consultado previamente a la cirugía la ecografía. Lo que se desprende que conocía lo que podía ocurrir con la enferma. Entonces, estaba obligado a informar sobre los riesgos que para el paciente exhibe el estudio ordenado por otro pero a realizar por él mismo. Lo que, a mi modo de ver, el consentimiento fue imperfecto.

Frente a este análisis descarto una situación de emergencia o imprevisibilidad, no obstante, cabe preguntarse si cabe alguna responsabilidad del médico tratante por la omisión de informar a la Sra. V. sobre

los probables riesgos, consecuencias y procederes de la práctica médica al efectuarse la laparotomía exploradora, toda vez que no se dio en la especie una lesión excesiva que podría haberse evitado –todo ello conforme las pruebas analizadas-, sino el tratamiento a la dolencia que presentó y cuya existencia era probable y previsible.

"Durante el contrato (médico-paciente), puede cumplirse correctamente la prestación principal y existir falta de información, o bien un cumplimiento culposo de la prestación principal y del deber de informar. En estos casos hay que discriminar adecuadamente. Cuando el tratamiento es prestado con culpa, normalmente es irrelevante la discusión sobre el deber de informar, porque la responsabilidad existe con la demostración del primer aspecto.

En cambio cuando la prestación es correcta y no se informó, la cuestión es relevante –esta situación es la ocurrida en la especie-. También lo es cuando no se puede probar claramente que hubo culpa en el incumplimiento de la prestación principal.

En estos casos hay que discriminar tanto la culpa como el nexo causal. La culpa surge por no haber informado, o por haberlo hecho defectuosamente, lo que se juzga conforme modelos predescritos. No es necesario negligencia en el tratamiento. En cuanto al nexo causal, la víctima debe demostrar que el daño viene de un riesgo que debió ser avisado. Si el peligro hubiera sido advertido, la víctima no se habría sometido al tratamiento y el daño no hubiera ocurrido.

Este perjuicio debe ser mayor que el que hubiera sufrido de haber rehusado el tratamiento. Hay casos en que si no se somete al tratamiento de la enfermedad le

causará mayores perjuicios, y por ello irrelevante la cuestión. Debe demostrar que una persona común hubiere rehusado el tratamiento de haber sido informado" (autor y ob. citada, pág. 212).

Entraría en el terreno conjetural respecto qué habría hecho una persona prudente o mejor dicho "la persona común" en la posición de la Sra. V. si hubiera estado con una información más detallada. Si bien a fs. 78vta. la actora dice no haber sido debidamente informada, no lo delimita como un daño, no dice que de haber sido informada de todas las posibilidades que podrían ser halladas al momento de practicarse laparotomia exploratoria, y las posibles soluciones a las dolencias y/o órganos afectados, se hubiera rehusado a la misma.

Finalmente y siguiendo la misma doctrina cito: "el consentimiento se extiende a los actos que sean consecuencia necesaria del acto propuesto por el médico. Si este prestó consentimiento para una dolencia y luego surge otra, el nuevo" (T.II, pág. 231).

Por todo lo expuesto desestimo los agravios de la parte actora y confirmo la decisión adoptada por el juez de grado en la sentencia venida en crisis.

4.- El último punto en agravio es la queja referida a la Sentencia Interlocutoria nro. 88/2004 (fs. 506/507), apelación con efecto diferido.

El juez de grado expresamente señaló que impuso las costas proporcionales conforme al resultado obtenido. Sin que el argumento del agravio conmueva tal decisión escindiendo de la misma el éxito parcial obtenido a la oposición de designación de consultor técnico (independientemente de no haberse nombrado en el pleito según análisis efectuado al inicio del

presente). Al decir de la doctrina, en los incidentes rige el mismo principio objetivo de la derrota, lo que implica una valoración del resultado obtenido por cada parte y en tal sentido considero que la imposición efectuada por el A quo es ajustada fáctica y jurídicamente, coincidiendo con los argumento de la primer votante, desestimo el agravio de fs. 1152/vta. (nro. 17).

5.- Costas de esta instancia a la apelante vencida conforme principio objetivo de la derrota. (art. 69 del DJ Ley XIII nro. 5). Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

Por existir coincidencia con la Dra. Reynoso de Roberts, doy por reproducida la fórmula postulatoria de dicha magistrada.

A la primera y segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I.A) Advierto que ha llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por mis colegas preopinantes, en cuanto a las temáticas planteadas tal como expresamente lo destaca la distinguida colega preopinante en segundo término, Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

La circunstancia apuntada en cuanto a la mayoría lograda hace que no me aboque a la emisión de mi voto, ya que resulta suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia ha admitido en sentencia de 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que "La circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo".

Asimismo, ha establecido dicho Alto Tribunal Provincial: "La necesidad de coincidencia en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, no significa sin más que sea exigible la existencia de fundamentos iguales, cada juez puede dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros porque si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de argumentos para establecer si existe mayoría definitiva en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en fundamentos distintos" (cf. crit. STJCh, S.I nro. 88/S.R.E/04; S.D. nro. 45/S.E.R/95; 26/S.E.R/99; S.I nro. 124/SER/ 06).

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Desestimar los agravios del actor y confirmar

la sentencia de fs. 1064/1085vta. y lo resuelto a fs. 505/507 con relación a las costas.

2) Imponer las costas al vencido, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. I. F. D. L. C. en el TREINTA POR CIENTO (30%) y del Dr. G. C. L. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

3) Tener presente la reserva del caso federal.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"