

La cuantificación de los daños por mala praxis médica y algunos problemas que ella acarrea¹.

Por Marcelo J. López Mesa²

I. La cuantificación del daño.

Como bien dijera el maestro MOISSET DE ESPANÉS, “el daño es elemento indispensable para que se genere la responsabilidad civil, ya que si no se ha ocasionado un daño, aunque haya mediado un acto ilícito (objetiva y subjetivamente ilícito), no ha de nacer ninguna obligación civil para el agente”³.

No se trata de un presupuesto o elemento más de la responsabilidad civil, sino del más importante⁴.

En palabras de JOSSE RAND⁵ –que hiciera suyas últimamente en Francia el querido maestro Philippe LE TOURNEAU⁶, “sin daño, nada de daños y perjuicios”.

El daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil, puesto que sin él no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria⁷. Cae de su peso, entonces, que no cabe presumir la existencia de un daño, ni permitir una acreditación excesivamente laxa de él.

Pero, cuando el juez tiene frente a sí un daño comprobado debidamente en la litis, debe pasar a un segundo estadio y determinar si el mismo es indemnizable, esto es, si concurren a su respecto los tres presupuestos restantes de la responsabilidad civil. Si es así, debe pasar a un tercer estadio, que es determinar qué parte de ese daño resulta indemnizable.

Así como no todo daño es indemnizable, los que sí lo son, tampoco normalmente son indemnizables en toda la medida del perjuicio efectivamente causado, lo que es consecuencia de que el derecho ha establecido un sistema de imputación de consecuencias, que directamente margina algunos daños del segmento indemnizable.

Brevemente explicado este sistema, consiste en:

- a) las consecuencias inmediatas y necesarias de un hecho que acostumbra suceder, se imputan siempre al autor del daño (art. 519 C.C.);

¹ Sobre la base de la conferencia dictada por el Dr. Marcelo J. LÓPEZ MESA, en el “Seminario Internacional de Derecho de Daños”, organizado por el Mastergroup y desarrollado en el Hotel CROWN de Buenos Aires, el día 23 de Setiembre de 2003.

² **Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en Neuquén - Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires - Profesor Titular de Derecho Civil (Universidad de Palermo y Universidad Argentina de la Empresa (UADE) - Prof. Titular del Postgrado en Derecho Civil de la Universidad Nacional de La Plata.**

³ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Curso de Obligaciones, Ed. Advocatus, Córdoba, 1998, 2ª edic., T. II, p. 396.

⁴ VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en “Lecciones de responsabilidad civil”, F. REGLERO CAMPOS (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2002, p. 71.

⁵ JOSSE RAND, Louis, Derecho Civil, T. 2. Vol. 1º, p. 333, Nº 444.

⁶ LE TOURNEAU, Philippe, De la responsabilité du chirurgien après une tentative infructueuse d'interruption volontaire licite de grossesse, Recueil Dalloz 1990, sec. Jurisprudence, p. 284.

⁷ VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en “Tratado de responsabilidad civil”, dirigido por F. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 202; ídem, El daño, en “Lecciones de responsabilidad civil”, F. REGLERO CAMPOS (Coord.), Aranzadi, Navarra, 2002, p. 71; TRIGO REPRESAS, F., La subsistencia del perjuicio como requisito del resarcimiento del daño patrimonial, en “Temas de responsabilidad civil. En Honor de Augusto M. Morello, Edit. Platense, La Plata, 1981, p. 31, Nº 1; REZZÓNICO, Juan Carlos, Daño, técnica y exclusión de la responsabilidad, en “Derecho de daños”, segunda parte, Homenaje al Profesor Doctor Félix Trigo Represas, La Rocca, Bs. As., 1996, p. 225.

- b) las consecuencias remotas no se imputan nunca, porque no tienen con el hecho nexo adecuado de causalidad (art. 906 C.C.);
- c) las consecuencias mediatas en materia aquiliana son imputables, pero en materia contractual debe existir dolo para ello, pues de otro modo no son indemnizables (art. 521 C.C.);
- d) las consecuencias casuales se imputan al autor del hecho, solo cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho⁸.

Es así que, por principio, el daño no es indemnizable en su totalidad, puesto que al menos dos de las consecuencias de un hecho –casuales y remotas- no son computables a los efectos indemnizatorios y otra –consecuencias mediatas- en el hontanar contractual solo son indemnizables en caso de existir dolo en el actuar del agente.

Con pie en este sistema en un agudo voto capitalino se dijo con solvencia que “en la teoría general del derecho, se admite que el daño jurídico (que se debe reparar) no siempre coincida con el daño material causado que sufre una persona, pues este último es mucho más amplio e incluye un sector no alcanzado por aquél, que sólo se refiere al daño jurídicamente relevante, ya que la comunidad sólo da derecho a la víctima para reclamar las consecuencias del meollo (núcleo) del daño, no todo el daño que puede haber sufrido, y un ejemplo de ello lo constituyen las consecuencias mediatas que, salvo situaciones especiales, no se reparan⁹.”

Es así que puede distinguirse un daño físico o natural, que incluye la totalidad del daño sufrido por la víctima y un daño jurídico, ubicado en el mundo de los conceptos y las ideas, que es el segmento de ese daño físico, que el derecho capta y transforma en resarcible¹⁰.

Correlato necesario de esta afirmación es que no exista propiamente una indemnización integral, al no imputarse nunca las consecuencias remotas y casuales –ya vimos que las casuales no se imputan cuando siguen siendo tales, sino cuando han sido previstas, con lo que dejaron de ser casuales- .

Esto ha sido comprendido cabalmente por el Prof. Vázquez Vialard, quien en un voto sostuvo brillantemente que “por reparación integral debe entenderse una de carácter pleno, es decir, la que corresponde dentro del ámbito de la razonabilidad y de los límites de la responsabilidad civil, corresponde a la reparación plena, completa, dentro de lo que establece el orden jurídico aplicable (no otro)”¹¹.

Y luego de ello, el juez pasa al siguiente estadio, justamente, el de la cuantificación del daño. El daño constituye un concepto jurídico abierto e indeterminado, cuyo contenido debe determinar el juez al fallar cada litis, en base a la prudencia y a las circunstancias de ese caso¹².

La indemnización de los daños supone una valuación de tales perjuicios, de modo de estimar su valor equivalente en dinero.

Según Patrice JOURDAIN, cuantificar un daño implica hacer una traducción de ese daño a un número de unidades monetarias¹³: para poder ser resarcidos, la lesión, el sufrimiento, la minusvalía o el desperfecto o rotura material, deben ser expresados en dinero¹⁴.

⁸ Esto implica que no son propiamente para él casuales, sino que fueron contempladas al actuar; es así que las consecuencias casuales nunca se imputan a nadie, pues para su imputación se requiere que no sean para una persona casuales sino previstas por él.

⁹ Voto del Dr. Vázquez Vialard, CNTrab., Sala I, 22/6/01, “Ugalde, Juana M. y otros c. El Cóndor E.T.S.A.”, DT 2001-B-1565 y ED 195-421.

¹⁰ Un germen de esta distinción puede encontrarse en el voto del Dr. Vázquez Vialard, CNTrab., Sala I, 22/6/01, “Ugalde, Juana M. y otros c. El Cóndor E.T.S.A.”, DT 2001-B-1565 y ED 195-421.

¹¹ Voto del Dr. Vázquez Vialard, CNTrab., Sala I, 22/6/01, “Ugalde, Juana M. y otros c. El Cóndor E.T.S.A.”, DT 2001-B-1565 y ED 195-421.

¹² LÓPEZ MESA, Marcelo, Curso de derecho de las obligaciones, Depalma, Bs. As., 2002, T. III, p. 207.

¹³ JOURDAIN, Patrice, Les principes de la responsabilité civile, 6ª edic., Dalloz, París, 2003, p. 144.

Es por ello que cuantificar un daño es traducir su extensión en dinero, por lo general, y en especie, en contados supuestos.

Bien ha dicho BUSTAMANTE ALSINA que “luego de la determinación de la existencia y entidad del daño, éste deberá valuarse en términos de dinero para fijar la correspondiente indemnización. Si el daño es mensurable será relativamente fácil para el juez establecer por equivalencia su cuantía o valuación dineraria; cuando el daño no es mensurable por su propia índole, se debe recurrir a pautas relativas, según un criterio de razonabilidad que intente acercar la valuación equitativamente a la realidad del perjuicio. Tal es lo que ocurre con la valuación del perjuicio en caso de la pérdida de una chance, y con la fijación de la indemnización por daño moral”¹⁵.

Como bien dice la Prof. ZAVALA DE GONZÁLEZ, “la medida de la indemnización resulta, necesariamente, de una creación artificial y, hasta ahora, permanece en el misterio de la intuición del juez... Hasta ahora, rige una completa discrecionalidad judicial, sin parámetros comunes de ninguna naturaleza, con la única guía de la intuición del magistrado. Sin embargo, ni la más exquisita sensibilidad ante el dolor ajeno sugiere una suma de dinero”¹⁶.

Es así que no existe posibilidad de anticipar, con verdadera aproximación, qué extensión tiene el daño en todos los casos; pero sí existen normas abiertas o principios generales, que deben aplicarse a los supuestos bajo juzgamiento.

La del juez es una labor que compromete normas, valores, razones de justicia y de organización social y que tiene como correlato disvalioso la posibilidad de consagrar soluciones arbitrarias o indemnizaciones que pecan por exceso o defecto¹⁷. Es más, existen rubros cuya determinación es esencialmente discrecional, como ocurre con la determinación de la cuantía de la pérdida de chance¹⁸ o del daño moral.

No se duda en el derecho argentino y comparado sobre que -según unos legítimamente y de hecho, conforme el parecer de otros- los jueces son soberanos en la labor de determinación de la cuantía del resarcimiento debido al acreedor o al dañado en cada caso concreto¹⁹. Pero, en

¹⁴ En esta línea se ha juzgado que para establecer el resarcimiento por incapacidad sobreviniente es necesario determinar la medida en que la disfunción puede repercutir patrimonialmente en la situación de la víctima, por lo cual el juez deberá traducir lo más fielmente posible el verdadero perjuicio que el ilícito provocó en el damnificado (CNCiv., Sala A, 5/4/00, “Trenti, Juan c. Estado nacional y otro”, LL 2001-B-864, J. Agrup., caso 15.588).

¹⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Equitativa valuación del daño no mensurable, LL 1990-A-654.

¹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Cuanto por daño moral, LL 1998-E-1057.

¹⁷ Más difícil todavía es la labor del abogado que debe aconsejar a su cliente sobre la base de conjeturas, puesto que no existiendo pautas claras a aplicar en casos similares, la labor del letrado se vuelve un albur. Ello ha llevado a ZAVALA DE GONZÁLEZ a decir agudamente que “los procesos de daños se convierten en “loterías forenses”. Ese álea no facilita las transacciones extrajudiciales, e impone litigar ante la “chance” de la víctima de obtener una suma elevada y la del responsable o de su aseguradora de lograr una reducida; en contra de la seguridad como forma de la justicia que rescata el valor de lo predecible” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Cuanto por daño moral, LL 1998-E-1058).

¹⁸ Se ha dicho con acierto que la función de los jueces tiene un papel preponderante en materia de fijación de indemnización por pérdida de chance, toda vez que su prudencia deberá primar sobre las fórmulas matemáticas y lo conducirá a determinar la suma que resarcirá el rubro en cuestión (Cám. CC Resistencia, Sala III, 20/11/95, “Galarza, Irma E. y otro c/ Supercemento S.A. y otros”, LL Litoral 1997-262).

¹⁹ LE TOURNEAU, Philippe- CADIET, Loïc, Droit de la responsabilité, Dalloz, Paris, 1998, p. 395, N° 1320 ; IVAINER, T., Le pouvoir souverain du juge dans l’appréciation des indemnités réparatrices, Dalloz, t. 1972, sec. Chronicle, p. 7; VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en REGLERO CAMPOS y otros, Tratado de responsabilidad civil, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 259, N° 190; ROCA, Encarna, Derecho de daños. Textos y materiales, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 127, N° 3; CIFUENTES, Santos, El ejercicio de la Magistratura y la apreciación subjetiva de las indemnizaciones, LL 2001-B-1387; BUSTAMANTE ALSINA, Equitativa valuación del daño no mensurable, LL 1990-A-654.

ocasiones nuestros jueces avanzan más allá de lo que permite la normativa, creando derecho y hasta -a veces- consagran en materia de cuantificación soluciones contralegem.

Cabe afirmar seguidamente la falta de parámetros definidos para la cuantificación o valuación del daño por parte de los tribunales, siendo numerosas las voces que se han levantado contra la determinación errática, discrecional y en ocasiones arbitraria, de resarcimientos por parte de los jueces²⁰.

Respecto del daño moral, pero con aplicabilidad a todos los daños, ha expresado agudamente Daniel PIZARRO que “La valoración y cuantificación del daño moral constituye un motivo de auténtica preocupación para jueces y abogados. Buena prueba de ello la encontramos en los repertorios de jurisprudencia, que exhiben criterios judiciales en extremo disímiles, impregnados de marcado subjetivismo, que muchas veces sale del ámbito de la discrecionalidad para incursionar, peligrosamente, en el de la arbitrariedad”²¹.

Y agregó luego el prestigioso Académico cordobés que “Nos movemos dentro de un campo difícil; es menester tener presente que una deficiente valoración del daño moral puede conspirar contra la finalidad perseguida por la ley, convirtiéndola en letra muerta. De nada sirve que elaboremos eruditos criterios doctrinarios en torno al concepto de daño moral, a su régimen legal o a la naturaleza de la indemnización, si a la hora de fijar pautas para su valoración y cuantificación se brindan soluciones inadecuadas. Es verdaderamente penoso comprobar esta realidad en numerosos fallos judiciales, en los que -a veces por desinterpretación de la ley y en otras por apego a viejas concepciones, superadas por la realidad- se manda a pagar indemnizaciones simbólicas, carentes de virtualidad para reparar plenamente el perjuicio causado. No es menos preocupante comprobar la falta de criterios relativamente uniformes para calibrar cualitativa y cuantitativamente el daño moral, que suele convertirse en un grave problema para el abogado a la hora de asesorar a su cliente”²².

Es así que la cuantificación del daño es un acto de discrecionalidad judicial; aunque, en nuestra opinión, de discrecionalidad relativa.

Pero ¿en qué puede fundarse este discrecionalidad relativa o, lo que es lo mismo, el acotamiento de las facultades judiciales en esta materia?

Sencillamente, en la existencia de diversas obligaciones en cabeza del juez, cuando actúa como cuantificador, que si no se cumplen, vician su pronunciamiento de arbitrariedad; ellas son:

I. 1) Obligación de fundamentar la cuantificación efectuada.

La CSJN juzgó en este sentido que el ejercicio de una facultad discrecional por parte de los magistrados, no constituye eximente del deber que tienen los mismos de fundar su pronunciamiento; por lo que resulta descalificable como acto jurisdiccional válido el pronunciamiento que, sin haber dado razones plausibles, fijó en sumas ínfimas la reparación por daño moral derivada del fallecimiento de la víctima²³.

En esta misma línea la SCBA resolvió en un caso que si el tribunal de grado ha fijado arbitrariamente el monto indemnizatorio por muerte del trabajador, incurre en absurdo al no

²⁰ PIZARRO, Ramón Daniel, Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del derecho, Hammurabi, Bs. As., 2000, pp. 277 y ss.; VÁZQUEZ FERREYRA, R., Cuantificación de los daños por mala praxis médica, LL 2002-F-1389; SALVATORI RIVIRIEGO, Gustavo Jorge, La fundamentación de la sentencia y la valuación del daño a derechos de naturaleza extrapatrimonial, LL 1986-C-448; VICENTE DOMINGO, Elena, El daño, en REGLERO CAMPOS y otros, Tratado de responsabilidad civil, cit, p 259, N° 190.

²¹ PIZARRO, Ramón Daniel, Daño moral, cit, p. 277, § 61.

²² PIZARRO, Ramón Daniel, Daño moral, cit, p. 277, § 61.

²³ CSJN, 1/4/97, “L., E. A. y otros c/ Nestlé S.A.”, DT 1997-B- 1991.

suministrar los elementos necesarios que permitan deducir las razones que mediaron para que arribara a dicha suma dineraria y no a otra²⁴.

Y el Máximo Tribunal cordobés indicó que si bien la cuantía indemnizatoria queda librada a la prudencia de los jueces, no puede depender de una valorización absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resultar de una "mera enunciación de pautas", realizada de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce en el caso concreto al resultado a que se arriba²⁵.

I.2) Obligación de sujetarse a pautas del Código Civil

En los sistemas de derecho continental, como el que nos rige, los jueces son individuos cuya función es declarar el derecho aplicable al caso, no crearlo.

Cómo no recordar aquella frase de ROGUIN: "Quién dice codificación dice la adopción del principio fundamental de que hacer la ley corresponde exclusivamente al legislador"²⁶.

Es así que nuestros jueces, mal que les pese, están –debieron estarlo- atados a la ley al momento de resolver. Ello pueden si, en caso de inexistencia de un texto legal aplicable directamente al caso, obtener la norma legal por interpretación, a partir de las normas vigentes. Pero es irregular que los jueces prescindan al fallar de normas vigentes, directamente aplicables.

En consecuencia, al cuantificar un daño, los jueces deben atenerse a las pautas cuantificatorias que da el propio código y a los rubros indemnizatorios que él ha contemplado, por mejores o más logradas que les parezcan las herramientas técnicas que algunos autores extranjeros y nacionales han elaborado para captar las diversas especies de daño que pueden presentarse.

Un paso más allá, no es legítimo que nuestros jueces al cuantificar echen mano a rubros o conceptos foráneos, incompatibles con nuestra normativa vigente, y que producen una multiplicación ilegítima de conceptos indemnizables.

I.3) Irregularidad de la creación de rubros indemnizatorios o de su superposición.

La reparación del daño, en el seno de nuestro Código Civil, constituye una materia reglada, insusceptible de ser abordada de manera antojadiza, intuitiva o desordenada, según la particular concepción de cada juez, es decir, en forma contraria a ideas y cursos de acción previsibles y verificables.

En primer lugar, el juez no puede acordar indemnización por cualquier rubro que le parezca, ni asignar montos que no se compadezcan con el daño sufrido por el reclamante. Cobra importancia, entonces, el análisis de los rubros indemnizatorios admitidos por nuestro Código Civil.

En el seno de nuestro Código Civil, que es de filiación clásica y sigue las aguas francesas en materia de reparación del daño, existen sólo dos grandes anaqueles o categorías para encuadrar un daño resarcible:

- a) daño patrimonial;
- b) daño extrapatrimonial o moral.

Una lesión determinada, para ser indemnizable, debe reflejarse en un daño patrimonial o en un daño moral; es decir, que fuera de estos rubros no cabe admitir un *tertium genus* indemnizable en el seno del Código Civil argentino²⁷.

²⁴ SCBA, 16/4/85, "Guallarelo, Luis A y otros c/ Provincia de Buenos Aires", en LL 1986-C-449 y ss.

²⁵ TS Córdoba, Sala Laboral, 4/6/93, "Almada, Américo J. c/ La Voz del Interior S. A.", LL 1994-24.

²⁶ ROGUIN, Ernst, Observations sur la codification des lois civiles, en "Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne", Lausana, 1896, pp. 75 y ss.

No existe otro tipo de daño resarcible que se encuadre fuera de las dos categorías básicas, independientemente de su fuente, siendo ellas: daño patrimonial, como daño emergente o lucro cesante y daño moral²⁸.

No hay flexibilidad normativa dentro del Código Civil vigente en nuestro país, para incorporar o asimilar conceptos superadores o innovadores²⁹, como no sea en forma de matices o calificaciones de los rubros explícitamente contenidos en él³⁰, mas sin independencia o autonomía, no pudiendo engendrar resarcimientos separados de los rubros madre.

Por otra parte, entendemos que no hace falta, pues con una interpretación creativa de las normas vigentes puede resarcirse adecuadamente cualquier supuesto y disociar en dos rubros la indemnización de un mismo concepto lleva a una sobre indemnización, que resulta inconveniente e injusta³¹.

Adherimos sin dudar a una agudísima afirmación del Prof. CASIELLO, acerca de que sin dejar de admitir -y de compartir- la excelencia de una cobertura integral del perjuicio, debe ponerse el acento en la innecesariedad de recurrir a otras denominaciones de daños que no están en la ley, “cuando las contempladas por ésta -las de daño moral y daño patrimonial- cubren sin resquicio alguno todos los detrimentos que puede experimentar el sujeto de derecho.... no es menos importante ponderar que por ese camino de "idear" al margen de la norma nuevas especies de daños, también se puede lesionar la justicia, pues fácil es que se demande -y que se otorgue, quizá-, bajo el ropaje de calificativos diversos, una duplicada indemnización por el mismo daño”³².

No parece ser esta la opinión de alguna parte de la doctrina y jurisprudencia nacional la que, desde hace unos años viene planteando la existencia de una “crisis” del concepto tradicional de daño y la insuficiencia de los rubros contemplados en nuestro Código, concediendo resarcimientos por rubros distintos a los dos ya explicitados³³, criterio que no compartimos.

²⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Cuantificación de los daños por mala praxis médica, LL 2002-F-1389; CASIELLO, Juan J., Sobre el daño moral y otros pretendidos "daños", LL 1997-A-177; LÓPEZ MESA, Curso de derecho de las obligaciones, Depalma, Bs. As., 2001, T. III, p. 211; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, Derecho de las obligaciones, cit, T. IV, pp. 666 y 667, 2477 y 2478; AGOGLIA, María M. - BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge Alfredo, La fractura del nexo causal. La lesión psíquica y el daño moral, LL 1998-E-7; XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 1993; CNCiv., Sala G, 18/5/92, voto del doctor Greco, in re “Gil, María J. c/ Vitullo, María E.”, LL 1993-D-84.

²⁸ Cám. CC San Isidro, Sala I, 18/3/93, “Fabbian, Eduardo P. c/ MOGSA S. A. -Línea 707”, JA 1994-I-666.

²⁹ Así lo ha entendido un prestigioso tribunal capitalino, que ha juzgado que el daño psicológico no posee autonomía, pues la clasificación dual de la ley civil no admite un "tertium genus", debiendo incluirse dicho rubro en el menoscabo extrapatrimonial y el gasto para su tratamiento dentro del patrimonial indirecto (CNCiv., Sala G, 10/7/00, “Murúa, José A. c/ Transportes Metropolitanos Roca S. A.”, LL 2000-E-465 y DJ 2000-3-691; en similar sentido, Cám. CC Quilmes, Sala II, 16/9/99, “Dimitrijewits, Andrés R. c/ Rossi, Aldo y otro”, LLBA 2000-1290).

³⁰ En esta línea se ha decidido que la lesión estética se la puede desglosar a fin de determinar con mayor precisión cuáles son los detrimentos económicos y morales derivados de dicho daño pero el desglose no tiene entidad como para constituirlo en un "tertium genus", sino pura y exclusivamente, para facilitar una más justa reparación del perjuicio realmente sufrido por la víctima, en observancia del principio de la reparación plena e integral (Cám. CC Morón, Sala II, 26/6/97, “Gotlib, Juan y otro c/ Interlicchia, José”, LLBA 1998-1419).

³¹ Coincidimos con el criterio judicial según el cual dentro del concepto de daños materiales y morales quedan comprendidos todos los que una persona puede sufrir como consecuencia de una lesión en su patrimonio o en su entidad psicofísica. Los jueces pueden apreciar el monto global de esos daños sumando los rubros patrimoniales y juzgando la hondura de los padecimientos que correspondan a cada una de las afecciones sufridas, estimando en valores razonables esos daños no mensurables para englobarlos en una única compensación por el total de daños no patrimonial o moral (CNCiv., Sala D, 3/2/99, “Núñez, Sylvia Y. c/ Gentiluomo, Laura B.”, LL 1999-C-790, J. Agrup., caso 13.908).

³² CASIELLO, Juan J., Sobre el daño moral y otros pretendidos "daños", LL 1997-A-177.

³³ Diversos fallos han acordado resarcimiento independiente al daño síquico: CNCiv., Sala A, 27/5/94, “Porres, Juan J. c/ Transporte Quirino Costa S. A.”, LL 1994-D-376; ídem, 16/5/00, “Pérez, Sarvelio F. y otros c/

A partir de los desarrollos de la doctrina italiana sobre la base del concepto del “daño a la persona”, que se pretende utilizar como concepto superador, se ha pretendido incorporar otros rubros a los de dicotomía clásica y así se ha propuesto como rubros indemnizables el daño biológico, el daño a la salud y el daño al proyecto de vida e, incluso la jurisprudencia ha resarcido en muchos fallos rubros tales como el daño estético, el daño sexual, el daño a la vida de relación, el daño psíquico, etc.

Es innegable que el daño que la vida de relación de un sujeto puede haber sufrido debe ser contemplado al momento de fijar el resarcimiento integral por el daño extrapatrimonial, si no incide en sus actividades remuneradas, o patrimonial, si lo hace.

Coincidimos con un fallo capitalino que resolvió: “La llamada “vida de relación”, que debe ser merituada al momento de fijar la indemnización de incapacidad sobreviniente, está destinada a poner de relieve una comprensión integral de la proyección existencial humana pues refiere un conjunto de actos de desenvolvimiento productivo del sujeto, incluidos los -cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismo y a la familia, y actividades íntimas como lo son vivir en pareja, tener sexo libremente, procrear y cultivar el contacto con terceros sin ser objeto de prevención o discriminación”³⁴.

Pero, quede claro, no procede fijar un resarcimiento autónomo por tal concepto, en primer lugar, porque tal rubro no se halla contemplado en nuestro ordenamiento como perjuicio indemnizable y, en segundo, porque implicaría una doble indemnización.

En nuestra opinión constituye un grave desacierto aplicar conceptos extranjeros, que carecen de posibilidades legítimas de subsumirse dentro de la normativa nacional.

No participamos de las tendencias doctrinales, e incluso jurisprudenciales, que recurriendo a precedentes foráneos, ajenos a la sistemática de nuestro Código Civil, pretenden receptar entre nosotros rubros resarcitorios nuevos, que son vistos como conceptos resarcibles autónomos –*tertium genus*- que se sumarían a la bipartición del daño en patrimonial y extrapatrimonial que contempla nuestro Código.

Consideramos que, de lege ferenda, puede ser una idea aceptable receptar conceptos como el daño estético, el daño psíquico, el daño a la salud, daño a la vida de relación o al proyecto de vida, en la medida que ellos se integren a un conjunto coherente y armónico de resarcimiento del daño; pero debe quedar claramente establecido que, de lege lata, tales elaboraciones no pueden ser encuadradas sin violencia dentro de la estructura y sistemática de nuestro Código, por lo que no consideramos procedente el resarcimiento de ellas, en la medida en que no configuren matices o segmentos de los capítulos indemnizatorios específicamente acogidos por Vélez³⁵.

Microómnibus Primera Junta S. A.”, LL 2000-E-924, J. Agrup., caso 15.273; ídem, 6/3/98, “Schirripa, Graciela M. c/ Staff Médico S. A.”, LL 1998-E-829, J. Agrup., caso 13.235; ídem, Sala B, 31/8/93, “Torales, Eugenia c/ Obra Social de los Trabajadores del Vestido”, JA 1994-II-74; ídem, Sala C, 27/11/92, “Vinaya, Felipe y otra c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos, Línea Gral. Belgrano”, LL 1993-D-278 y DJ 1993-2-1054. ídem, Sala E, 11/7/00, “Ferreyra, Juan C. y otro c/ Emanuele, Diego J. y otro”, LL 2000-E-460 y DJ 2001-1-616; ídem, Sala H, 18/5/00, “Cabrera, Julio A. y otro c/ Yoshida, Leonardo y otros”, LL 2000-E-917, J. Agrup., caso 15.218; ídem, 12/3/02, “Villamayor Montiel, Aniceto y otros c/ Abramovich, Ricardo y otro”, DJ 2002-2-1153; ídem, Sala K, 11/11/98, “G., C. F. c/ Ferrocarriles Metropolitanos S. A.”, LL 1999-D-180 y DJ 1999-2-566; ídem, 16/11/98, “López, Marcio D. c/ Araujo, Juana I. de la Cruz y otros”, LL 2000-C-948, J. Agrup., caso 15.074; ídem, 30/10/01, “M., M. c/ Demirdjian, Juan y otros”, LL 2001-F-715 y DJ 2001-3-968; ídem, Sala M, 15/10/97, “P. de P. N., D. c/ M., R. A.”, LL 1997-F-953 (40.061-S); SCBA, 9/5/01, “C. R. R. y otra c/ C. (Ac. 69.476)”, LLBA 2001-1191; Cám. CC Morón, Sala I, 29/11/00, “M., E. c/ Billone, Carlos A.”, LLBA 2001-1115)

³⁴ CNCiv., Sala F, 15/5/00, “N. N. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, LL 2000-F-11 y DJ 2001-1-625; ídem, 12/8/99, “P., L. c/ Empresa de Transportes Yinko S. A. y otros”, LL 1999-F-823, J. Agrup., caso 14.654.

³⁵ Coincidiendo con prestigiosos tribunales, consideramos que el daño psíquico no constituye un daño autónomo pues si provoca una incapacidad u otro perjuicio debe ser considerado como daño patrimonial indirecto,

Por nuestra parte, entendemos, por caso, que el concepto de “daño a la persona” no puede ser aplicado en nuestro país, como se lo aplica en Italia.

Tampoco cabe indemnizar autónomamente el daño a la vida de relación. Jurisprudencialmente se ha dicho que la llamada vida de relación está destinada a poner de relieve una comprensión integral de la proyección existencial humana, refiriéndose a un conjunto de actos de desenvolvimiento productivo del sujeto, incluidos actos cotidianos que generan bienestar o proporcionan servicios a sí mismos y a la familia, tareas normales en la vida del ser humano, actividades tales que, en la medida que se vean dificultadas o impedidas, como consecuencia del accidente, constituyen daño indemnizable, independientemente del deterioro de la capacidad de ganancia³⁶.

Dicho concepto resulta compatible, y ese daño indemnizable, en la medida en que se lo resarza como un daño extrapatrimonial, esto es, como un elemento a considerar al momento de cuantificar la indemnización global a concederse por daño moral.

El proceder contrario, es decir, la idea de resarcir autónomamente el daño a la vida de relación, vendría a significar un nuevo quebrantamiento de la regla que veda la recepción de este y cualquier otro *tertium genus* en nuestro derecho civil.

Pero a nuestro juicio todo este debate acerca de la doctrina del daño a la persona, ha tenido el valor de despertar a los juristas del letargo de las concepciones conservadoras de la tipicidad del ilícito en que se hallaban, para hacerles ver la necesidad de extender los conceptos tradicionales para dar satisfacción a la sed de justicia de los justiciables³⁷.

Pero creemos que hasta allí llega el mérito de la doctrina y nos parece equivocado, contraproducente e irregular incorporar nuevas formas autónomas de dañosidad en el derecho argentino, por lo que juzgamos inconveniente el criterio de aquellos tribunales que resarcen

en lo demás es propio del daño moral o extrapatrimonial (CNCiv., Sala B, 24/3/00, “Cruz de Mamani, Severino y otro c/ Rodríguez Pereyra, Carlos A.”, LL 2000-D- 896 (42.969-S) y DJ 2001-1-665; en similar sentido, ídem, Sala A, 12/6/96, “D., M. S. c/ López, Juan G. y otro”, LL 1996-D-880 (38.950-S); ídem, Sala D, 8/10/99, “Di Gregorio, Roque V. c/ De Godos, Julio A. y otros”, JA 2000-II-198; ídem, 5/9/01, “Gallino, Filomena T. c/ G.C.B.A.”, LL 2002-C- 52; ídem, 14/5/97, “L., G. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, LL 1997-E-54; ídem, Sala F, 20/12/94, “Galíndez, Luis A. c/ Ardanaz, Graciela y otros”, JA 1996-II-242; ídem, Sala G, 23/3/01, “Campo Castro, Alfonso c/ González, Carlos A.”, LL 2001-E- 855, J. Agrup., caso 16.059; ídem, 19/11/99, “G., R. y otros c/ F., J. J. y otro”, RCyS 2000-680; ídem, 13/5/02, “Jusid, Cecilia c/ Carrefour Argentina S.A.”, RCyS 2002-IV-99; ídem, Sala I, 27/5/99, “Baldassini, Liliana S. y otros c/ Otheguy, Alfredo V. y otro”, DJ 2000-3-327; ídem, Sala J, 17/8/00, “A. de G., A. c/ Metrogas S. A.”, LL 2000-F-681, DJ 2001-1-867 y RCyS 2000-826; ídem, 11/12/97, “D., G. B. c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. y G., S. c/ Ferrocarriles Metropolitanos S. A.”, LL 1998-E-10; ídem, 28/8/98, “Medina Peralta, Humberto y otro c/ Di Leo de Millé, Rosa y E. y otro”, LL 1999-C-780, J. Agrup., caso 13.838; CNCom., Sala D, 19/4/01, “C. R. O y otro c/ Transporte Unión Misionera y otro”, DJ 2001-3-479; Cám. Nac. Fed. CC, Sala II, 18/11/99, “Del Valle Ferreyra, Osvaldo c/Estado Nacional-Ejército Argentino”, JA 2000-IV-234; ídem, 10/7/97, “Gaione, Eduardo A. c/ Ministerio del Interior”, LL 1997-F-764; ídem, Sala III, 6/5/97, “Lupia, Mario A. c/ Ministerio del Interior -Policía Federal Argentina-”, LL 1999-A-508, J. Agrup., caso 13.505; ídem, 15/7/97, “P. M. R. c/ Fuerza Aérea Argentina”, LL 1997-F-158 y DJ 1997-3-893; Cám. Fed. Mar del Plata, 9/12/99, “De Filippis, César G. c/ Aerolíneas Argentinas y otro”, DJ 2000-3-739; Cám. CC Azul, Sala II, 9/11/00, “Lecuona, Hugo A. c/ Oroná, Eriberto G. y otros y Recci, Iris P. y otra c/ Oroná, Eriberto G. y otros”, LLBA 2001-1223 y DJBA 160-73; Cám. CC Junín, 14/4/94, “Falabella, Alberto c/ Bisio, Juan C.”, JA 1995-I-228; Cám. 1ª CC Mar del Plata, Sala II, 12/2/98, “C., C. y otros c/ Schneider, Diana y otra”, LLBA 1999-351; Cám. CC San Isidro, Sala I, 16/10/01, “F., C. B. c/ Clínica Privada Presidente Derqui”, LLBA 2002-120; ídem, Sala I, 15/10/96, “Rivero, Mario c/ Microómnibus General Pacheco”, LLBA 1997-361; ídem, 28/10/99, “S., C. A. c/ Ferrovías S. A. C. y otra”, LLBA 2000-643; ídem, 11/5/99, “V. J., M., sucs. c/ Kalkbrenner, Roberto E.”, LLBA 2000-935).

³⁶ CNCiv., Sala F, 12/8/99, “P., L. c/ Empresa de Transportes Yinko S. A. y otros”, LL 1999-F-823, J. Agrup., caso 14.654; ídem, 15/5/00, “N. N. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, LL 2000-F-11, DJ 2001-1-625 y RCyS 2000-663..

³⁷ LÓPEZ MESA, Curso de derecho de las obligaciones, cit. T. III, p. 211.

autónomamente rubros como daño estético o daño psíquico. Seguidamente ampliaremos esta temática.

Seguidamente analizaremos un supuesto de cuantificación especialmente dificultoso: la cuantificación del daño médico.

II.1. Somera introducción a la cuantificación del daño médico.

El profesor valenciano Javier PLAZA PENADÉS, respecto de España aunque aplicable también a estas latitudes, afirmó agudamente que “Nuestro país ha experimentado en los últimos tiempos (desde los años sesenta o setenta hasta nuestros días) un cambio de mentalidad muy significativo en lo que se refiere a la concepción social de la actividad del médico y al grado o canon de calidad exigible en la prestación de los servicios sanitarios, puesto que desde la asunción de las negligencias médicas como una circunstancia inherente al riesgo de la vida y al hecho de someterse a cualquier intervención médico-sanitaria, se ha pasado a un cuestionamiento, en ocasiones exagerado, de los resultados de las actuaciones y prestaciones médicas y sanitarias, fruto de una evolución a una sociedad cada vez más exigente con las condiciones de calidad en las que deben prestarse los servicios sanitarios y más proclive a exigir responsabilidades cuando realmente los servicios y prestaciones sanitarios no se han prestado con la debida calidad y diligencia profesional”³⁸.

Este nuevo celo ciudadano, la desconfianza que muchos profesan ahora a los médicos y la falta de conformidad con los resultados dañosos, provengan o no de mala praxis, ha acrecentado al infinito los reclamos contra los médicos, así como ha producido una agudización del ingenio para reclamar resarcimientos por causas que anteriormente no hubieran dado cabida a tales pretensiones.

Este fenómeno, así como los principales aspectos de la responsabilidad médica, la diligencia exigible al galeno, la naturaleza de su obligación, la utilización de cosas en el acto médico, etc, han sido estudiadas en numerosas ocasiones por nuestros juristas, de modo que no insistiremos aquí con el abordaje de esas temáticas.

En cambio, creemos que un aspecto de la responsabilidad médica que amerita algunas reflexiones diferenciadas es el relativo a la cuantificación de los perjuicios derivados de un acto médico dañoso, especialmente en lo atinente a dos aspectos concretos:

- 1) determinación de la cuantía debida por pérdida de chance de curación; y
- 2) determinación de la cuantía del daño por falta de información suficiente previa al consentimiento.

Seguidamente nos ocuparemos de ambos.

II.2. Inexistencia de una doctrina jurisprudencial.

Si debiésemos escoger dos materias en las cuales en la jurisprudencia argentina exista una llamativa disparidad de criterios, al punto que cada juez tiene su tesitura propia, esas materias son, sin dudas, la responsabilidad del Estado y la responsabilidad por mala praxis médica.

Para ponerlo en palabras llanas, la discrecionalidad del juez para fijar la indemnización del daño, que existe bajo el nombre que quiera dársele –prudente arbitrio, etc- en todo supuesto, se transforma en caso de responsabilidad del Estado y de mala praxis médica, lisa y llanamente en una tómbola o lotería.

A tal punto es ello así que en muchos fallos se hace tabla rasa con el propio texto del Código Civil, condenando a los médicos a resarcimientos plenos en supuestos de responsabilidad contractual, sin que ni siquiera se alegue la existencia de dolo, lo que implica directamente

³⁸ PLAZA PENADÉS, Javier, El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 17.

prescindir del texto de los arts. 519 a 521 del Código Civil, lo que resulta gravemente irregular y conceptualmente inadmisibile. Pero se trata, lamentablemente, de una realidad muy difundida en nuestros foros.

Agudamente ha apuntado VÁZQUEZ FERREYRA que “La falta de un criterio jurisprudencial uniforme en el ámbito nacional que permita ajustar las indemnizaciones a parámetros razonables en las sentencias judiciales preocupa a todos los operadores del sistema”³⁹.

Dicha preocupación es especialmente intensa en dos áreas diversas, que analizaremos a continuación.

III. Cuantificación del daño por falta de información o por falta de consentimiento.

Jurisprudencialmente se ha decidido que si bien la responsabilidad del médico por los daños sufridos por el paciente durante el curso de tratamientos médicos se basa en el fracaso de aquél en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos, bajo la doctrina del consentimiento informado puede cuestionarse al facultativo que, libre de negligencia en dicho tratamiento, actuó sin el consentimiento del paciente, o más allá del dado, o sin haberle informado los riesgos de un determinado tratamiento⁴⁰.

En materia de consentimiento informado, uno de los problemas que se presenta es el referido a la extensión del resarcimiento, es decir al daño que debe ser reparado en caso de que el paciente haya sido intervenido o tratado sin que previamente se le haya requerido el consentimiento informado o habiéndosele requerido éste, pero sin brindarle toda la información relevante que abone debidamente esa expresión.

En este caso, cuál es el daño que el médico deberá reparar ¿Debe cargar con todo la incapacidad del paciente o sólo con una parte de él por el déficit en el consentimiento informado?

Para responder esta pregunta adecuadamente deben hacerse algunas reflexiones previas. Es indudable que el suministro de una información correcta y suficiente por parte del médico es condición indispensable para la validez del consentimiento del paciente⁴¹, implicando la falta de esta información suficiente y adecuada un consentimiento viciado⁴².

El consentimiento informado constituye la declaración de voluntad del paciente luego de habersele brindado suficiente información sobre el procedimiento o intervención quirúrgica propuesta como médicamente aconsejable. En efecto, como el paciente es quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos del tratamiento médico, debe conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, las alternativas posibles y cuántas y cuáles son las probabilidades del éxito. Tal consentimiento comprende dos deberes por parte del médico: la obtención de dicho consentimiento y la información al paciente, a fin de que pueda participar inteligentemente en la aceptación o no del tratamiento⁴³.

Si la información suministrada fuera insuficiente o no se hubiera requerido el consentimiento del paciente para la práctica, la jurisprudencia argentina ha resuelto que la

³⁹ VÁZQUEZ FERREYRA, Cuantificación de los daños por mala praxis médica, LL 2002-F-1389.

⁴⁰ CNCiv., Sala F, 5/2/98, “M.A.N. c/ Fernández, Elsa S.”, LL 1998-E-96.

⁴¹ Sentencia de la Sección III de la Corte de Casación italiana, del 25/11/94, in re “Sforza c/ Milesi Olgiati”, publicada en “Foro italiano”, t. 1995-I, p. 2913 y en “Nuova giurisprudenza civile.commentata”, t. 1995- I, p. 937.

⁴² BILANCETTI, Mauro, La responsabilità del chirurgo estetico, en “Giurisprudenza italiana”, t. 1997-2, vol. IV, p. 354 y ss.; en igual sentido, VON EYBEN, Bo, Professional's duty to inform their customers, en “Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales”, **cit, p. 134.

⁴³ CNCiv., Sala F, 5/2/98, “M.A.N. c/ Fernández, Elsa S.”, LL 1998-E-96.

ausencia de consentimiento y la inexistencia de razones de emergencia torna ilegítimo el acto médico⁴⁴.

Asimismo, se ha expuesto que “el médico debe tener en cuenta los riesgos o secuelas que deriven del tratamiento o intervención a efectuar y hacer conocer al paciente dichos riesgos, siendo su consentimiento indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica, y su ausencia torna ilegítimo el hecho médico”⁴⁵.

Mauro BILANCETTI ha puesto de resalto, siguiendo en ello a alguna jurisprudencia italiana reciente que la información correcta concierne no solo a la fase previa a la celebración del contrato medical, en cuanto permite al paciente autodeterminarse e involucrarse plenamente en el proceso de adhesión al tratamiento terapéutico, sino también en la fase de ejecución de ese tratamiento, en cuanto permita al paciente consentir sobre la adopción de las medidas de precaución más idóneas para la salvaguarda de su salud, que constituye el fin último de la labor profesional del médico⁴⁶.

Pero, no debe soslayarse que la conducta antijurídica del médico no finca en la práctica médica, sino en la falta de requerimiento idóneo de consentimiento.

Es que, la omisión de obtener el consentimiento informado, si bien constituye una afrenta a la autonomía del paciente y como tal una lesión a los derechos de la personalidad, no significa que los médicos hayan causado el daño pues la lesión no obedece a culpa de los profesionales sino que constituye un riesgo propio (caso fortuito) de esa intervención⁴⁷.

Cabe recordar que la Corte de Casación francesa, recientemente ha establecido el principio de que el defecto de información, para comprometer la responsabilidad del médico, debe haber tenido incidencia sobre el consentimiento del paciente⁴⁸.

Como dice PLAZA PENADÉS, “la falta de información es por sí sola fuente de responsabilidad civil para el médico, si por la falta de información se produce el resultado que se quiso evitar o el resultado previsible aunque infrecuente del que no se informó”⁴⁹.

Bien ha expresado VÁZQUEZ FERREYRA que “En todo caso, la indemnización podrá fijarse teniendo en cuenta que la lesión ha recaído sobre un derecho de la personalidad al que podemos llamar como de autodeterminación. Pero obviamente que no es lo mismo indemnizar el resultado final o el daño final sufrido por el paciente como consecuencia del tratamiento médico (aun cuando no haya habido culpa profesional) que indemnizar la lesión al derecho a la autodeterminación”⁵⁰.

Es así que, como principio general, si lo que se cuestiona en la falta de consentimiento a la práctica galénica y no la corrección técnica de la práctica en sí, no corresponde otorgar indemnización por el daño total, sino por un segmento o alícuota del mismo. Ello, si corresponde conceder algún resarcimiento, puesto que bien puede suceder que la falta de consentimiento no

⁴⁴ CNCiv, Sala B, 25/10/90, “Favilla, Humberto c/ Peñeyro, José y otro”, LL 1991-D-117 y DJ 1991-2-565. En esta línea la sent. N° 4394 de la Corte de Casación italiana, sección II, del 8/8/85 .in re “Pollaci c/ Bayali”, ha dispuesto que en el contrato de prestación profesional, la violación del deber de información que grava al profesional es fuente de responsabilidad contractual y de la consiguiente obligación de resarcimiento del daño causado al paciente. Tal omisión inviste el rol de potencial causa de ineficacia de la prestación profesional y brinda razones para considerarla inútil o dañosa en orden al resultado pretendido por el paciente (Giurisprudenza italiana, t. 1987-I, vol. 1, p. 1136).

⁴⁵ CNCiv, Sala B, 25/10/90, “Favilla, Humberto c/ Peñeyro, José y otro”, LL 1991-D-117 y DJ 1991-2-565.

⁴⁶ BILANCETTI, Mauro, La responsabilidad penal e civile del medico, 5ª edic., CEDAM, Padua, 2003, p. 976.

⁴⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Cuantificación de los daños por mala praxis médica, LL 2002-F-1389.

⁴⁸ Corte de Casación francesa, 1ª Sección civil, 20/6/2000, Dalloz, t. 2000, sección Sommaire commenté, p. 471, con nota de Patrice JOURDAIN.

⁴⁹ PLAZA PENADÉS, J., El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, cit, p. 73.

⁵⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Cuantificación de los daños por mala praxis médica, LL 2002-F-1389.

haya tenido incidencia en el daño, dado que, con consentimiento o sin él, la práctica debía realizarse igual y el resultado dañoso era altamente probable, supuesto en el cual asignar un resarcimiento equivale a una reparación de equidad o, mejor, realizar beneficencia con dinero ajeno.

Puede ponerse como ejemplo de cuanto decimos que, en un caso en que la Corte de Apelaciones de París constató que el médico no había informado a su paciente del riesgo grave que luego se realizara, de perforación intestinal inherente a una colposcopia con ablación de un pólipo, sin embargo se rechazó la demanda de daños dirigida contra el profesional. Se consideró para ello que, si bien era cierto que el profesional había faltado a su obligación de información, el paciente no había justificado ningún perjuicio indemnizable. La Corte sostuvo que el único perjuicio que había alegado el actor, que era el de perder la chance de decidir si negarse a la intervención no era un perjuicio indemnizable, por cuanto la operación debía realizarse, dado que el pólipo que se le descubriera al paciente tenía gran riesgo de degenerar en un cáncer⁵¹.

Este fallo se alinea, por otra parte, con la doctrina recientemente sentada por la jurisprudencia francesa de que ninguna pérdida de chance de rehusar la intervención puede ser indemnizada, cuando el beneficio obtenido de la operación es superior a los trastornos provocados por la realización de los riesgos⁵².

No puede dejar de recordarse que, como apunta el maestro PENNEAU, en ausencia de toda culpa técnica, la sola culpa constituida por la falta de información no puede dar lugar a reparación del daño corporal resultante de una intervención⁵³.

En contra de esta opinión se ha manifestado la Corte de Casación italiana, que ha declarado que “consistiendo la intervención quirúrgica a la que fue sometida la actora en la extracción de una masa adiposa de aproximadamente cinco kilogramos, y habiéndose verificado que la operación fue practicada con esmero, las importantes e inevitables cicatrices que quedaron en el cuerpo de la paciente evidencian un daño resarcible, si no se le informó previamente acerca de ellas. Ello en tanto la violación del deber de información califica como daño a la integridad física a las consecuencias aun inevitables de la operación”⁵⁴.

IV. Pérdida de 'chance' de curación y cuantificación del daño.

La pérdida de una oportunidad o 'chance' constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades 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 la definición de esas probabilidades⁵⁵.

"La 'chance' es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conllevando un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe

⁵¹ Vid. El fallo y el comentario de Patrice JOURDAIN, titulado Sanction de l'obligation d'information du médecin sur les risques d'un acte médical, en Recueil Dalloz, t. 2000, sec. sommaires commentés, p. 471.

⁵² Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 7/10/98, en Juris-Classeur Period., t. 1998-II, N° 10179, con nota de Pierre SARGOS y en Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145, con nota de S. PORCHY..

⁵³ PENNEAU, Jean, En l'absence de toute faute technique, la seule faute constituée par le défaut d'information du patient ne peut donner lieu à réparation du préjudice corporel résultant d'une intervention, Recueil Dalloz, t. 1995, sec. Sommaires commentés, p. 100.

⁵⁴ Casación Civil Italia, Sec. III, 6/10/97, "Finocchiario, Clelia", en RCyS 1999-1308.

⁵⁵ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Reparación de daños por mala praxis médica, Ed. Hammurabi, Bs. As., p. 241.

una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una 'chance' por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento... La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida." ⁵⁶.

El caso es que no se trata de cualquier chance, sino de la chance de curación, la que resulta nada fácil de evaluar y cuantificar, al depender para ello de una estimación fundada, primero, en una estimación científica, y luego, en base a ella, en una apreciación prudencial sobre probabilidades en el caso concreto.

La pérdida de la oportunidad de curación (chance de guerison, en el derecho francés), ha generado un debate intenso, acerca, primero, de la procedencia o no del pago de indemnización por ese concepto, y segundo, para quienes contestan afirmativamente la pregunta, acerca del alcance o extensión de dicho deber resarcitorio.

Félix A. TRIGO REPRESAS ha expuesto con anterioridad que "...pensamos que en definitiva hablar de pérdida de la chance de curación no constituye más que un recurso para cubrir, o bien la incerteza del daño, o más probablemente, la incertidumbre en cuanto a la forma en que el mismo llegó a producirse, o sea sobre la existencia de un efectivo nexo de causalidad entre el acto médico y el perjuicio, en aquellos casos en que, en el estado actual de la ciencia, no se pueda establecer acabadamente que aquél ha comprometido el estado del paciente. Porque es obvio que el médico no ha de ser responsable más que si el perjuicio tiene por causa la negligencia que se le reprocha; correspondiendo al damnificado la acreditación de la causa que vincula la culpa médica con el perjuicio ocasionado" ⁵⁷.

En la buena senda, se resolvió en un fallo nacional que "Para fijar la indemnización por pérdida de la "chance" de supervivencia de un paciente fallecido -en el caso, menor de edad que sufrió un paro cardíaco durante una operación y luego falleció por una infección respiratoria- no puede dejar de valorarse el grado probable de recuperación que pudo haber tenido de no haberse desencadenado el suceso fatal, por lo que allí estará el límite de responsabilidad del ente asistencial o de la obra social" ⁵⁸.

Un autor afirma que "en materia de mala praxis médica siempre nos encontramos ante situaciones en que la personas desde que ingresa a un sanatorio para ser atendido trae consigo una incapacidad previa y es por ello que en aquellos casos en que por cualquier motivo el paciente se agrava como consecuencia de una inadecuada atención médica, la indemnización que finalmente se le otorgue deberá ser siempre menor; teniendo en cuenta las chances que tenía de sobrevivir y el grado de incapacidad en que se encontraba al ingresar a la clínica" ⁵⁹.

VÁZQUEZ FERREYRA Y TALLONE afirman que en casos de pérdida de chance no se puede imputar causalmente al profesional el resultado final que padece el paciente pues en parte ello obedece a un proceso natural. No obstante ello, en muchas ocasiones, los tribunales en forma equivocada al analizar el capítulo de los daños indemnizables, pasan por alto el hecho de que se está solo frente a la pérdida de una chance y se manda a indemnizar el daño en forma integral" ⁶⁰.

⁵⁶ TANZI, Silvia, La reparabilidad de la pérdida de la 'chance', en "La responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 330.

⁵⁷ TRIGO REPRESAS, Félix, Pérdida de la chance de curación y daño cierto, secuela de mal praxis, en LL 1986-C-37.

⁵⁸ CNCiv., Sala F, 24/4/02, "Ael, Ramón L. c/ Dirección de Obra Social de E.N.Tel. y otros", RCyS, 2002-III-103 y LL 2002-F-273.

⁵⁹ TALLONE, Federico, nota a fallo, en LL 2002-F-276.

⁶⁰ VAZQUEZ FERREYRA, R.-TALLONE, F., Derecho médico y mala praxis, Juris, Rosario, 2000, p. 174.

En estos casos de pérdida de una chance no se puede imputar causalmente al profesional el resultado final que padece el paciente pues en gran parte obedece a un proceso natural⁶¹. No obstante ello, muchas veces los tribunales en forma equivocada al analizar el capítulo de los daños indemnizables, pasan por alto el hecho de que se está sólo frente a la pérdida de una chance y se manda indemnizar el daño íntegro.

Señala con acierto TANZI que "en cuanto a la responsabilidad profesional y la responsabilidad médica en particular, se plantea con claridad la pérdida de chance. La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente"⁶².

En resumidas cuentas, cuando el daño consiste en la pérdida de una chance de supervivencia, el tribunal no puede condenar al profesional a pagar una indemnización equivalente a la que se debería si él hubiese realmente provocado la muerte al enfermo por su impericia. Es que el médico no creó la enfermedad en el paciente sino que simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta. El límite de su responsabilidad estará dado por la pérdida de la chance de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad.

Por ello lo que correspondería determinar -en el peor de los casos- a los efectos de la indemnización es la chance de curación o de sobrevida que le fue privada al paciente por el accionar eventualmente irresponsable del demandado. Pero siempre teniendo en cuenta que la muerte, igual pudo haber ocurrido en tiempo más o menos prematuro a causa del mal preexistente.

Obviamente que la indemnización por pérdida de chance será siempre inferior a la que corresponda al padecimiento final que sufre el paciente como consecuencia del desarrollo de la enfermedad que lo aqueja.

En estos casos, el dictamen pericial cobra singular importancia, sobre todo en cuanto deberá determinar cuál era la expectativa de curación que tenía el paciente de no haber existido negligencia por parte de los médicos.

Dichos principios han sido aplicados correctamente en una sentencia de la CNCiv., Sala D, de fecha 26/2/99 dictada in re "Buzaglo, P. I. c/ R., M.". En este caso una paciente murió como consecuencia de un cáncer, el que no había sido diagnosticado en forma correcta. El cirujano le había extraído a la paciente un nódulo de los pechos, el que fue remitido al anatomopatólogo para su análisis histológico; el anatomopatólogo elaboró su informe que fue entregado en propias manos a la paciente. El resultado era un fibroadenoma (tumor benigno).

A tenor de ese resultado, el cirujano controló periódicamente a la paciente. Al tiempo, se descubre que la paciente tenía cáncer (que en definitiva le terminó provocando la muerte).

También se descubrió que el anatomopatólogo había elaborado un segundo informe con diagnóstico de cáncer, el que envió al sanatorio donde la paciente era tratada. Recibido este segundo informe por el personal del sanatorio, se corrigió el protocolo cambiándose el primer informe por el segundo que tenía como resultado la presencia de un tumor maligno.

En el caso quedó probado que el anatomopatólogo no tomó la precaución de comunicarse con el cirujano que atendía a la paciente para reportarle el error el primer informe diagnóstico.

Quedó acreditado que cuando se entregaban estudios en la sede del sanatorio, éstos no eran remitidos al médico. Esta conclusión demostró una verdadera falla del sistema o falta del servicio que hace responsable a la entidad asistencial. Se trata de supuestos en los cuales la

⁶¹ Cfr. Cám. CC Bahía Blanca, Sala 1ª, 3/12/98, Urzúa, C. c/ Asociación Italiana", JA, semanario del 1/9/99.

⁶² TANZI, Silvia, La reparabilidad de la pérdida de la "chance", op. cit., p. 333.

organización empresarial debe responder aun cuando no se llegue a individualizar al responsable personal⁶³.

El tribunal -acertadamente- consideró inadmisibile que en un sanatorio se reciban informes médicos de vital importancia -como es el resultado de una biopsia- y estos queden en manos de personal administrativo sin que se entreguen en forma inmediata al médico tratante. De haberse organizado correctamente el servicio sanatorial, el segundo informe remitido por el anatomopatólogo al sanatorio, tendría que haber llegado en forma inmediata a manos del cirujano, quien hubiera podido actuar con otro tipo de terapia adecuada al mal que padecía la paciente. Al no contar con el segundo informe -que daba cuenta de la malignidad de la enfermedad- mal pudo encarar un tratamiento para su cura, lo que en definitiva se tradujo en una real pérdida de chance de curación de la paciente.

Ahora bien, el tribunal consideró con buen criterio que la paciente tenía cáncer de mama, lógicamente no atribuible a la acción médica. Y lo que se discurre en tal supuesto, en lo que hace al establecimiento de los daños, es la chance de curación o de sobrevida de la que fue privada la paciente por el accionar médico. Pero sólo se trata de eso, de la pérdida de la chance, pues absolutamente nadie puede asegurar que de haber sido correctamente atendida hubiera salvado su vida. En palabras del tribunal, lo que corresponde resarcir es sólo la pérdida de la chance de sobrevida ocasionada por una muerte acelerada, pero que también pudo haber ocurrido -o no- en tiempo más o menos prematuro, a causa del mal preexistente.

Obviamente que en tales condiciones, el monto indemnizatorio otorgado se vio sustancialmente reducido conforme la chance perdida, y teniendo muy en cuenta el mal que aquejaba a la paciente. En otras palabras, la indemnización no corresponde fijarla en lo que comúnmente se conoce como valor vida, sino tan sólo respecto de esa pérdida de chance.

V. Incapacidades preexistentes

Un tema importante a la hora de cuantificar los daños en los casos de responsabilidad civil médica es el de las eventuales incapacidades preexistentes. A diferencia de lo que ocurre en los supuestos más comunes de responsabilidad civil, como por ejemplo un accidente de tránsito, en donde por lo general la víctima es una persona sana, en los supuestos de responsabilidad civil médica, es común que la víctima (paciente) presente una incapacidad previa.

Decimos que es común que el paciente posea una incapacidad previa por cuanto en muchos casos de responsabilidad médica, el motivo que ha generado el acto médico es precisamente la atención de esa incapacidad previa.

El problema se presenta cuando existiendo esa incapacidad previa, ella no es tenida en cuenta por el tribunal al momento de cuantificar el perjuicio.

Esta cuestión ha sido tenida expresamente en cuenta en un fallo en el cual se señaló que: "De la incapacidad física total debe deducirse la que ya sufría el actor al tiempo de ingresar en la clínica demandada para someterse a tratamiento quirúrgico..."⁶⁴.

La cuestión fue analizada y bien resuelta por el doctor Jorge Alterini en el fallo citado.

En el caso se trataba de una infección intrahospitalaria sufrida por un paciente que fue sometido a una intervención quirúrgica. Pero en el expediente existían dictámenes periciales acerca de la ineptitud física de la que adolecía la víctima luego de sufrir la infección, la que se ubicaba entre un 75 y 80%. El Tribunal consideró que "de la incapacidad física total debe deducirse la que ya sufría el actor al tiempo de ingresar en la clínica demandada para someterse a tratamiento quirúrgico. Dice la experta neuróloga que presentaba un canal estrecho cervical, con

⁶³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Daños causados por los dependientes, Ed. Hammurabi, Bs. As., p. 36.

⁶⁴ CNCiv., Sala C, 9/5/00, "Parisi, Roberto c/ Girado, Juan", JA, semanario del 4 de abril de 2001.

un cuadro de espondiloartrosis, al que se agrega una discopatía C4 C5 y C6. Si no se hubiera operado el cuadro se agravaría progresivamente, llevándolo a la cuadriplejía. Presentaba en el momento de la operación una incapacidad parcial y permanente entre el 50 y 55%.... Si el actor portaba una incapacidad del 50 al 55% antes de asistirse en la clínica demandada, si se supone que una intervención exitosa sin complicaciones infecciosas hubiera reducido la ineptitud a la mitad, puede inferirse que el grado de incapacidad concatenado con la responsabilidad de la demandada llega a un 50%"⁶⁵.

Estimamos que este criterio de la sala C de la CNCiv. debe ser tenido muy en cuenta en los casos de responsabilidad médica, a efectos de evitar situaciones injustas en las que se manda indemnizar un daño preexistente.

VI. Observaciones.

En nuestro país y nuestro tiempo, la responsabilidad civil médica no es un tema más, ni es una temática sobre la cual pueda normalmente hacerse ciencia pura, porque el prejuicio y los preconceptos han calado hondo en muchas mentes.

La imagen del paciente indefenso, desnudo, solo con sus miedos, dolor y su enfermedad en la mesa de operaciones, que se contrapone a otra fuerte imagen de sesgo contrario, la del médico cirujano o especialista, rodeado de su equipo, haciendo bromas, munido de costosos instrumentos, dotado de la posibilidad de solicitar estudios específicos y sofisticados, ha hecho que muchos extralimiten el radio de acción o el alcance de la responsabilidad civil del médico, al juzgar a éste con una inusual dureza, tal vez, en muchos casos excesiva, por más que la decadencia de nuestras facultades nos coloque en ocasiones ante torpezas crasas, antes inimaginables en un galeno.

La sobrevaloración de la situación y posibilidades del médico, la extensión de sus obligaciones y la acentuación de la diligencia que le es exigible, han llevado en muchos casos a conceder indemnizaciones que no se justifican racionalmente, como la asignación del valor vida completo como indemnización a los familiares del paciente, pretendiendo enmascarar este resarcimiento como pérdida de chance de curación. O la falta de consideración del estado deteriorado de salud del paciente al momento de entrar al nosocomio, en el momento de fijar la reparación.

En ocasiones, en nuestra jurisprudencia, la pérdida de chance de curación es la única pérdida de chance que no se valora como tal, sino que puede llegar a involucrar una indemnización integral, lo que constituye un desconcepto jurídico y un grave yerro jurisprudencial⁶⁶.

Por el contrario, nos parece rescatable el criterio de algunos fallos como el caso "Ael", donde se plasmó una decisión justa y prudente.

Es de esperar que nuestros tribunales adopten esa tendencia a futuro y no persistan en soluciones demagógicas o sentimentales, que operan a modo de parches de problemas serios y genéricos y no sencillos y particulares, como parecen creer muchos que preconizan una responsabilidad civil maravillosa, sin imposibilidades, carencias ni limitaciones, una responsabilidad de ensueño o propia de un país de fantasía, de un país que no es el nuestro.

⁶⁵ CNCiv., sala C, 5/9/2000, "Parisi, Roberto c. G., J.", JA, semanario del 4 de abril de 2001.

⁶⁶ TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T. IV, p. 788.

