

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Negligencia En El Post Operatorio Responsabilidad Del Medico

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Negligencia en el post operatorio. Responsabilidad del médico Se mantiene la sentencia que hizo lugar a la demanda de mala praxis, pues surge probada la negligencia del demandado incurrida en el post-operatorio, consistente principalmente en firmar un alta sin haber revisado al menor ni tampoco haber efectuado un seguimiento los días posteriores, máxime cuando lo revisó a cuatro días de la operación y seguía con un cuadro febril. En la ciudad de Mendoza, a los siete días del mes de Setiembre del año dos mil quince se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excm. Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los Sres. Jueces titulares de la misma Dres. Silvina Del Carmen Furlotti, Gladys Delia Marsala y María Teresa Carabajal Molina y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 181.346/50.459 carat. ?Fernández Leandro Hernán y ots. c/ Clínica Santa Rosa y ots. p/ Daños y Perjuicios? originarios del Décimo Séptimo Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minas, de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 826 por la actora, a fs. 825 por Prudencia Cía. Argentina de Seguros, a fs. 828 por Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. y a fs. 829 por Asistir S.A. contra la sentencia de fecha 25/09/13, obrante a fs. 789/804, la que decidió admitir parcialmente la demanda interpuesta, impuso costas y reguló los honorarios a los profesionales intervinientes. Habiendo quedado en estado los autos a fs. 923 se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dres. Carabajal Molina, Furlotti y Marsala. De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada? En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde? SEGUNDA: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION, LA DRA. CARABAJAL MOLINA DI-JO: I. Se alzan a fs. 826 la actora, a fs. 825 Prudencia Cía. Argentina de Seguros, a fs. 828 Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. y a fs. 829 Asistir S.A. contra la sentencia de fecha 25/09/13, obrante a fs. 789/804, y propician su revocación. La decisión impugnada admitió parcialmente la demanda interpuesta, impuso costas y reguló honorarios a los profesionales intervinientes. II. PLATAFORMA FÁCTICA. Los hechos relevantes para la resolución de los recursos en trato son los siguientes: 1) A fs. 16/25 comparecieron los Sres. Leandro Hernán Fernández, Jéscica Marina Vázquez por el menor M. H. F., mediante apoderado y reclamaron los daños y perjuicios causados por la Obra Social Asistir Servicios Médicos (Asistir S.A.), el Dr. Jorge R. Buccio y la Clínica Santa Rosa en los términos del artículo 1107, 1109 y 1113 del C. Civil, por la suma de pesos ?, o lo que en mas o menos surgiera de la prueba rendida en la causa, con más intereses legales, desvalorización monetaria, costos y costas. Sustentaron su pretensión en las siguientes circunstancias: - Que el Dr. Leandro Diyacovo, especialista en pediatría le diagnosticó al menor M. H. F. V. a pocos días de la fecha de su nacimiento (10/09/04), una hernia inguinal, derivando a los padres del menor a un cirujano de su equipo, Dr. Cuevas y ordenó estudios pre-quirúrgicos. - Que la obra social Asistir S.A. no autorizó la cirugía con el mencionado profesional, sino que designó al cirujano Dr. Buccio, quien confirmó el diagnóstico de hernia inguinal y el tratamiento quirúrgico en la Clínica Santa Rosa. - Que se fijó fecha de cirugía para el día 5/11/04 a las 13:30 hs., la que fue realizada en el referido nosocomio - Que al finalizar la intervención quirúrgica el Dr. Buccio les expresó a los padres que debió fijar el testículo izquierdo con un punto, y que dejaría el alta firmada para el día siguiente. Asimismo el médico les indicó que le administraran a su hijo paracetamol y le limpiaran la herida con Pervinox. Por su parte, les expuso que iba a hacer un control en los días siguientes, debiendo solicitarle turno por celular. - Que durante ese día, el menor estaba molesto, tenía 38 grados de fiebre y el médico pediatra de guardia no se hizo presente ante el llamado de una enfermera. - Que al día siguiente de la intervención (6/11/04), la temperatura del bebé era de 37,5 grados pero le dieron el alta, y regresaron a su hogar. Por otro parte, durante la noche, el menor estuvo molesto, con llanto. - Que el día 7/11/04, llamaron al servicio de emergencia de Asistir S.A. En dicha oportunidad, el niño fue atendido por el Dr. Coronado, quien le diagnosticó fiebre y lo medicó con paracetamol. - Que durante ese fin de semana intentaron comunicarse con el Dr. Buccio pero no lo lograron. Finalmente, se comunicaron el día lunes 8/11/04 y les dio una cita para el día martes 9/11/04. En dicha consulta, el galeno examinó al pequeño y les dijo que el punto en el testículo izquierdo se iba a caer solo y que el estado febril era un catarro. - Que en razón de que el estado de bebé no mejoraba, concurrieron en consulta al Dr. Diyacovo, quien lo examinó, tomó la temperatura y ordenó una ecografía y análisis de sangre en forma urgente. En efecto, una vez obtenidos los resultados, el Dr. Diyacovo dispuso la internación en terapia intensiva de neonatología del Hospital Militar, ya que el testículo del menor- donde se le habría practicado un punto de sutura en la operación de la hernia inguinal- estaba infectado. - Que una vez obtenido el alta- luego del tratamiento e internación- le practicaron una ecografía, mediante la cual, el Dr. Diyacovo, le comunicó a los padres que el

testículo izquierdo estaba atrófico. Por otro lado, el Dr. Cuevas informó que dicho testículo iba a desaparecer, y que debía practicarse una nueva operación. - Que otros médicos ratificaron el diagnóstico de que el testículo izquierdo iba a desaparecer y que debía practicarse otra cirugía pero en el testículo derecho, por las consecuencias futuras al tener un solo testículo. - Que luego de realizados diferentes controles, el Dr. Luis Pascual -cirujano urólogo- constató que efectivamente el testículo izquierdo había desaparecido y que debía operarse el testículo derecho para fijarlo al escroto, y evitar golpes ya que ello le traería consecuencias al tener un solo testículo. - Que con fecha 27/01/07 el lactante fue internado en el Hospital Militar y egresó el 30/01/07, realizándose una orquiotomía transescrotal (fijación del testículo derecho a escroto). También se le informó que debían esperar hasta la pubertad para ver si había perdido o no la función reproductora. - Que la historia clínica no mostraba bien lo ocurrido realmente en la Clínica Santa Rosa y además existía omisión de datos y elementos sospechosos de haber sido reelaborada. En efecto, hicieron consideraciones respecto de los requisitos que debía cumplir una historia clínica, los que habían sido incumplidos en autos.

Entendieron que existía responsabilidad de los demandados sobre la base de las siguientes circunstancias: a) De Asistir Servicios Médicos (Asistir S.A.): - Por ser la entidad de salud a la cual estaba afiliados los padres del bebé, siendo ésta quien asignó la Clínica donde debía efectuarse la operación y los médicos tratantes. En efecto, la obra social les privó del derecho de elegir libremente al médico y les impuso al Dr. Buccio; contrariamente al que ellos pretendían, el Dr. Cuevas. - Por la deficiente atención del Dr. Coronado que era del servicio médico de asistencia de la empresa. El galeno le diagnosticó fiebre por posible catarro y lo medicó con paracetamol. Sin embargo, no revisó los genitales del bebé, ni dispuso traslado a una clínica o internación ni tampoco la realización de estudios médicos. b) De los prestadores de Asistir S.A.: Clínica Santa Rosa y al Dr. Jorge R. Buccio: - La del nosocomio por haber sido el lugar donde se le practicó la intervención quirúrgica y por la actuación de sus dependientes principalmente, la del médico que intervino quirúrgicamente al actor. Asimismo por no haber llevado una historia clínica completa, careciendo información sobre el estado del paciente. - La del médico Buccio porque fue quien operó al bebé, no lo asistió correctamente en su estado preoperatorio y post-operatorio. En efecto, dejó firmada el alta médica para el día siguiente. Además, al momento del alta, no se encontraba presente, ni verificó el estado del bebé al momento del otorgar el alta. Justipreciaron la indemnización conforme al siguiente detalle: a) Incapacidad sobreviniente: en \$?; b) Daño moral y psíquico en \$? y c) Tratamiento psicológico por la suma de \$?. Solicitaron la no aplicación de la ley 7.198 y, en subsidio, plantearon la inconstitucionalidad de la norma. Ofrecieron pruebas. Fundaron en derecho. 2) A fs. 34 se hizo parte la Asociación Mutual Clínica Santa Rosa, mediante apoderado, citó en garantía a Triunfo Seguros y solicitó suspensión de procedimientos. 3) A fs. 40 compareció el demandado Jorge Buccio y citó en garantía a Triunfo Seguros SA. 4) A fs. 46/47 se presentó Asistir S.A. mediante apoderado, citó en garantía a Prudencia Cía. Argentina de Seguros S.A. y pidió suspensión de procedimientos. 5) A fs. 110/119 se hizo parte Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. mediante apoderado y aceptó la citación en garantía formulada por Asistir S.A. dentro de los límites y condiciones del seguro contratado. Asumió la siguiente postura procesal: a) En cuanto a la póliza: - Indicó que el límite asegurado era de \$... con una franquicia a cargo del asegurado de \$? y una franquicia deducible adicional de \$?, para el caso de que los co-demandados o cualquier otro prestador de Asistir, no hubieran contratado póliza de seguros ante compañía o no otorgara ésta cobertura. Por tanto, a la franquicia deducible, debía sumarse la franquicia adicional, ambas a cargo de Asistir S.A. - Agregó que además existía un límite a la responsabilidad por eventuales costas del proceso. b) En cuanto a la responsabilidad atribuida: - Efectuó una negativa general y particular de los hechos invocados y la autenticidad de la documentación acompañada, en especial el informe del médico de parte Dr. Paolasso. - Precisó que las prestaciones médicas recibidas por el menor tanto de parte de la Clínica Santa Rosa, como de los Dres. Buccio y Coronado, resultaban técnicamente inobjetables. - Afirmó que luego de recibir prestaciones médicas, los padres del menor abandonaron a los prestadores de Asistir S. A. Efectuaron la atención del post-operatorio con el médico pediatra de su confianza. Tales profesionales e instituciones no eran prestadores de Asistir y eran terceros por quienes no debían responder. En efecto, ellos fueron quienes no brindaron tratamiento médico técnicamente correcto. - Entendió que la infección padecida por el menor, cuando se encontraba bajo los cuidados de otros prestadores- había sido superada sin ningún daño, por lo que no existía relación causal con el daño, ya que éste no fue ocasionado por el obrar culposos de prestadores de Asistir S.A. c) En cuanto a los rubros reclamados: ? Negó los rubros reclamados. ? Consideró que el menor no padecía la incapacidad invocada en la demanda, negó que existiera daño futuro o secuela por la pérdida del testículo izquierdo. Por lo que los reclamos eran hipotéticos y eventuales, y, por ende, no indemnizables. ? Impugnó los montos reclamados por excesivos y alegó que existía superposición de rubros. Sostuvo la constitucionalidad de la ley 7198. Ofreció pruebas y fundó en derecho 6) A fs. 122/143, se presentó Asistir S.A., mediante apoderado y contestó la demanda incoada en su contra. a) Adoptó la siguiente postura procesal: - Efectuó una negativa genérica y específica de los hechos. - Expuso que de las constancias de la historia clínica surgía que se le había diagnosticado al hijo de los actores, una hernia inguinal, programándose una cirugía para el día 05/11/04 a las 13:30 hs., la que fue llevada a cabo por el Dr. Jorge Buccio,

cirujano infantil. - Destacó que la técnica consistía en fijar con un punto el testículo al escroto para impedir su movilidad, no indicándosele antibioticoterapia para este tipo de intervenciones. - Resaltó que luego de la operación se le efectuaron los controles correctos y se le suministró paracetamol para tratar el dolor posquirúrgico, por lo que esta medicación no fue para bajar la fiebre, ya que el niño tuvo febrícula. - Dijo que- ante la mejoría- fue dado de alta el 6/11/04 y sus padres fueron citados para control en consultorios externos para el día 11/11/04, indicándosele que debía ser higienizado en la zona con Pervinox. - Afirmó que el día 7/11/04 concurrió a la casa de los actores el Dr. Coronado (de Asistir S.A.) quien revisó al menor, advirtiendo edema y leve hematoma escrotal, efectuó curación y lo citó a control, no advirtiendo signo o síntoma de infección local. - Sostuvo que el día 9/11/04, el Dr. Buccio revisó al menor en consultorio externo y lo encontró bien. Luego de ello, perdió contacto con los padres del menor, quienes hicieron abandono del tratamiento con este profesional, para continuar con el Dr. Di Yacovo. - Refirió que la asistencia prestada luego de la operación por los Dres. Coronado y Buccio fue correcta, ya que el menor no tenía síntomas o signos de infección en su testículo izquierdo. Tampoco se advertían síntomas de infección en el testículo izquierdo del paciente de la ecografía realizada el día 11/11/04.

b) Inexistencia de responsabilidad: Sustentó la inexistencia de responsabilidad en las siguientes cuestiones: - Que no existía responsabilidad por parte de los galenos ya que el menor fue correcta-mente tratado por los Dres. Coronado y Buccio, quienes actuaron con la diligencia y prudencia que el caso requería. - Que no existía relación de causalidad entre el daño pretendido por la actora y la conducta del profesional desarrollada en la atención del menor Fernández, ya que existió abandono de la relación médico-paciente efectuada por los padres del menor y por ende al tratamiento médico instaurado, que no fue respetado por los padres. - Que los padres concurrieron al consultorio médico del Dr. Buccio, el día 9/11/04, pero este galeno perdió contacto con los actores, quienes lo llevaron al Hospital Militar a consulta con el Dr. Di Yacovo. - Que existía un segmento causal aportado por el propio paciente, al que debía sumarse el álea propia de todo acto quirúrgico, la respuesta biológica del organismo y la conducta de terceros como el Dr. Yacovo, por los que no se debía responder. Por ello debía acotarse y limitarse la eventual responsabilidad. - Que el informe del médico de parte era infundado, ya que había efectuado consideraciones abstractas. - Que la historia clínica fue llevada correctamente en orden cronológico, dando cuenta de los actos médicos, tal cual sucedieron en la atención de la paciente. - Que no existía responsabilidad civil de la empresa Asistir S.A., ya que no podía imputársele responsabilidad a título de incumplimiento del deber de seguridad, porque había cumplido todas las obligaciones asumidas y asimismo se les brindaron consultas especializadas a través de un importante plantel médico sanatorial. - Que los actores eligieron a Asistir S.A. y al médico tratante dentro de los prestadores que se encontraban a su disposición y la clínica o sanatorio donde podía realizar el tratamiento. - En subsidio, impugnó la procedencia de los rubros y montos reclamados. Particularmente en cuanto al rubro incapacidad, sostuvo que se trataba de una estimación, no existiendo certeza del daño. Solicitó aplicación de la ley 24432 y la imposición de costas por lo que se rechazara. Contestó el planteo de la inconstitucionalidad de la ley 7198 y solicitó su rechazo por las razones que invocaba. Ofreció pruebas. Fundó en derecho. 7) A fs. 172/183 compareció Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. mediante apoderado y contestó la demanda. Asumió la siguiente estrategia procesal: - Aceptó la citación en garantía efectuada por Clínica Santa Rosa y por el Dr. Jorge Buccio efectuando precisiones en cuanto a las pólizas implicadas: - La de Clínica Santa Rosa: indicó que el contrato de seguro de responsabilidad civil tenía un límite de cobertura de \$? con una franquicia a cargo del asegurado del 5 %. - La del Sr. Jorge Ramón Buccio: el límite era de \$? con una franquicia a cargo del asegurado por cada acontecimiento del 10% de la indemnización, costas, honorarios e intereses, con un mínimo de un 1% de la suma asegurada. - Contestó demanda, efectuó una negativa de los hechos que invocaba la parte actora. - En relación a lo discutido, expresamente señaló: - Que el menor sufría de una patología determinante de una incapacidad pre-existente de origen congénito, que no se tuvo en cuenta cuando se estimó su incapacidad reclamada en base al informe del médico de parte Dr. Antonio Paolasso. En efecto, el bebé tenía una patología preexistente de hernia inguinal, diagnosticada por su médico pediatra, Dr. Leandro Di Yacovo, derivándolo al Dr. Cuevas y, dado que el grupo familiar tenía cobertura de salud a través de Asistir SA, ésta derivó al niño al Dr. Jorge Buccio especialista en cirugía pediátrica, con 20 años de experiencia, quien confirmó el diagnóstico de hernia-inguinal izquierda y propuso tratamiento quirúrgico correspondiente. - Que el día 5/11/ 04, se internó al niño Fernández en la Clínica Santa Rosa, donde se le practicó la hernioplastia de un gran saco herniario izquierdo, y fue dado de alta el día 6/11/ 04 con indicaciones precisas de volver para control y con las indicaciones médicas correspondientes. - Que el día 09/11/04 el Dr. Jorge Bucio, controló al paciente por consultorio externo, y detectó un proceso levemente inflamatorio, correspondiente a la zona escrotal de la incisión en piel para hacer la fijación testicular. Que de haber persistido este proceso inflamatorio en un segundo control, se hubiera soltado el punto de fijación escrotal, que fijaba el testículo al escroto, donde había un pequeño proceso inflamatorio de la piel, como luego se corroboró con la ecografía del día 11/11/04. - Que el día 11/11/04, el niño fue internado durante 7 días, con tratamiento médico de antibióticos, pero sin resolver quirúrgicamente la infección escrotal que englobaba al testículo izquierdo del menor y que lo llevó a la atrofia. En efecto, la

ecografía realizada dos días después de haber sido atendido el menor por el Dr. Buccio, confirmó lo que había constatado éste profesional. Además demostró que el testículo del menor todavía estaba normal, como lo vio el demandado e incluso tenía mayor tamaño que el derecho. - Que la hernia inguinal generaba en muchas oportunidades complicaciones que normalmente las resolvía el propio médico cirujano, ante una segunda intervención mínima que no se hizo. Ello por cuanto los padres rompieron la relación contractual con el demandado, al decidir cambiar de profesional y consultar con el Dr. Di Yacovo. En suma, el Dr. Jorge Buccio, no pudo volver a controlar el post-operatorio del paciente por el abandono del tratamiento y el control post-quirúrgico. - Observó el informe médico de parte realizado por el Dr. Paolasso. - Afirmó que el Dr. Buccio actuó correctamente, y no se respetó el tratamiento y control operatorio propuesto por el demandado, no existiendo responsabilidad ni del médico, ni de la clínica. - Rechazó los rubros pretendidos - Peticionó el rechazo de la petición de inconstitucionalidad de la ley 7198. - Ofreció pruebas y fundó en derecho. 8) A fs. 185, el codemandado Jorge Buccio, contestó la demanda incoada en su contra y adhirió a la contestación efectuada por la citada en garantía Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. 9) Luego de sustanciada la causa, la juez a quo dictó sentencia con fecha 25/09/13, la que dispuso admitir parcialmente la demanda, impuso costas y reguló honorarios a los profesionales intervinientes (fs. 789/804). Argumentó de la siguiente manera: - Que estaba controvertido que el menor hubiera tenido fiebre o se hubiera sentido molesto durante el post-operatorio y con posterioridad, al momento de efectuar los controles médicos, tanto por el Dr. Coronado el día 7/11/04, como por el Dr. Buccio, 9/11/04 y que, en dichas oportunidades el menor hubiera tenido signos de presentar infección escrotal. Asimismo la causa y el tratamiento del proceso infeccioso. - Responsabilidad atribuida: - Que se había probado que la co-demandada Asistir S.A., derivó la atención médica al Dr. Jorge Buccio y a la Clínica Santa Rosa, por lo que, debía responder por su incumplimiento, debiendo tenerse en cuenta que el tercero a quien contrató fue elegido por ella. - Que el perito Hugo Alfonso Barbero expuso que el protocolo quirúrgico realizado por el Dr. Jorge Buccio, resultaba adecuado a la cirugía realizada y describió la técnica utilizada. - Que el perito médico Jorge Alberto Ganun concordaba con el informe del médico de parte, y destacó falencias en la redacción de la historia clínica. En efecto, de la compulsa de ésta, se podía corroborar que no fueron especificados en forma pormenorizada los datos de la actuación médica durante el período comprendido entre el 5/11/04 y 6/11/04, en especial al momento de conceder el alta médica. - Que la falta de la historia clínica autorizaba a invertir la carga de la prueba y a que el juez utilizara presunciones hominis, e inclusive hasta que tuviera por probada la responsabilidad profesional por falta de otra prueba suficiente para enervar la presunción generada por la ausencia de dicha documentación esencial. - Que el perito Barbero informó que surgía de la documentación que el menor fue controlado por el Dr. Buccio quien consideró que existía una buena evolución post-operatoria. Sin embargo, ello aparecía en contradicción con los restantes elementos de prueba, en especial historia clínica de la que surgía que el menor- al momento del examen el día 9/11/04 -presentaba un edema y leve hematoma escrotal y los citó a control nuevamente. - Que la pericia aparecía poco confiable en función de los restantes elementos de prueba que contradecían sus conclusiones. Además llamaba la atención que el perito Barbero no hubiera hecho mención a un hecho probado y reconocido, consistente en que el médico demandado dejó el alta firmada el día anterior. - Que durante el período comprendido desde la intervención quirúrgica practicada al menor el día 5/11/04 hasta el alta sanatorial otorgada el día siguiente 6/11/04, se evidenciaba una conducta médica reprochada por parte del demandado Dr. Jorge Buccio, cirujano pediatra. En efecto, firmó el alta el día anterior, y no examinó al menor el día siguiente de la operación y, por ende, al momento de otorgar el alta médica. - Que en la historia clínica no se consignó que lo hubiera revisado ni que hubiera controlado correctamente la zona operada. Por su parte, en la hoja de enfermería del día del alta médica 6/11 se dejó constancia que presentaba 37,5 de temperatura- a pesar de encontrarse medicado con paracetamol. - Que había quedado probado que- después de la operación- el menor no se sentía bien, tenía malestar, temperatura. Además en la epicrisis de la atención médica domiciliaria brindada por el Dr. Coronado el día 7/11/04, se consignó malestar inespecífico, de origen desconocido, que presentaba fiebre de 24 hs. de evolución e irritabilidad. Además se indicó control en 24 hs. con pediatra y se ordenó que se administrara paracetamol para tratar la fiebre. - Que al segundo día de la operación, se constató que el bebé presentaba síntomas de no estar bien, con malestar y con fiebre de 24 hs. de evolución. El médico no aconsejó ningún estudio, tampoco se dejó constancia que hubiera examinado o controlado la zona operada. Se indicó paracetamol, es decir la misma medicación que ya había sido prescrita en el post operatorio; sin embargo, el bebé continuaba con fiebre. - Que el día 9/11/04, el menor fue atendido por el Dr. Jorge Buccio y se indicó en la historia clínica ?detalle: control post operatorio, HIII. Edema y leve hematoma escrotal, curación, cito a control?. - Que no se había probado que el día 9/11/04 el menor evidenciara signos de infección, como tampoco aparecía en la ecografía del día 11/11/04. Sin embargo, no se solicitaron estudios médicos (análisis clínicos) para descartar ésta, máxime si el resultado del control aparentemente no era del todo normal. - Que se trataba de un paciente de tan sólo dos meses de vida, recientemente operado, que requería de permanentes cuidados y controles y sólo se expresaba por los síntomas. Por ello, debieron realizarse estudios para descartar cualquier complicación post operatoria. - Que había probado que no se le suministraron antibióticos, aunque ello era

una alternativa médica frente a un lactante. - Que el día 11/11/04 y con una ecografía en la que no aparecían signos de infección, el tratamiento que el menor recibió en el Hospital Militar fue otro. En efecto, se internó al menor en dicho nosocomio y se le realizaron análisis clínicos el mismo día 11/11, consignándose en fecha 13/11 la infección en base a dichos análisis y allí recibió antibióticos. Es decir que la ecografía no evidenció lo que surgió en los resultados de los análisis clínicos. Siendo ello así, en fecha 11/11/04 cuando se extrajeron muestras de sangre, ya contaba con signos de infección y recibió tratamiento, pese a lo cual no se logró evitar la atrofia testicular. - Que no estaba probado en la causa que la atrofia testicular hubiera sido como consecuencia de una deficiente atención médica de la infección o que la técnica aplicada para su tratamiento haya sido la incorrecta por parte de los médicos del Hospital Militar y de aquellos que atendieron al menor a partir del 11/11/004. - Que si bien la parte contraria alegó que el menor no recibió tratamiento adecuado de la infección y por eso el daño fue causado por el obrar culposos de terceros. Sin embargo, no podía tenerse por acreditado esta aseveración. - Que sí se probó que el niño sufrió una atrofia testicular derivada de una infección post operatoria y que ésta fue tratada en el Hospital Militar, donde fue internado el día 11/11/04 por síndrome febril orquitis post-quirúrgica, anemia e intolerancia a la lactosa. Además recibió tratamiento con antibióticos y se le dio el alta el día 18/11/04. - Que se había probado que el bebé ingresó sin infección alguna a la Clínica Santa Rosa y que luego de la operación sufrió un proceso infeccioso, que lo llevó a la atrofia de su testículo izquierdo. - Que si bien no surgía probada la causa de la infección en cuanto a si la misma pudo tener su origen en un germen intrahospitalario o post hospitalario, o el germen que la causó, lo cierto es que estaba probado el bebé, el mismo día del alta no fue revisado y controlado por el médico que lo operó, quien dejó firmada el alta médica el día anterior y se dio el alta con temperatura, a pesar de estar medicamentado con paracetamol. - Que se había acreditado que los días subsiguientes el menor evidenciaba malestar y febrícula, por lo que lo lógico hubiera implicado la realización de algún estudio para descartar un cuadro infeccioso, ya que el médico que lo operó sabía o no podía desconocer que no había suministrado el consumo de antibióticos. - Que cuando el menor ingresó al Hospital Militar el 11/11/04, se le hicieron los estudios correspondientes y se constató la infección con análisis de sangre; es decir que ya tenía la infección en su cuerpo cuando ingresó al hospital y pese a haber sido tratada con antibióticos, el daño testicular resultó irreversible. - Que no podía considerarse la existencia de abandono del tratamiento médico por parte de los progenitores del menor, ya que la decisión de cambiar de profesional médico, no se debió a un acto irresponsable, impulsivo, descuidado, sino en todo caso porque el menor -a pesar de haber sido examinado en dos oportunidades los días 7 y 9/11/04 por médicos de la Obra Social demandada- persistía con síntomas de no estar bien. Por ello, se decidió cambiar de profesional y efectuar otras consultas. Además, no se indicó ningún tratamiento que debían seguir los padres del menor, a pesar de haber constatado el Dr. Jorge Buccio, síntomas de edema e inflamación en la zona el día 9/11/04. - Que cabía imputar responsabilidad al Dr. Jorge R. Buccio, por no haber realizado un control post operatorio correcto no sólo al momento de otorgar el alta médica sino en el control externo realizado a cuatro días de la operación, todo lo cual hubiera detectado a tiempo el proceso infeccioso que desencadenó en el daño testicular. - Que correspondía extender la condena, de modo concurrente, en contra de los demandados Obra Social Asistir S.A. y Clínica Santa Rosa y de las aseguradoras citadas que, debían responder con ajuste a las condiciones contractuales hechas valer por su parte al contestar demanda. b) Cuantificación de los perjuicios: b.1) Incapacidad: - Se reclamó la incapacidad en un 25% y derivada de la pérdida del testículo izquierdo, por la suma de pesos ? (\$...). - Que la actora expuso que, por su escasa edad, no era posible determinar si el único testículo restante iba a ser suficiente para la secreción de hormonas testiculares muy importante para el desarrollo de la pubertad y la adolescencia o si había daño tanto por la secreción de hormonas como para la producción de espermatozoides en el testículo restante, lo que cual de existir iba a agravar la incapacidad. - Que de la prueba rendida surgía que el perito médico Ganun indicó que el menor padecía pérdida unilateral de testículo izquierdo, que le generaba una incapacidad del 15%. También afirmó el experto que no era posible determinar si un testículo iba a ser suficiente para el desarrollo normal del niño (pubertad, reproducción). - Que la pérdida de un testículo para el perito generaba una incapacidad del 15%, aún cuando no fuera posible determinar si un sólo testículo iba a ser suficiente en el desarrollo normal del niño en la pubertad o reproducción, en cuyo caso la incapacidad iba a ser mayor. - Que la pericia fue impugnada, por entender que la incapacidad determinada por el perito era infundada dado que con un solo testículo era suficiente para el desarrollo de la pubertad y para mantener la capacidad reproductora. - Que en el caso de autos, el actor sufrió la pérdida de un órgano genital, y aún cuando no se hubiera probado que ello generaba imposibilidad de procrear en un futuro o dificultades en el desarrollo físico, lo cierto es que no se podía negar que existía una limitación en sus potencialidades, que debía indemnizarse. - Que no se indemnizaba la pérdida de la capacidad productiva, lo que no estaba probado. Por su parte, las consecuencias nocivas en el desarrollo físico del menor -sobre todo en la pubertad- que no se sabía si iban a existir o no. Por ello, lo que se indemnizaba era la limitación de sus potencialidades futuras. En efecto, el menor ya no contaba con un ciento por ciento de su capacidad reproductiva. - Que el daño físico sufrido por el menor, generaba incapacidad -que se traducía en limitaciones- ya que debía evitar deportes riesgosos y trabajos violentos que pudieran

lesionar su único testículo sano; ello así, aún cuando no generaba una pérdida actual y concreta de su futura capacidad productiva.

- Que teniendo en cuenta la edad de la actora al momento del hecho (dos meses de vida), sexo, condición socioeconómica, secuelas informadas por peritaje, y demás circunstancias personales acreditadas, estimo justo otorgar a la actora por el rubro la suma de pesos \$ (..), fijada a la fecha de la sentencia. (art. 90 inc. VII del CPC).

b.2) Daño moral: - Que la pérdida del testículo izquierdo, afectaba indefectiblemente la vida psíquica, física y social del menor. - Que se reclamaba daño psicológico dentro de esta partida, considerando el daño anatómico funcional y el psíquico de un 25%, estimando el daño en \$?. - Que se estimó justo otorgar por este rubro la suma de \$?, estimado al día de la fecha de la sentencia.

b.3) Tratamiento psicológico: - Se reclamó la suma de \$? en concepto de gastos para afrontar apoyo psiquiátrico del menor. - Que aunque no estaba determinada la duración del tratamiento, se tomaba como pauta temporal el término de un año y se estimó justo otorgar por este rubro la suma de pesos \$ (?), para afrontar los gastos del tratamiento psicológico del menor, que se estimaron al día de la fecha de la sentencia.

III. LOS AGRAVIOS DE LA PARTE APELANTE Y SU CONTESTACIÓN:

A) Recurso de apelación interpuesto por la actora.

1) Se alza la actora a fs. 826 y expresa agravios conforme surge del memorial obrante a fs. 848/850 el que se circunscribe a la cuantificación de los rubros:

a) Incapacidad sobreviniente: ? Se queja porque el decisorio soslayó que debido a la escasa edad del paciente no era posible determinar si el único testículo restante iba a ser suficiente para la secreción de hormonas testiculares. ? Que evidentemente existía una limitación de sus potencialidades que debe indemnizarse y el fallo en forma acertada analizó pero al momento de la cuantificación, no tomó en cuenta que la suma se fijó al momento de la sentencia donde el punto de incapacidad había aumentado de \$? a \$?. ? Por ello considera que lo justipreciado resulta insuficiente y propicia que se eleve a \$? a la fecha de la sentencia.

b) Daño Moral: ? Se agravia por la indemnización concedida ya que se entiende que es insuficiente si se tienen en cuenta los extremos probados y la certeza de un daño futuro no cuantificable en la actualidad. ? Se ha soslayado que el daño físico tiene sus repercusiones y limitaciones en su esfera personal, ya que deberá evitar efectuar deportes riesgosos y trabajos violentos que puedan lesionar su único testículo sano; ello así aun cuando no genere una pérdida actual y concreta de su futura capacidad productiva. ? Que no se ha efectuado una reparación integral del daño moral, no se ha considerado la incertidumbre de si alcanzada la edad podrá procrear. ? Por lo que propicia su elevación a la cuantía fijada en la demanda a la fecha del hecho con más intereses.

c) Tratamiento psicológico: ? Se queja por entender que el monto resulta insuficiente ya que toma como pauta el costo de las sesiones a la fecha del informe 14/04/09 y en la actualidad el costo es mayor. ? Además yerra el fallo cuando toma como pauta temporal un año de tratamiento, porque no se tiene en cuenta la edad del menor y que el perito sugirió que se realizara psicoterapia individual; por lo que debían hacerse sesiones individuales del padre, la madre y el menor. ? Se propicia su elevación a la cuantía indicada en la demanda, a la fecha del hecho con más sus intereses.

2) Corrido el traslado de ley, contesta el recurso a fs. 905/07 Prudencia Compañía de Seguros Generales S.A., a fs. 910/13 Asistir S.A. y a fs. 930/31 Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. quienes propician su rechazo por los argumentos que se tienen por reproducidos en mérito a la brevedad.

B) Recurso de apelación interpuesto por Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda.:

1) Se alza la citada en garantía Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. a fs. 828 y expresa agravios conforme surge del memorial obrante a fs. 854/865 el que puede ser sintetizado de la siguiente manera: ? Que la resolución es arbitraria porque se ha omitido analizar prueba fundamental. ? Que la sentenciante efectuó una extensa crítica a supuestas fallas en la historia clínica y lo hace como base para su posterior convicción respecto de la existencia de mala praxis. Que la juez a quo invierte el análisis antes de ingresar a la evaluación de las pericias y a la actuación profesional del Dr. Buccio. ? Que ha omitido considerar la evolución del estado de salud del menor, ignorando los argumentos acreditados en cuanto a la inexistencia de síntomas indicativos de infección hasta el día 9/11/04; fecha en que por última vez el Dr. Buccio examinó al menor. ? Que el fallo ha desconocido el carácter secundario de la historia clínica. En efecto, en la causa no había quedado acreditado ni el accionar negligente del demandado ni la relación de causalidad entre el daño esgrimido y el tratamiento aplicado. Por tanto, la insuficiente historia clínica quedaba virtualmente pulverizada teniendo en cuenta que los extremos no habían sido acreditados. La insuficiente registración de algunas etapas del tratamiento no aportan causalidad alguna para la resolución del conflicto. ? Que no se ha acreditado la mala praxis invocada ya que el menor nació con una malformación congénita en el cierre de la pared abdominal, originando esta patología pre-existente una hernia inguinal izquierda, la que fue diagnosticada por el pediatra Di Yacovo, derivando al paciente a la cirugía. ? Que Asistir derivó al paciente al Dr. Buccio quien confirmó el diagnóstico de hernia inguinal izquierda y propuso a los actores el tratamiento quirúrgico. Que el paciente fue dado de alta el día 6/11/04 y el día 9/11/04 el médico controló al paciente por consultorio. Esa fue la última vez que el Dr. Buccio atendió al niño y lo citó a control; pero nunca comparecieron. Por tanto, los responsables del menor fueron los que rompieron la relación contractual y privaron al niño del seguimiento post-operatorio. ? Que la inexistencia de mala praxis resultaba confirmada por el hecho de que el día 11/11/04 el niño fue internado durante siete días, con tratamiento médico de antibióticos pero sin resolver quirúrgicamente la infección escrotal que englobaba el testículo izquierdo del menor y que lo llevó a la atrofia. Además la ecografía realizada e informada por Asistir S.A.

ese día confirmó lo que había constatado el Dr. Buccio demostrando asimismo que el testículo del menor todavía estaba normal e incluso tenía un mayor tamaño que el derecho. También se confirma que no existía signo ni síntoma de infección. Por lo que si los familiares hubieran consultado nuevamente con un cirujano, el problema de la inflamación hubiera sido fácilmente solucionado mediante una pequeña incisión que fijaba el testículo del menor al escroto. Sin embargo, los actores rompieron el vínculo y abandonaron el tratamiento y control post-quirúrgico. ? Que el informe emitido por el Dr. Paolasso jamás debió ser tomado como base para una eventual condena ya que no es cirujano y menos cirujano pediatra. En efecto, hace una disquisición sobre el protocolo quirúrgico cuando la cirugía fue realizada de acuerdo al Nomenclador Nacional de Prestaciones Médicas. Asimismo confunde hematoma con control de Hemostasia, que es el control de sangrado y cierre por planos. Tales circunstancias demuestran su falta de capacidad y conocimiento. ? Que la pericia de Ganun carece de todo sustento científico, mientras que el perito cirujano pediatra Barbero es quien emite un dictamen adecuado. ? Que los testimonios de Dalla Torre y Coronado confirman la inexistencia de infección hasta después del día 11/11/04, porque el paciente no tenía fiebre sino febrícula y además los médicos afirmaron que no existía una situación patológica en la zona sino sólo inflamación. ? Que el Dr. Buccio de modo alguno se desentendió del bebé ya que la firma del alta médica en horas de la tarde del día anterior es una práctica común que facilita los trámites hospitalarios. Por su parte, desde la cirugía lo revisó el 6/11/04 y el 9/11/04; luego lo citó a control y no concurrieron. ? Que no se ha acreditado ni error de diagnóstico ni de tratamiento. Además en el caso no se ha configurado la relación de causalidad adecuada entre el resultado dañoso endilgado y la conducta desplegada por los galenos. ? Que en subsidio impugna los montos acordados porque son daños inciertos y con alto grado de improbabilidad. En efecto, no existe certeza. Asimismo expresamente solicita que los daños se fijen a la fecha de la sentencia con más intereses de la ley 4087 y que se aplique lo dispuesto por el art. 505 del C. Civil. 2) Corrido el traslado de ley, contesta la actora el recurso a fs. 871/73 y propicia su rechazo por los argumentos que se tienen por reproducidos en mérito a la brevedad. Asimismo contesta C) Recurso de apelación interpuesto por Asistir S.A.: 1) Se alza Asistir S.A. a fs. 829 y expresa agravios conforme surge del memorial obrante a fs. 876/889 el que puede ser sintetizado de la siguiente manera: ? Que el fallo ha efectuado una valoración errónea de la prueba rendida con respecto al tratamiento médico ya que exalta la prueba pericial presentada por la actora y desecha la prueba aportada por la demandada. Además omite valorar que el testimonio del Dr. Cuevas es de oídas y no directo. ? Que el juez a quo yerra en cuanto a la valoración de la pericia médica del Dr. Barbero y de la historia clínica. En efecto, las conclusiones a las que arriba ?sustentadas en la pericia de Ganun-parten de premisas médicas que no han sido interpretadas a la luz de la prueba colectada en autos. ? Que la pericia practicada a fs. 484/85 se basa principalmente en los dichos de la madre del menor omitiendo compulsar la historia clínica y la documentación médica del menor. ? Que el juez yerra al afirmar que no se le realizó antibióticoterapia ni antes o después de la operación; cuando ello era una alternativa médica posible. ? Que el dictamen realizado por Paolasso era un dictamen de parte y tanto éste como Ganun son médicos laboralistas y no especialistas en cirugía como lo es el Dr. Barbero. En efecto, en dicho dictamen se precisó la patología del menor, el protocolo quirúrgico seguido y que del resultado de la ecografía no surgía que el menor tuviera infección alguna. Además los padres no realizaron los controles posteriores al menor. ? Que la pericia médica de Barbero coincidía con el informe médico acompañado por el Departamento de Cirugía Infante del Notti se prueba la diligencia del Dr. Buccio y la inexistencia de negligencia en su accionar ? Que la pericia de Barbero es corroborada con la prueba de los Dres. Dalla Torre y el Dr. Percy Alejandro Coronado. ? Que el Dr. Coronado no advirtió signo o síntoma de infección local sino un leve catarro. ? Que si bien la sentenciante estimó que no había existido abandono por parte de los padres del tratamiento, ello no surgía de la prueba rendida. ? Que, en subsidio, impugnaba la procedencia y extensión de los rubros daño material, daño moral y gastos de tratamiento psicológico. 2) Corrido el traslado de ley, contesta la actora el recurso a fs. 899/902 y propicia su rechazo por los argumentos que se tienen por reproducidos en mérito a la brevedad. D) Recurso de apelación interpuesto por Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.: La citada en garantía interpuso recurso a fs. 825, se notificó que expresara agravios conforme surge de las constancias de fs. 829; pero efectuó la presentación en forma extemporánea; por lo que se dispuso el desglose conforme surge de las constancias de fs. 840/45. IV. SOLUCION DEL CASO: Previo al análisis de los agravios planteados, corresponde señalar - reiterando jurisprudencia de este Tribunal- que el ámbito de conocimiento de los Tribunales de Alzada, se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones propuestas a la decisión del Juez Inferior pues la segunda instancia no importa un nuevo juicio que posibilite al órgano "ad quem", la consideración de nuevas pretensiones u oposiciones ajenas a la propuestas al tratarse la litis contestatio. (L.S. 94- 213; L.S. 95-33 entre otros). Pero esta limitación también se extiende a lo que el apelante haya querido imponerle en el recurso a través de la expresión de agravios, lo que señala el marco de competencia de esta instancia. Transponiendo el valladar que significa tales limitaciones, resolviendo cuestiones que han quedado firmes, se causa agravio a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de la propiedad." (L.S. 82-119; L.S. 72-347; L.S. 96-365; L.S. 96-424; L.S. 96-430, L.A. 90-414 entre otros). Ello implica que en el sublite, sólo corresponde revisar lo que ha sido motivo de queja por los apelantes. Por un lado, la demandada,

Asistir S.A. y la citada en garantía, Triunfo Compañía de Seguros Generales se quejan en relación a la valoración de la prueba y la consecuente la atribución de responsabilidad principalmente en relación al Dr. Buccio. Por su parte, la aseguradora, la empresa demandada y la actora se quejan por la cuantificación de los rubros acordados. En definitiva, los agravios de los apelantes se circunscriben a ciertos aspectos de la responsabilidad y a algunas cuestiones en torno a la cuantificación de los daños fijados por el juez a quo. Por razones de orden metodológico, en primer lugar analizaré los agravios de la demandada Asistir S.A. y de la citada en garantía Triunfo Compañía de Seguros Generales relativos a la atribución de responsabilidad y a la valoración de la prueba. Para, luego adentrarnos a aquellos aspectos relativos a la cuantificación expuestos por todas las recurrentes. A) LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA: QUEJA EXPUESTA EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN INTER-PUESTOS POR TRIUNFO COOPERATIVA DE SEGUROS LTDA Y ASISTIR S.A. Conforme se han planteado las impugnaciones, en el caso traído a resolución corresponde determinar si resulta irrazonable la sentencia que condenó de daños y perjuicios por una mala praxis incurrida por un médico con posterioridad a una cirugía practicada a un niño. En la especie, no se encuentra discutida la existencia de las dolencias que padecía el menor, la cirugía practicada por el profesional sino que el quid de la cuestión debatida se centra en si el Dr. Buccio pudo haber evitado las complicaciones que sufrió el menor en el post-operatorio de haber actuado con la diligencia esperada. En efecto, lo controvertido por las partes radica en saber si ha existido o no una adecuada atención en el post-operatorio por parte del galeno y además si hubiera existido la probabilidad de curación del menor, es decir, si hubiera existido posibilidad de evitar que el menor no perdiera el testículo izquierdo. En función de los criterios expuestos, y conforme surge de la prueba rendida en la causa, entiendo que la sentencia impugnada no adolece de los vicios imputados en este aspecto. Ello así en virtud que los razonamientos del pronunciante no se muestran como apartados de las constancias objetivas de la causa, no contrarían las reglas de la lógica, ni se apoyan en consideraciones dogmáticas o carentes de razonabilidad. De la lectura de la pieza recursiva se advierte que las apelantes sólo manifiestan su discrepancia valorativa respecto a los fundamentos esenciales de la resolución recurrida, sin que ello pueda considerarse una crítica adecuada que amerite la nulidad de la sentencia en trato. En efecto, la queja de la citada en garantía y de la empresa demandada se centra en que ha existido una errónea valoración de la prueba especialmente de las pericias médicas rendidas, las que en definitiva demostraban que no había existido reprochabilidad en la conducta del Dr. Buccio en el post-operatorio y que, eventualmente, no existía relación de causalidad de su obrar con los daños causados. En definitiva, no existía la mentada responsabilidad. Sin embargo, las apelantes no se hacen cargo de los argumentos que la juez de grado consideró a fin de sustentar la admisión de la acción contra la parte demandada. En relación a los agravios en particular, cabe destacar: (i) La falta de consideración que el Dr. Buccio no había incurrido en culpa profesional: La queja de las apelantes se centra en que no ha existido mala praxis ya que el menor nació con una malformación congénita en el cierre de la pared abdominal, originando la patología preexistente. La aseguradora se agravia particularmente de las siguientes cuestiones: a) El profesional de modo alguno se desentendió del menor; b) Que la firma del alta médica en horas de la tarde del día anterior es una práctica común que facilita los trámites hospitalarios; c) Que desde el día de la cirugía lo revisó los días 6/11/04 y 9/11/04 y que luego citó a los padres y al niño a control y no concurrieron; d) Que no se ha acreditado ni el error de diagnóstico ni de tratamiento; e) Que la inexistencia de mala praxis fue confirmada con la internación del día 11/11/04 y que estuvo siete días con tratamiento médico de antibióticos pero sin resolver la infección escrotal; f) Que la ecografía informada por Asistir durante la internación confirmó que el testículo estaba normal y que no existían síntomas de infección; g) Que el fallo omitió considerar que si los familiares hubieran consultado con un cirujano, el problema de la inflamación hubiera sido fácilmente solucionado con una incisión que fijaba el testículo del menor al escroto pero los padres abandonaron los controles post-quirúrgicos; h) Que la antibioticoterapia era sólo una alternativa posible. Los agravios en este aspecto deben ser rechazados. Explicaré por qué: Como regla general la responsabilidad médica se rige al igual que toda responsabilidad profesional por los mismos principios que la civil en general, por lo que son exigibles los mismos presupuestos de antijuridicidad, existencia del daño, relación de causalidad y factor de atribución. Particularmente la culpa médica se rige por los parámetros establecidos por los arts. 512 y 912 del Código Civil y abarca la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión. En general, la obligación que asume el profesional de la salud es de medios apropiados para lograr la curación poniendo toda su ciencia y prudencia en el tratamiento del enfermo (Borda "Tratado de Derecho Civil Argentino-Contratos? -n°1046; Bueres, "Responsabilidad Civil de los Médicos" p.130; Bustamante Alsina, "Prueba de la culpa médica" L.L 1992-D, 579). Cabe señalar que, en principio, el profesional sólo responde cuando un error en el diagnóstico ha sido grave e inexcusable. Ello así en razón que lo relativo al mismo, versa prima facie sobre cuestiones puramente científicas, susceptibles de debate entre médicos y, por tanto, no puede dar nacimiento a casos de responsabilidad civil, ni caer bajo el examen de los tribunales, salvo que los hechos reprochados escapen a la clase de actos y que, por su naturaleza, están exclusivamente reservados a las dudas y a las disposiciones de la ciencia y se compliquen de negligencia, ligereza o ignorancia de cosas que indispensablemente debía conocer. Conforme enseña Bueres ?...el

médico será responsable -por razón de su culpa- en caso que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase, pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá en principio, elementos suficientes para inferir la culpa de que informa el art. 512 del C.Civil?? (Félix A. Trigo Represas, "Error de Diagnóstico y Responsabilidad Civil del Médico" en J.A 1988 II-31). En igual sentido la jurisprudencia: Cam.Civ y Com. Morón Sala II, 28/3/89, Juris, t 87). La Suprema Corte de Justicia de la Provincia ha expuesto: ?La existencia de culpa médica, obra como un prerequisite esencial para imputarle responsabilidad civil al demandado. Ésta debe ser siempre apreciada en concreto, siendo necesario preguntarse qué es lo que habría hecho un médico prudente, colocado en igualdad de condiciones extremas a las que se encontró el autor del hecho dañoso, teniendo en cuenta el estándar objetivo, correspondiente a la categoría de médico prudente, común, genérico, ajustado sobre las bases de los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil" (LS 378- 68). En relación a los cirujanos, cabe destacar que su actuación puede ser analizada no sólo en el momento del acto quirúrgico sino también la conducta desplegada en todo el proceso anterior y posterior a la intervención (pre y post-operatorio). En el caso, la resolución impugnada analizó la conducta profesional del Dr. Buccio teniendo en consideración las particularidades del paciente (menor de edad con afecciones congénitas importantes), y concluyó que si bien la cirugía practicada fue correcta, la conducta observada durante el post-operatorio no lo fue y merecía reproche. Para ello valoró la prueba rendida especialmente consideró las pericias del Dr. Ganun (fs. 484/85), el informe del Dr. Paolasso (fs. 420). Además la confesional del médico (fs. 412 y vta.) y los testimonios rendidos. Conforme con tales probanzas, entiendo que no resulta el fallo irrazonable al considerar la citada responsabilidad. En efecto, de la prueba rendida surge: - Que se le diagnosticó al menor Matías (con casi dos meses de vida) que tenía una hernia inguinal, indicándole a los padres tratamiento quirúrgico (dichos de la actora, pericia del Dr. Barbero fs. 630 ítem 1). - Que la operación fue practicada por el Dr. Buccio en la Clínica Santa Rosa el día 5/11/04 y consistió en fijar el testículo izquierdo con un punto de sutura. El procedimiento fue adecuado a la cirugía realizada (pericia del Dr. Barbero fs. 630 ítem 5). - Que en el consentimiento informado no se consignó ni el nombre del médico que practicó la cirugía, ni tampoco los aspectos relativos a la enfermedad. Tampoco la duración del tratamiento ni las cuestiones relativas al post-operatorio (fs. 210). - Que no existen constancias en la historia clínica que el médico hubiera dado algún tipo de instrucción a los médicos de sala y/o de guardia en relación al post-operatorio de. Lo que sí reconoce que se le brindó tratamiento de antibióticoterapia (posiciones, pregunta cuatro, fs. 412). En cuanto al alta médica, ex-puso que la firmó un día antes, es decir, el 5/11/04 (fs. 412 vta. preguntas nueve y diez). Tampoco surge que se hubiera revisado la zona sometida a la cirugía o que se le hubiera efectuado algún tipo de curación previo a retirarse del nosocomio. - Que el día del alta, se consignó en la hoja de enfermería que presentaba una febrícula de 37,5° de temperatura (fs. 217). - Que los días posteriores el niño no se sentía bien. Por ello, el día 7/11/04 fue atendido por el Dr. Coronado a través de un servicio domiciliario (al día siguiente del día del alta médica y a dos días de la operación). En efecto, el galeno consignó (fs. 244/245) que tenía temperatura 37,7° y el diagnóstico presuntivo consistía en ?malestar inespecífico de origen desconocido?. Asimismo en la epicrisis expresamente destacó ?paciente de 2 meses de vida con antecedente de hernioplastia inguinal izquierda. Presenta fiebre de 24 hs. de evolución e irritabilidad. Indica control en 24 hs. con pediatra. Paracetamol para la fiebre?... - Que el día 9/11/04 volvió el Dr. Buccio a revisar al menor y consignó (fs. 218) control post-operatorio-HII edema y leve hematoma escrotal. Curación. Cito a control. De la reseña expuesta surge que el niño durante el post-operatorio estaba irritable, la única medicación ordenada fue paracetamol cada ocho horas tanto en el nosocomio como luego en la atención domiciliaria. No obstante ello, el menor continuó con febrícula. Es más que el día del alta (6/11/04) tenía febrícula y en la atención domiciliaria al día siguiente también se observó tal situación. Durante todos esos días, el único medicamento que le suministraron fue el paracetamol cada ocho horas tanto en el nosocomio como luego lo prescribió el Dr. Coronado en la atención domiciliaria. Por su parte, no surge de la historia clínica que el galeno hubiera dejado algún tipo de directivas después de la operación y/o pautas a los fines de controlar la evolución del menor en el post-operatorio. A mayor abundamiento, tampoco existe en la historia clínica constancia alguna de que el profesional hubiera ordenado que se le dispensara un cuidado especial, un control más seguido. Por ello, la afirmación de la aseguradora de que el profesional no se desentendió del menor no puede válidamente sostenerse. En efecto, de las constancias de la historia clínica se evidencia claramente que luego de la cirugía y durante ese día, el galeno no visitó al lactante ni durante el mismo día de la cirugía ni antes de retirarse el pequeño de la clínica al día siguiente; máxime cuando él mismo reconoció que había firmado el alta médica en horas de la tarde del día anterior. Si bien la parte recurrente sostiene que la firma de un alta médica con anterioridad a los fines de los trámites hospitalarios es una práctica médica usual; lo cierto es que tal conducta resulta violatoria del deber impuesto por los protocolos hospitalarios y la situación personal de un menor de sólo dos meses de vida exigían un mayor cuidado sobre todo teniendo presente que tenía una enfermedad congénita preexistente. Por su parte, no es cierto que lo revisó el día 6/11/04 tal como afirma el apelante; pues justamente el propio galeno reconoció que firmó el alta el día anterior, es decir, el 5/11/04. Asimismo no puede soslayarse que desde el día de la operación hasta el día 9/11/04, el menor se encontraba molesto e

irritable tal como señaló el decisorio en crisis. La recurrente se abroquela en que no se ha acreditado ni el error de diagnóstico ni de tratamiento; sin embargo, cuando ingresó al Hospital Militar el día 11/11/04 en la internación en cuidados intensivos se consignó entre otras cuestiones ?síndrome febril, anemia, intolerancia a la lactosa? (fs. 224). Por tanto, no se advierte ilógico el razonamiento de que la inexistencia de mala praxis fue confirmada con la internación del día 11/11/04; la circunstancia de que haya estado siete días con tratamiento médico de antibióticos y que la ecografía informada por Asistir durante la internación confirmó que el testículo estaba normal y que no existían síntomas de infección no tiene el alcance que la impugnante pretende darle ya que evidentemente la infección existía y estaba avanzada cuando el menor empezó con la ingesta de los antibióticos. La queja respecto de que el fallo omitió considerar que si los familiares hubieran consultado con un cirujano, el problema de la inflamación hubiera sido fácilmente solucionado con una incisión que fijaba el testículo del menor al escroto no puede válidamente sostenerse ya que los días posteriores a la cirugía, el niño se presentaba molesto, con febrícula, fue atendido por dos profesionales y continuó con la misma medicación que se le había ordenado en el post-operatorio. Por ello no puede válidamente admitirse el argumento de la recurrente que el Dr. Buccio tomó todos los cuidados, ya que evidentemente él tenía facultades para impedir que continuara la evolución de la infección y no lo hizo cuando detectó una inflamación el día 9/11/04 en el control. Tampoco puede admitirse el argumento de que su conducta fue apropiada y que la pérdida fue causada por las patologías existentes ya que justamente no ha habido controversia en que la operación había sido exitosa. En cuanto al agravio relativo a que el fallo desconoció que la antibioticoterapia era una mera alternativa posible. En efecto, del informe del Dr. Ficcardi obrante a fs. 616 efectivamente surge que ello es una alternativa; pero no surge del informe que frente al cuadro concreto de Matías (fiebre de más de dos días) tal alternativa hubiera sido la correcta tal como señala la recurrente. No existe prueba alguna que avale tales afirmaciones. Por ello no resulta irrazonable la conclusión a la que arriba la instancia de grado pre-cedente en cuanto a la mala praxis incurrida en el post-operatorio consistente principalmente en firmar un alta sin haber revisado al menor ni tampoco haber efectuado un seguimiento los días posteriores máxime cuando lo revisó a cuatro días de la operación y seguía con un cuadro febril. En efecto, valoro que desde el punto de vista médico legal, impericia es la ausencia de los conocimientos normales que toda profesión requiere cuando se trata de un médico general y los propios de la especialidad si se trata de un especialista, la negligencia es considerada como el descuido o falta de aplicación o diligencia en la ejecución de un acto o tarea puesta al servicio del acto medical. En el sublite, no resultaba necesaria la prueba de una negligencia concreta ya que de las circunstancias de la causa surge la culpa conforme la naturaleza de la obligación asumida, y las circunstancias de tiempo, lugar y persona (art. 512 C. Civil). Cabe destacar que la apreciación de la responsabilidad médica debe efectuarse con suma prudencia y ponderación, valorándose la índole de la profesión, su carácter algo conjetural y los riesgos que su ejercicio supone en el estado actual de dicha ciencia ya que se trata de una rama del saber en la que predomina la materia opinable y en la que resulta dificultoso fijar límites precisos en lo correcto y en lo que no lo es, máxime teniendo en cuenta que en la misma impera el principio de discrecionalidad, que se manifiesta en la libre elección por parte del facultativo para la aplicación en cada caso de los métodos terapéuticos conocidos que estime corresponder, basta para ello entonces, con que hubiese sido discutible u opinable el procedimiento elegido para que quede descartada toda idea de culpa o negligencia por parte del profesional que se inclinó por parte de uno de los sistemas posibles. En el caso ni siquiera la parte demandada ha acreditado su diligencia, pues simplemente se abroquela en la postura de que cumplió con un control cuatro días después de la cirugía y que el menor tenía patologías preexistentes que lo eximían de cualquier responsabilidad; sin hacerse de los argumentos por los cuales el juez a quo consideró su responsabilidad. Por otra parte tampoco ha demostrado la diligencia en cuanto al post-operatorio y/o algún tipo de actitud que lo habilite a eximirse de responsabilidad aún cuando eventualmente era quien estaba en mejores condiciones de probar las eventuales eximentes. Por tanto no se observa irrazonabilidad en este aspecto. (ii) Inexacto análisis de la relación de causalidad entre la mala praxis que se le imputa al Dr. Buccio y el deceso del menor: El núcleo de la queja de la recurrente en este aspecto está centrado en el inexacto análisis realizado de la relación de causalidad entre el post-operatorio de la cirugía y la atrofia y posterior pérdida del testículo izquierdo. La aseguradora apelante afirma que no se ha configurado la relación de causalidad adecuada entre el resultado dañoso endilgado y la conducta desplegada por el galeno. Este agravio tal como ha sido propuesto no puede ser admitido. Cabe precisar que de la lectura del fallo se advierte que la conclusión se encuentra ampliamente fundada a la luz de la prueba rendida, no surgiendo la mentada ilogicidad en el análisis de la relación de causalidad. En efecto, la sentencia hace hincapié en que se acreditó que el bebé ingresó a la Clínica Santa Rosa sin infección alguna y que luego de la operación sufrió un proceso infeccioso y le dieron el alta sin efectuar los debidos controles. Si bien es cierto que no se ha probado que la causa de la infección (si fue por un germen intrahospitalario o post-hospitalario) o bien que fue causada por culpa de terceros (médicos del Hospital Militar); la realidad es que el bebé sufrió un proceso infeccioso que lo llevó a la atrofia de su testículo izquierdo. En mi opinión, siempre existen riesgos en un post-operatorio; sin embargo, frente a las circunstancias del caso era importante su seguimiento. Asimismo no puedo dejar de valorar que el propio profesional no informó en que iba a consistir el

post-operatorio ni los riesgos ni ninguna otra circunstancia que demuestre que los padres estaban alertados respecto a las vicisitudes que podían presentarse en el post-operatorio (ver el consentimiento informado de fs. 210 que no ha sido completado con este tipo de información-esencial-para que los padres conocieran los riesgos del post-operatorio). El hecho que no se le haya brindado la atención, la medicación, el control y el cuidado oportuno los días posteriores a la cirugía evidentemente son circunstancias que han contribuido a producir la pérdida del testículo del menor tal como resaltó la sentencia en crisis. Tampoco el profesional ni la aseguradora ni la empresa demandada han arrimado a la causa prueba alguna que desvirtúe tal conclusión máxime cuando se advierte que frente al estado de desmejoramiento del menor, el galeno no efectuó un seguimiento puntual y consciente en cuanto a los riesgos que ello conllevaba. A mayor abundamiento, no puede soslayarse que la determinación de si existe nexo causal entre una determinada conducta y un daño constituye sin duda una cuestión de hecho, supeditada a las circunstancias fácticas de cada caso, y obviamente a su acreditación en el juicio. La culpa comienza- se ha dicho cuando terminan las discusiones científicas, y no puede exigírsele a un médico más de lo que sea posible hacer al promedio de quienes desempeñan igual profesión o especialidad. Por lo que la queja en este punto debe ser rechazada. (iii) La falta de consideración de la evolución del estado del menor: Se queja la aseguradora porque afirma que el fallo ha omitido considerar la evolución del estado de salud del menor, quien no tenía síntomas indicativos de infección el día 9/11/04; esa fue la última vez el Dr. Buccio examinó al menor. No le asiste razón a la recurrente en este aspecto. En la especie, la citada se abroqueló en que la actuación del Dr. Buccio fue la adecuada ya que la última vez que lo atendió si bien detectó un proceso levemente inflamatorio en la zona escrotal corroborado por la ecografía del día 11/11/04 de la que no surgía signo alguno de infección. De las constancias de la historia clínica surge que el menor luego de la operación estaba molesto, irritable, con llanto y con fiebre. Sin embargo, y teniendo presente que el paracetamol no tenía efecto alguno, no se indagaron las causas respecto a ese malestar general del bebé; ordenando realizar diferentes exámenes a los fines de averiguar por qué seguía con el malestar. No puede desconocerse que recién cuando ingresó al Hospital Militar y con un estado febril -con una evolución de seis días- se le comenzó a realizar la antibioticoterapia, se ordenó la ecografía y los análisis clínicos (ver fs. 224/29 de la historia clínica); de los que en definitiva surgió la existencia de la infección. Estas circunstancias han sido acertadamente analizadas en la resolución impugnada. La aseguradora sostiene que de la ecografía no surgía signo alguno de infección; sin embargo, reconoce que existía un proceso inflamatorio; por tanto evidentemente la ecografía no pudo mostrar el proceso infeccioso avanzado que estaba experimentando Matías, el que surgió de los análisis efectuados el día 11/11/04 y cuyos resultados se conocieron el día 13/11/04. Por ello, los agravios en este punto deben rechazarse. (iv) La falta de análisis del abandono del médico efectuado por los padres: Se quejan tanto la aseguradora como la empresa de que el fallo desconoció que había existido abandono por parte de los padres del menor. En efecto, ellos dejaron de concurrir al control ordenado por el Dr. Buccio. Esta crítica no tiene sustento fáctico ni jurídico suficiente. El fallo con sano criterio expresamente consideró que la decisión adoptada por los padres no se advertía como un acto irresponsable, impulsivo ni tampoco descuidado. Sino que justamente, el menor fue revisado los días 7/11 y 9/11/04 por médicos de la demandada y persistía con síntomas de no estar bien. Tal afirmación no resulta controvertida por prueba alguna. En efecto, no existen constancias en el consentimiento informado, ni tampoco ello surge de la historia clínica que el galeno le hubiera informado y/o prevenido a los padres frente a eventuales situaciones que se podían presentar en el post-operatorio con el menor. Además el tratamiento brindado los días subsiguientes, lejos de mejorar la situación, se iba a agravando el cuadro febril y las molestias del niño. Frente a ello, los padres tenían el derecho a efectuar interconsultas sobre todo con el Dr. Diyacovo (pediatra del niño) a los fines de descartar algún tipo de complicación no advertida por los profesionales de la obra social. Tales conductas- lejos de implicar abandono- denotan una importante preocupación ante la situación que presentaba el menor y frente a un diagnóstico inespecífico efectuado por el Dr. Coronado el día de la atención domiciliaria y luego ante la consulta al Dr. Buccio el día 9/11/04 quien no dio ningún tipo de instrucción especial no obstante el proceso inflamatorio y la continuación del estado febril del menor. Por lo que la impugnación debe ser desestimada en este aspecto. (v) Errónea valoración de la prueba rendida: Los agravios de las apelantes en este aspecto consisten en que se ha omitido valorar la prueba rendida, de la que surge que su actuación fue adecuada. Impugnan la valoración efectuada a la prueba pericial y de la historia clínica. Esta queja también debe ser rechazada. Explicaré por qué: a) En relación a la historia clínica: La parte recurrente impugna el fallo porque realizó una extensa crítica a supuestas fallas e invirtió el análisis antes de ingresar a la actuación de las pericias y la actuación profesional del Dr. Buccio. En particular afirma que el sentenciante ha desconocido el carácter secundario de la historia clínica. Por tanto, la insuficiente historia clínica quedaba virtualmente pulverizada teniendo en cuenta que los extremos no habían sido acreditados. Asimismo afirma que la insuficiente registración de algunas etapas del tratamiento no aportaban causalidad alguna para la resolución del conflicto. Tales agravios no pueden admitirse. La parte apelante omite impugnar en forma concreta, clara y puntual las fundadas razones por las cuales el Tribunal consideró que la historia clínica tenía deficiencias y que no tenía datos pormenorizados de la actuación médica desde la intervención hasta el alta; lo que

resulta corroborado por la pericia rendida que habla de que la historia clínica tiene datos incompletos, (ver Dr. Ganun fs. 484 vta.).

En efecto, sólo se abroqueló en que las constancias de la historia clínica resultan secundarias contrariamente a lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia. Así se ha dicho: "si la historia clínica es incompleta el médico se encuentra ante la embarazosa situación de tener que acreditar su diligencia -al contestar la demanda- narrando "lo que hizo" en las circunstancias de persona, tiempo y lugar (arts. 512 y 902 del Código Civil) pero que "no dijo" en ese documento trascendental y definitorio. Distinta es la cosa cuando el médico deja constancia detallada de su prestación profesional... situación en la cual los jueces pueden ir construyendo ex post facto la realidad de lo acontecido y en ello la diligencia pregonada por el profesional o la falta de ella." (Quirós, Pablo O. La culpa médica y el riesgo de ser médico. La solución en el nuevo Código Civil y Comercial publicado en L.L. Gran Cuyo 2015 (febrero), 154; cita Online: AR/DOC/4282/2014). En tal temperamento, la jurisprudencia ha dicho: "es un instrumento de gran valor probatorio, pues proporciona la evidencia documentada de cómo fueron sucediendo los hechos en forma cronológica, permitiendo su reconstrucción; desde la primera entrevista con el paciente, su diagnóstico, la planificación del accionar del médico, el tratamiento profesional, la evolución del paciente?... (C.Nac. Civil sala H Borgatti Silvano c/ Instituto Dupuytren y ots. 8/10/04 citado por Lovece Isabel ?El adecuado cumplimiento del deber de información y la responsabilidad profesional? RCy S 2014-VIII, 61). En el sublite, evidentemente no existió una información completa y detallada, es más existen fallas en cuanto a la información brindada a los padres del menor en relación al post-operatorio. Tales cuestiones resultan relevantes a los fines de analizar la conducta profesional y lo incompleto de la historia clínica; evidentemente tales omisiones privaron a los padres de su derecho de ser informados correctamente en cuanto a las vicisitudes que podían presentarse en el post-operatorio. Por tanto, debe rechazarse la queja en este punto. b) En cuanto al informe emitido por Paolasso: La aseguradora y la empresa demandada se quejan porque sostienen que el informe emitido por el Dr. Paolasso no podía válidamente considerarse por ser un dictamen de parte, no es cirujano pediatra y confunde ciertas cuestiones que denotan falta de capacidad Este agravio no puede admitirse. De la lectura de la presentación de la aseguradora y de Asistir S.A. no surge oposición alguna respecto a esta prueba ofrecida en el escrito de demanda, a fs. 25 punto X. Además fue expresamente admitida por el Tribunal a fs. 357/58, resolución que fue oportunamente consentida por las recurrentes. Por tanto, mal pueden sostener que no debió valorarse ya que la sentenciante puede valorar el material probatorio rendido conforme las reglas de la sana crítica y tal informe fue considerado junto con el resto de la prueba rendida en la causa. Por tanto, se rechaza la queja en este aspecto. c) En cuanto a la prueba pericial: La queja de la aseguradora y la empresa se circunscribe a las siguientes cuestiones en relación a la prueba pericial: a) Se ha sobrevalorado la pericia practicada por el Dr. Ganun, que es un médico laboralista y carece de todo sustento científico y b) Se ha omitido considerar la pericia del Dr. Barbero. Estos agravios tampoco tienen asidero fáctico ni jurídico suficiente. Es sabido que en los juicios de mala praxis médica la prueba pericial asume un rol preponderante. En efecto, en tales causas, como regla, resulta indispensable recurrir a la prueba de peritos, desde que normalmente versan sobre aspectos científicos y técnicos sobre los cuales el juez no está en condiciones de opinar, pues se trata de aplicar conocimientos ajenos a su saber. Así lo tiene resuelto reiteradamente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia: "En los juicios de mala praxis médica, el juez puede desechar el dictamen pericial por carencia de fundamentación, por la fuerza de convicción de otras pruebas que concurran en la especie o por otras causas, pero no oponiendo consideraciones propias de la ciencia, arte o técnica del perito? (L.S. 348-119). En igual sentido: "En los juicios de mala praxis médica, cuando el peritaje aparece fundado y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar el dictamen, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales" (L.S. 312-75)? "No existe arbitrariedad manifiesta en la sentencia que apoya sus conclusiones en los dichos de los expertos, cuyo conocimiento es ajeno al de los jueces? (L.S. 342-153 entre otros). Asimismo se ha entendido que ?le corresponde al Juez apreciar el mérito convictivo del dictamen pericial, no estando obligado a admitirlo cuando no reúne los requisitos para su eficacia, toda vez que se trata de una prueba que es objeto de valoración y no de una función jurisdiccional, que es privativa e indelegable del juzgador. No es el perito quien decide la controversia, sino que tan sólo emite un concepto que le sirve al Juez para sentenciar. Su opinión no es obligatoria para las partes, ni obliga al Juez, conforme a una sana crítica de su contenido? (LS 260-443). Cabe precisar que una de las características fundamentales del dictamen pericial es que no es vinculante, ello por cuanto no implica que el juez deba atarse inevitablemente a las conclusiones periciales. Sin embargo para apartarse de ellas o aceptar las impugnaciones de las partes debe encontrarse asistido de fundadas razones, pues tratándose de una ciencia ajena a su conocimiento no puede arbitrariamente emitir una opinión (Vázquez Ferreyra, Roberto ?Daños y Perjuicios en el ejercicio de la Medicina?, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992. En igual sentido: C. Nac. Civ. Sala M 30/8/01 ?G.C.E.v.P,V y otro?, C.Civil. y Com. San Isidro, Sala II 4/5/90 JA semanario del 25/09/91; C. Nac. Civ. Sala K 7/09/89 JA 1990-I-222). En el caso, la valoración de la prueba pericial no aparece como absurda ni ilógica. En efecto, el fallo hizo hincapié en las conclusiones del Dr. Ganun en cuanto a que la historia clínica estaba incompleta; tal afirmación resulta corroborada de la lectura de la misma historia clínica de la que surge que no se han consignado

todos los datos relevantes a los fines de cómo sucedieron los hechos en el post-operatorio, tampoco el consentimiento informado fue debidamente completado tal como señalé precedentemente. Por otra parte, no puede soslayarse que las impugnantes no señalaron otras circunstancias que quitaran valor objetivo a las conclusiones emitidas por Ganun; por lo que no resulta absurdo que el Tribunal haya considerado la prueba pericial en su totalidad complementándola con el resto de la prueba rendida en la causa ya que cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe otra prueba que lo desvirtúe la sana crítica aconseja aceptar el dictamen pues el perito como auxiliar de la justicia contribuye con sus conocimientos especiales a esclarecer la verdad. Asimismo se quejan las recurrentes en que se ha omitido considerar la pericia del Dr. Barbero; si bien es cierto que la magistrado de grado expresamente consideró que- a la luz de las reglas de la sana crítica- tal prueba presentaba inconsistencias y contradicciones. Lo cierto es que aún considerando lo expuesto por Barbero en cuanto a que el protocolo quirúrgico y la técnica fue adecuada. La realidad es que la reprochabilidad de la conducta del profesional fue endilgada en cuanto al deber de información y sobre todo a la conducta desplegada en el post-operatorio y no a la operación en sí misma. Por ello, la solución adoptada en cuanto al apartamiento aparece fundada sobre todo teniendo en cuenta que el profesional no se explayó en relación a la conducta en el post-operatorio, la firma del alta sin haber controlado el niño; es decir, circunstancias dirimentes a los fines de analizar la conducta del galeno. Por tanto, tampoco pueden admitirse las críticas respecto a este aspecto.

d) Testimonial de los Dres. Dalla Torres y Coronado: Se quejan las impugnantes en cuanto a la valoración efectuada por la sentencia de los testimonios de los Dres. Dalla Torres y Coronado. En particular sostienen que tales testimonios corroboran lo expuesto por el Dr. Barbero ya que el Dr. Coronado no advirtió signo o síntoma de infección. Por su parte, el Dr. Dalla Torre confirma que no existió infección hasta después del 11/11/04. Estos agravios no tienen el alcance que las recurrentes pretenden darle. En efecto, ni en la asistencia domiciliaria efectuada por el Dr. Coronado ni con la eco-grafía efectuada el 11/11/04 informada por el Dr. Dalla Torre se detectó el proceso infeccioso. Ello fue detectado recién con los análisis clínicos solicitados en el Hospital Militar cuando el menor fue internado. Del informe del Dr. Dalla Torre (fs. 9 de autos) surge que existía un aumento de volumen del testículo izquierdo en la ecografía de fecha 11/11/04; pero el profesional expuso expresamente que los hallazgos debían ser correlacionados con los antecedentes quirúrgicos y la clínica. En su testimonio (fs.698 y vta.) aclaró que se veía en el testículo izquierdo cambios inflamatorios de características inespecíficas con un antecedente de cirugía reciente?. Por su parte cuando fue interrogado si tenía signos o síntomas de infección expuso: ?no parece?. Por tanto, si bien es cierto que nada decía en la ecografía; ello no significa per se que el proceso infeccioso no estuviera evolucionando ya que la fiebre con la que salió del nosocomio persistió durante esos días tal como surgía del resto de la prueba especialmente el informe de ingreso al Hospital Militar donde se consignó que el estado febril tenía seis días de evolución. Por ello, la afirmación de un médico que informó sobre una imagen no puede tener el alcance que pretende darle la impugnante máxime cuando él no afirmó en forma contundente y certera que no existía infección simplemente dijo que no le parecía ello por cuanto había dejado consignado que debían correlacionarse otros antecedentes. En cuanto al testimonio del Dr. Coronado consignó que tenía fiebre de 37,7 compensado clínicamente sin signos de infección sobre el organismo; pero aclaró que lo había atendido como médico de guardia. Por lo que evidentemente tampoco él tenía los elementos como para determinar si tenía un proceso de infección o no, contrariamente a lo que señala la recurrente. Por lo que la queja en este aspecto debe ser rechazada.

(vi) En función de los criterios expuestos no advierto la mentada ilogicidad en la ponderación de las pruebas obrantes en la causa y en la consecuente atribución de responsabilidad del Dr. Buccio, por ello, corresponde el rechazo de los agravios de Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. y Asistir S.A. en este punto.

B) CUANTIFICACIÓN DE LOS RUBROS: La queja de la partes en este punto se circunscribe a que lo acordado. Para la actora los montos resultan exigüos. Por su parte, la aseguradora y la empresa los impugnan por elevados. Del análisis de la queja en particular se advierte:

(i) Incapacidad sobreviniente: Se queja la actora porque el decisorio soslayó que debido a la escasa edad del paciente no era posible determinar si el único testículo restante iba a ser suficiente para la secreción de hormonas testiculares. Por lo que evidentemente existía una limitación de sus potencialidades que resultaba indemnizable. Propicia su elevación a \$? a la fecha de la sentencia. Por su parte, la codemandada y la aseguradora se agravan porque entiende que se ha otorgado demasiado por el rubro y resulta desajustado en relación a las lesiones sufridas. Adelanto que propiciaré elevar el monto por las siguientes consideraciones de hecho y de derecho. Explicaré por qué: La Suprema Corte de Justicia de la Provincia ha afirmado que el daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. Por ello, no deben confundirse las lesiones que puede inferir un determinado hecho (en el caso las ocasionadas a la integridad física y psíquica de la persona) con el daño resarcible que aquella lesión puede producir, porque la lesión entraña la afectación de determinada esfera de la persona. El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consisten en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima. La integridad física no puede ser objeto de resarcimiento ?per se? en caso de menoscabo porque no tiene valor pecuniario, no es un bien que esté en el mercado, ni vale menos intrínsecamente por razón de su deterioro. (Expte. 52351, F.c/ Zambudio, Juan Carlos p/ Lesiones s/ Cas., Jurisprudencia de

Mendoza 2° Serie, n°43, pág.28). Concretamente en materia de incapacidad sobreviniente, cabe destacar que nuestro Superior Tribunal Provincial adhiere al principio de reparación integral, conforme con el cual debe considerarse no sólo de qué manera la incapacidad incide en las aptitudes de la víctima para el tras-bajo futuro o en la frustración de obtener beneficios económicos, pues esa incidencia no es única ni exclusiva a los fines resarcitorios, sino además, de qué manera esa incapacidad gran-vita en todos los demás aspectos de la personalidad, tanto en su vida personal como de relación (L.S. 262-484; 298-452). En tal contexto ha establecido como pautas a considerar, la edad de la víctima, su estado de salud, actividad habitual, capacidad residual, la efectiva disminución en las tareas, la renta que puede obtener en el mercado financiero, etc. Ello así, teniendo en cuenta que la doctrina de nuestro Superior Tribunal en materia resarcitoria, se ha inclinado hacia la fijación prudencial del monto del resarcimiento, a través de la ponderación de todas las variables de incidencia, sin descartar ninguno de los métodos tradicionales utilizados como baremos o parámetros de determinación, siendo la única limitación el resultado irrazonable a que pueda conducir, en el caso particular, la implementación a todo trance de cualquiera de ellos (L.S 254-149, 269-474, 288-47). Es decir, que según la doctrina de dicho Cuerpo, cualquiera sea el método empleado, los parámetros rectores deben estar fijados por los principios derivados de la prudencia y equidad y concretamente acotados por la realidad que toca evaluar, sin que sea desechable ab-initio, ningún método de fijación del daño. Es decir que si bien ab initio no descarta la aplicación de fórmulas matemáticas, tampoco se sujeta a ellas de un modo fijo (L.S. 254-187), apartándose de su aplicación cuando el resultado al que se arriba resulta irritante ya sea por su exigüidad o excesividad (L.S 254-187; 258-301; 269-474 entre varios). En cuanto al caso, que nos ocupa, es decir, la pérdida de un testículo, es un tema que ha sido objeto de tratamiento doctrinario y jurisprudencial. En tal temperamento, el Dr. Galdós ha analizado en profundidad el tema y ha destacado que el daño sexual en cuanto daño jurídico resarcible es por esencia un daño moral que concurrentemente podrá representar un daño patrimonial como incapacidad sobreviniente concebida ésta en su acepción amplia como alteración a la integridad psíquica y física no sólo laborativa sino también comprensiva de todas las facetas de la persona (familiar, social, artística, deportiva, etc.) (Galdós, Jorge Mario ¿¿Hay daño sexual?? publicado en R.C. y S 2006-129). Por su parte, la jurisprudencia ha considerado que? la pérdida de un testículo como incapacidad sobreviniente, teniendo en cuenta un sentido amplio abarcativo de la aptitud relacional genérica de la víctima? (Cam. Nac. Civil Sala I 20/04/04 ?R.J.N C/ Fernández Caputlo Mario Luis s/ daños y perjuicios). En otro precedente se expuso que ?importa una evidente mengua física (aunque no se estimara porcentajes de incapacidad) porque representa un serio impedimento para determinados emprendimientos que pudiese tener en miras realizar, no sólo restringiendo sensiblemente el espectro de posibilidades laborales respecto de otros sino también la práctica de deportes y trabajos de contacto físico violentos que puedan lesionar un único testículo? (Cam. Nac. Civil Sala H, 8/11/04 citado por Galdós, obra citada). De las constancias de autos surge que el menor Matías al momento de la cirugía tenía sólo dos meses y que las secuelas del post-operatorio consistieron en la pérdida del testículo izquierdo. El fallo admitió la procedencia del rubro principalmente teniendo en cuenta la edad y considerando lo expuesto por el Dr. Ganun (15% de incapacidad), haciendo hincapié principalmente en que tal pérdida le ocasionaba una limitación en sus potencialidades que debía indemnizarse. En mi opinión, el fallo resulta acertado en cuanto a la procedencia del rubro, contrariamente a lo expuesto por la aseguradora y la demandada en sus libelos recursivos. En efecto, las eventuales secuelas en cuanto a la vida de relación y a su capacidad de procrear no fueron consideradas a los fines de justipreciación ya que tales daños no resultan ciertos pero sí existe certeza de la pérdida del miembro. Por ello, el decisorio con sano criterio aclaró que no se indemnizaba la pérdida de la capacidad productiva y/o las eventuales consecuencias que recién podían ser constatadas en la pubertad. En definitiva, con esta afirmación se hace cargo de la crítica de los apelantes en cuanto a que los daños indemnizados resultan inciertos pues justamente tales dolencias no fueron incluidas en la cuantificación por ser daños que todavía no se sabe si van o no a existir ya que evidentemente tal constatación puede sólo verse luego de la pubertad tal como surge de la pericia del Dr. Ganun (fs. 485 consideraciones médicos legales parte final) Por otra parte, le asiste razón a la actora en cuanto a que la suma acordada (\$...) resulta exigua ya que la justipreciación de la secuela de carácter permanente que implica la ablación de un órgano y las limitaciones que le significan a un niño en cuanto a prácticas de deportes, cuidado con los juegos y el contacto físico, etc. debieron ser cuantificadas en su justa medida. Por ello, estimo justo y equitativo elevar el monto a ? pesos a la fecha de la sentencia de primera instancia tal como propicia la accionante (art. 90 inc. VII del C.P.C.) (ii) Daño moral: Se queja la actora por el monto acordado al que califica de exiguo y propicia que se eleve al monto solicitado en la demanda con los intereses desde la fecha del hecho. Por su parte la demandada y la aseguradora se quejan porque entienden que el monto es muy alto. Se admiten los agravios de la parte actora y se rechazan los de la demandada y de la citada en garantía por los siguientes razonamientos: Cabe destacar que el daño moral es aquel determinado por las "afecciones al espíritu", es decir perjuicios sufridos por el dolor, la angustia, la humillación, la intromisión en la vida privada a raíz de un determinado acontecimiento. No tiene efectos sobre el patrimonio, pero sí sobre la persona del que lo sufre. En efecto, supone la privación o disminución de bienes que tienen un valor importante en la vida de los hombres, como ser la paz, la tranquilidad de

espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos. A su vez, algunos autores con un criterio que puede ser calificado como amplísimo, entiende que el daño moral contiene al tradicional pretium doloris y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida enumerando en esta categorización al daño a la vida de relación, el daño psíquico, el estético, al perjuicio juvenil y al menoscabo sexual (Mayo, Jorge A., El daño moral. Los diversos supuestos característicos que lo integran" en Revista de Derecho de Daños N° 6 Daño Moral, (Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Buenos Aires, 1999), pág. 179). La doctrina prevaleciente y la mayoría de la jurisprudencia le atribuyen al daño moral un carácter resarcitorio, apelando a la función satisfactiva del dinero, el cual posibilita acceder a gozos sustitutivos de la lesión extrapatrimonial sufrida por la víctima (Parellada Carlos-Parellada Ariel "La cuantificación de los daños según la SCJ de Mendoza en Revista de Daños N° 2005-3 Determinación Judicial del daño-II; Rubinzal Culzoni, Santa Fe). En el caso, el fallo en crisis ponderó que tanto el hecho lesivo en sí mismo, como sus consecuencias, constituían fuentes productoras de sufrimiento; asimismo hizo hincapié en la internación posterior en el Hospital Militar y la segunda operación efectuada en el año 2007. Tales circunstancias no han sido negadas por la aseguradora y la empresa demandada quienes simplemente explicitan que el daño no es cierto. Con esta perspectiva y partiendo del hecho probado "la falta de un órgano genital - de que de la lesión sufrida por el menor derivan indudables repercusiones en su actividad deportiva, social y recreativa. Es así en tanto no puede discutirse que esta situación, sin ninguna duda angustiante, ha significado para el menor Matías una modificación disvaliosa en su espíritu, lo cual evidentemente afecta y provoca inquietudes espirituales que debían ser indemnizadas. Tal como señaló la perito psicóloga a fs. 463 el niño presenta cambios en su personalidad que alteran su equilibrio básico desde el momento del suceso transcurrido...?se identificaron los siguientes estados emocionales: "elevada sensación de riesgo" (no realiza determinadas actividades físicas por temor a dañarse o que le pase algo), sentimiento de enojo, miedos (a quedarse solo)...pesadillas recurrentes generando estados de angustia...sensibilidad...alto nivel de ansiedad lo que genera en el niño hiperactividad? (pregunta a). Por ello, entiendo que le asiste razón a la actora en cuanto la suma acordada a la fecha de la sentencia resulta exigua frente a las afecciones morales sufridas por el niño y las secuelas que ha experimentado en esta faz, por ello considero equitativo elevar la indemnización por las dolencias, molestias, incomodidades y disminución de las potencialidades sufridas a la suma de cincuenta mil (art. 90 inc. 7 del C.P.C.). En relación al agravio de la actora de que la suma debe devengar intereses desde la fecha del hecho, el fallo efectivamente los aplicó desde tal fecha; por lo que no se entiende el agravio en este punto. Por lo que se admite la queja de la parte actora en cuanto al quantum y se rechaza en cuanto a los intereses. Por su parte, se rechaza la queja de la aseguradora y de la empresa demandada en cuanto al exceso justipreciado. (iii) Tratamiento psicológico: Se agravia la actora en cuanto a este punto porque sostiene que la suma acordada no condice con lo expuesto, ya que la pericia psicológica era de fecha 14/09/09 (fs. 463/67) y la sentencia fijó el valor al momento de su dictado. Además critica a la sentenciante porque no consideró que la terapia era individual y no grupal de los padres y del niño. Propicia su elevación a la suma indicada en la demanda a la fecha del hecho con más sus intereses. Por su parte, la sociedad demandada y la citada en garantía impugnan la resolución por entender que la suma acordada resulta excesiva. Le asiste razón parcialmente a la actora y debe desestimarse lo expuesto por la demandada y la aseguradora. Cabe destacar que la actora petitionó la suma de \$? al momento de demandar y considerando el costo de la sesión a \$? durante diez años. De la pericia psicológica surge que la terapeuta aconsejó tratamiento individual y no grupal de los padres y del niño sin especificar concretamente el tiempo necesario para tal terapia porque ello dependía de los tiempos internos de cada persona. Estimó como un costo aproximado en \$? a \$... Frente a ello, el fallo estimó prudente tomar como pauta temporal el término de un año y justipreció el monto en la suma de pesos ?. Además consideró que la suma debía devengar intereses desde la fecha de la sentencia y hasta el efectivo pago a la tasa activa. Cabe destacar que le asiste razón a la actora en cuanto a que la justipreciación del tratamiento fue efectuada por la perito en abril de 2009 (ver pregunta g, fs. 466). Por ello, estimo razonable elevar la suma por este rubro. A tales fines tomo como pauta temporal el plazo de un año considerado por la juez a quo, por lo que estimo justo y razonable elevarla a Pesos ? (art. 90 inc. 7 del C.P.C.). Por su parte, la actora se queja de que los intereses deben correr desde la fecha del hecho y no desde la sentencia, no puede admitirse. En efecto, el impugnante no se hace cargo de un argumento dirimente del decisorio en cuanto que el daño es futuro; por lo que se rechaza la queja en este punto ya que no se advierte la irrazonabilidad en cuanto a que los intereses acordados deben correr desde la fecha de la sentencia. (iv) Conclusiones. Se desestiman los recursos interpuestos por Triunfo Coop. de Seguros Ltda. y por Asistir S.A. Se admite parcialmente el recurso de la parte actora en cuanto a la elevación de los montos apelados. Sobre la misma cuestión las Dras. Furlotti y Marsala dijeron que adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. MARÍA TERESA CARABAJAL MOLINA DIJO: Las costas del recurso del actor se imponen a la recurrida vencida y a los demandados recurrentes que en cuanto resultan vencidos. Sobre la misma cuestión las Dras. Furlotti y Marsala dijeron que adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede. Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA: Mendoza, 07 de Setiembre de 2.015. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo precedente, este Tribunal,
RESUELVE: 1- Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 828 por Triunfo Coop. de Seguros Ltda. 2- Imponer las costas a la recurrente vencida (arts. 35 y 36 C.P.C.). 3- Regular los honorarios de los Drs. María Mónica Píccolo, Ezequiel Ibañez; Ana Carolina Méndez y Jorge Giaquinta en las respectivas sumas de \$...; \$...; \$... y \$... (arts. 2, 3, 15 y 31 ley arancelaria). 4- Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 829 por Asistir S.A. 5- Imponer las costas a la recurrente vencida. (arts. 35 y 36 C.P.C.) 6- Regular los honorarios profesionales de Silvia Cristina Martínez; Ana Carolina Méndez y Jorge Giaquinta en las respectivas sumas de \$?; \$...; \$... y \$... (arts. 2, 3, 15 y 31 ley arancelaria). 7- Hacer lugar parcialmente al recurso de la parte actora y en consecuencia modificar la resolución dictada en primera instancia la que en adelante queda redactada de la siguiente forma: ?I- Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por los Sres. Leandro Hernán Fernández y Jesica Marina Vázquez, en nombre y representación de su hijo menor M. H. F., en contra de Obra Social Asistir S.A., Dr. Jorge R. Buccio, y Clínica Santa Rosa, en consecuencia condenar a éstos a pagar en forma concurrente al actor, en el término de diez días de que quede firme la presente sentencia, la suma de pesos ? (\$...) con más los intereses establecidos en los considerandos. ?. ?II.-Hacer extensivo los efectos de la sentencia a Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. y Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. en los límites, franquicias y alcances del contrato de seguro contratado (art. 118 ley 17.418)?. ?III.- Imponer las costas a los demandados por resultar vencidos?. ?IV.- Regular los honorarios profesionales a los Dres. Ana Carolina Mendez, Jorge A. Giaquinta, Jorge Rodrigo Diaz, Viviana Nardelli, Sergio Mario Barochovich, Sergio Damián Barochovich, Adriana Abdelnur, Mariana Sol Arias, Cristina Martinez, Osvaldo José Lima, María Verónica Lima, Paola Gauna, Verónica Hynes, Federico Perez Brennan, Ezequiel Ibañez, María del Pilar Varas, Andrés Boulín, María Piccolo de Sarmiento, y Laura Gonella, en las respectivas sumas de \$..., \$..., \$...; \$..., \$...; \$..., \$...; \$..., \$...; \$...; \$...; \$...; \$...; \$...; \$...; \$...; \$...; \$...; \$...; \$...; \$... y \$..., sin perjuicio de los honorarios complementarios que pudieran corresponder (arts. 2, 3, 4 inc. a), 13 y 31 LA)?. ?V.-Regular los honorarios de los peritos intervinientes, Dres. Jorge Alberto Ganun, Hugo Alfonso Barbero y Licenciada Lorena Aguilera Cavagnaro, en las respectivas sumas de \$... a cada uno de ellos (art. 1627 del CCivil)?. ?VI.- Declarar la inconstitucionalidad de la ley 7198?. ?VII.- Se deja expresamente establecido que al momento de practicarse liquidación deberá adicionarse el impuesto al valor agregado (I.V.A.) a los profesionales que acrediten la calidad de responsables inscriptos?. 8- Imponer las costas a la demandada vencida. 9- Regular los honorarios profesionales a los Drs. Ana Carolina Méndez, Jorge Giaquinta, Verónica Hynes, Oscar Hernán Alenda en las respectivas sumas de \$...; \$...; \$... y \$.... (arts. 15 y 31 L.A.). NOTIFIQUESE Y BAJEN. Dra. María Teresa CARABAJAL MOLINA Dra. Silvina Del Carmen FURLOTTI Dra. Gladys Delia MARSALA
004404E