

## Danos Y Perjuicios Suspension De Cirugia Programada Ausencia De Danos Rechazo De La Demanda

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Suspensión de cirugía programada. Ausencia de

daños. Rechazo de la demanda Se revoca el fallo en cuanto acogió la demanda de daños deducida, pues si bien la intervención quirúrgica del hijo de los actores no fue realizada por ausencia del médico, quien por motivos personales no asistió a la cirugía, el menor no sufrió daños de carácter patrimonial, ya que recibió una pre-medicación destinada a paliar los efectos traumáticos de la operación, sin recibir anestesia, manteniendo la estabilidad termodinámica y la suficiencia respiratoria.

En la ciudad de La Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires, a los 6 días del mes de septiembre de 2018, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Cámara Primera de Apelación, Señor Vocal de la Sala Primera, Doctor Alejandro M. TORRE y Señora Presidente del Tribunal, Doctora Ana María BOURIMBORDE, integrando la Sala Segunda, para dictar sentencia en los autos caratulados: ?A., Mariano Martín y otros c/ Instituto Médico Platense S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios?; se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: Doctores TORRE-BOURIMBORDE.

CUESTIONES 1ra. ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs. 706/713 vta.? 2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez, Doctor Torre, dijo: 1. La sentencia definitiva de este proceso sumario dispuso: a. desestimar la demanda de daños y perjuicios de Mariano Martín A. y Andrea Verónica Puppo en representación de su hijo menor J. A. A. contra Gustavo Viollaz, Eduardo Featherston e Instituto Médico Platense S.A., con costas; b. rechazar el reclamo indemnizatorio de Mariano Martín A. y Andrea Verónica Puppo por derecho propio contra Eduardo Featherston y la citada en garantía Antártida Compañía Argentina de Seguros S.A., con costas; c. hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios de Mariano Martín A. y Andrea Verónica Puppo por derecho propio contra Gustavo Viollaz, el Instituto Médico Platense S.A. y la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., con costas. Por esta última acción se condenó a los demandados a abonar a los actores la suma de pesos dieciocho mil (\$18.000) para cada uno de ellos, con intereses que deben calcularse a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, desde la fecha del hecho dañoso (03/11/2006) hasta su efectivo pago. Apelaron los condenados Gustavo Viollaz a fs. 730., el Instituto Médico Platense S.A. a fs. 734 y la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina de Seguros S.A. a fs. 735, cuyas fundamentaciones obran respectivamente a fs. 752/759 vta., fs. 778/783 y fs. 793/796 vta. A fs. 799/800 vta. contestaron los actores los agravios de fs. 793/796 vta., y a fs. 808/810 lo hizo el Instituto Médico Platense S.A. con respecto a los agravios de fs. 752/759 vta. 2. En el presente caso se debate la supuesta responsabilidad por mala paxis profesional del médico especialista en ortopedia y traumatología Gustavo Viollaz y del médico anestesista Eduardo Featherston, así como la correspondiente al Instituto Médico Platense S.A. A J. A. A. se le programó una cirugía correctora de pie bot bilateral para el día 03/11/2006 que fue suspendida en la misma fecha por motivos personales del doctor Viollaz, luego de que el menor fuera llevado al quirófano y pre-medicado. El niño fue internado por la mañana del día indicado y recibió el alta esa misma jornada por la tarde. El Juez de la instancia previa encontró probada la responsabilidad civil del médico encargado de la cirugía y del centro asistencial. La acción procedió sólo por el daño moral ocasionado a los progenitores de J. A. A.. 3. Los apelantes impugnan la decisión de la instancia previa dado que consideran que en la especie no estarían acreditados los presupuestos de procedencia de la responsabilidad civil.

Fundamentalmente entienden que no se habría ocasionado daño alguno al menor y menos aún a sus progenitores, postura que defienden en base a las características del caso y a los resultados de las pruebas rendidas, especialmente las pericias producidas en la causa. El médico Gustavo Viollaz agrega además que a todo evento quien debía comunicar la cancelación de la cirugía era el personal administrativo del establecimiento asistencial, mientras que la citada en garantía cuestiona la extensión de la responsabilidad al Instituto Médico Platense S.A., por el hecho ocasionado por el profesional que debía realizar la intervención quirúrgica y no la llevó a cabo. También, este último recurrente impugna el monto indemnizatorio concedido por daño moral. 4. A los fines de delimitar el campo de análisis de la presente decisión judicial, corresponde señalar que no es materia de agravio el rechazo de la demanda de Mariano Martín A. y Andrea Verónica Puppo en representación de su hijo menor J. A. A.. Tampoco resulta objeto de debate el obrar del médico anestesista Eduardo Featherston, dado que su eximición de responsabilidad civil no ha sido recurrida. En la misma línea, el rechazo de los rubros reclamados por Mariano Martín A. y Andrea Verónica Puppo por derecho propio en concepto de pérdida de chance y daño psicológico tampoco resultan propósito de impugnación, por lo que esta parcela del fallo arriba firme a la alzada. En este contexto, la presente sentencia se encuentra ceñida a revisar los presupuestos de procedencia de la responsabilidad civil del médico Gustavo Viollaz, del Instituto Médico Platense S.A. y de la citada en garantía

Prudencia Compañía de Seguros Generales S.A. con respecto al reclamo por daño moral de Mariano Martín A. y Andrea Verónica Puppo. 5. En autos ha quedado debidamente acreditado que el 03/11/2006, a las 09:05 hs., el niño de tres años de edad J. A. A. fue internado en el Instituto Médico Platense S.A. con el fin de realizarle una cirugía programada correctora de pie bot bilateral (v. fs. 8 y 9). En la fecha señalada, a las 10:30 hs., el médico anestesista Eduardo Featherston lo pre-medicó con Midazolam oral (0,5 mgs/kg), debido a su estado neurológico por edad, y a las 10:50 hs, cuando el menor fue subido al quirófano, le suministró acceso venoso (catéter teflón N°24), con la presencia de monitores de ECG, TA y Saturación, y le proveyó Oxigenoterapia por máscara y Fentanilo 0,1 ugs/kg + 1 ugr/kg (v. fs. 11). A las 11:15 hs., aproximadamente, se informó que el médico especialista en ortopedia y traumatología Gustavo Viollaz no concurriría al sanatorio por motivos personales, por lo que la cirugía fue suspendida (v. fs. 11).

De conformidad con la historia clínica, el paciente se recuperó normalmente y en la misma jornada se le otorgó el egreso del centro asistencial (v. fs. 11 vta.). Frente a los hechos previamente reseñados, el perito médico especialista en medicina legal Roberto Carlos Abadie precisó que la medicación previa con Benzodiacepinas orales (ejemplo Midazolam), antes de la cirugía suele proporcionar calma y condiciones de inducción más suaves que la presencia paterna sin preparación farmacológica, induciendo al paciente a sedación y amnesia (v. fs. 451 vta.). El mismo experto indicó que el Fentanilo es un agente muy eficaz para aliviar el dolor como analgésico y sedante en procedimientos dolorosos, con una duración más corta de su actividad y un perfil más estable hemodinámicamente que la morfina. El objetivo de esta premedicación es facilitar la inducción de la anestesia y disminuir los requerimientos anestésicos (v. fs. 452 vta.). Luego de detallar las características de los fármacos previamente referidos, el especialista consideró que ¿en base a lo expresado de que al menor J. A. A. se le suministró como premedicación anestésica (Midazolam), para cumplir con los objetivos de la misma (expresado en este punto), y Fentanilo como inductor analgésico y sedante, y al mismo tiempo procurar analgesia posoperatoria, todo ello acorde a la cirugía ortopédica traumatológica a la que iba a ser sometido (corrección de pie bot bilateral), no utilizándose otro tipo de Anestésicos Generales (relajantes musculares, gases anestésicos, etc.), como asimismo no realizar las distintas etapas de la Anestesia General? (v. fs. 8 vta.). Debo poner de relieve que el perito Abadie puntualizó que la cirugía programada correctora de pie bot bilateral no requería urgencia alguna para su realización, que se podía reprogramar, sin que ello generase ninguna consecuencia dañosa en el paciente (v. fs. 453). A la par, la especialista en anestesia Silvia Zulema Sierra dictaminó que a J. A. A. ¿se le administro un preparado, llamado Midazolam oral, medicación que tiene efecto sedante y ansiolítico. Se utiliza con el objetivo que el procedimiento sea lo menos atemorizante y lo más confortable, atendiendo a los estándares de seguridad, intenta disminuir el trauma psicológico del niño y de los padres, facilitando el éxito del procedimiento. La dosis fue de 0.5 mg/k por vía oral, que es la indicada, y que tiene un efecto máximo de 10 a 30 minutos? (v. fs. 579). Es importante destacar que la experta diferenció los conceptos entre sedación y anestesia, indicando que el niño no fue anestesiado sino sedado. En este punto la anesthesióloga hizo hincapié en que ¿el paciente no fue anestesiado, ya que según consta en la Historia Clínica, el niño salió del quirófano y llegó a la habitación sedado, con estabilidad termodinámica y suficiencia cardiorrespiratoria? (v. fs. 579 vta.). Además, indicó que ¿se trataba de una cirugía electiva, que no comprometía la vida del niño, y que debió suspenderse después de recibir una medicación ansiolítica, y no una anestesia general, por motivos ajenos al accionar del anesthesiólogo, y que no produjo daños en el niño? (v. fs. 580). De la prueba pericial previamente reseñada extraigo que si bien la intervención quirúrgica no fue realizada por ausencia del médico Gustavo Viollaz, quien por motivos personales no asistió a la cirugía, lo cierto también es que el menor no sufrió daños de carácter patrimonial. Como concluyen los expertos, J. A. A. recibió una pre-medicación destinada a paliar los efectos traumáticos de la operación, sin recibir anestesia, manteniendo la estabilidad termodinámica y la suficiencia respiratoria. Dicha intervención podía ser reprogramada sin causar efectos adversos en el paciente (v. fs. 453). Ahora bien, descartado el daño patrimonial del menor y fuera de análisis el daño extrapatrimonial del mismo, dado que no fue objeto de demanda, corresponde examinar las alegadas perturbaciones aparentemente sufridas por los progenitores al tener que vivenciar la fallida intervención quirúrgica. Aquí deviene imperioso destacar que las partes han consentido la calificación de la acción en el ámbito de la responsabilidad contractual, lo cual no puede ser alterado judicialmente, porque resultaría afectado tanto el principio de congruencia como el derecho de defensa, que son elementos del debido proceso legal (v. fs. 16/24 y fs. 712 vta. primer párrafo; arts. 18, CN; 15 C.Prov.; 34 inc. 4, 163 inc. 6, C.P.C.C.). En este orden, dicho perjuicio en principio no debe presumirse. Quien lo invoca debe alegar y probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia correspondiendo al juzgador aplicar la condena de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso. Sabido es que este tipo de daño se encuentra vinculado con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica y que por dicha razón no pueden equipararse ni asimilarse a molestias, dificultades o perturbaciones que pueden provocar un determinado incumplimiento contractual salvo que éste haya tenido una incidencia que involucre un perjuicio como el que se tiende a reparar. Es criterio del cimero Tribunal provincial que en materia contractual -donde resulta de aplicación el art. 522 del Código Civil- el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado

con criterio restrictivo para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido. En tal sentido se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios (S.C.B.A., C. 117.341 Sent. del 22/04/2015; 111.627 Sent. del 26/06/2013; Ac. 89.068 Sent. del 18/07/2007, entre otras). En este sendero, es preciso señalar que en la demanda se invocan una serie de altercados vividos por los progenitores del menor que no encuentran respaldo alguno que permita otorgarles la razón en este aspecto. No han producido al menos una prueba testimonial en la que pueda fundarse el menoscabo invocado y la pericia psicológica no resulta contundente, a mi entender, para acreditar las supuestas afecciones espirituales padecidas por los mismos como consecuencia de la suspensión de la cirugía. Nótese que la psicóloga María Agustina Bórmida, al descartar el daño psicológico de los accionantes, destacó "que el no realizar intervención quirúrgica que se había pautado con antelación y lo errado de la comunicación, podría definirse como eventos que revestirían caracteres de traumáticos, situaciones que conllevarían cierta carga de gravedad y de paulatina recuperación" (v. fs. 478). Al respecto debo decir que lo referido en el párrafo previo bajo ninguna circunstancia demuestra los padecimientos relatados en la demanda, dado que al definir las consecuencias de la suspensión de la cirugía y las falencias de la comunicación, utiliza el verbo en potencial y no aporta datos concretos sobre la existencia y magnitud del daño que habrían sufrido los reclamantes por los hechos invocados (art. 375, 384 y 474, C.P.C.C.; 522, 1078, C.C. y 1741, C.C.C.). En concreto, al no haber acreditado los interesados el presupuesto central de la responsabilidad civil, el daño, en autos no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria. Por lo expuesto, propongo al acuerdo la revocación del fallo apelado en cuanto a la procedencia de la acción de daños y perjuicios de Mariano Martín A. y Andrea Verónica Puppo por derecho propio contra Gustavo Viollaz, el Instituto Médico Platense S.A. y la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., con costas de ambas instancias a los actores por su condición de vencidos (art. 68 y 274, C.P.C.C.).

**VOTO POR LA NEGATIVA. A LA MISMA PRIMERA CUESTION, la Señora Presidente, Doctora Bourimborde, adhirió al voto que antecede, aduciendo idénticos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez, Doctor Torre, dijo:** Atendiendo al acuerdo logrado al tratarse la anterior cuestión corresponde revocar parcialmente la sentencia definitiva de 706/713 vta., rechazar la acción de daños y perjuicios de Mariano Martín A. y Andrea Verónica Puppo por derecho propio contra Gustavo Viollaz, el Instituto Médico Platense S.A. y la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., e imponer las costas de ambas instancias a los actores por su condición de vencidos. **ASI LO VOTO. A LA MISMA SEGUNDA CUESTION, la Señora Presidente, Doctora Bourimborde, adhirió al voto que antecede, aduciendo idénticos fundamentos.**

Con lo que finalizó el acuerdo, dictándose la siguiente **SENTENCIA AUTOS Y VISTOS:**

**CONSIDERANDO:** Que en el precedente acuerdo ha quedado establecido que la sentencia definitiva de fs. 706/713 vta. se ajusta parcialmente a derecho (arts. 522, 1068 y 1078, C.C.; 1741 C.C.C.; 68, 242, 246, 260, 261, 262, 267, 375, 384, 474 y conchs., C.P.C.C.; 31 de la ley 8904, ley 14.967). **POR ELLO:** se revoca parcialmente la sentencia definitiva de 706/713 vta.; se rechaza la acción de daños y perjuicios de Mariano Martín A. y Andrea Verónica Puppo por derecho propio contra Gustavo Viollaz, el Instituto Médico Platense S.A. y la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.; se imponen las costas de ambas instancias a los actores por su condición de vencidos y se posterga la regulación de los honorarios profesionales hasta la oportunidad en que se haya practicado la de los trabajos cumplidos en la instancia de origen. **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**

033818E