

## Intervencion Quirurgica Material De Laparoscopia Relacion Causal

### JURISPRUDENCIA

### Intervención quirúrgica. Material de laparoscopia. Relación causal

En el marco de un juicio por daños y perjuicios por mala praxis médica, se confirma la sentencia apelada en lo sustancial que decide y se la modifica rechazando el reclamo efectuado en concepto de "incapacidad física". En Buenos Aires, Capital de la República Argentina a los días del mes de marzo de 2018, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F", para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada. Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación: Sres. Jueces de Cámara Dres. GALMARINI. ZANNONI. POSSE SAGUIER. A las cuestiones propuestas el Dr. Galmarini dijo: I.- Relató la actora que el día 11 de junio de 2012 fue intervenida quirúrgicamente por parte del Dr. Acosta Pimentel en las inmediaciones del Hospital Austral, a fin de extraerle cálculos de la vesícula biliar. Que pasado aproximadamente un año desde la cirugía padeció malestar y dolores cada vez más intensos, que se irradiaban desde el abdomen hacia atrás, que confundía con dolores musculares, asociándolo a una lumbalgia. Que al consultar a un especialista en traumatología, éste descubre mediante una radiografía, un cuerpo extraño del tamaño de un botón, presumiblemente metálico, ubicado entre el hígado y el riñón derecho. Seguidamente sostuvo que mediante una tomografía computada se confirmó que se trataba de un cuerpo metálico perteneciente a material de laparoscopia. Que se halla en un estado de incertidumbre, sufriendo dolores y con un temor constante de que esta situación derive en la pérdida de su vida. Con motivo en los hechos expuestos demandó a Mario Acosta Pimentel, Hospital Universitario Austral (Asociación Civil de Estudios Superiores). La Sra. jueza de primera instancia admitió la demanda, condenando a los accionados a abonar a la actora la cantidad de \$104.300. Apelaron la actora, quien fundó su recurso a fs. 417/419, la citada en garantía Federación Patronal de Seguros quien presentó su memorial a fs. 423/425, la codemandada Asociación Civil de Estudios Superiores y su aseguradora, quienes expresaron sus agravios a fs. 432/441, el codemandado Acosta Pimentel y su aseguradora quienes fundaron su recurso a fs. 442/455. Solo el memorial de la actora fue respondido a fs. 457/458, 460/464 y 466/470. II.- Agravios atinentes a la responsabilidad: Los codemandados y sus aseguradoras se quejan de la responsabilidad que les atribuyó la magistrada alegando fundamentalmente que en el caso no se ha acreditado la relación causal entre los daños que refiere la accionante y una práctica médica deficiente en ocasión de la intervención quirúrgica en cuestión. Asimismo sostienen que no se ha probado que la presencia del objeto metálico en el cuerpo de la actora le haya generado daño alguno y que tampoco se ha demostrado que pueda generarle un perjuicio en el futuro. Además el codemandado Acosta Pimentel aduce que no ha probado que la presencia en el cuerpo de la actora del objeto metálico en cuestión sea una consecuencia de la intervención quirúrgica por él llevada a cabo. En la especie se solicita la indemnización de los daños que la actora dice haber sufrido a causa una mala praxis médica que imputa al profesional demandado, consistente en un oblitio quirúrgico cometido en ocasión de realizarle una cirugía para extirparle cálculos de la vesícula. Para que quede comprometida la responsabilidad del médico por los hechos cometidos en el ejercicio de la profesión, el paciente debe demostrar la culpa en la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado, bastando que alguno de esos requisitos falle para que el profesional (o en el caso la obra social demandada) quede exento de responsabilidad por las consecuencias de su actividad (conf. CNCiv. Sala "E", junio 7/2006, "B.", de L. A. N. c/ C., M. y otros?", LL diario 05/09/2006, p. 5, citado en López Mesa, Marcelo "Tratado de responsabilidad médica", pág. 161, Ubijus, Bogotá, Colombia, junio de 2007). Sentado ello, corresponde analizar las constancias obrantes en autos a fin de verificar la concurrencia en el caso de los presupuestos antes referidos. Se halla fuera de discusión que el día 11 de junio de 2012 el Dr. Acosta Pimentel le practicó a la Sra. G. una colecistectomía laparoscópica, que se practicó sin complicaciones quirúrgicas. Que el día siguiente fue dada de alta. Tampoco es materia de controversia que el 30 de mayo de 2013 mediante la realización de una RX de abdomen se constató la presencia de una imagen radio opaca circular correspondiente a un oblitio quirúrgico. El perito médico legista designado en autos luego de analizar las constancias obrantes en la causa informó que el referido elemento metálico "no se encontraba en el espacio de Morrison en los exámenes prequirúrgicos". Asimismo señaló que "por la topografía en la que se encuentra es difícil poder atribuir al oblitio quirúrgico signo sintomatología propia dado que las molestias en el hipocondrio derecho referidas por la actora bien pueden ser atribuidas a las esperables luego de la colecistectomía". Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, la nula repercusión general y la escasa sintomatología, se podría llegar a inferir que por el momento no es necesaria una nueva intervención para extraer al oblitio quirúrgico. Sin embargo, la actora deberá someterse a diversos estudios de modo esporádico como para poder seguir la evolución de este proceso. Dado que nadie puede asegurar, ni descartar tanto la presencia de complicaciones como de nuevas cirugías en el

futuro? fs.246/247). Finalmente informó el experto que la presencia del cuerpo extraño en cuestión localizado intra abdominal le genera a la actora una incapacidad parcial y permanente del 5% (fs. 247). Lo informado por el perito médico permite tener por acreditado el ?oblito quirúrgico? ocurrido durante la cirugía practicada por profesional codemandado. Si bien es cierto que actualmente el objeto metálico ubicado intra abdomen no le generaría sintomatología alguna a la reclamante y que tampoco señala el perito que secuelas presentaría aquélla a raíz del oblito quirúrgico descripto, no puede soslayarse lo informado por el galeno en cuanto afirmó que la Sra. G. deberá someterse a controles y estudios de modo esporádico para seguir la evolución del proceso y que no se puede descartar que surjan complicaciones y que deban practicarse nuevas cirugías en el futuro. En efecto, aun cuando actualmente no presente sintomatología derivada de la mala praxis de autos, lo cierto es que la incertidumbre con la que ha de convivir y el deber de realizarse estudios y controles periódicamente para descartar posibles complicaciones, sin duda le genera a la reclamante un daño susceptible de ser indemnizado por el que los demandados deben responder. En un caso análogo al presente se ha señalado que ?el daño derivado del oblito del material quirúrgico (aguja) es responsabilidad del médico que realizó la operación, puesto que el cirujano tiene la obligación y responsabilidad de advertir que alguno de sus elementos de trabajo faltan o no están completos al finalizar su tarea, ya que aunque ésta sea una labor del instrumentista, el responsable final de las tareas delegadas es el galeno, quien debe tener el control del instrumental que usa y la forma en que lo devuelve la instrumentista. En definitiva, dentro del deber de seguridad asumido por el profesional se inscribe el control y conteo de los elementos utilizados durante la intervención?...? la sola presencia del oblito hace presumir un comportamiento negligente por parte del profesional que ha incurrido en él? (Conf. CNCiv. Sala ?F?, noviembre 28/2014 ?González Margarita María c/Costa Carlos Alberto y otros s/daños y perjuicios?). Las consideraciones apuntadas hasta aquí, revisten suficiente entidad como para desechar los agravios en estudio. Por ende, si mi voto fuese compartido, propongo confirmar la sentencia en este aspecto. III.- Incapacidad sobreviniente: Se agravia la actora de que se haya desestimado el reclamo formulado en concepto de daño psíquico y tratamiento psicológico. Los codemandados y las aseguradoras ?SMG Cia. Argentina de Seguros SA? y ?Seguros Médicos SA? solicitan el rechazo del monto fijado por ?daño físico? (\$54.300). La citada en garantía ?Federación Patronal Seguros SA? propicia su reducción. Sobre el punto cabe ponderar que he adherido al criterio según el cual lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente, que perduran de modo permanente, y si bien los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, sólo tienen un valor relativo, por lo que el juzgador, con sustento en las circunstancias personales del damnificado, debe valorar principalmente las secuelas físicas y psíquica que surgen descriptas por el experto que importen una disminución en la capacidad vital (CNCiv.Sala C, septiembre 20/1999, ?Huaman, María de la Cruz c/Micro Ómnibus Norte S.A. s/daños y perjuicios?, L.258.943; CNCiv. Sala F, febrero 1º/2008). Si bien el perito médico señaló que la presencia del objeto metálico en el abdomen de la actora le generaría a esta última una incapacidad física del 5%, el profesional no refirió cuales serían concretamente las secuelas de las que derivaría esa incapacidad. Además señaló que la reclamante no presenta actualmente sintomatología asociada al oblito quirúrgico en cuestión. Atento a ello juzgo que al no haberse probado que la Sra. G. presente secuelas de carácter permanente derivadas de la mala praxis que motivó esta causa, corresponde rechazar el reclamo efectuado por daño físico. En lo atinente al aspecto psicológico, toda vez que la perito psicóloga sostuvo que no se detectó en la actora signo-sintomatología actual que constituya criterio suficiente para realizar un diagnóstico según el DSM IV, ni tampoco secuela psíquica derivada del evento de autos (fs. 310 vta. /311), corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó el reclamo efectuado por daño psíquico y tratamiento psicológico. IV.- Daño moral: La actora se agravia del importe fijado por esta partida (\$50.000) por considerarlo exiguo. Las codemandadas y sus aseguradoras solicitan el rechazo del rubro en cuestión. El resarcimiento del daño moral exige tomar en consideración los dolores y padecimientos del damnificado, el tiempo de convalecencia hasta su restablecimiento, y las demás repercusiones anímicas que provocaron las lesiones inferidas y los tratamientos a los que fue sometido. Si bien no es susceptible de prueba directa, cabe presumir el daño moral in re ipsa por la índole de las ofensas recibidas y la personalidad del ofendido (CNCiv. Sala F, octubre 29/2007, ?Buceta, Inés Rosa c/ Casco, Cristian Adrián y otros?, y jurisprudencia allí citada: CNCiv., sala A, 10/11/1997, La Ley, 1999-A-484 -fallo 41.189-S- y JA, 1998-III-334 ; sala D, 9/9/1999, La Ley, 2000-C-948 -jurisprudencia agrupada, caso n. 15.080-; sala G, 19/10/1980, JA, 1981-IV-329; sala E, 30/3/1984, JA., 1984-III-293; esta sala, 29/10/1999, La Ley, 2000-E-924). En lo tocante a la fijación, sabido es, que resulta de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante (CNCiv. Sala F, junio 3/2005, voto del Dr. Posse Saguier en los autos ?Pirozzi, Laura Vanesa y otro c/ Quiroga Carlos José y otros?, L. 418.036). Ahora bien, el estado de incertidumbre que afecta a la reclamante, la pérdida del sentimiento de tranquilidad y seguridad y la necesidad de realizar

en el futuro diversos controles médicos a causa del oblitio quirúrgico en cuestión, tornan procedente el resarcimiento del daño en estudio, y juzgo que el importe fijado por la magistrada resulta adecuado por lo que propicio su confirmación. V.- Intereses: La Sra. jueza de grado dispuso que los intereses relativos a los importes por los que prospera la demanda deberán computarse desde la fecha de la intervención quirúrgica (11/6/2012) y hasta el efectivo pago, a la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal, anual, vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina. El codemandado Acosta Pimentel y su aseguradora alega que la aplicación de la tasa activa antes referida generará un enriquecimiento indebido en cabeza de la actora. La codemandada ?Asociación Civil de Estudios Superiores y su aseguradora solicitan que desde la fecha de la mora hasta la de la sentencia los intereses se computen a la tasa del 8% anual. De conformidad con el criterio de la Sala recordado en el considerando anterior en lo concerniente a la vigencia ultraactiva del art. 303 del Código Procesal, aún resulta ser de aplicación obligatoria la doctrina del fallo plenario dictado el 20 de abril de 2009 en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios". En lo atinente a la tasa aplicable corresponde aclarar que si bien con anterioridad en esta Sala por mayoría, que integrábamos con el Dr. Posse Saguier, se hacía un distingo para la determinación de la tasa de interés a aplicar según la fecha en que se valoraban los montos indemnizatorios, a partir del precedente resuelto por la Sala con fecha 14 de febrero de 2014 en los autos ?Zacañino, Loloir Z. c/ AYSA s/ daños y perjuicios? (expte. N° 162543/2010, L. 628.426), un nuevo planteo de la cuestión realizado ante la situación económica del país, nos ha llevado a adherir a la solución según la cual la tasa activa prevista en el fallo plenario antes citado, no representa un enriquecimiento indebido, pues en manera alguna puede considerarse que la aplicación de esa tasa en supuestos como el del caso implique una alteración del significado económico del capital de condena. Por estos fundamentos, corresponde desestimar los agravios de la citada en garantía sobre el punto en examen, y consecuentemente confirmar lo decidido en el pronunciamiento apelado. En mérito a lo expuesto, voto por que se confirme la sentencia apelada en lo sustancial que decide y por que se la modifique rechazando el reclamo efectuado en concepto de ?incapacidad física?. Finalmente propongo que se confirme el pronunciamiento en todo lo demás que fue materia de agravios. Con costas dealzada a cargo de los demandados y las citadas en garantía (art. 68 del Código Procesal). Por razones análogas a las aducidas por el Dr. Posse Saguier, los Dres. ZANNONI y POSSE SAGUIER votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto. JOSE LUIS GALMARINI. EDUARDO A. ZANNONI. FERNANDO POSSE SAGUIER. Es copia fiel de su original que obra en el Libro de Acuerdos de esta Sala ?F? de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, mazo de 2018. AUTOS Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo sustancial que decide y se la modifica rechazando el reclamo efectuado en concepto de ?incapacidad física?. Finalmente, se confirma el pronunciamiento en todo lo demás que fue materia de agravios. Con costas de alzada a cargo de los demandados y las citadas en garantía (art. 68 del Código Procesal). Notifíquese y Devuélvase. JOSÉ LUIS GALMARINI EDUARDO A. ZANNONI FERNANDO POSSE SAGUIER 033459E