

Mala Praxis Medica Intervencion Quirurgica

JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Intervención quirúrgica

Se reduce el

monto indemnizatorio establecido en la sentencia que hizo lugar a la demanda por mala praxis médica, incoada a raíz de una intervención quirúrgica que le fuera practicada a la accionante en el establecimiento de salud demandado. En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 27 días de Marzo de 2018, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Carlos Enrique Ribera y Hugo O.H. Llobera, para dictar sentencia en el juicio: ?S. A. C/ OSPEGAP Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS ORDINARIO? y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Llobera y Ribera resolviéndose plantear y votar la siguiente: CUESTIÓN ¿Debe modificarse la sentencia apelada? Votación A la cuestión planteada el señor juez doctor Dr. Llobera, dijo: I. Antecedentes La parte actora inicia demanda de daños y perjuicios imputando mala praxis al médico Jorge Demirdjián. En el escrito inicial expresa: ? Que, el día 18 de septiembre del año 2000 fue intervenida quirúrgicamente por dicho especialista en cirugía general del Hospital Privado Modelo S.A., en virtud de padecer una litiasis vesicular múltiple. ? Que se le colocó un drenaje, le autorizó el alta médica de internación pero debió permanecer en contacto con el médico para conocer su evolución dado que despedía líquido biliar. ? Que a los diez días le quita el drenaje pero esa noche, y ya en su domicilio comenzó a drenar nuevamente. ? Que el profesional la citó para el día siguiente para efectuarle una endoscopia, que dicho estudio fue realizado por otro médico del mismo equipo hospitalario y con su resultado el demandado le indica que debía ser intervenida. ? Que jamás le brindó explicación alguna del origen de estos padecimientos. ? Que la endoscopia mostró una fisura de la unión cístico-coledociana y que ésta herida fue provocada por el médico demandado y como consecuencia del método quirúrgico que utilizó, quien nunca advirtió esta lesión sino luego de revelados los síntomas post-operatorios. ? Que el nombrado no pudo resolver la situación y que la contactó con un especialista en vías biliares del Hospital Pirovano, el doctor Pablo Sisco. ? Que dicho profesional le describió el cuadro y que para reparar el conducto dañado por Jorge Demirdjián y paliar las graves secuelas provocadas por su negligencia y la mala praxis médica, debió someterse a dos intervenciones quirúrgicas en los meses de noviembre del año 2000 y en septiembre de 2001, llevadas a cabo por el referido especialista. ? Que la impericia en el procedimiento que eligió Jorge Demirdjián, es decir, tratamiento del método laparoscópico, la negligencia en la realización de la cirugía y su falta de diligencia posterior, le provocaron los daños por los que reclama. ? Que la responsabilidad en el evento dañoso resulta extensible a la Obra social y al Hospital Privado Modelo S.A. Reclama en concepto de indemnización la suma de \$ 727.500 (fs. 39/57). Los accionados y la aseguradora, niegan los hechos afirmados en la demanda. El Dr. Jorge Demirdjián, da su versión y afirma: ? Que dado el diagnóstico de litiasis vesicular múltiple indicó a la paciente que debía someterse a una colecistectomía videolaparoscópica, procedimiento universal aconsejado por las ventajas que se obtienen con respecto al método convencional. ? Que, cumplidos los estudios pre quirúrgicos habituales se programó la cirugía. ? Que en este tipo de intervenciones se pueden generar complicaciones, como el fallo en la ligadura del cístico, lesión por los clips o lesión térmica y el tratamiento aconsejado. ? Que en el caso le explicó a la paciente la necesidad de colocarle un drenaje, quien a los días presentó un cuadro de bilirragia postoperatoria. ? Que, atento el buen estado general que presentaba, justificaba una actitud expectante a la espera de su evolución y que cumplido el tiempo para el cierre espontáneo de la fístula, decidió la realización de una colangiografía retrograda. ? Que dicho estudio constató la indemnidad de la vía biliar con fuga del líquido de contraste a nivel cercano a los clips, en la unión cístico coledociana. ? Que si el colédoco hubiera sido resecaado como menciona la actora, no hubiese sido posible efectuar este estudio. ? Que dado que la relación con la paciente se deterioraba, como es de norma en estos casos, puso a la actora en manos de otro profesional para proseguir su tratamiento. ? Que ningún médico está exento de complicaciones y que no hubo impericia, negligencia o mala praxis, pues no existió error de diagnóstico ni de tratamiento (fs.87/101, 116, 288/307). II. La sentencia El fallo admite la demanda interpuesta y condena a Jorge Demirdjian, Hospital Privado Modelo S.A. y Obra Social del Petróleo y Gas Privados a abonarle a A. S. la suma de \$ 499.300, con más los intereses que establece a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones a treinta días respecto a fondos captados en forma digital, desde la fecha del perjuicio (18 de septiembre de 2000) y hasta su efectivo pago. Impone las costas a la demandada y hace extensiva la condena a Federación Patronal Seguros S.A., en los términos y límites del contrato de seguro. Difiere las regulaciones de honorarios para su oportunidad legal (fs. 1176/1189). Asimismo rechaza la excepción de no seguro o de cobertura por falta de denuncia interpuesta por Federación Patronal Seguros S.A. y le impone las costas a dicha parte. III. La apelación

La actora apela la sentencia (fs. 1201) pero al no expresar agravios se declaró desierto el recurso (fs. 1253). El demandado apela (fs. 1202) y expresa agravios (fs. 1242/1245), lo que son contestados por la contraria (fs. 1268/1274). La aseguradora apela el fallo (fs. 1198) y expresa agravios (fs. 1247/1252), los que merecen la respuesta de la reclamante (fs. 1260/1267). La sindicatura del Hospital Privado Modelo S.A. apela (fs. 1196) y expresa agravios (fs. 1236/1240), los que son contestados por la actora (fs. 1275/1281).

IV. La deserción del recurso La actora, al contestar los traslados conferidos, pide se declaren desiertos los recursos de los demandados y de la citada en garantía, por no cumplir con lo dispuesto por el art. 260 del CPCC. Expresar agravios consiste en el ejercicio del control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del juez y al ponerlos en evidencia, obtener una modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que ocasiona (esta Sala, causas n° 68.165, 68.667, 101.100). Bajo ese concepto, el tribunal de alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que denotan una mera disconformidad subjetiva con la sentencia y que por tanto son insuficientes como fundamento de la apelación (doc. arts. 246 y 260 del CPCC). Entiendo que la facultad de declarar desierto un recurso ante la insuficiencia de la expresión de agravios debe ejercerse por la alzada con un criterio restrictivo, ya que lo contrario puede llevar a que, en forma arbitraria, se afecte el derecho de defensa del recurrente. Así lo ha decidido esta Sala en numerosos casos (causas n° 99.866, 100.375, 100.883; entre muchos otros). La expresión de agravios de los accionados y de la citada en garantía, se refieren en forma concreta a la sentencia y a las pruebas producidas, razón por la cual estimo debe tenerse por cumplida la obligación del art. 260 del CPCC. Por lo dicho, entiendo que corresponde proceder al análisis de los agravios vertidos por los accionados en relación a la atribución de responsabilidad. En cuanto a los montos indemnizatorios, sólo se tendrá por cumplida la queja formulada por la aseguradora. Pues a diferencia esta última, lo expuesto por el Hospital Privado Modelo S.A., en el sentido que se disminuyan al 30% sin ninguna otra manifestación, no cumple ni en forma mínima con la crítica con concreta y razonada que establece el art. 260 del CPCC, por lo cual postulo la deserción del recurso de dicha parte en el aspecto señalado.

V. Los agravios 1. La atribución de responsabilidad médica a. El planteo Los accionados y la aseguradora cuestionan la sentencia en cuanto admitió que hubo mala praxis médica. Para sustentar lo contrario reiteran algunas argumentaciones vertidas en sus respectivas contestaciones de demanda. El demandado Jorge Dermidjian expone: ? Que la Sentenciadora tomó in totum el relato de la demanda y no tuvo en cuenta su contestación, e incurrió en errores groseros con respecto a la consideración de una lesión biliar y a la información que le brindó a la paciente en relación a la cirugía. ? Que la Magistrada le critica el alta sanatorial, sin embargo fue decidida cuando la actora se encontraba compensada, a la espera de una evolución y con controles diarios, hasta que se realizó la CPRE (colangiografía retorgada). ? Que se encuentra probado que en todo momento actuó con idoneidad y capacidad médica. ? Que el informe de la causa penal es incorrecto porque el perito no reparó en la colangiografía, la cual demuestra que la vía biliar se encontraba íntegra y no se resecó en la cirugía, como menciona. ? Que el procedimiento que se utilizó tiene sus complicaciones como cualquier otra cirugía y no necesariamente se producen por falta de cuidado; que no se dan garantías de éxito sino sólo de un buen proceder con responsabilidad médica. ? Que la actora fue asistida en el lugar y por el médico al cual la derivó, el Dr. Sisco y que la complicación fue reparada; que no hubo violación al deber de cuidado. Entiendo que no existe razón alguna que justifique la condena, pues quedó demostrado que el profesional actuó con la pericia y prudencia necesaria. Solicita se revoque la sentencia y se rechace la demanda. La citada en garantía formula su queja en sentido similar al precedente. El Hospital Privado Modelo S.A., quien luego de contestar demanda fue declarado en quiebra (fs. 474 y 486), se queja y solicita que se la exima de una condena que no le corresponde. Ponen en duda si los médicos tratantes pertenecían al establecimiento y recuerda que sólo sería responsable por los hechos de sus dependientes. Señala que el fallo no hace mención a la mala praxis. Hace hincapié en la discordancia entre la supuesta lesión hallada en la cirugía efectuada por el Dr. Cisco el 27-11-2000 y la diagnosticada en la colangiografía endoscópica retorgada realizada en el Hospital el día 13-10-2000. Refiere que en este último se halló una lesión de tipo D y en el Hospital Pirovano el hallazgo fue de tipo E4; es decir, una lesión biliar con afectación de la confluencia y pérdida de la comunicación entre los dos conductos hepáticos derecho e izquierdo. Sostiene que si esta era la lesión original, jamás se hubiese rellenado la vía biliar intrahepática durante la colangiografía retorgada mencionada. Pide que se rechace la demandada con costas. La actora al responder los agravios del médico demandado, sostiene que la condena no se basó en el relato de la demanda sino en los hechos probados por su parte y en la escasa actividad probatoria del recurrente. Refiere que no es relevante la información brindada a la paciente en relación a las incisiones o a la necesidad del drenaje; que el tema determinante fue su uso prolongado, lo cual acredita el error en el procedimiento y el daño físico que le ocasionó. Afirma que el informe de la CPRE resulta un dato parcial, pues la sentenciadora valoró junto con este y de manera complementaria las historias clínicas y periciales. Reitera que no se trató de una complicación de la cirugía sino que el médico Dermidjian mediante la utilización del láser le cortó el colédoco y cortó sus vías biliares, los cuales no eran parte de la intervención y con ello quedó probada la mala praxis. En cuanto a las fundamentaciones del Hospital Privado Modelo S.A. y respecto a la discordancia de los diagnósticos, refiere que es obvio que ningún médico de dicho

nosocomio ni estudios por imágenes posteriores pudieran o no quisieran evidenciar la mala praxis; tampoco le dieron solución al caso. Recuerda que fue el Dr. Sisco, especialista y eminencia en la materia, ajeno al equipo del Dr. Demirdjían, quien halló la causa del problema y lo resolvió. Agrega que la "mala técnica médica" a la alude la Sentenciadora equivale a la "mala praxis" reclamada y base fundamental de la condena. Pide que se desestimen los agravios y se confirme la sentencia con imposición de costas.

b. El análisis

i. Consideración previa

Ante la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) ley 26.994 a partir del 1º de agosto de 2015 (ley 27.077), corresponde señalar que el nuevo ordenamiento dispone en forma expresa su irretroactividad, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo (art.7). No cabe duda alguna que, el vínculo entre la actora y los codemandados Hospital Privado Modelo S.A., titular del establecimiento donde se produjo el hecho y Obra Social del Petróleo y Gas Privados, ha sido una relación de consumo. En efecto, según dispone el art. 1092 del CCCN, se trata de la adquisición o utilización, en forma gratuita u onerosa, de bienes o servicios, por una persona humana o jurídica, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo social o familiar. Teniendo en cuenta ello y que en el presente se reclaman supuestas deficiencias en la prestación médica, considero que a su respecto el caso encuadra en las disposiciones de la ley de Defensa al Consumidor (ley 24.240 y modificatorias) y de los arts. 1092 y siguientes del CCCN. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al profesional de la medicina a título de culpa, conforme el desempeño exigible al tiempo del hecho (18-9-2000), regulado por el Código Civil (ley 340 y modificatorias), entonces en vigor, pues era el que regía la conducta de las partes y a sus normas debieron ajustarse.

ii. La atribución de responsabilidad médica

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha decidido en forma reiterada que la responsabilidad profesional, es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere; por lo tanto, para su configuración debe reunir los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad de orden civil. En virtud de ello, cuando el profesional médico incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación asistencial, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512 Cód. Civ.; en similar sentido art. 1724 del CCCN; conf. SCBA, Ac. N° 31.702 del 22-12-1987, 39.597 del 13-9-1988, 38.114 del 25-10-1988, 40.456 del 15-8-1989, 43.540 del 9-4-1991, 45.177 del 30-4-1991, 44.440 del 22-12-1992, 50.801 del 21-12-1993, 55.133 del 22-8-1995, 56.949 del 9-4-1996, 59.937 del 25-11-1997, 62.097 del 10-3-1998, 65.802 del 13-4-1999, 71.581 del 8-3-2000, 75.676 del 19-2-2002, 76.152 del 17-12-2003, 84.616 del 3-3-2004, 87.859 del 20-4-2005).

La conducta que se le exige, es la de un "buen profesional médico" y para definirla debemos acudir al art. 902 del Código Civil (en sentido similar art. 1725 del CCCN), por lo cual "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". Esto resulta lógico en vista de los mayores deberes que incumben sobre quienes se hallan habilitados para desempeñarse como profesionales por la capacitación que supone el título universitario o especialización que hubieren alcanzado (causas n° 84.931, 85.663, 86.931, entre otras).

En este aspecto, es necesario destacar que, en el ejercicio del arte de curar, los médicos son responsables de las faltas que cometen si ellas resultan de la inobservancia de las reglas comunes de prudencia y atención. Serán responsables por hacer algo que no debieron, o por omisión de lo debido; o bien, por el defecto en el grado requerido de cuidado y habilidad profesional o diligencia.

La obligación asumida por el profesional médico ha sido definida como "obligación de medios", por lo cual el galeno compromete la prestación de sus servicios, con base en los conocimientos médicos, poniendo en el cumplimiento de su labor la diligencia y cuidados que la misma requiere según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 512 del Cód. Civil; 1724 CCCN), debiendo tomar las medidas que normalmente conducen a determinado resultado, pero sin garantizar éste último.

Cabe señalar, asimismo, que si el resultado de un tratamiento no es el esperado, no por ello se compromete la responsabilidad civil del profesional médico, si su conducta imputada como reprochable no está probada de modo suficiente. El hecho que un tratamiento médico sea objeto de disenso u opinión contraria no resulta suficiente para atribuir culpa, negligencia o imprudencia al profesional que se inclinó por aquél, aunque no se lograre lo esperado (SCBA, Ac. n° 81.491 16-7-2003, 91.215 del 5-4-2006, 99.981 del 15-4-2009, 93.918 del 4-11-2009, entre otras).

La responsabilidad civil determina la obligación de reparar, por medio de una indemnización pecuniaria, el daño que se ha causado a otros, de manera que ser responsable desde el punto de vista civil significa "estar obligado a reparar por medio de una indemnización, un perjuicio sufrido por otras personas" (conf. Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, T° 4 p. 139). Son presupuestos necesarios para que se genere la obligación de resarcir: el incumplimiento objetivo o material, un factor de atribución de responsabilidad, la existencia de daño, relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño, bastando que alguno de estos presupuestos fracase para que se encuentre exento de responsabilidad. Sin su presencia no existe responsabilidad civil, sea del tipo que fuere (causas n° 98.546, 107.157, entre otras).

La relación causal es el elemento del acto ilícito civil que permite vincular el daño con el hecho imputado; sea en forma directa o indirecta. En el campo de la responsabilidad civil, cumple la esencial función de permitir, con aceptable rigor científico, la determinación de la atribución del resultado dañoso (causa n° 107.157, ya citada).

iii. La carga de la prueba. El

sistema de cargas dinámicas. Cuando la responsabilidad profesional se fundamenta en la culpa, esta debe ser, en principio probada por el actor, sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y el concepto de carga probatoria dinámica (causas n° 85.426, 88.875, 90.004, 103.282, entre otras). De ello se deriva que, en principio, es el paciente damnificado quien debe probar la impericia, negligencia, inexperiencia y/o incumplimiento de los deberes a cargo del profesional tratante. Este criterio, de colaboración en la acreditación de los hechos, cualquiera sea el rol de la parte, es conocido como doctrina de las cargas dinámicas (Falcón, Enrique, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 241; Fenochietto, Carlos E., Arazi, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As., 1987, p. 324; Peyrano, J. y Chiappini, L., El derecho probatorio posible y su realización judicial, Ed. Rubinzal Culzoni, 1990; Lorenzetti, Ricardo L., Responsabilidad profesional en Reformas al Código Civil, Ed. Abeledo Perrot, 1995, 169). Se juzga que es dable exigir al profesional, en este caso al codemandado, a la Clínica y Obra Social demandadas, una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos controvertidos en la causa, puesto que sobre ambas partes pesa el deber de actuar en el proceso con buena fe, y que la convicción de los elementos incorporados al expediente habrá de permitir al juez, determinar las 'presunciones hominis' de culpa contra la parte que observó una conducta pasiva para demostrar su falta de culpa, cuando se encontraba en mejores condiciones de hacerlo que el actor de probar la culpa de aquel (Bustamante Alsina, 'Prueba de la culpa médica?', LL, 1992-D-582 y ss. N° V y VI; causa 26-11-1998, 'Wilson, Nolan c/Clínica Privada s/ daños y perjuicios?', en Síntesis Jurisprudencial (C.A.S.I.), n° 10, 1998- pág. 28). Cuando se pone en tela de juicio la actuación de un profesional éste, en función de la colaboración con el órgano judicial, también tienen la carga de demostrar que actuaron con la eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas por las circunstancias del caso. La Suprema Corte de la Provincia ha dicho, en numerosas oportunidades, que el principio de la carga interactiva de la prueba impone, en un caso de responsabilidad médica, que los galenos no pueden limitarse a la mera negativa, sino que tienen que colaborar con el esclarecimiento de la verdad. Esta teoría constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución del 'onus probandi' (SCBA, Ac. 82.684, sent. del 31-3-2004; C. 98.767, sent. del 21-5-2008, Ac. 97.796 del 31-8-2016). Así, la imposición de probar los presupuestos que se invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, establecido por el art. 375 del CPCC, no depende de la calidad de actor o demandado, como lo he mencionado, sino de la situación en que los litigantes se coloquen dentro del proceso. Parece justo que en los supuestos donde el develamiento de la verdad está al alcance de ambas partes, se requiera una actitud positiva de ellas con el fin de que aquella sea esclarecida (CNFCC, Sala III, 22-4-2003 'Contreras c/SEGBA?', E.D. 205-24). No obstante, ese dinamismo probatorio nunca podrá traspasar el límite que impone el art. 18 de la Constitución Nacional, por lo cual mal podría exigirse el planteo por el propio demandado de puntos periciales que sepa le serían adversos. En este sentido, es mi parecer que sólo se puede requerir al accionado el máximo de colaboración para acreditar todo aquello que permita poner en evidencia la corrección de su proceder. Esta tesis no afecta en modo alguno el derecho de defensa del profesional o del establecimiento asistencial. El mismo se halla garantizado no sólo por la posibilidad de señalar la incorrección de la postura del actor, sino de justificar que en el diagnóstico y tratamiento brindados no se incurrió en aquellas conductas reprochables que llevaron a un incorrecto diagnóstico o tratamiento. Por esta razón, en causas como la presente, la parte demandada, tiene la obligación de poner a disposición del tribunal, todos los elementos de convicción que disponga; al profesional imputado de mala praxis se le exige una conducta de cooperación. El médico tratante o en su caso la entidad demandada, deben acreditar que se realizó todo lo que correspondía en función de las características del cuadro que presentaba el paciente y los medios disponibles. Esto es así porque en principio nadie mejor que el médico y en su caso, el centro asistencial, para conocer y disponer de los medios de prueba necesarios para que aquello se acredite en el expediente. El criterio hasta aquí expuesto ha sido el seguido por esta Sala en numerosas causas (causas N° 85.663, D 11299-3, del 2-2012; 18.396-8, del 22-2-2016, 31.328-2013, del 4-2016, 11254/2009, del 23-6-2016). iv. Determinación de la prueba pericial En razón de la naturaleza de la cuestión debatida, la pericial médica es la prueba relevante, pues asesora al sentenciador en temas que escapan a su formación profesional (arts. 457, 474 del CPCC). Por ello, para resolver en esta materia resulta de una importancia decisiva recurrir, ante todo al informe pericial realizado por profesional idóneo en la materia. Sin embargo, ello no obsta a que se haya ponderado la totalidad de la prueba producida, entre otra, los antecedentes médicos, la historia clínica y también evaluado la declaración de los testigos. La circunstancia que el juzgador haya hecho referencia a las pruebas que le han servido en forma más decisiva para arribar a la conclusión, no presupone ni permite afirmar que las otras no hayan sido analizadas dentro del marco del art. 384 del CPCC, tomando el proceso en su desarrollo global y no a través de la valoración asilada de cada uno de los elementos probatorios. El juez es soberano en la apreciación de la prueba, sin que esté obligado a expresar en la sentencia la valoración de todas y cada una de ellas, sino solamente de aquellas con entidad suficiente para formar convicción. Teniendo a la vista el dictamen médico, corresponde atenerse a las conclusiones de lo informado por el perito, a menos que surja en forma manifiesta su incompetencia o que sus fundamentos, ponderados a la luz de la sana crítica, las observaciones de las partes, y los demás elementos

de convicción obrantes en la causa, adolezcan de clara insuficiencia (CNCiv., Sala I, 7-3-2000, D.J. Año XVI n°45, Bs. As., 4-10-2000, pág. 322; esta Sala I, causas n° 80.419, 93.308, entre otras). Si bien el dictamen pericial no es vinculante para el juez, éste no puede apartarse de él de modo arbitrario. En tal sentido deberá tomar en consideración: a) la competencia del perito; b) los principios científicos en que se funda; c) la concordancia de su aplicación con los principios de la sana crítica; d) las observaciones formuladas por las partes y e) los demás elementos de convicción que ofrezca la causa. Estos conceptos, no significan aplicación mecánica del dictamen del perito, sino que existe obligación del juez de valorar dicha prueba conforme las pautas que en tal sentido le impone el art.474 del CPCC. Luego de esta valoración podrá o no apartarse de aquellas conclusiones, ya sea en forma total o parcial. Para ello deberá aducir razones de entidad suficiente, es decir, muy fundadas porque el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho (Fenochietto, Carlos E. -Arazi, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el C.P.C.C. de la Provincia de Bs.As., Astrea, Bs.As., 1987, p. 524).

vi. Análisis de la prueba La Magistrada valoró los informes médicos emitidos en el marco de la causa penal, la pericial efectuada en este proceso y la prueba documental. Transcribió parte de las conclusiones de los expertos, afirmando que según lo detallado en las constancias médicas analizadas, las actuaciones del Dr. Demirdjian no se hallaron dentro de los cánones habituales del arte y ciencia de curar. Con todo ello, tuvo por acreditado en tiempo, forma y lugar la ocurrencia del hecho y el daño sufrido, y al no encontrar prueba que favorezca al accionado consideró justo admitir la demanda. De los antecedentes mencionados, resulta que ante la presencia de una litiasis vesicular, el día 18 de septiembre de 2000 la actora fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Privado Modelo S.A. por el Dr. Jorge Demirdjian y ello tuvo por finalidad la extracción de la vesícula. Surge que se le colocó un drenaje abdominal, el cual evidenció un cuadro de bilirragia. El día 13 de octubre de 2000 le realizaron una endoscopia y se constató una fisura de la unión cístico-coledociana. La reclamante afirma que ésta herida fue provocada por el demandado y como consecuencia del método quirúrgico que utilizó; que nunca advirtió esta lesión sino luego de revelados los síntomas post-operatorios, y que a raíz de ello debió someterse a dos intervenciones quirúrgicas en los meses de noviembre del año 2000 y en septiembre de 2001 para reparar el conducto dañado y paliar las graves secuelas provocadas por la negligencia y la mala praxis médica del demandado. Para una adecuada consideración de los agravios, y en razón de la naturaleza de la cuestión debatida, resulta de una importancia decisiva recurrir a la documentación adjuntada, como así también a las periciales en la materia desarrolladas en este proceso y en la causa penal N° 175.521 que se instruyó con motivo de la mala praxis denunciada, la cual tengo a la vista. Cabe señalar que en dicho proceso se declaró extinguida la acción por prescripción y el imputado Jorge Demirdjian resultó sobreseído de manera total (fs. 303 C.P.).

Respecto de la incidencia que debe tener un pronunciamiento recaído en sede penal sobre la sentencia a dictarse en un proceso civil, a la luz de las previsiones que contenían los arts. 1102 y 1103 del Código Civil derogado, el Superior provincial se ha pronunciado reiteradamente. Ha sostenido que sólo en caso que la absolución o el sobreseimiento criminal estuvieran basados en la inexistencia del hecho delictuoso, ya en la falta de autoría del acusado, tal pronunciamiento puede ser invocado en sede civil para evitar una condena que aparecería como escandalosa, pero que esto no ocurre cuando el fallo establece la falta de responsabilidad del imputado, dado que la responsabilidad penal y la civil se aprecian con criterios distintos, pudiendo afirmarse la segunda aún cuando se hubiera establecido la inexistencia de la primera (conf. Ac. 76.148, sent. del 16-9-2003; C. 100.073, sent. del 29-12-2008, C. 101.648, sent. del 17-6-2009; C. 115.796, sent. del 2-10-2013, C. 119.143, del 15-8-2015, entre otras). En el caso, no se da el supuesto de impedimento previsto por el art. 1777 del Código Civil y Comercial (anterior art. 1103 del Código Civil), por cuanto lo que limita al juez de este fuero es el hecho principal como dato fáctico o mejor aún, como suceso histórico y las circunstancias que lo rodearon, respecto del cual no se logró efectuar. Sólo el hecho determinado en sede criminal, en sus circunstancias fácticas, limita al juez civil, pero no los recaudos jurídicos requeridos para su tipificación penal (SCBA, C. 94.839 del 25-11-2009). Resultando entonces posible ingresar al análisis de este tema. La causa penal 175.521 agregada por cuerda, fue pedida como prueba por la actora y por la citada en garantía. Los recurrentes, no obstante, cuestionan las consideraciones del informe pericial producido en dichas actuaciones. Si bien es cierto que el fundamento por el cual las constancias del proceso penal no son oponibles a quien no la ofreció, radica en la preservación de la garantía de la defensa en juicio en relación a quien no pudo controlar dichas pruebas, en el caso esa facultad no fue ejercitada por los accionados por su solo arbitrio, al no ofrecer en este proceso las pruebas tendientes a desvirtuarlo. Por otro lado, ninguna de las partes se opuso a la remisión, ni impugnó total o parcialmente sus constancias en los términos del art. 393 del Código Procesal Civil y Comercial, de modo que lo actuado en ella resulta incuestionable y con validez suficiente dado su carácter de instrumento público. Con lo cual pasará a analizar los informes allí emitidos. Los Dres. Emma Virginia Creimer y Raúl Gualdoni, médicos legista y de la Sección Cirugía General de la Asesoría Pericial, elaboraron el informe médico forense y evacuaron los puntos periciales propuestos por el Fiscal y por el imputado; dejaron constancia de la incomparencia de los peritos de parte propuestos y señalaron que la patología que motivó la colecistectomía videolaparoscópica fue una litiasis vesicular múltiple; y haciendo un análisis retrospectivo en base a la bilirragia postoperatoria que presentó la actora, la CPRE de

fecha 13-10-2000 y los protocolos del Hospital Pirovano, concluyeron que la técnica quirúrgica efectuada el día 18-9-2000 no fue correcta, pues de ella surgió una lesión quirúrgica de la vía biliar tipo Bismuth III. Refirieron que de las constancias surge que durante el postoperatorio y hasta el alta médica se constata por el drenaje abdominal una bilirragia cuyo débito en forma aproximada fue de 630 cc. y continuó hasta que fue ligada la vía biliar, el 4-11-00, como paso previo a su reconstrucción a través de la anastomosis biliodigestiva, el 24-9-2001. Afirieron que la causa de la bilirragia fue una lesión quirúrgica de la vía biliar, a partir de la colecistectomía videolaparoscópica efectuada por el demandado, según fue constatado por la CPRE y la reexploración quirúrgica del día 4-11-2000. Dijeron que, el informe del estudio mencionado, constató la injuria de la vía biliar extrahepática mediante la fuga de material de contraste como causa de la bilirragia postoperatoria. Señalan que no constan placas radiográficas. Observaron que del protocolo quirúrgico del Hospital Pirovano de fecha 4-11-00 surge la ausencia de la vía biliar extrahepática desde el carrefour hacia distal y luego la reconstrucción de necesidad realizada al año siguiente confirma todo lo dicho. Concluyeron que según surge de las constancias médicas de autos, y por ende de lo mencionado, las actuaciones médicas del Dr. Dermidjian no se hallan dentro de los cánones habituales del arte y ciencia de curar. Infirieron que no es habitual dar el alta a una paciente con una colecistectomía cuando en el postoperatorio inmediato presenta una bilirragia. Agregan que el médico no agotó los medios de diagnóstico como para establecer su origen en forma precoz y oportuna, ni efectuó un seguimiento acorde a la complejidad del caso (puntos periciales de fs. 226/227, fs. 267/270, causa penal 175.521). Al contrario de lo que sostienen los recurrentes, los peritos repararon efectivamente en la colangiografía (fs. 267/270). Pablo Jorge Sisco, declaró en sede penal y refirió que recuerda el caso por la complejidad del cuadro de la actora, quien presentada una fistula biliar externa. Cuenta que tenía como antecedente una operación de extirpación de vesícula por laparoscopia y un estudio que evidenciaba la falta de progresión del contraste hacia la vía biliar distal. Explica que se encontró con una fibrosis de todos los conductos biliares y que desconoce por qué se produjo; que debió efectuarle una primera cirugía, en la cual no se pudo resolver el padecimiento de la señora S. por no darse las condiciones de los tejidos de los conductos biliares; que durante diez meses requirió de tratamientos y múltiples estudios para poder realizar en las mejores condiciones posibles una derivación bilio-digestiva. Preguntado por el Fiscal como llegó la paciente al estado que presentaba, dijo que en la historia clínica del Hospital Privado Modelo no se describen complicaciones en el parte quirúrgico. Señaló que hay dos causas posibles de dicho cuadro: a) la subestimación del proceso inflamatorio, b) el trauma quirúrgico. Refirió que al comprobarse que presentaba una fuga de bilis a nivel de un conducto lateral, ello pudo haber iniciado el proceso de fibrosis que concluyó con la estrechez del conducto biliar. También dijo que ?? si el cirujano se dio cuenta, por ejemplo que colocó el clip en el conducto biliar o que lastimó este conducto, puede repararlo y puede no tener consecuencias?? (fs. 235/238 C.P.). La perito médica, luego de haber evaluado las historias clínicas, los estudios complementarios y habiendo examinado a la actora, refirió que padeció una lesión en la vía biliar como consecuencia de la intervención quirúrgica que le realizó el demandado, según el informe de epicresis una "fisura de la unión cistocoledociana". Preguntada por si la cirugía fue dificultosa, contestó que no surgen complicaciones en el protocolo quirúrgico. Dijo que S. presentó un cuadro de bilirragia, el cual se hizo presente en el drenaje abdominal luego de la intervención quirúrgica, y considera que la causa probable de aquella fue una lesión inadvertida en el conducto cisto-coledociano, según reza la epicresis del día 18-10-2000. Señala que el profesional advirtió la lesión 48 hs. después por la persistencia de bilirragia a través del drenaje. Agrega que el diagnóstico pudo establecerse con la colangiografía realizada el día 13 de octubre del año 2000, fecha en que se la reinternó. Indica que fue intervenida por el Dr. Sisco (en consulta por el Dr. Demirdjian) en el Hospital Pirovano el día 27 de noviembre de 2000, para la reparación de la fistula y al no ser exitosa esta práctica la operó nuevamente treinta días después, y otra vez el día 24 de septiembre de 2001. Explica que estas intervenciones tuvieron como finalidad detectar la vía lesionada y procurar su reparación y la técnica que se utilizó para evitar la estenosis post operatoria del conducto biliar la hepático yeyunostomía. Concluye diciendo que la lesión de la vía biliar extrahepática por el método laparoscópico es poco frecuente, que hay que reconocer la lesiones iatrogenas para repararlas de inmediato o remitirlas a un cirujano con experiencia; que todo procedimiento tiene un porcentaje de complicaciones debido a múltiples factores como inexperiencia del cirujano o factores propios del individuo extra o intraquirúrgicos y que el abordaje temprano de las complicaciones previene patologías graves (fs. 995/996). Los accionados en sus agravios sostienen que no es cierto que le hubiere resecaado la vía biliar ni el carrefour y se remiten al resultado del estudio CPRE, el cual no informó la falta de continuidad en el conducto biliar. El Hospital General de Agudos Dr. Ignacio Pirovano remitió la historia clínica de la actora (fs. 913/959), de la cual se desprende el cuadro descrito por el Dr. Sisco en la intervención quirúrgica del día 27 de noviembre de 2000. Allí detalla ?incisión el J, abierto peritoneo se contratan múltiples adherencias a la cara inferior del hígado de cirugía anterior. Se despegan adherencias y se aborda el pedículo hepático, visualizándose clips de cirugía laparoscópica previa en zona correspondiente al conducto hepático común, acompañado de intensa fibrosis a nivel de la vía biliar distal. No hallándose continuidad hacia la porción proximal. No se logra visualizar Carrefour biliar, sino los dos conductos hepáticos (izquierdo y derecho) por separado, ambos de fino calibre (2 mm). Ambos conductos se logran visualizar mediante el uso de lupas, constatándose

que de ellos proviene la fistula biliar que presentara la paciente (fs. 924).? El cirujano efectuó la ligadura de los conductos para su posterior dilatación y luego de unos días le dio el alta de internación (30-1-2001) y a partir de esta intervención preparó a la paciente para una segunda de reconstrucción del tránsito biliar por falta de dilatación de los conductos, todo ello para evitar un cirrosis biliar secundaria, conforme le comunicó a la actora el 27 de julio de 2001 (fs.934). La perito médica al respecto señaló que en la hoja de epicresis, de fecha 13-10-2010, en que se realizó la colangiografía, no surge la descripción de la vía biliar, y que sólo se desprende el informe de fístula cística coledociana, con lo cual y sin imágenes para cotejar entiendo que no le resultó posible determinarlo. Sin embargo, debo señalar que lo afirmado por el apelante no se comprende con la reconstrucción de las vías que debió efectuar el Dr. Sisco, -según lo indicó en su declaración testimonial y en la historia clínica del Hospital Pirovano (fs. 924)-, para reparar la lesión inadvertida y generada a partir de la primer intervención efectuada por el profesional requerido. Según el médico del Hospital Pirovano resulta probable que la fuga de bilis a nivel de un conducto lateral, haya dado inicio el proceso de fibrosis que concluyó con la estrechez del conducto biliar. Ante la probabilidad señalada y la discordancia apuntada en la queja, recaía sobre el profesional demandado el deber de alegar y probar que la lesión en cuestión y la bilirragia, y más aún las consecuencias que se derivaron de esta complicación, no son imputables a su obrar profesional, o que hubiesen ocurrido aún en el caso de cumplir con una adecuada práctica médica y un abordaje temprano, por ser quien se encontraba en mejores condiciones de explicar y acreditarlo. Más allá que el procedimiento utilizado es reconocido de manera universal y aconsejado por las ventajas que se obtienen con respecto al método convencional, los peritos concuerdan que de la cirugía efectuada por el demandado derivó el cuadro de bilirragia a raíz de la existencia de una lesión inadvertida en el conducto cisto-coledociano. Por las razones expresadas, los médicos forenses afirmaron que la técnica quirúrgica no fue correcta. Ante ello, debió aportar elementos claros y contundentes para que pueda concluirse que la complicación generada a partir de la cirugía laparoscópica y sus consecuencias gravosas como la fibrosis de las vías biliares, la cual dio origen a la necesidad imperiosa de las siguientes operaciones a las que debió someterse la actora, se hubiesen producido de igual modo, con independencia de la técnica correcta o del procedimiento elegido. No obra en la causa ninguna constancia que me permita inferir que la paciente llegó al cuadro descrito por el Dr. Sisco en la intervención quirúrgica del día 27 de noviembre de 2000, por una circunstancia ajena al obrar médico de Demirdjian en ocasión de la colecistectomía de fecha 18-9-2000 y del seguimiento postoperatorio que efectuara. De tal manera, encuentro presumible que la complicación de la cirugía -alegada por el profesional-, la cual generó un cuadro de gran complejidad en la salud de la actora, derivó de una mala praxis. No advierto la existencia de elementos probatorios que permitan desvirtuar las fundadas conclusiones de las periciales médicas desarrolladas en la causa penal. Con ello, queda de manifiesto que el demandado actuó con impericia y en forma negligente en la práctica de la colecistectomía videolaparoscópica. En base a todos los elementos mencionados y la prueba producida, entiendo que existen importantes indicios serios, graves y concordantes que me llevan a coincidir con la Magistrada anterior en el sentido que la responsabilidad del médico demandado se encuentra acreditada, por lo que cabe desestimar todos los agravios formulados al respecto. En lo que se refiere a la codemandada, Hospital Privado Modelo S.A., cabe recordar que la responsabilidad directa del establecimiento asistencial deriva a su vez: de la responsabilidad que incumbe al contratante por el hecho de quienes introduce en la ejecución del contrato; de una obligación de seguridad a su cargo, en virtud de la cual, una vez establecida la responsabilidad del médico, responde conjuntamente con él. La clínica es responsable no sólo por la prestación del servicio, sino también porque sea prestado "en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida" (CNCiv. Sala L, ?Cenicola, Ana Amelia C/ Snaidas, Lázaro y otros S/ daños y perjuicios?, expte. N°: K003413 13/7/2011). El vínculo que unió a las partes, es una típica relación de consumo regida por la ley 24.240, por la cual, la entidad demandada se obliga a prestar un servicio en forma adecuada, adoptando todas las medidas de prevención necesarias, frente a riesgos existentes, en tanto los mismos puedan ser previsibles (arts. 5 y 40 de la ley citada). Teniendo en cuenta lo expuesto y sumado que la sindicatura del Hospital Privado Modelo S.A., ha postulado en su queja una serie de argumentaciones no propuestas en la instancia de origen, cuyo tratamiento la alzada se encuentra impedida de analizar, pues lo contrario implicaría quebrantar el principio de congruencia (arts. 18 C.N., 15 Const. Provincial, 34 inc. 4°, 272 del CPCC) corresponde también desestimar este punto del agravio. c. La propuesta al Acuerdo De conformidad con lo dispuesto por los arts. 499, 512, 901 902, 906, 1109 y concs., Cód. Civil (en el mismo sentido arts. 726, 1716, 1724, 1725, 1727 y 1728 del CCCN), arts. 5 y 40 de la Ley de Defensa al Consumidor (conf. ley 26.361) y arts. 375, 384 y 474 del CPCC, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia en cuanto a la atribución de responsabilidad a los accionados.

2. Rubros indemnizatorios

2.1. Daño psíquico y el tratamiento psicológico

a. El planteo La Magistrada fijó la suma de \$ 76.600 para solventar la terapia psicológica. La aseguradora se queja porque sostiene que no se trata de un rubro autónomo. Afirma que no se halla justificado el tratamiento reconocido y tampoco el monto admitido. Pide que se reconozca el agravio, que se reduzca la suma reconocida por tratamiento y se adecue el valor a sus justos términos. La actora en su responde solicita que se ratifique el monto de condena.

b. El análisis La indemnización por los gastos de tratamiento psicológico tiene por finalidad

resarcir el costo respectivo para que la víctima del accidente pueda restablecerse de sus secuelas. Si se ha determinado la frecuencia de las sesiones y el tiempo por el cual han de extenderse, debe establecer una suma de dinero que equivalga al monto del tratamiento o terapia aconsejada a efectos de lograr la reparación integral del daño (causas n° 100.883, 101.709, 102.722, 101.100, 102.592, entre otras). La perito psicóloga concluyó que la actora presenta un cuadro psíquico que le genera una incapacidad del 30%, con una posibilidad de un 10% de remanente a la culminación de un tratamiento adecuado (fs.864 y 903). En el caso la profesional no determinó el plazo ni la frecuencia de sesiones (fs. 864) y la Magistrada estimó el monto de manera prudencial, y ello no ha sido motivo de agravio. Con lo cual y en virtud de la entidad de la lesión psíquica que el hecho le ocasionó a la actora, corresponderá tener en cuenta el tratamiento señalado por la profesional para reducir el daño psíquico descripto. El valor por sesión ha de ser el que fija esta Sala, en la suma de \$ 400, a partir de la causa N° 23.532/2012 (sent. del 27-4-2017) a efectos de lograr la reparación integral del daño (art. 1083 del Cód.Civ.).

c. La propuesta Por todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1737, 1738, 1739, 1740 y 1746 del CCCN; en sentido similar 1068, 1069 y concordantes del Código Civil; arts. 165, 375, 384, 474 y conc. del CPCC; considero que la suma establecida en la sentencia (\$ 76.600) es elevada, por lo que propongo al Acuerdo reducirla a \$ 20.800.

2.2. Daño estético La Sentenciadora fijó la suma de \$ 170.00 para resarcir esta partida. La citada en garantía considera que el monto fijado resulta elevado, desproporcionado y carente de fundamento. Sostiene que ha cometido un error al momento de su cuantificación semejante al que incurriera al fijar la incapacidad. La demandante al contestar el agravio, señala que la queja debe ser desestimada.

i. Daño estético Esta Sala tiene dicho que cuando se trata del daño estético debe recordarse que no constituye un tercer tipo de daño, ya que nuestro derecho positivo sólo contempla el resarcimiento del daño patrimonial y el moral (Código Civil: arts. 1068 y 1078), de modo que deberá resarcirse como daño material en la medida en que influya en las posibilidades económicas del damnificado o lo afecte en su vida de relación, pudiendo contemplarse al resarcir el daño moral el padecimiento espiritual que produce en toda persona la pérdida de la propia imagen corporal (S.C.B.A., Ac. 52.258 del 2 de agosto de 1994, D.J.B.A. 147-177 ; causas de esta Sala n° 75.403, 82.662, 101.131, entre otras).

ii. Determinación pericial A efectos de determinar la existencia de una lesión y la medida en que ella incide en la plenitud de la persona, se hace necesario recurrir a la prueba pericial médica. En esta materia, corresponde atenerse a las conclusiones del informe del perito designado en la causa. No obstante, es sabido que el dictamen pericial no es vinculante para el juez. Por ello, podrá apartarse en forma total o parcial de sus términos cuando, tomando en consideración la competencia del perito, los principios científicos en que fundamenta su opinión, la concordancia de su aplicación con los principios de la sana crítica, en su caso las observaciones formuladas por las partes y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa, lo lleven a la convicción de que la pericial no reviste la solidez científica para ser tomada como elemento de prueba (CPCC. art.474). En el caso que se deseche el informe pericial resulta necesario aducir razones muy fundadas, porque el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho (Fenochietto, Carlos E. - Arazi, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado con el C.P.C.C. de la Provincia de Bs.As., Astrea, Bs.As., 1987, p. 524). La perito médica, luego de examinar a la reclamante, determinó que la actora presenta un daño estético, el cual le genera un 17 % de incapacidad, según el baremo General para el Fuero Civil (Altube- Rinaldi) (fs. 996). Teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad estimado en el informe pericial, la Magistrada meritó el daño estético en forma autónoma y la apelante no se agravia respecto de dicha cuestión, sino sólo del importe fijado. No obstante ello, merece destacarse que el daño estético es el que se sufre en cualquier parte del cuerpo que es costumbre mostrar o exhibir, o que se trasluce al exterior menoscabando o afeando el cuerpo al disminuir su armonía, perfección o belleza (Mosset Iturraspe, ?Responsabilidad por daños?, T° II-B, n° 232). En este caso, la víctima es una mujer joven y la cicatriz se ubica a lo largo de su abdomen de manera visible (fs. 36/38), pero el experto no explicó por qué esta lesión resulta limitante en la capacidad laboral o funcional en relación a la vida cotidiana de la actora. No resulta fundamentado de modo concreto el porcentaje de incapacidad que le atribuyó, a fin de considerar el daño de manera autónoma. No obstante ello, no habiendo sido motivo de agravio, y pese a que según el criterio de esta Sala hubiera correspondido admitirlo en el ámbito no patrimonial, no puede ser revisto en esta instancia (art. 375, 384, 474 del CPCC), restando sólo valorizar la indemnización que le corresponde a la demandante.

iii. La cuantía de la indemnización El principio de la reparación integral responde al concepto de aquella que sea justa, entendiéndose por tal la que ubica al reclamante, dentro de lo posible, en una situación equivalente a la que se encontraba si no hubiera acontecido la violación del derecho. La aplicación de este método requiere el cumplimiento de las siguientes reglas: a) el daño debe ser fijado al momento de la decisión; b) la indemnización no debe ser inferior ni superior al daño sufrido; c) la apreciación debe formularse en concreto. Se caracteriza por conferir libertad al juzgador para valorar y cuantificar el monto indemnizatorio. Ante una incapacidad genérica parcial, el damnificado puede padecer diversos grados de minusvalía específica. Esta, según el caso, puede producir una pérdida total de los ingresos previos al hecho, una parcial, no necesariamente semejante al grado de incapacidad o no producir ninguna mengua (Iribarne, Héctor Pedro, De los daños a la persona, EDIAR, 1993, p. 515). El juez tiene la tarea de fijar una suma adecuada, con prescindencia de estimaciones incorrectas

de las partes y hasta de opiniones periciales que a veces escamotean o agigantan los montos representativos de los daños sufridos (López Cabana, Roberto M., Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización, L.L., 2000-F-1325). Por ello, en la misión orientadora que deben tener los dictámenes periciales, resulta esencial que señalen en forma concreta qué consecuencias ha tenido la lesión en las actividades laborales que la víctima desarrollaba antes del accidente y qué limitaciones suscita en su vida cotidiana (Iribarne, Héctor Pedro, Indemnización por lesiones y por incapacidad. Pautas para su cuantificación, en la obra Responsabilidad por daños en el tercer milenio - Homenaje al Prof. Dr. Atilio Aníbal Alterini, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 305). En razón de lo dicho queda claro que para cuantificar la indemnización que debe acordarse por un daño en la salud, es necesario disponer al menos de ciertos parámetros que permitan aquella valoración. Así, deberá ponderarse respecto de la víctima su edad, estado civil, nivel de preparación para su desempeño en actividades productivas o económicamente valorables su profesión u oficio, sus ingresos habituales, nivel de vida y condición social, entre otros (en el mismo sentido, SCBA, Ac. N° 45.258, 19-6-1990), todo ello a la fecha del evento dañoso. En la estimación del monto indemnizatorio, resulta un elemento de singular importancia, no sólo la pericial médica referida a la incapacidad sino también las restantes pruebas que se hayan producido sobre los parámetros indicados en el párrafo precedente. En esta línea podremos disponer de declaraciones testimoniales, e informes de diversa naturaleza; todo ello tendiente a que quien debe juzgar cuente con elementos debidamente acreditados en la causa que permitan inferir, con relativa certeza, aquellos indicadores (CPCC. art. 375). Debo señalar que el monto pretendido no actúa como tope indemnizatorio si lo pedido lo es con la salvedad de ¿lo que en más o en menos resulte de la prueba?, no siendo por ello lesiva de garantías constitucionales la sentencia que sobre la base de tal reserva acuerda una suma mayor a la reclamada (CSJN 25-2-1975, LL 1975-V-382; CNCiv., Sala A, 11-6-1970, LL 139-351; ídem., Sala F, 16-11-1978, LL 1979-B-229; ídem., Sala G, 17-2-1981, E.D. 94-451, LL 1982-A-240; SCBA., Ac. y Sent. 1976, v. III, p. 157; 1977, v. II, p. 662, entre muchas otras). Esto es lo que acontece en la hipótesis de autos, toda vez que de la atenta lectura del escrito de demanda se advierte que la reclamante pretende la cifra allí consignada ¿o lo que en más o en menos resulte de la probanzas que se produzcan en autos? (ver fs. 39 vta.). A. S. tenía a la fecha del evento 36 años de edad, estaba casada, tenía dos hijos pequeños y trabajaba como empleada en casas de familia (fs. 762 856/864). No se encuentran acreditados sus ingresos económicos. No obstante la ausencia de estos indicadores, hallándose acreditado el daño padecido en su salud, sus secuelas y los límites del recurso, corresponde que se establezca el monto indemnizatorio, dado que la apelante no ha cuestionado la procedencia del daño estético, en cuanto a la incapacidad sino sólo el valor de la indemnización establecida. De tal manera que corresponde expedirse únicamente respecto de éste último aspecto, de conformidad con el principio de reparación integral (CPCC, art. 165, segundo párrafo). iv. Los precedentes Similares consideraciones a las que anteceden han sustentado numerosos precedentes de esta Sala (causas n°: 100.883, 93.308, 80.419, 89.892, 100.375, 101.709, 100.905, 10.927/2012, 24.856/2009, entre muchas otras). c. La propuesta al Acuerdo En virtud de lo dispuesto por los arts. 1737, 1738, 1739, 1740 y 1746 del CCCN, en sentido similar 1068, 1069, 1083, 1086 y conc. del Código Civil; arts. 375, 384, 474 y conc. del CPCC, tomando en cuenta el porcentaje de incapacidad estimado (17%) y que el mismo ha sido establecido en forma genérica por el perito; que debe conjugarse con las circunstancias particulares de cada persona afectada, en cuanto a la incidencia que en concreto tenga, particularmente en las actividades laborales y en la vida cotidiana de la víctima (Iribarne, Héctor Pedro, ob. citada, p. 515), entiendo que el importe establecido en la instancia de origen (\$ 170.000), es elevado, por lo que propongo al Acuerdo reducirlo a la suma de \$ 150.000. 2.3. Daño moral a. El planteo La Magistrada otorgó el valor de \$ 250.000 a fin de resarcir esta partida. La aseguradora se queja porque considera desproporcionado el monto fijado. Sostiene que resulta sobrevaluado y no se condice con las constancias de autos Pide que se reduzca a sus justos límites. La demandante al contestar el agravio, señala que a partir del yerro inicial de la mala praxis, debió soportar toda clase de padecimiento, drenajes, operaciones estudios y por supuesto incertidumbre y temores naturales. Refiere que el trastorno y la afección que le causó a todo lo largo de un año, mas los tiempos posteriores de recuperación, en los cuales no pudo seguir al frente de su hogar en forma regular, no pudo cuidar a sus hijos pequeños y no contaba con ayuda al respecto. Pide se ratifique el monto de condena. b. El análisis i. El concepto de daño moral El daño moral, comprendido ahora por el CCCN bajo la denominación consecuencias no patrimoniales, está configurado por una afectación íntima que sufre la persona con motivo del actuar de terceros, que implica una injusta privación o disminución de los bienes que tienen valor fundamental en su vida y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos (SCBA, Ac. N° 63.364, 10-11-1998, DJBA 156-17; arts. 1738 y 1741 del CCCN). Su indemnización debe atender a los sufrimientos psíquicos y afectivos del demandante, que constituyen aquello que se pretende reparar. La suma que se fije a tal efecto no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende, en principio, del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión (SCBA, Ac. N° 51.179, 2-11-1993). Encuentra su fundamento en la obtención de una satisfacción compensatoria, y por ende, imperfecta, del dolor íntimo experimentado, a raíz del siniestro. A través de ella se procura la obtención de gratificaciones sustitutivas de aquellos

bienes perdidos, como fuentes de gozo, alegría, estimables en la esfera psicofísica (Iribarne, H., "De los daños a personas", p. 162, Ediar, Bs. As., 1993). Para ello corresponde tener en cuenta que esta indemnización de carácter resarcitorio (CSJN, 5-8-1986, ED 120-649), debe atender a los sufrimientos psíquicos y afectivos sufridos por los demandantes, valorándose la gravedad del ilícito cometido, sin que sea preciso que guarde relación con el daño material, ni con otros que se reclamen, pues no reviste carácter accesorio (CSJN, 6-5-1986, RED a-499).

ii. Los precedentes Todas estas consideraciones han sido ponderadas en reiteradas oportunidades por esta Sala cuando ha debido fijar una indemnización por el rubro que aquí nos ocupa (causas N° 101.321, 100.706, 102.722, 102.829, 100.883, 102.592, 101.100, 101.709, entre muchas otras).

iii. Las lesiones padecidas La actora a raíz del hecho no presenta una incapacidad funcional hepática, aunque padece una cicatriz abdominal, la cual le genera una incapacidad no cuestionada del 17% (fs. 997). Teniendo en cuenta que la lesión estética ya ha sido considerada al establecer dicha partida indemnizatoria, en este caso no corresponderá valorarla como daño moral. No obstante ello, deben contemplarse todas las demás circunstancias, dado que la actora debió someterse a prácticas médicas y dos intervenciones quirúrgicas de gran complejidad, con colocación de drenaje; efectuarse numerosos y diversos estudios y permanecer internada en varias ocasiones en el lapso de un año y la última durante casi tres meses (fs.907/959). Con indicaciones de dieta antibióticos y analgésicos. En el aspecto psicológico, padece una incapacidad psíquica del 30%, por la cual debe realizar un tratamiento. Deben contemplarse los dolores y las molestias que todo ello le ocasionó, lo cual sin duda le ha influenciado en su estado emocional de manera negativa. Asimismo, deben evaluarse todas las circunstancias personales de la actora ya mencionadas en el punto 3.2.

c. La propuesta al Acuerdo En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1738 y 1741 del Cód.Civ.Com; en sentido similar arts. 1078 y concordantes del Código Civil; arts. 375, 384, 474 y conc. del Código Procesal Civil y Comercial, entiendo que, la suma establecida en la instancia de origen (\$ 250.000) es elevada, por lo que propongo al Acuerdo se reduzca a la suma de \$ 75.000.

2.4. Gastos médicos

a. El planteo La Magistrada fijó la suma de \$ 2.500 para gastos de atención médica. La apelante considera que no obra ninguna prueba en el expediente que justifique el monto otorgado. Pide que se rechace o se reduzca su valor.

b. El análisis Los gastos que la víctima tuvo que afrontar para el tratamiento de las lesiones recibidas, deben ser resarcidos aunque no se haya aportado prueba alguna al respecto, siempre que se encuentre acreditada la existencia de aquella; ello comprende los correspondientes a compras de farmacia, los gastos de traslados e inclusive aquellos necesarios para tratamientos futuros, si se encuentran relacionados con el accidente. Resulta de aplicación el art. 165 párrafo final del CPCC, el cual confiere a los jueces la facultad de fijar el monto de la condena, siempre que se acredite la existencia del daño y aunque no resulte justificado su monto, ya que su desembolso se presume. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que esta atribución debe utilizarse con prudencia, en especial porque la lógica impone suponer que, si se realizaron gastos de significación, lo normal es que por ellos se entreguen las correspondientes facturas. Esto es así, incluso cuando la víctima se hubiese atendido por intermedio de un hospital público, porque es sabido que igualmente se producen algunos gastos que deben ser contemplados, pero en menor medida. Por otra parte no puede obviarse que cuando se trata de gastos menores realizados en la angustiosa etapa posterior a un accidente, no puede exigirse a la víctima toda su atención en la exigencia y conservación de los respectivos comprobantes (causas n° 101.100, 102.592, 106.056, entre muchas otras). En función de todo ello, la entidad de las lesiones sufridas y del principio de reparación integral, no advierto que el valor otorgado sea elevado (art. 165 del CPCC).

c. La propuesta En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1737, 1739, 1740 del CCCN; en similar sentido arts. 1068, 1069, 1083 y concordantes del Código Civil, arts. 165, segundo párrafo, 375, 384, 474 y conc. del CPCC, entiendo que la suma fijada en la instancia de origen (\$ 2.500) es reducida, sin embargo en atención a los límites del recurso propongo al Acuerdo su confirmación.

VI. Intereses

a. El planteo La sentencia manda a pagar intereses sobre los valores de condena a la tasa pasiva digital que ofrece el Banco de la Provincia de Buenos Aires en operaciones de depósito a treinta días, desde la fecha del hecho hasta el efectivo pago. La aseguradora se agravia respecto de la tasa establecida, la cual genera un enriquecimiento ilícito a favor de la actora y en desmedro de sus derechos. Solicita se revoque y se fije la pasiva, tal como se venía haciendo en aplicación del fallo "Ponce".

b. El análisis En relación a la tasa aplicable la Suprema Corte provincial ha dicho que: El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a través del artículo 768 inciso "c" dispone, de modo subsidiario, la aplicación de las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. En este contexto, la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial (art. 768, inc. "c", Cód. cit.), impone a este Tribunal, en pos de la finalidad uniformadora de la jurisprudencia, establecer su cálculo exclusivamente sobre el capital y utilizar la tasa pasiva de interés más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", C.C. y CN.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.) (SCBA, La Plata, C 119.176, S 15-6-2016, "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén.

Daños y perjuicios? - JUBA). La doctrina legal es aquella interpretación que la Suprema Corte hace de las disposiciones legales que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia (SCBA, causa N° 117.819 del 18-6-2014). Su objetivo es establecer una unidad interpretativa que hace al imprescindible anhelo de otorgar seguridad jurídica a la comunidad. En consecuencia, la tasa establecida en el decisorio se encuentra dentro del parámetro establecido por la nueva doctrina legal del Superior de esta provincia. Sin perjuicio de ello vale destacar que aun con anterioridad al fallo ?Cabrera?, esta Sala admitía la utilización de la tasa pasiva digital con sustento en lo resuelto por la SCBA, en la causa 118.615 del 11-3-2015, en los autos caratulados: ?Zocaró, Tomás Alberto c/ Provincia ART S.A. y/o s/ Daños y Perjuicios?. En ella se estableció que la aplicación de la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días vigentes en los distintos periodos de aplicación, impuesta por el Tribunal de Trabajo N° 1 de La Plata, no habilitaba la instancia extraordinaria, desde que el interesado no demostró vulnerada la doctrina legal de la Corte elaborada en torno a la tasa de interés, pues precisamente en ella se ampara el fallo de origen. En virtud de lo analizado, el respeto a la doctrina legal de la Corte en este tema y a los fines de salvaguardar el principio de la reparación integral, entiendo que nada impide aplicar la tasa pasiva digital, tal como fuera establecida en el citado fallo, pues dado la amplitud del precedente del Superior, ningún perjuicio causa al requirente (art. 768 del Cód.Civ.Com.). En dicho sentido ya se ha expedido esta Sala en anteriores decisiones (causa 33752-0 del 19-5-2015, Reg. N° 68; D-2375-04 del 19-5-2015, Reg. N° 69; 3149-6 del 28-5-2015, Reg. N° 80; 10.927/2012, de 2-2016; 14.479/2010 entre otras).

c. La propuesta De conformidad con lo dispuesto por los arts. 768, 770 y 1748 del Código Civil y Comercial; en similar sentido arts. 622 y 623 del Código Civil, y doctrina legal de la SCBA precitada, propongo al Acuerdo confirmar lo decidido en la instancia de origen en cuanto a los intereses.

VII. Costas de la excepción de falta de cobertura a. El planteo La citada en garantía sostiene que la asistía derecho a efectuar la oposición con lo cual resulta arbitrario que deba cargar las costas de la incidencia. b. El análisis En materia de condena en costas en los incidentes, resultan aplicables las disposiciones de los arts. 68 y 69 del CPCC, que establecen un principio rector en la materia, según el cual debe soportarlas quien resulta vencido, es decir, por aquel respecto del cuál se dicta un pronunciamiento adverso (conf. Palacio, Lino E. ?Derecho Procesal Civil?, T° III, pág. 366 y ss.), principio que sólo debe ceder cuando la condena a una de las partes resulte inequitativa (conf. SCBA. Ac. 21.072 del 11-9-1979; causas 63.887 r.i. 446/95; 68.233 r.i. 740/95 entre otras de esta Sala). En el caso, ninguna argumentación efectúa la aseguradora en sus agravios que permita modificar la decisión de la Magistrada y no existe mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota, pues la apelante ha resultado vencida. c. La propuesta Por todo lo expuesto, y en atención a lo normado por el art. 68 del CPCC, propongo al Acuerdo confirmar la imposición de costas decidida en la instancia de origen.

VIII. Las costas de la Alzada En mérito a la forma en que se propone resolver los agravios planteados, entiendo que las costas de esta Alzada deben imponerse: a) por el recurso de los demandados Sergio Demirdjian y Hospital Privado Modelo S.A., a los recurrentes (art. 68, CPCC); b) por el recurso de la aseguradora, 50% a la actora y 50% a la apelante (art. 71, CPCC). Por todo ello y los fundamentos expuestos, voto por la afirmativa. Por los mismos fundamentos el señor juez doctor Ribera vota también por la afirmativa. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede se declara desierto en forma parcial el recurso interpuesto por el Hospital Privado Modelo S.A. y se modifica la sentencia apelada en el sentido que se reducen los siguientes montos indemnizatorios: a) daño psíquico a la suma de pesos veinte mil ochocientos (\$ 20.800); b) daño estético a la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$ 150.000); c) daño moral a la suma de setenta y cinco mil (\$ 75.000). Se confirma en todo lo demás que ha sido motivo de agravios. Las costas de esta Alzada se imponen: a) por el recurso de los demandados Sergio Demirdjian y Hospital Privado Modelo S.A., a los recurrentes; b) por el recurso de la aseguradora, 50% a la actora y 50% a la apelante. Se difiere la pertinente regulación de honorarios para su oportunidad. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

030672E