

Responsabilidad Medica Material Quirurgico Gasa

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad médica. Material quirúrgico. Gasa

Se

confirma la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios, por entender que se configuró una relación de causalidad adecuada entre la cirugía practicada en las instalaciones del Sanatorio demandado por padecer la accionante fibromas en el útero, y la gasa que fuera extraída tiempo después, la que se encontraba envolviendo el intestino y provocó una inflamación en el abdomen.

ACUERDO En General San Martín, a los 22 días del mes de mayo de dos mil dieciocho, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Martín, los Dres. Manuel Augusto Sirvén y Carlos Ramón Lami, en virtud del Acuerdo Extraordinario N° 666/2008, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "POLVORA, MARIA ISABEL C/ NARDELLI, EDUARDO y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", y habiéndose practicado oportunamente el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del Código Procesal, resultó del mismo que la votación debía realizarse en el orden siguiente: Dres. Sirvén y Lami. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: **CUESTIONES** 1 ¿Es ajustada a derecho la resolución apelada? 2 ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? **VOTACION** A la primera cuestión el señor Juez Dr. Sirvén dijo: I) La sentencia dictada a fs. 855/870 (actual foliatura) hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por MARIA ISABEL POLVORA contra EDUARDO DANIEL NARDELLI y SANATORIO GENERAL SARMIENTO CLINICA PRIVADA S.R.L., condenando a éstos últimos a abonar a la actora la suma de PESOS QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL (\$ 585.000). Extendió los alcances de la condena a las citadas en garantía FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. y TPC COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Impuso las costas a los demandados vencidos y difirió la regulación de los honorarios para su oportunidad. II) El pronunciamiento fue apelado por la parte actora a fs. 871, fundando el recurso a fs. 898/903, siendo contestados por la codemandada Sanatorio Gral. Sarmiento Clínica Privada SRL a fs. 945/946 y por el coaccionado Nardelli a fs. 947/948. Por la codemandada Sanatorio Gral. Sarmiento Clínica Privada SRL a fs. 876 presentando la memoria de agravios a fs. 904/913, siendo contestados por la actora a fs. 941/942. Por el codemandado Nardelli a fs. 877, cuyos fundamentos obran a fs. 928/931, siendo replicados por la actora a fs. 943/944. Por la citada en garantía TPC Compañía de Seguros S.A. (fs. 879), fundando la queja a fs. 922/927, siendo replicados por la accionante a fs. 939/940; y por Federación Patronal Seguros S.A. (fs. 885), presentando la expresión de agravios a fs. 932/935, siendo contestado por la actora a fs. 937/939. III-1) Se agravia la parte actora a través de su letrado apoderado, por los reducidos montos otorgados en la sentencia recurrida, por las distintas partidas admitidas. Respecto de la Incapacidad Física, entiende que la suma otorgada de \$ 280.000 resulta insuficiente para cubrir la partida. Expresa, que en autos se encuentra probado a través de las pruebas periciales producidas los distintos daños recibidos por su mandante, los cuales cita. Manifiesta, que la capacidad restante de su mandante es significativa que perjudican de manera significativa a aquélla que contaba con la edad de 42 años al momento del hecho, ejerciendo la profesión de docente. Puntualiza que la incapacidad determinada afecta gravemente a la actora, en razón que constantemente y de manera súbita y sin que nada le indique su cuerpo, salir de las aulas o reuniones por la urgencia de las distintas evacuaciones diarreicas que padece. Agrega, que si bien fue rechazado el rubro Daño Biológico y Proyecto de vida como autónomo, entiende que este daño se ve representado en la integridad estructural-funcional física de la actora como ser humano. Destaca que al determinar el resarcimiento deben computarse las distintas condiciones personales de la víctima, no ciñéndose a meros cálculos actuariales. Cita jurisprudencia. Solicita se eleve el monto de la partida. En cuanto al daño moral, aduce que la suma asignada de \$ 250.000 resulta exigua. Alega, que se encuentran acreditados los sufrimientos físicos y afectivos padecidos por su mandante, como también la naturaleza del hecho que llevó a la incapacidad de la actora. Cita jurisprudencia, solicita se eleve el monto del rubro. En relación a los Gastos de asistencia médica y farmacéutica, expresa que la a quo ha minimizado la partida, toda vez que no se ha contemplado, a su juicio, los gastos de numerosos traslados que ha debido realizar, controles médicos de deben efectuarse aún en la actualidad. Solicita se eleve el monto del renglón. Extiende los agravios al monto fijado por Lesión estética fijado por la a quo en la suma de \$ 15.000. Señala que la sentencia de grado solo ha ponderado el daño estético establecido por la pericia de fs. 192 en un 1,8%, omitiendo considerar, que el perito ginecológico en el dictamen de fs. 271/276 consideró que la actora presenta también, una cicatriz mediana supra e infraumbilical de 15 cm adjudicándole un 7% de incapacidad. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura. Solicita se eleve el monto del rubro. Por último, se queja por el escaso monto de \$ 35.000 otorgado por el pronunciamiento de grado en concepto de daño psíquico; omitiendo incluir el costo de un necesario tratamiento de psicoterapia. Entiende que dicha suma no guarda proporcionalidad con el monto del daño moral. Destaca que su mandante se halla disminuida en sus aptitudes y facultades que se proyecta sobre la personalidad integral de quien la padece.

Solicita en definitiva se eleve el monto otorgado y se considere el costo del tratamiento psicoterapéutico que resulta necesario para paliar el detrimento padecido por la víctima. III-2) El Sanatorio General Sarmiento Clínica Privada SRL, sintetiza sus agravios a través de su letrado apoderado. El primero, refiere a que la sentencia recurrida ha valorado sobreestimadamente el daño, otorgando sumas indemnizatorias considerada exorbitantes. Agrega al respecto, que el pronunciamiento apelado no ha determinado cual es el porcentaje de incapacidad cierto que presenta la actora, sino que se ha limitado a mencionar los valores indicados por los peritos intervinientes en autos, lo cual, a su entender, le impide conocer cuáles han sido los parámetros utilizados por la a quo para determinar los montos indemnizatorios. La segunda queja estriba en que la sentencia de grado, en forma arbitraria no ha analizado ni determinado los porcentajes de responsabilidad que le competen al Dr. Nardelli y su representada, aunque no más sea para permitir a su mandante ejercer el derecho de repetición. Desarrolla el primer agravio, manifestando que la pericia médica realizada por el Dr. Pérez, afirmó que "La extracción de 23 cm. de Colon ascendente y 22 cm. de íleon distal no puede tener como consecuencia el provocar síndrome diarreico persistente crónico". Indica, que el perito ginecólogo Dr. Torres, al respecto, afirma que "No se ha podido constar la problemática alegada por la actora en el sentido del cambio de su hábito evacuatorio por diarrea crónica concretamente en el caso de autos?". Señala que ambos peritos se expidieron con relación a la diarrea agravándose concretamente, en razón que la a quo pese a dichos dictámenes entendió con base en una simple probabilidad, la producción de una tendencia importantes a las deposiciones diarreicas. Alega, que la aparición de la diarrea en los pacientes a los que se realizó una hemicolectomía derecha es poco frecuente y es tratable con dieta y en el peor de los casos los síntomas desaparecen dentro del año. De allí que entienda que cuando la actora adujo en la demanda que "Debe higienizarse varias veces por día y llevar varias prendas de ropa, ya que como consecuencia de la diarrea crónica, muchas veces se derecha encima sin llegar al baño próximo" resulta de confundir deposiciones diarreicas con incontinencia fecal. No obstante puntualiza que la a quo lo aceptó como igual. Se agravia también el apelante, en razón que la a quo no ha determinado cuál es la incapacidad de la actora, sino que, a su juicio, se ha limitado a citar la jurisprudencia que establece pautas indemnizatorias, incluyendo la incapacidad transitoria -diarrea colerética- sin mayores fundamentos. Continúa la queja, por la diferencia de incapacidades por el daño estético, ya que el Dr. Pérez la determinó en un 1,8% y el Dr. Torres le agregó una incapacidad del 7% a la secuela cicatrizal, aduciendo que la primera encuentra base en el Baremo utilizado, la segunda carece de fundamentos. Señala otros argumentos acerca de la "diarrea crónica", reiterando que la a quo otorgó un monto sin realizar la determinación sobre la incapacidad cierta de la actora. Extiende el agravio por la cantidad de \$ 250.00 otorgada por daño moral por considerarlo arbitrario el fundamento para su cuantificación, presumiendo la a quo "Que el diagnóstico que tenía la víctima pudo llevarla a pensar a sufrir una enfermedad de terribles consecuencias como el cáncer?". También entiende elevara el importe de \$ 35.000 correspondiente a la incapacidad psicológica que no guarda proporción con la entidad del daño y muestra desproporción con las sumas de dinero otorgadas por el daño físico y moral. Finalmente se agravia por los \$ 15.000 asignados en concepto de daño estético sobre la base del 1.8% de aquél informado por el perito Pérez. Entiende que la cicatriz residual de la operación realizada por el Dr. Lozano no afecta a la actora en sus posibilidades económicas, porque la misma no trabaja con su cuerpo como modelo, como tampoco afectaría su vida social. El segundo agravio, se dirige a que la sentencia de grado si bien determinó la responsabilidad del Dr. Nardelli y de la de su mandante, señalando que la conducta del primero fue cuestionable por el hecho de haber introducido una gasa dentro del campo operatorio que no fue retirada antes de proceder al cierre y no teniendo el mantenimiento de la gasa un objetivo terapéutico. De allí, que si bien no cuestiona lo decidido por la a quo en involucrar a su representada por haberse demostrado la existencia de culpa del galeno referenciado, si en cambio se queja por no haber la a quo determinado la proporción de responsabilidad que debe asumir cada parte la indemnización. Solicita que se establezcan las proporciones que deben satisfacerse las sumas otorgadas en la instancia de grado. III-3) La codemandada TPC Compañía de Seguros S.A., se queja a través de su letrado apoderado, por la incorrecta valoración de las pericias médicas producidas en autos, ya que, a su juicio, no se logra establecer una relación de causalidad adecuada entre el óbito quirúrgico y la cirugía practicada en las instalaciones del Sanatorio Gral. Sarmiento Clínica Privada S.R.L. Expresa, que si bien se ha constatado el óbito quirúrgico de una gasa, ambas pericias médicas, a su entender, son contundentes al afirmar que dicho óbito podría corresponder a la cirugía de cesárea realizada el 20/10/2008. Agrega, que conforme a las respuestas de los peritos acerca de la posibilidad que el óbito quirúrgico se corresponda con la cirugía de cesárea, alega que en el parte quirúrgico e instrumental no se consigna el número de gasas utilizadas, debiendo mencionarse si se realizó conteo o si se extrajeron las compresas. Por otro lado, aduce que dicha información debería constar en la Historia Clínica que el actor no acompañó. Concluye que no se ha acreditado fehacientemente que el óbito quirúrgico corresponda a la cirugía realizada en instalaciones ajenas al Sanatorio Sarmiento referenciado; solicitando se revoque la sentencia de grado a respecto. Extiende las quejas, por la procedencia y "quantum" indemnizatorios. Respecto a la incapacidad física, aduce que la a quo otorgó la cantidad de \$ 280.000 no solo por aquélla, sino que sumó la modificación del hábito evacuatorio, que traería aparejada una incapacidad parcial y temporal en la faz social y física. Respecto de la primera de las

incapacidades indicadas, manifiesta que, a su juicio, no se ha demostrado efectivamente que la actora haya desarrollado alguna actividad laborativa, como tampoco que se haya visto frustrada a raíz de los hechos de autos. De tal modo, al no haberse acreditado dichos supuestos, entiende que no corresponde otorgar la indemnización reclamada. Respecto la incapacidad en cuanto a la modificación del hábito evacuatorio, sostiene que las pericias producidas no han constatado dicho cuadro y por otro lado, se encuentra ausente la falta de relación causal con la intervención quirúrgica cuestionada en autos. Solicita el rechazo de la partida o en su defecto, la reducción del monto asignado. En relación al daño moral, entiende que es elevada la suma de \$ 250.000 fijada por la sentencia de grado, cuando el origen del mismo es contractual y su reconocimiento no se presume y debe ser explicado y probado por quien lo invoca. Solicita la reducción del monto del rubro. En cuanto al daño psíquico, expresa que la perito dejó aclarado que la actora no presenta incapacidad psicológica que guarde relación con los hechos motivo de la litis y por ende, no requiere tratamiento. Solicita la revocación de la indemnización otorgada. Respecto de la lesión estética, entiende que conforme a la legislación civil aplicable a los hechos de autos, debió haberse incluido en alguno de los rubros que componen el detrimento patrimonial o moral de la persona. Puntualiza, que en el caso de autos, la actora no acreditó que la lesión estética reclamada redunde en un perjuicio patrimonial en razón de haberse afectada su profesión o actividad, razón por la cual solicita el rechazo del daño reclamado por no ser resarcible. III-4) El codemandado Nardelli se agravia a través de su letrada apoderada, en razón que la sentencia de grado tuvo acreditado que óbito hallado en el intestino de la actora habría quedado en el abdomen de la misma en la cirugía realizada por su mandante, sin haberse evaluado adecuadamente, a su juicio, las respuestas realizadas por el perito designado en autos. Cita los puntos de pericia al respecto. Indica que en autos no hay probabilidad que el óbito haya quedado en la cirugía a cargo de su representado, ya que los peritos admiten otra posibilidad. En tal sentido, entiende que el obrar negligente endilgado a su instituyente por la a quo, sin tener en cuenta que la causa podría estar en una cirugía previa a la de su mandante resulta arbitraria, razón por la cual solicita se revoque la sentencia apelada en tal aspecto. En subsidio, extiende la queja a los elevados montos otorgados en el pronunciamiento de primera instancia. Respecto del rubro incapacidad, aduce que más allá de haber sido sometida a la actora a una cirugía de exéresis y extraído un cuerpo extraño encontrado en el intestino y haberse extirpado aproximadamente 20 cm de aquél, entiende que no se acreditó que la actora debió modificar el ritmo evacuatorio, ya que de las pericias médicas de autos, a su juicio no fue constatada por los mismos, a lo sumo, indica, que las pericias admitieron una "...tendencia importante a las deposiciones diarreicas que se compensará on el tiempo...? De allí que entienda que el monto por la partida es injustificada. Razón por la cual solicita su reducción. En cuanto al daño moral, manifiesta que la suma otorgada resulta elevada, ya que si la actora pudo pensar que tenía cáncer hasta el momento de la cirugía no hay prueba que ello haya acaecido; tampoco se acreditó por parte de la actora, la alegada incontinencia o cambio del ritmo evacuatorio. Por tales motivos, pide se reduzca el monto del renglón. Extiende los agravios, por la admisión del daño psicológico reclamado por la accionante. Entiende que la a quo desinterpretó la pericia psicológica producida en autos, apartándose del dictamen del cual cita diversos aspectos y conclusiones. Solicita se revoque el rubro en cuestión. Finalmente, impugna los montos fijados en concepto de gastos de traslado, asistencia médica y farmacéutica, como también daño estético, ya que a su entender, quedaron subsumidos en el de incapacidad moral, respectivamente. III-5) La citada en garantía, se queja por la atribución de responsabilidad por la sentencia apelada, sobre la base meramente presunta. Sostiene que de las pericias médicas obrantes en autos, de las cuales cita diversos pasajes de la misma, se deriva, a su entender que no se encuentra acreditada que el oblito hallado en el mes de julio de 2011 proviniera de la cirugía de octubre de 2010, cuando en realidad, pudo haber quedado en la cesárea de octubre de 2008, según lo admitieron ambos peritos. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura, solicita la revocación de la sentencia de autos y el rechazo de la demanda. Los agravios expresados, alcanzan a los elevados montos indemnizatorios fijados por la a quo, en cuanto a la incapacidad sobreviniente, daño psicológico, daño moral y gastos de traslados, asistencia médica, farmacéuticos y daño estético, los argumentos alegados resultan similares a los expresados a fs. 928/931 por el codemandado Nardelli, a los cuales me remito en honor a la brevedad, los que serán tratados en forma conjunta. IV) Responsabilidad: V) En razón que el 1° de agosto de 2015 ha entrado en vigencia el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, nos introduce a considerar lo referido a la vigencia temporal de la ley, aspecto que aparece legislado en el artículo 7 del citado cuerpo legal. En tal sentido, la relación jurídica de autos al haberse consumado antes del advenimiento del actual C.C.C., determina que la presente causa debe ser juzgada de acuerdo al sistema anterior del Cód. Civil. Dejándose así propuesto. VI) La parte actora promueve demanda de daños y perjuicios contra los demandados en autos, en razón que al haber tenido fibromas en el útero fue operada por el Dr. Nerdelli médico prestador y dependiente del Sanatorio General Sarmiento Clínica Privada S.R.L. en octubre de 2010. Explica, que dicho galeno habría omitido realizar los debidos controles postoperatorios a pesar que la accionante refería dolores. Luego con el tiempo comenzó a formarse un bulto en el abdomen el cual no tuvo un adecuado control por parte del sanatorio demandado. Atendida luego por el médico cirujano Dr. Lozano, indica una tomografía computada que dio como resultado un tumor, derivando ello, en una operación urgente realizada el día 6 de julio de 2011. En dicha operación se

extrajo una masa en estado de putrefacción que envolvía el intestino debiendo cortarse el mismo en 40 cm. La biopsia, determinó que no se trataba de un tumor sino de un cuerpo extraño que incluía tejido vegetal (hilo-grasa), derivándose como consecuencia de ese cuerpo extraño, a un cuadro crónico de cierta incontinencia intestinal debido al acortamiento del intestino. Endilga responsabilidad médica al Dr. Nardelli por culpa en el olvido de un elemento extraño en el cuerpo del paciente, lo que configuraría un violación al deber jurídico de no dañar. VII) El tratamiento de los agravios en cuanto a la responsabilidad cuestionada por los recurrentes, se realizará en forma conjunta, habida cuenta de la íntima vinculación entre ellos y las distintas aristas invocadas. En respuesta a los puntos de pericia de la parte actora, el perito de autos informa que: "Presenta una cicatriz mediana suprainfraumbilical de 15 cm. Refiere -la actora- presentar deposiciones semilíquidas desde el procedimiento quirúrgico del 6/7/11, las que no pude constatar (Resp. "a" y "n")". Respecto de los puntos de pericia formulados por el Sanatorio Gral. Sarmiento, el perito informa afirmativamente que el 6/7/11 la actora fue sometida a una hemicolectomía derecha para extirpar un tumor inflamatorio benigno que en la anatomía patológica se constató que correspondía a un oblito quirúrgico de acuerdo a las constancias de autos (punto 1). De la lectura de la historia clínica de la internación, de la ficha de consultorio externo sanatorial, y del certificado emitido por el cirujano tratante no se encontraron registros de complicaciones postoperatorias de la intervención quirúrgica (Punto 2). De la lectura de la H.C. de la internación, se registra que la actora presentó catarsis positiva los días 9, 10, 11 y 12 sin describir frecuencia o consistencia de las heces (punto 3). De la lectura de la ficha de consultorios externos sanatorial y del certificado emitido por el cirujano tratante no se encontró evidencia documentada de que la actora presentara diarrea postoperatoria (punto 4). De la contestación de los puntos de los puntos de pericia del codemandado Nardelli, se desprende: Es de buena práctica el conteo previo de gasas, compresas, campos de tela e instrumental a ser utilizadas en cirugía (punto 5). Del parte quirúrgico se lee "Se retiran compresa de gasa, siendo el mecanismo para evitar la posibilidad de un oblito el recuento de aquéllas antes de procederse al cierre por planos de cada cirugía" (puntos 7 y 8). Al momento de la evaluación realizada por el Dr. Nardelli para el acto quirúrgico del 26/10/2010 considero que no pudo estar presente la reacción inflamatoria que se describe a nivel de ciego y que motivó la cirugía del 6/7/2011 ya que esa reacción hubiera ido evidente para el mismo (punto 9). Las denominadas peritonitis granulomatosas como las descritas en la anatomía patológica de la cirugía del 6/7/2011, "son el resultado de la respuesta inflamatoria peritoneal a una gran variedad de estímulos como...cuerpos extraños..." (punto 16). La pericia producida por el médico ginecológico a fs. 619/624 (actual foliatura) en respuesta a los puntos de pericia propuestos por la actora contestó: La actora refirió en cuanto a su ritmo evacuatorio intestinal, cosa que no es tangible. Tampoco pudo constatar el cuadro del síndrome diarreico (Puntos e y n); respecto de los puntos de los puntos de pericia presentados por el Sanatorio Gral. Sarmiento, respondió afirmativamente que la actora fue sometida el 6/7/2011 a una hemicolectomía derecha para extirpar un tumor inflamatorio benigno que en la anatomía patológica se constató que correspondía a un oblito quirúrgico de acuerdo a las constancias obrantes en autos (punto 1). Respecto a la existencia de alguna evidencia médica documentada en autos que la actora presentara diarrea con posterioridad a haber sido externada del Sanatorio luego de la realización de la hemicolectomía, respondió negativamente (punto 4). En respuesta a los puntos propuestos por la demandada Nardelli, refirió: De acuerdo al parte de anatomía patológica, no quedan dudas de que existió un cuerpo extraño en la pieza y hace mención al tejido vegetal en el diagnóstico y en la macroscopia (gasa) (punto 13) A fs. 94 del cuaderno de prueba de la actora obra la contestación del oficio contestado por el Dr. Gustavo A. Schickendantz, médico patológico, quien sobre el material que fuera extraído de la paciente en la operación llevada a cabo por el Dr. Lozano surge que "A ese nivel se identifica una cavidad sobre la serosa de 7 cm. X 4 cm. Revestida por material exógeno (gasa)...diagnóstico: múltiples granulomas de tipo cuerpo extraño en serosa que incluyen tejido vegetal (gasa/hilo)...". De inicio, cabe destacar que la codemandada Sanatorio General Sarmiento Clínica Privada S.R.L. ha consentido la sentencia de grado, en lo que atañe a la responsabilidad directa y refleja, destacando la configuración de la primera por parte del Dr. Nardelli -codemandado- por haber colocado una compresa de gasa en el abdomen de la actora y no haberla retirado. Sin perjuicio de ello, los restantes codemandados impugnan el fallo al respecto. El Código civil anterior aplicable al caso, según lo determina su art. 906, ha adoptado para la determinación de la causa del daño "entre las variadas posturas doctrinarias al respecto" la teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los acontecimientos que preceden al daño serán equivalentes en importancia y/o en incidencia, sino se considerará causa del daño a aquélla que según el curso ordinario y natural de las cosas es idónea para producir el resultado. La causa es adecuada, pues se presenta como probable, regular y razonablemente previsible. En virtud de esta teoría, para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, condición sine qua non del daño, sino que es preciso además que, en virtud de los juicios de probabilidad, resulte una causa adecuada para ello. La adecuación de la consecuencia a la causa se juzga en relación a la previsibilidad en abstracto; la cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó (es adecuado a ésta), está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de

indemnizar. En el ámbito del Derecho de Daños, constituye un principio rector que, en principio, el enfermo debe acreditar el nexo causal y la culpa del médico. Estimamos, en rigor de verdad, que para que la responsabilidad médica pueda configurarse, el paciente estará obligado a acreditar que el daño que padece ¿y cuya reparación reclama? es consecuencia de un comportamiento culposo positivo u omisivo atribuible a la mala praxis del profesional (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, 7ª ed., Buenos Aires, 1992, N° 596, p. 225. BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 251. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002. pgs. 136 y siguientes). Los recurrentes se aferran cerradamente que no se encuentra acreditada la circunstancia que el obito hallado en julio de 2011 proviniera de la cirugía de octubre de 2010, cuando en realidad, pudo haber quedado en la operación de cesárea de octubre de 2008, respaldando su tesis en que el perito informó que ¿podría existir esa posibilidad con base al antecedente de la cesárea realizada el 20/10/2008?. No he de compartir con tales apreciaciones. Ha de partirse de la base, que la actora según sus dichos, comenzó su malestar estomacal después de la intervención quirúrgica realizada en octubre de 2010, omitiendo el Dr. Nardelli la realización de controles postoperatorios, a pesar que la accionante refería dolores para luego comenzar a formarse un bulto en el abdomen. De dicho malestar, se derivó en una nueva operación el 6/7/2011 donde se extrajo una masa en estado de putrefacción que envolvía el intestino debiendo acortarse el mismo aproximadamente en 40 cm. Al respecto, es central la respuesta a la pregunta nueve -citada ¿supra?- de la pericia de fs. 158/163 en cuanto a que ¿Al momento de la intervención quirúrgica del Dr. Nardelli no pudo estar presente la reacción inflamatoria que derivó en la intervención del año 2011 por cuanto la misma hubiera sido evidente en la primera intervención?, agregando que ¿No caben dudas de que el cuerpo extraño extraído del abdomen de la actora se trataba de grasa?. Dicha afirmación, en mi opinión, desplaza la mera ¿posibilidad? que el obito pudiese haber estado presente al momento de la cesárea? que data de dos años antes de la operación practicada por el codemandado Nardelli, la cual, además se presenta como hecho invocado por los recurrentes como un hecho descontextualizado de las demás respuestas del los peritos y elementos de autos. A ello se agrega que si bien la pericia informa que es de buena práctica el conteo previo de gasas, compresas a ser utilizadas en cirugía y que consta haberse retirado la compresa de gasas, no consta el mecanismo utilizado para evitar la posibilidad de que un obito o instrumental quede en el cuerpo antes de procederse al cierre de la cirugía. En tal sentido, la ley 26527 reformada por la ley 26742 (Derechos del Paciente) y su decreto reglamentario 1089/2012 detallan con precisión la confección de la historia Clínica por parte del galeno interviniente, cuya estricta observancia debió tener en cuenta el referenciado codemandado. En tal orden, la causa introducida en la operación de octubre de 2011 aparece como la adecuada para producir el desenlace de las consecuencias vinculadas a la última intervención quirúrgica. De manera tal, encuentro acreditado el nexo jurídico cuestionado. De ahí que el obrar del médico Dr. Nardelli haya sido con culpa (art. 512 del C.Civ.) frente a la ausencia de diligencia que exigían las circunstancias del caso y sin tener en cuenta el estado del arte que le competía observar conforme a los principios científicos que gobiernan la disciplina (art. 906 del C. Civil). Consecuentemente, propicio la confirmación de la parcela del fallo recurrido (arts. 906, 1109, 1066, 1067, 1068, 1069 y conchs. del C.Civil). Resta en el presente acápites, el tratamiento del agravio expresado por la codemandada Sanatorio Gral Sarmiento en cuanto a la distribución de responsabilidades (fs. 911, punto II). Al respecto, Cuando el contrato con la entidad asistencial comprende los servicios médicos y hospitalarios en el más amplio sentido, la prestación Santorial se hace con profesionales de su cuerpo médico y se debe poner al servicio de la atención del paciente toda la infraestructura del establecimiento existirá responsabilidad directa de la clínica por la defectuosa prestación de dichos servicios. En cambio cuando el paciente se hace atender por un médico que elige fuera del cuerpo médico de aquélla, se produce un desdoblamiento del contrato que obliga a determinar si la defectuosa prestación proviene del profesional o de la clínica para imponer la respectiva responsabilidad ¿E.D., diario n° 8140 del 14/12/92. Cám. C. y C. Azul, Sala II, fallo del 10/9/1996. Bs. As. L.L. 1997.). En autos, no se encuentra controvertido que el Dr. Nardelli atendía en los consultorios externos y en particular, la cirugía, fue practicada en Sanatorio apelante en calidad de médico integrante del Sataff del mismo. De ello se sigue, que la obligación de reparar el daño, se extiende a los que lo causen que se encuentren bajo su dependencia, por las cosas que se sirve o que tiene a su cuidado (art. 1113 primera parte del C.Civ.). Consecuentemente, considero que no corresponde determinar proporción alguna en razón que los responsables frente a la víctima deberán responder ¿in solidum? (art. 850 del C.C.C.) por el total del daño producido, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan. VII) Derecho de daños: Incapacidad sobreviniente: La pericia médica producida a fs. 504/509 -según actual foliatura- dictaminó que ¿La actora presenta una incapacidad física por la hemicolecotomía derecha de un 12,5%...dicha patología guarda relación con los hechos de autos...? informa además que ¿Una nueva intervención quirúrgica en las zonas afectadas podría debilitar la integridad de la pared abdominal...no se requiere tratamiento alguno de rehabilitación?. En cuanto a la problemática del cambio de hábito evacuatorio, la pericia en respuesta a los puntos de pericia propuestos por el Sanatorio Gral. Sarmiento, informa que no se encuentran registros que demuestren que la actora presenta diarrea postoperatoria, ya que dichos registros no detallan consistencia de las deposiciones.

Afirma que la extracción de 23 cm. de clon ascendente y 22 cm. de fleon distal no puede tener como consecuencia el provocar síndrome diarreico persistente crónico. Por su parte, la pericia de fs. 271/276 dictamina que la actora presenta una incapacidad física y estética por resección de intestino delgado 5%; por colectomía segmentaria un 10,5% y por cicatriz de 15 cm un 7%. Respecto del problema diarreico, informa que no pudo ser constatado. Ambas pericias resultan compatibles por su coherencia y ausencia de contradicciones, las cuales al estar fundadas en los principios que gobiernan la disciplina, emerge su fuerza probatoria, razón por la cual la sana crítica aconseja no apartarse de sus conclusiones (arts. 384, 474 y concs. del C.P.C.C.). Respecto de la cuestión del cambio de hábito evacuatorio, no he de compartir con las conclusiones arribadas por la a quo. En efecto, el fundamento brindado por la Magistrada lo sostiene una descripción conceptual de carácter conjetural, cuando de las pericias referenciadas precedentemente, no resulta probada la cuestión. Ambos peritos coinciden que no se ha podido constatar dicha patología, y en materia de derecho de daños prima el principio que el daño reclamado debe ser efectivamente probado, cuya característica fundamental es que debe ser cierto (Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, 8ª ed., Buenos Aires, N° 323, p. 168), razón por la cual no se ha de tener en cuenta dicha cuestión al momento de cuantificarla presente partida. En cuanto al daño Estético, tiene dicho esta Sala que "La configuración del daño estético, como acápite independiente, en el capítulo de reparación de daños, no obedece a la mayor o menor trascendencia económica, dentro de los mismos, sino que para que su resarcimiento sea autónomo de otras categorías indemnizatorias, menester resulta además de la valoración que corresponde efectuar en cada situación particular, dentro de los elementos que distinguen la viabilidad, su influencia en las posibilidades económicas futuras del damnificado o su incidencia en sus actividades sociales, proyectándose sobre su vida espiritual (causas 37.592; 49.422, entre otras). A su vez, Alterini ha contribuido a esclarecer el concepto jurídico al definir con sencillez la cuestión, ("Derecho de Obligaciones"- Civiles y Comerciales- Abel. Perrot. Año 1.998, n° 651, pág. 295) considerando que, este daño puede tener proyección moral (daño moral) y, por otro, proyección material, como daño patrimonial indirecto. Teniendo en cuenta que las cicatrices descriptas en la pericia referenciada, no resulta generadoras de incapacidad vital, ni física al no afectar la aptitud para obrar del actor; de modo tal, el agravio a la integridad física y la figura corporal será considerada en la partida Daño Moral, conforme el criterio de esta Sala I (causas: 63899, 64682, 66547, 70056, entre otras). Consecuentemente, propicio dejar sin efecto la partida por daño estético establecida en la sentencia de grado en el punto V.5. En relación a la cuantificación del daño, han de ponderarse las secuelas incapacitantes derivadas del accidente de autos las que fueran detalladas por los dictámenes médicos descriptas precedentemente. En tal sentido, dichas secuelas limitarán a la víctima su capacidad de obrar, dificultando el ejercicio de sus tareas habituales, que se proyectarán sobre los demás aspectos de la vida, como el social, esparcimiento y deportiva. Además, debe tenerse en cuenta que se trata de una persona de 47 años de edad (al momento de la pericia, fs. 619 vta.), de sexo femenino, docente, viviendo en la casa de su madre (ver declaraciones testimoniales de fs. 16/34 de los autos "Polvora, María Isabel s/ Beneficio Litigar sin Gastos" agregado por cuerda a autos), Consecuentemente, teniendo en cuenta las circunstancias referenciadas y conforme a los parámetros de esta Sala, considero elevada la suma de \$ 280.000 otorgada por el a quo. Consecuentemente, propicio su reducción a la suma de PESOS CIENTO VEINTE MIL (\$ 120.000), con exclusión de la lesión estética. (arts. 1068, 1069 y concs. del C.Civ. y 165 del C.P.C.C.).

Daño Psíquico: La pericia psicológica obrante a fs. 547/55 (actual foliatura), dictaminó, que "No se constatan consecuencias psicológicas disvaliosas producto del accidente de autos, por no presentar secuelas incapacitantes de orden psíquico compatible con la figura de Daño Psíquico". Agrega, que "Si bien la actora presenta molestias e incomodidades por ella referida, las mismas no han configurado un cuadro psicopatológico que produzca una disminución de sus aptitudes psíquicas previas... Al no presentar una incapacidad psíquica que guarde vínculo de causalidad con el hecho de autos, no se recomienda para la actora tratamiento psicoterapéutico". En tal orden, El daño psíquico exige la demostración de su existencia y extensión. De esta manera, si dicho menoscabo no tiene elementos concretos demostrativos de haberse padecido y de la entidad del padecimiento, puede ser descartada por el juez por falta de comprobación (esta Sala c. 52485). Es que este daño, constituye una patología que es necesario comprobar mediante la pericia pertinente (CC002, c. 46358). Así, pues, mediando un dictamen basado en entrevistas y técnicas implementadas, fundadas en los principios que gobiernan la disciplina, la cual adquiere la fuerza probatoria en los términos del art. 474 del C.P.C.C. la sana crítica aconseja no apartarse del dictamen (art. 384 del C.P.C.C.). Dicho informe, es contundente acerca de la inexistencia de secuelas incapacitantes, el cual es ratificado sólidamente en la contestación de las impugnaciones de la actora (Fs. 578/592). Ello, más allá de las molestias referenciadas por la propia actora. De ahí que no habiéndose acreditado el daño como presupuesto de la responsabilidad civil, cuya carga probatoria se encontraba en cabeza de la víctima, propongo revocar la partida otorgada por la a quo (arts. 375, 457 y concs. del C.P.C.C.).

Daño Moral: tiene dicho esta Sala I, que el daño moral se configura por el conjunto de padeceres, tristezas, angustias y sufrimientos recibidos por la víctima a raíz del infortunio y que encuentran andarivel normativo en lo dispuesto por el art. 1078 del C.Civ. (causas: 48.469, 48.402, 48139, 52.367, entre otras). En cuanto a la fijación de su "quantum" debe tenerse en cuenta el carácter del sufrimiento causado y que no tiene necesariamente que guardar

relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Conf. CSJNac. G.O. de G.F.A. c/ Pcia. de Bs. As., 9/12/93). En tal orden de ideas, ha de tenerse presente las lesiones recibidas por la actora conforme las pericias médica referenciada precedentemente y el tiempo de convalecencia que debió soportar la víctima. Así, a la luz de las secuelas informadas, producto del hecho ilícito, más allá de la naturaleza contractual de la relación jurídica médico-paciente, indudablemente, la víctima fue afectada sensiblemente en sus sentimientos, provocándole angustias, inseguridad y desazón, intranquilidad, incertidumbre, todo lo cual se ha proyectado en el plano interior de la persona, debiendo ser consideradas tales circunstancias al evaluar el daño moral. A ello se agrega, la cicatriz constatada por el perito médico, que fueran referenciadas ?supra?, que si bien no tienen proyecciones funcionales, importa un ataque a los derechos personalísimos a la integridad física y a la incolumidad de la propia imagen que es en el ámbito del daño moral que deben ser reparados. Cobra especial relieve la edad de la víctima -47 años al momento de la pericia médica- de sexo femenino; todas ellas, resultan circunstancias adversas que debió soportar a raíz de las lesiones recibidas. Así, conforme a tales consideraciones, la suma acordada en la instancia de grado de \$ 250.000, resulta reducida en razón de no comprender el daño estético. En tal orden, conforme a los parámetros de esta sala se propicia elevar dicha suma al importe de PESOS DOSCIENTOS OCHENTA MIL (\$ 280.00), que incluye el daño estético (art. 1078, 1083 del C.Civ. y 165 del C.P.C.C.). Gastos de asistencia médica, traslado y farmacéuticos: si bien esta Sala I ha sostenido la doctrina citada en la sentencia de grado, cierto es que también, se ha dicho, ellos deben guardar relación con la magnitud de las lesiones sufridas por la actora (c. causa RSD RSD-417-3), máxime frente a la orfandad de comprobantes al respecto. Así, evaluando el tipo de lesiones padecidas por la misma conforme la pericia referenciada ?supra?, más los gastos de traslados y la variada gama de pequeños gastos que necesariamente deben realizarse, como también la relación que guardan con aquellos padecimientos, considero que la cantidad de \$ 5.000 asignada por la partida, se encuentra razonablemente justipreciada, proponiendo su confirmación (arts. 906 del C.Civ. y 165 del C.P.C.C.). IX) En cuanto a las costas de esta instancia, se propone imponerlas a los recurrentes vencidos, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.). Con los alcances expresados voto por la afirmativa.

El señor Juez Dr. Lami, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. A la segunda cuestión el señor Juez, Dr. Sirvén, dijo: Atento el resultado de la votación a la cuestión anterior, corresponde I) CONFIRMAR la sentencia apelada en lo principal que decide. II) RECHAZAR el reclamo formulado por la codemandada SANATORIO GRAL. SARMIENTO CLINICA PRIVADA S.R.L. en cuanto a la determinación de proporción de responsabilidad, debiendo frente a la víctima responder ?in solidum? junto al codemandado Eduardo Daniel Nardelli, por el total del daño producido, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan. III) MODIFICAR el monto las siguientes partidas: INCAPACIDAD SOBREVINIENTE, reducirlo a la cantidad de PESOS CIENTO VEINTE MIL (\$ 120.000). DAÑO MORAL, elevarlo, al importe de PESOS DOCCIENTOS OCHENTA MIL \$ 280.000), que incluye el daño estético. IV) REVOCAR las partidas por DAÑO PSIQUICO y LESION ESTETICA. V) CONFIRMAR, la cantidad de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000), en concepto de GASTOS MEDICOS, FARMACIO Y TRASLADOS. VI) Proponer se impongan las costas en esta instancia a los recurrentes vencidos (art. 68 del C.P.C.C) Así lo voto. El señor Juez Dr. Lami, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente SENTENCIA Por lo expuesto, I) SE CONFIRMA la sentencia apelada en lo principal que decide. II) SE RECHAZA el reclamo formulado por la codemandada SANATORIO GRAL. SARMIENTO CLINICA PRIVADA S.R.L. de determinación de proporción de responsabilidad, debiendo frente a la víctima responder ?in solidum? junto con el codemandado Eduardo Daniel Nardelli, por el total del daño producido, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan III) SE MODIFICA el monto las siguientes partidas: INCAPACIDAD SOBREVINIENTE, reducirlo a la cantidad de PESOS CIENTO VEINTE MIL (\$ 120.000). DAÑO MORAL, elevarlo, al importe de PESOS DOCCIENTOS OCHENTA MIL \$ 280.000), que incluye el daño estético. IV) SE REVOKA las partidas por DAÑO PSIQUICO y LESION ESTETICA. V) SE CONFIRMA, la cantidad de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000), en concepto de GASTOS MEDICOS, FARMACIO Y TRASLADOS. VI) SE IMPONEN LAS COSTAS DE ESTA INSTANCIA a los recurrentes vencidos (art. 68 del C.P.C.C). NOTIFÍQUESE. REGÍSTRESE. DEVUELVA SE

030828E