

Mala Praxis Medica Intervencion Quirurgica Responsabilidad Del Cirujano Cuerpo Extranero Presunciones Conducta Procesal De Las Partes

JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Intervención quirúrgica. Responsabilidad del

Se confirma -en lo principal- la sentencia que acogió la demanda de daños y perjuicios atribuidos al cirujano a cargo de la intervención quirúrgica a la que se sometió la actora, al acreditarse la mala praxis médica por el hallazgo de un clip laparoscópico y -por consiguiente- la obstrucción en el colédoco proximal. Así, ante la ausencia de prueba en contrario, se coligió que fue dicho cuerpo extraño el causante de la obstrucción en el colédoco, sin demostrarse la concurrencia de otras causas.

En la ciudad de Azul, a los veintinueve días del mes de Octubre de Dos Mil Diecinueve, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Víctor Mario Peralta Reyes y Jorge Mario Galdós, encontrándose excusada a fs. 772 la Doctora María Inés Longobardi (arts. 47 y 48 de la Ley 5827), para dictar sentencia en los autos caratulados: "L., S. M. C/ M., J. M. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. RESP. PROFESIONAL (EXCLUIDO ESTADO)? (CAUSA N° 64.121), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, arts. 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dr. Galdós - Dr. Peralta Reyes. Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: -CUESTIONES- 1ª.- ¿Corresponde confirmar la sentencia apelada de fs. 732/745 vta.? 2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? -VOTACIÓN- A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo: I.- L., S. M. promovió demanda -para lo que aquí interesa, y que es objeto de resolución por el Tribunal- contra los doctores M., J. M. y B., J. A., reclamando el resarcimiento de daños y perjuicios, patrimoniales y morales, que atribuye a los citados profesionales como consecuencia de una mala praxis médica en una intervención quirúrgica de vesícula que se le practicara en la Clínica Modelo de Bolívar S.A. el día 26 de junio de 2012. La sentencia de Primera Instancia hizo lugar a la pretensión y se tuvo por acreditada la culpa del Dr. M., J. M., eximiendo de responsabilidad al Dr. B., J. A., en su condición de médico ayudante. Rechazó los daños derivados de la incapacidad sobreviniente, por no haberse probado consecuencias incapacitantes, el daño estético y el proyecto de vida, por no constituir rubros autónomos sino que integran el daño moral. Admitió, en cambio, el daño extrapatrimonial que cuantificó en \$100.000 atendiendo a los padecimientos y sufrimientos físicos y emocionales de la Señora L., S. M. En lo atinente al acto médico, la sentencia de Primera Instancia tuvo por acreditado que la actora, L., S. M., fue sometida el 26 de junio de 2012 a una intervención quirúrgica laparoscópica, practicada por el Dr. M., J. M., con la colaboración del Dr. B., J. A., con la finalidad de curar su patología de litiasis vesicular, la que se realizó en una clínica de la ciudad de Bolívar. Luego de dicha práctica continuó con dolores, lo que motivó su internación en un centro especializado de la ciudad de La Plata donde nuevamente fue intervenida quirúrgicamente. La actora atribuye a los demandados culpa en la realización de dicha operación por la colocación indebida de un clip laparoscópico, alegación que los accionados rechazan enfáticamente. Por su lado el Dr. M., J. M. niega haber provocado aquella obstrucción y el Dr. B., J. A. indica que no tuvo participación en la operación ya que sólo actuó como asistente del cirujano principal. Seguidamente la sentencia de grado analiza la naturaleza jurídica de la responsabilidad médica, a la que califica como obligación de medios, y puntualiza que la mala praxis se configura cuando media omisión por parte del médico de prestar sus servicios adecuadamente, conforme las reglas del arte, incurriendo en imprudencia, impericia o negligencia. Tras ello analiza la pericia médica practicada en autos, de indudable eficacia probatoria, sin perjuicio de destacar la aplicación de las cargas probatorias dinámicas que imponen al demandado la carga de colaborar en la prueba de los hechos alegados, asignándole incluso el peso del "onus probandi". El sentenciante agrega que el Dr. M., J. M., al contestar la demanda, manifestó que le indicó a la actora y a su familia que ante la evolución del cuadro de la etapa post-quirúrgica, debía practicarse un estudio de colangiografía retrógrada, la que realizó el Dr. B., C. J. en la ciudad de Olavarría, cuyo informe obra agregado a fs. 13. El Dr. M., J. M. también manifestó que tomó contacto con el citado profesional para interiorizarse sobre los resultados del estudio. De ese estudio se desprende lo siguiente: "... stop completo, con escaso pasaje de material de contraste hacia lecho subhepático (clips de laparoscópica)". Sobre la base de dicho estudio se le preguntó al perito médico a fs. 639 "si era factible o normal, en una intervención de vesícula, la existencia de un clip laparoscópico en colédoco u obstrucción en el colédoco proximal, a lo que el experto respondió que "no es factible, ni normal el hallazgo de un clip en el colédoco u obstruyendo este". Agregó que "el hallazgo de un clip en la vía biliar o una obstrucción requieren de una cirugía reparadora para lograr la reconexión del drenaje hepático a la luz intestinal cirugía denominada hepático yeyuno anastomosis, en su mayoría no requieren otras intervenciones sobre la vía biliar, lo que requirió en este caso fueron reparaciones posteriores de la pared abdominal por deshiscencias de la herida" (sic. sentencia fs.

670). Por su lado en respuesta a preguntas del Dr. B., J. A. el perito, más adelante, respondió: ¿como evidencian los relatos de la colangiografía retrógrada la obstrucción del colédoco coincide con el posicionamiento de un clip ... Las cirugías sucesivas son unas consecuentes de la otra; así una lesión quirúrgica de la vía biliar requirió una reparación a cielo abierto mediante una laparotomía (incisión abdominal) que luego de un tiempo desconociendo la causa se vio debilitada para generarse una eventración recidivó requiriendo una nueva plástica y así sucesivamente en 3 oportunidades? (fs. 672). En otro pasaje el perito interviniente Dr. Sergio Bugosen explica que ¿es habitual el uso de clips y su uso es hemostático para arteria cística o sus ramos y conducto cístico no es normal ver clips colocados fuera de los mencionados, no podría estar en el pensamiento del cirujano en ese momento para saber porque colocó ese clips allí pero pudo haber sido convencido de ser al conducto cístico distorsionada la anatomía por el proceso inflamatorio o con la intención de cohibir una hemorragia. Como consecuencia de ello ocurren las lesiones de la vía biliar? (fs. 692). Atento lo expuesto, la sentencia tuvo por acreditada la responsabilidad civil del Dr. M., J. M., atendiendo al citado informe pericial y a que el accionado, que negó haber colocado el clip laparoscópico, no brindó una explicación atendible de la razón de su hallazgo en los estudios realizados. Posteriormente ingresa en el examen de la actuación profesional del Dr. B., J. A. a quien exime de responsabilidad por haber intervenido en su carácter de ayudante del Dr. M., J. M., sin relación previa con la actora. Dicho carácter de colaborador fue reconocido por el Dr. M., J. M. al absolver posiciones (fs. 213 a mérito de lo prescripto por el art. 409 del C.P.C.C.). Tras ello ingresa en el examen de la responsabilidad que le cabe al médico ayudante en una cirugía. Sobre el tema señala, citando jurisprudencia, que cuando el facultativo presta servicios a través de otros profesionales no elegidos por el paciente se configura el supuesto de intervención de equipo médico. En tal caso se distingue la actuación del médico jefe o principal de la que es propia de los ayudantes o dependientes y destaca que el vínculo jurídico que une al paciente con el médico jefe es de naturaleza contractual, por lo que -con este fundamento y en esta etapa del desarrollo argumental- el sentenciante- desestimó la excepción de prescripción por no haberse cumplido el plazo de prescripción decenal del art. 4023 del Código Civil. Luego retoma el informe pericial que describe las funciones asignadas a ambos cirujanos -los Dres. M., J. M. y B., J. A.- para concluir que éste último no tuvo ninguna injerencia en el hecho que generó el daño (clipado laparoscópico), por lo que rechaza la demanda deducida en su contra. El informe pericial de fs. 672 sostiene que ¿los actos del cirujano o médico principal constan de la incisión, disección colangiografía, clipado, exerecis, hemostasia y extracción del órgano de la cavidad ... El cirujano ayudante maneja la cámara que le brinda la visión al cirujano y eventualmente realiza alguna maniobra de aspiración o separación para facilitarle la visualización al cirujano y que este proceda a la disección? (sic., fs. 672). En lo atinente a los daños resarcibles rechaza el daño patrimonial por incapacidad. Para ello tiene en cuenta el informe médico de fs. 639 que sostiene que desconoce si existe ¿disminución física? que la reparación de la vía biliar no genera inconvenientes para la inserción laboral de la actora y tampoco incapacidad para realizar tareas comunes ¿si las plásticas de pared quedaron continentes?. Tras ello concluye afirmando que ¿no se encuentra capacitado para emitir un porcentaje de incapacidad? y que si se repara ¿una eventración obteniendo un buen resultado, facilitado por el uso de prótesis (malla)? se pueden reanudar las tareas habituales. ¿Esas expresiones vertidas por el perito Dr. Bugosen a fs. 670/671 fueron reiteradas a fs. 673, todo lo que sirvió de base para que el juez de primera instancia rechazara el rubro daño patrimonial por incapacidad sobreviniente afirmando que no se probaron ¿consecuencias incapacitantes derivadas de la intervención que dio origen a las restantes cirugías reparadoras? (sic.). En lo relativo a la procedencia del daño moral, lo admite y cuantifica en \$100.000. Luego de señalar sus aspectos conceptuales, para su determinación tuvo en cuenta los sufrimientos físicos y emocionales de la Sra. L., S. M. derivados de la intervención quirúrgica, lo que resulta acreditado con las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 409/411, y con el informe de IOMA agregado a fs. 387/401. En tal sentido, tiene en cuenta las manifestaciones de los testigos O. y B. que manifiestan que fue operada dos veces, que estuvo internada en el Hospital Italiano de La Plata; O. dijo que posteriormente fue operada varias veces, no recuerda cuántas, pero estima más de diez. Sobre esa base admitió el daño moral que -como anticipé- cuantificó en \$100.000. El pronunciamiento también admitió ¿los gastos de traslado, atención y compañía?, que estimó en \$10.000 porque se trata de daños presumidos. En cambio rechazó los rubros daño estético y daño al proyecto de vida porque carecen de autonomía y no se acreditó que la actora tenga afectada su estética corporal ni que se hubiera alterado un proyecto vital o sus posibilidades futuras de embarazo, máxime que los eventuales riesgos derivan de que se trata una persona obesa y con diabetes, por lo que no pueden prosperar esas partidas, admitidas por otro lado en el daño extrapatrimonial. En consecuencia, la sentencia hizo lugar a la demanda entablada por L., S. M. contra M., J. M., a quién condenó a pagarle la suma de \$ 110.000 en concepto de daños y perjuicios por la intervención quirúrgica practicada el 26 de Junio de 2002, rechazándola respecto de B., J. A. Dispuso que los intereses a pagar sobre el capital correspondan a la tasa pura del 6 % anual desde la fecha del hecho hasta la sentencia y desde entonces y hasta su efectivo pago a la tasa pasiva BIP que paga el Banco de la para las operaciones de depósito. Condenó en costas al demandado vencido, con excepción de las correspondientes al rechazo de la demanda respecto de B., J. A., que las impuso a la actora perdidosa. Finalmente difirió la regulación de honorarios para la pertinente oportunidad procesal. Contra ese pronunciamiento apelaron ambas partes, quienes

expresaron agravios que fueron respondidos por la parte contraria. En efecto mediante presentación electrónica de fecha 10/09/2018, apeló la parte demandada, haciendo lo propio la actora a fs. 750 -escrito que fue digitalizado el 11/09/2018-, siendo concedidos ambos recursos a fs. 749 y fs. 751, respectivamente. Con la pieza procesal agregada a fs. 764/768 vta. -la cual fue digitalizada el 9/04/2019- y por medio de la presentación electrónica del 10/4/2019, los recurrentes expresaron agravios. La parte demandada según presentación electrónica de fecha 30/4/2019 los respondió, tal como resulta del informe de Secretaría obrante a fs. 770. Llamados autos para sentencia (cf. fs. 774) y firme el proveído que hizo saber el orden de la votación (cf. fs. 775), el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto. Las quejas de la Sra. L., S. M., luego de consideraciones generales y abstractas que no atacan en concreto aspectos medulares del fallo, se centran en cuatro cuestiones esenciales: la desestimación de la demanda contra el Dr. B., J. A.; el rechazo de la indemnización por incapacidad sobreviviente y por daño al proyecto de vida; la cuantía que estima baja asignada en concepto de gastos de traslado, atención y compañía Respecto del primer punto afirma que el Dr. B., J. A. como médico ayudante debió efectivamente cumplir su función de trabajar en equipo, prestando mayor atención y diligencia e indicando al Dr. M., J. M. que no debía colocar el clip o sugerir o indicar otras conductas, lo que revela su culpa por omisión. En lo atinente a la incapacidad física denegada, cuestiona el dictamen pericial que sostiene que no está capacitado para indicar el porcentaje de invalidez y afirma que lo cierto es que como consecuencia del error médico sufrió daños en su organismo, disminuyendo su integridad e indemnidad física, que nunca se recuperará por completo y que, en definitiva, su salud resultó menoscabada. Luego afirma que las cirugías a las que fue sometida y el menoscabo a su salud impidieron el desarrollo de sus posibilidades vitales, por lo que debe acogerse el daño al proyecto de vida. Finalmente sostiene que también es baja la suma conferida por gastos materiales de traslado, atendiendo a que realizó como veinte viajes que rondan en los \$100.000. Tras ello, y después de otras consideraciones acerca del resarcimiento del daño y de la necesidad de su reparación, solicita se acoja sus pretensiones, revocándose en estos aspectos la sentencia atacada. Los agravios del demandado se concentran en la determinación de responsabilidad de su parte en el acto médico, y en la cuantía -que considera altas- del daño moral y del daño material por traslado y atenciones. En lo tocante a la responsabilidad médica, sostiene que además del yerro acerca de la fecha de la cirugía (el 20 y no el 26 de Junio) y de otros aspectos (la derivación a otro especialista y centro asistencial no se debió a los dolores sufridos por la actora sino a existencia de una fístula biliar) cuestiona la valoración de la prueba. Comienza, primero, transcribiendo parte de los fundamentos de la sentencia y, luego, prosigue señalando que la existencia de un clip de laparoscopia que habría colocado resultaría de un informe del Dr. B., C. J., de Olavarría, que obra en fotocopia, cuya autenticidad desconoció y no media prueba testimonial del citado profesional. A fs. 340 y 346 el Dr. B., C. J. contestó el oficio afirmando que atento el tiempo transcurrido (más de 10 años) no contaba con el estudio, el que eventualmente podría estar en poder de la Clínica María Auxiliadora de Olavarría. El perito manifestó que no tuvo a la vista ni el estudio de colangiografía retrógrada ni el original de su informe. Por ello sostiene que no puede computarse como prueba el informe obrante en fotocopia que fue desconocido. Luego resalta que la derivación por el cuadro post operatorio que presentó la paciente no obedeció a ningún error médico sino por la patología presentada, que requería de un nuevo estudio de complejidad para la resolución de posible lesión. Cuestiona que se le atribuya relación causal a la operación con todas las cirugías posteriores. Afirma que si la reparación biliar se hubiera hecho inmediatamente no hubieran sido necesarias las intervenciones posteriores, que nada tienen que ver con la intervención quirúrgica del año 2002, desconociendo las causas de las eventraciones y recidivas que derivaron en nuevas intervenciones de la paciente. Por consiguiente no está probada la responsabilidad civil del Dr. M., J. M. Tras ello afirma que no procede el daño moral y que la inexistencia de incapacidad trae aparejada su improcedencia, más allá de que no está probada ni la responsabilidad ni el daño. También controvierte la admisión, sin explicaciones ni constancias que los avalen, de los gastos de traslado, atención y compañía, rubro que solicita sea desestimado. Llamados autos para sentencia y practicado el sorteo de rigor, el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto II.- 1.- Inicialmente señalo, aunque ello resulte sobreabundante, que habré de ceñirme a las cuestiones litigiosas esenciales para fundar este pronunciamiento (art. 3 CCCN), atendiendo a lo peticionado por las partes, lo que se resolvió en Primera Instancia y que fue objeto de recurso y agravio. También cabe destacar, en el mismo orden de ideas generales introductorias, que el objeto de la pretensión resarcitoria deducida consiste en la atribución de responsabilidad profesional a los dos médicos demandados, Doctores M., J. M. y B., J. A. Dicha responsabilidad debe ser juzgada sobre la base del factor subjetivo de atribución, en el caso la culpa, en los términos de los arts. 512, 1109 y ccs. del Código Civil derogado -vigente al momento de los hechos-, los que se corresponden con las prescripciones de los arts. 1721, 1724, 1768 y concs. del Código Civil y Comercial vigente, cuyas reglas se deben computar como parámetros interpretativos orientativos y de aplicación analógica. No debe perderse de vista que en el régimen actual, al igual que el anterior, la responsabilidad profesional en general, y obviamente de responsabilidad médica en particular, la regla es la responsabilidad subjetiva, fundada en la culpa y en el dolo, cómo se desprende claramente de los arts. 1768, 1721, 1722, 1724 y concs. CCCN. El nuevo Código tiene una norma específica, el art. 1768 CCCN, que establece de modo claro que el factor de

atribución para juzgar la responsabilidad profesional es la culpa. La responsabilidad obligacional objetiva está limitada a los supuestos de asunción por parte del profesional de un resultado determinado (arts. 1723 y 1768 CCCN) o cuando en la realización del acto médico con intervención de cosas el daño provino del vicio (no del riesgo) de las cosas (art. 1768 CCCN). Es decir en los daños profesionales con intervención de cosas sólo cuenta el vicio (el defecto de la cosa) y no su riesgo (su potencialidad dañosa). Es importante recalcar esto último: en ningún caso en el que la prestación médica se realice con cosas corresponde aplicar la responsabilidad objetiva por la actividad riesgosa o peligrosa regulada en los arts. 1757, 1758 y concs. CCCN, salvo el supuesto específico previsto en el art. 1768: el vicio de la cosa. En suma: en materia de responsabilidad médica la regla es el factor de atribución subjetivo (culpa o dolo) y la atribución objetiva rige sólo para los casos en los que el profesional asuma un resultado, u ocurre por vicio de la cosa, supuesto que no es el de autos, y corresponde emplazar el análisis de la responsabilidad de los demandados doctores M., J. M. y B., J. A., desde la óptica subjetiva. Ello sin perder de vista que todo acto médico no está sujeto sólo a la pericia del profesional sino que en su resultado intervienen el estado previo del paciente, la complejidad de la intervención, la evolución propia y natural de la enfermedad, etc. (esta Sala, causa n° 60.896, 14/06/2016, "Soudrelle, María José c/ Ferraro Jáuregui, Luciano Francisco y Otro/a s/ Daños y Perj. Resp. Profesional (Excluido Estado). En este contexto, y ceñido para lo que aquí interesa para resolver, cabe brevemente recordar que las principales reglas que rigen de la responsabilidad civil de los profesionales son las siguientes: 1) teniendo en cuenta que el profesional es un prestador que domina un conocimiento técnico o científico, son aplicables las normas propias del ejercicio de cada profesión e incluso las de naturaleza deontológica; 2) la regla -reitero- es la responsabilidad subjetiva del profesional salvo que comprometa un resultado concreto (arts. 1768 y 1722, 1723, CCCN); 3) tal como lo anticipé si en el desempeño de la actividad se utilizan cosas, rige igualmente la responsabilidad subjetiva y no se aplican las disposiciones de la responsabilidad objetiva por riesgo de las cosas o por actividades riesgosas o peligrosas, por expresa exclusión del art. 1768 CCCN (arts. 1722, 1723, 1757, 1758 y concs., CCCN). Como corolario de ello, para la valoración de la conducta del profesional se tiene en cuenta: a) el deber general de obrar con diligencia; b) la mayor diligencia exigida cuando su deber de obrar es superior al ordinario; c) la condición del agente cuando media confianza especial (arts. 1725, 776 y concs., CCCN); 3) la prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil y del daño se rigen por el principio general según el cual incumbe a quién alega, salvo disposición legal en contrario. En el caso de la responsabilidad objetiva la carga de la prueba de la causa ajena o de la imposibilidad de cumplimiento incumbe a quién la alega, esto es, al profesional responsable prima facie (arts. 1734, 1736, 1721, 1722, 1723, 1724, CCCN). Sin embargo, y aquí radica una importante novedad, el art 1735 CCCN admite la aplicación de la regla de las cargas probatorias dinámicas, aunque con matices, cuestión sobre la que volveré más adelante (Galdós Jorge Mario y Valicenti Ezequiel, "Responsabilidad de los profesionales liberales. Servicios y obras. Obligaciones de medios (mera diligencia) y de resultado (concreto o eficaz)" en Lorenzetti Ricardo L. (Director), Lorenzetti, Pablo - Pontoriero, María P. (Coordinadores), "Código Civil y Comercial Comentado", T° XII-C, Ed. Rubinzal- Culzoni, 2018, p 129). 2.- Sentado lo expuesto, no está en discusión que el día 16 de junio de 2002, en la Clínica Modelo de Bolívar S.A., L., S. M. fue intervenida quirúrgicamente por el médico Dr. M., J. M., actuando como ayudante el Dr. B., J. A. La actora presentaba un cuadro de colecistitis aguda, realizándose la práctica médica quirúrgica consistente en una cirugía videolaparoscópica, según lo expresan las partes y el perito médico Dr. Sergio Bugosen (cf. pericia fs. 666/672, a tenor de los puntos propuestos por la demandante a fs. 61/62 y por los demandados a fs. 86 y fs. 163 vta.; pedido de explicaciones de la actora de fs. 685/686, y respuesta del Dr. Bugosen de fs. 691/693; observaciones de la demandante de fs. 697; respuestas del perito de fs. 700; arts. 384, 474 C.P.C.). Estos aspectos no están en discusión, señalando la actora que su patología consistía en "litiasis vesicular" y, tal como se anticipó, el Dr. M., J. M. manifestó haber efectuado una "colecistectomía laparoscópica" (cf. fs. 156), lo que se corresponde con el diagnóstico que el perito médico califica como cirugía videolaparoscópica (fs. 66/67). El punto controvertido radica en la culpa que se le atribuye al cirujano interviniente, Dr. M., J. M., por haber dejado luego de la cirugía un "clip de laparoscópica", que le provocó a la Sra. L., S. M. posteriores problemas de salud que requirieron de varias consultas y prestaciones médicas y de intervenciones quirúrgicas para superar las afecciones en la vesícula y otras secuelas orgánicas. El accionado al contestar la demanda negó la existencia pos quirúrgica de ese elemento extraño en el cuerpo de L., S. M. y, textualmente, adujo que "no es cierto que la paciente tuviera un clip laparoscópico que obstruía el colédoco proximal que le produjera complicaciones de salud. Las adherencias producto de la patología de la vesícula biliar de tipo crónico y agudizado al momento de la atención fueron la causa de las distintas complicaciones que sufrió la actora" (sic., fs. 158). Entiendo que está acreditado, sobre la base de la prueba de presunciones, que con posterioridad a la cirugía el 16 de junio de 2002 la actora presentaba un clip de laparoscópica con "obstrucción de colédoco proximal", conforme el estudio de colangio pancreatografía retrógrada endoscópica, efectuado por el Dr. Carlos J. B., C. J., por derivación del Dr. M., J. M., en la Clínica María Auxiliadora de Olavarría, prestación que fue autorizada por el IOMA (cf. fs. 13 informe del Dr. B., C. J. y sus respuestas a los oficios remitidos de fs. 340 y fs. 346). Dado que la autenticidad del informe mencionado, glosado a fs. 13, fue

desconocida por la demandada, entiendo que su veracidad resulta de la valoración en conjunto de todas las probanzas agregadas en el expediente, de la prueba de presunciones y del valor indiciario que cabe asignar a la conducta procesal de las partes en el proceso (arts. 163 inc. 5º, 384 y ccs. C.P.C.). Por ende, no acudiré a la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, según su tipificación tradicional, no obstante que ello no estaba prohibido en el régimen del Código Civil derogado, y que el actual 1735 CCCN, que introdujo cambios sustanciales en dicho instituto probatorio, entró en vigencia con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos litigiosos. En efecto, sobre el tema de las cargas probatorias dinámicas en la responsabilidad profesional, y por añadidura en la responsabilidad médica, recuerdo que, con sustento en los principios de buena fe y lealtad procesal, y especialmente en el deber de colaboración, en los casos de prueba difícil puede flexibilizarse o morigerarse la rigidez de la reglas sobre la distribución del onus probandi, desplazando su carga en contra de la parte que -pudiendo o debiendo aportarla al juicio porque le resulta más cómodo, fácil o barato- omitió hacerlo procurando un provecho de su situación procesal. Esta Sala desde hace mucho tiempo adhirió a esta posición, que en ésta formulación clásica o tradicional admite su aplicación oficiosa por el juez al momento de sentenciar (Cám. Civ. y Com. Azul, Sala 2, ?Lucas, Francisco c/ Recchia?, 19/03/1996 y ?Bahurlet, Carlota Elena c/a Caja de Seguros de Vida?, del 27/06/2002; ?Esquerdo y Figueroa Elena Aixa ...? y ?Esquerdo y Figueroa, Sara María s/ Concurso Preventivo. Incidente Revisión: Bco. Crédito Provincial?, sentencia única del 04/11/2004, ?Reynoso, María del Carmen c/ Elissondo, Ignacio?, 04/05/2006 y ?C., M. A. c/ C., L. M.?, 29/12/2008, ?Seguro de Depósito S.A. c/ Mac Donald, Alejandro Alberto s/ Ejecución con Garantía Hipotecaria?, 05/05/2011, ?Banco de la c/ Sánchez, Horacio Ismael s/ Cobro Ejecutivo?, 29/11/2012). Participo de la opinión de que puede arribarse a conclusiones parecidas, es decir imponer cargas procesales a las partes, con prescindencia del rol de actora o demandada o de su posición en el expediente, acudiendo a la valoración de la conducta procesal de las partes, con sustento en las reglas de la sana crítica del CPC. Lo que quiero significar es que no puede prescindirse de los efectos procesales del incumplimiento del deber de cooperación y de la ponderación de la conducta omisiva. Con relación a las reglas de la valoración de la prueba la Corte Nacional desde antiguo receptó la posibilidad de ?valorar la conducta asumida por las partes en el proceso? (CSJN, ?Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires v. Propietarios de la Finca Calle Colombres 1175/77?, del 09/02/1988, en Fallos 311:73) y por ejemplo, consideró que la demandada "no aportó versión alguna acerca del hecho, limitándose a negarlos" (CSJN, ?Galli de Mazzucchi, Luisa V. c. Correa, Miguel A. y otro?, del 06/02/2001, en Fallos 324:1159.) ni produjo prueba suficiente que desvirtuara los indicios en contra suyo (CSJN, "G. de G. L. y ots. c/ Ponce, Juan C. y otros", del 11/10/2001, en La Ley 2002-A, p. 884). De igual modo se pronunciaron otros tribunales, al sentenciar que ?ambas partes deberán brindar todo su esfuerzo probatorio para que se pueda decidir si hay culpa, no culpa o caso fortuito? (SCBA, ?Greco Carlos y ot. c/ Pcia. de Bs.As. Ministerio de Salud. Ds. y Pjs.?, del 29/10/03, en DJJ 151-161, voto de adhesión a la mayoría del Dr. Salas, con reenvío a ?Álvarez, Norma Graciela c/ Maldonado Pablo y otro s/ Ds. y Pjs.?, del 14/6/96); que ?el demandado era quien estaba en mejor condición de probar el cumplimiento de su obligación, y por ende la falta de razones esgrimidas en defensa de su posición o la ausencia de referencia concreta de los otros medios de prueba, o de la prueba directa aludida sellan adversamente el éxito del recurso? (SCBA, ?Longarini, Mónica Susana contra Frigorífico Constanzo S.A. Cobro de pesos?, del 29/6/2005, voto Dr. Genoud); mientras que en otro antecedente se exigió del demandado una conducta positiva (SCBA, Ac 87.123, ?Aldecoa, Oscar contra Firestone de Argentina?, del 3/8/2005). En general, la doctrina procesal asigna valor probatorio a la conducta procesal omisiva o que denota falta de colaboración, aunque hay matices respecto a la eficacia. En un congreso procesal distintas ponencias se hicieron eco de esa cuestión y a la conducta procesal se le adjudicó carácter de ?prueba, elemento de convicción o regla de la prueba?, pudiendo tener ?eficacia concluyente? o carácter de ?prueba imperfecta? (Conclusiones del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Paraná, Entre Ríos, 12, 13 y 14 de junio de 2003, en Morello, Augusto, Sosa, Gualberto y Berizonce, Roberto, ?Códigos Procesales?, Librería Editora Platense - Abeledo Perrot, 2004, T. X-A, p.148). Entre los autores los criterios varían según se la considere ?prueba de los hechos o regla de valoración de las restantes pruebas? (Kielmanovich, Jorge, "La conducta procesal de las partes y la prueba", en La Ley, 2001-C, p. 1221), ?argumento de prueba? (Pereira Marques, Silvina, ?Reflexiones acerca de algunos aspectos de la valoración de la conducta procesal de las partes desplegada en procesos distintos (conexos o no)?, en J.A., 2004, II, p. 1079; Peyrano, Jorge w. (Dir.) y Acosta, Daniel F. (Coord.), ?Valoración judicial de la conducta procesal?, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 313), medio ?autosuficiente? (Lépori White, Inés, ?La conducta procesal de las partes y los medios de prueba?, en Jurisprudencia Argentina, 2004, II, p. 1034; Peyrano, Jorge w. (Dir.) y Acosta, Daniel F., (Coord.), Valoración judicial de la conducta procesal, cit. p. 141), ?autónomo? (Rambaldo, Juan A., ?La conducta procesal de las partes como medio de prueba?, en Jurisprudencia Argentina 2004 II - 1047) o ?corroborante? (Peyrano, Marcos L., ?La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal? en Peyrano, Jorge w. (Dir.) y Acosta, Daniel F. (Coord.), ?Valoración judicial de la conducta procesal?, cit. p. 45; Bacarat, Edgar J., ?Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada?). En conclusión y dicho esto particularmente con relación al régimen vigente, si por cualquier razón se omite acudir al

arbitrio de la carga dinámica del art. 1735 CCCN (por no haberse efectuado la comunicación que prevé a las partes, porque su aplicación opera en la Alzada, etc.) igualmente al sentenciar, y de oficio, el juez puede ponderar la conducta omisiva y la falta del deber de colaboración de la parte beneficiada por la desigualdad en el proceso, aplicando la prueba de presunciones con sustento en la normativa procesal (art. 163 inc. 5 C.P.C.). En definitiva, se arriba a similar resultado, deduciendo consecuencias probatorias por vía de presunciones en contra de quien incumple el deber de colaboración en el proceso (Galdós, Jorge Mario y Valicenti, Ezequiel, "Responsabilidad profesional y cargas probatorias dinámicas. El art 1735 CCCN" en Lorenzetti, Ricardo L., (Director), Lorenzetti, Pablo - Pontoriero, María P. (Coordinadores), "Código Civil y Comercial. Comentado", Tº XII-C, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, p. 162). En este expediente arribo a la conclusión anticipada -y que desarrollaré seguidamente- acerca de la responsabilidad civil, acudiendo y aplicando la reglas probatorias desarrolladas precedentemente: la prueba de presunciones y los indicios resultantes de la falta de colaboración de la parte demandada en el proceso (arts. 163 inc. 5, 384 y concs. C.P.C.).

III.- 1.- Considero que el informe de fs. 13, suscripto por el Dr. B., C. J. es auténtico. Ello así por una pluralidad de concordantes y coincidentes indicios (arts. 163 inc. 5 y 384 C.P.C.). Antes de detenerme en ese plexo probatorio destaco que el informe mencionado del Dr. B., C. J. de fs. 13 dice, en lo pertinente, que "durante el tiempo endoscópico se observa papila de características normales. Wirsung de calibre y morfología normal. Se canula vía biliar observándose colédoco no dilatado, a nivel de colédoco proximal se observa stop completo, con escaso pasaje de material de contraste hacia lecho subhepático (clips de laparoscópica). No se objetiva pasaje de contraste hacia vía biliar intrahepática. Impresión diagnóstica: obstrucción de colédoco proximal" (sic., fs. 13). Ahora bien, y retomando la prueba de presunciones, el Dr. M., J. M. al contestar la demanda explicó que el 8 de julio de 2002, y a raíz de una práctica médica efectuada en el Hospital Municipal de Bolívar, posterior a la operación, le indicó a la paciente y a su familia que debía realizarse un estudio de colangiografía retrógrada en Olavarría o en otro centro especializado, en razón de que en Bolívar se carecía de tecnología adecuada, sugiriéndole que la efectuara el gastroenterólogo de Olavarría -Dr. B., C. J.- (fs. 156 vta.). Incluso añadió que se comunicó telefónicamente con dicho colega para interiorizarse sobre los resultados del mencionado estudio, que visitó a la paciente en su propio domicilio el día siguiente, y que en atención al resultado de la colangiografía le comunicó que para la resolución de la fístula biliar debía ser trasladada a un centro de mayor complejidad, proponiéndole el Hospital Mainetti de la ciudad de La Plata, lugar en el que fue evaluada y se le indicó tratamiento quirúrgico. Empero -prosigue el médico- por razones económicas la Sra. L., S. M. no se operó en aquel centro. Por otro lado, y si bien es cierto que la actora omitió ofrecer al Dr. B., C. J. como testigo, oportunidad en la que podía recabar y ampliar no sólo acerca de la autenticidad del citado informe de fs. 13 (el que da cuenta de la presencia del clip obstruyendo el coledoco) sino también podía efectuarle otras preguntas acerca del resultado de esa práctica médica, lo cierto es que al contestar la prueba informativa, a fs. 343/346 el Dr. B., C. J. no desconoció la autenticidad del estudio agregado a fs. 13. Por el contrario explicó que "habiendo sido atendida la Sra. L., S. M. en la Clínica María Auxiliadora de esta ciudad de Olavarría, no tengo en mi poder copia alguna de los estudios realizados en aquel entonces, y habiendo transcurrido más de diez años de la realización de aquella práctica, es probable que los mismos ya no se encuentren en los registros del mencionado establecimiento" (sic., fs. 340). O sea, se infiere claramente, que el estudio se realizó. En el restante informe de fs. 346, al responder el oficio en el que el juzgado le requería que acompañe el tantas veces aludido estudio, el Dr. B., C. J. respondió en forma manuscrita que "fue la historia clínica a Clínica María Auxiliadora, práctica realizada en internación por cuanto no tengo en mi poder documentación alguna" (sic., fs. 346). El perito Dr. Bugosen manifestó que "la utilización de clips de titanium es de uso habitual en la colecistectomía videolaparoscópica" (sic., fs. 669); que "no es ni factible ni normal el hallazgo de un clip en el colédoco u obstruyendo éste", (sic., fs. 670) con posterioridad a la cirugía; que "el porqué de un clip en el colédoco no le puedo dar explicación, la afección depende de si es un clipado total, parcial con o sin sección de la vía biliar" (sic., fs. 691 vta.); que "es habitual el uso de clips y su uso es hemostático para arteria cística o sus ramos y conducto cístico; no es normal ver clip colocados fuera de los mencionados ... Como consecuencia de ello ocurren las lesiones de vía biliar" (sic., fs. 692). En una etapa de la cirugía "luego de diseccionar el pedículo se procede al clipado selectivo de la arteria cística y el conducto cístico, para luego continuar con la disección de la vesícula liberándola del lecho hepático. Finalizado el procedimiento se controla la hemostasia, de ser necesario la colocación de un drenaje en el lecho vesicular y luego se extrae el órgano (la vesícula, agrega) a través de algún portal (donde estaba ubicado un trocar) que puede ser el umbilical o epigástrico. Finalizado el procedimiento se desinsufla la cavidad y se cierra la piel con puntos" (sic., fs. 672). Igualmente el Dr. M., J. M. no brindó ninguna explicación razonable, atendible y verosímil acerca de la presencia del elemento extraño en el cuerpo, de la actora ya que conforme la pericia médica- y como se analizó- la cirugía laparoscópica en general no presenta mayores complicaciones ni dificultades y la presencia del clips es inusual (cf. fs. 666/669). Frente a este cuadro de situación, el médico pudo agregar al expediente las explicaciones, y en su caso la prueba, científica y técnica que explicara que la "causa de las distintas complicaciones que sufrió la actora se debieron a las adherencias producto de la patología de la vesícula biliar de típico crónico" (sic., fs.158), por más que la pericia, en el punto 5to de los puntos propuestos por el

Dr. M., J. M., a la que remite en el agravio, explique que ¿el estado previo de los órganos tienen influencia sobre el resultado, dada la incidencia de los procesos agudos? (fs. 667). En suma: ante la ausencia de prueba en contrario cabe colegir que fue un clip el causante de la obstrucción en el colédoco. No se demostró con verosimilitud la concurrencia de otras causas, incluso las derivadas de una eventual evolución desfavorable de la paciente, propia de las reacciones personales adversas de cada organismo y de su reacción también desfavorable ante la enfermedad, y las lesiones de la vía biliar con eventraciones y las eventraciones posteriores carecen de otra causa aparente (arts. 163 inc. 5, 384 y 474 C.P.C.; arts. 499, 512, 1109 y concs. CC; arts. 1768, 1721, 1722 y concs. CCCN). En síntesis: el accionado no brindó ninguna explicación razonable, atendible y verosímil acerca de la presencia del elemento extraño en el cuerpo de la actora ya que conforme la pericia médica, la cirugía laparoscópica en general no presenta mayores complicaciones y dificultades y la presencia del clips es inusual (cf. fs. 666/669). A riesgo de resultar sobreabundante, los aspectos probatorios esenciales, mencionados se completan con las aseveraciones del perito médico de que el período de recuperación en una cirugía programada de vesícula por litiasis crónica es en promedio de veinticuatro horas de internación y de reanudación de tareas livianas a los diez días; que la utilización de clips de titanium constituyen un uso habitual en estas cirugías pero que no resulta normal su hallazgo en el colédoco; que no se acreditó, de acuerdo a los criterios médicos y científicos vigentes en el año 2002 -particularmente con el aporte probatorio colaborativo que podía efectuar el médico interviniente- ninguna otra causa probable que produjera la obstrucción señalada precedentemente. El cirujano que practicó el acto médico está en mejores condiciones técnicas y fácticas para probar la otra posible causal generadora de la afectación a la salud verificada (arts. 163 inc. 5°, 384 y ccs. del C.P.C.C.). En consecuencia, la suma de indicios plurales y concordantes, que conducen a tener por acreditada la presencia posquirúrgica del mencionado clip laparoscópico, y por consiguiente la obstrucción en el colédoco proximal son las siguientes: el informe médico original de fs. 13 mencionado precedentemente, suscripto por el Dr. B., C. J., que tiene en sus formas extrínsecas evidentes signos de verosimilitud; las respuestas del citado profesional a la prueba informativa de fs. 340 y fs. 346, en las que no desconoce su autenticidad sino que, por el contrario, reconoce que se practicó la colangio pancreatografía; el Dr. B., C. J. manifiesta que la historia clínica y la copia del informe están en la clínica en la que se lo realizó; el demandado Dr. M., J. M. admitió que derivó a la paciente al consultorio gastroenterológico del Dr. B., C. J. en Olavarría, para la realización de la referida colangio pancreatografía; y que lo llamó para interiorizarse de su resultado; el Dr. M., J. M. atribuyó otra causa médica a las afecciones de la actora y no acompañó prueba verosímil de descargo (arts. 163 inc. 5, 384 y 474 C.P.C.; arts. 499, 512, 1109 y concs. CC; arts. 1768, 1721, 1722 y concs. CCCN). Señalo que los hechos juzgados guardan similitud con el precedente judicial conocido como el caso de la ?gasa olvidada?, resuelto por la Corte Nacional (CSJN., 11/07/2006, ?B., R. R. c. Provincia de La Pampa y otro?, DJ 2006-3, 853 - DJ 2006-3, 1076, con nota de Augusto M. Morello, La Ley 2007-A, 559; Fallo AR/JUR/4659/2006). Se trataba de una intervención por una apendicitis aguda con posible peritonitis y en el acto quirúrgico se le dejó una gasa grande dentro de su cavidad. La Corte Suprema decidió que ?encontrándose acreditada la existencia de un cuerpo extraño o del oblito en el abdomen del actor, cabe considerar que se trata de un supuesto de responsabilidad causado con la cosa?; ?la fuerza de los hechos demuestra que existió un descuido en el retiro de las gasas que es imputable al cirujano, quien es el encargado de remover los objetos que quedan dentro del cuerpo del paciente, respondiendo además como jefe del equipo por la conducta de los componentes de éste, cuyas actividades debe orientar y coordinar?, aspecto que -añado- también resulta aquí de aplicación con relación a la exculpación del médico ayudante Dr. B., J. A. Si el demandado -agregó el fallo- pretendía ser eximido de la responsabilidad presumida, debió demostrar que su conducta fue diligente, lo que no hizo. Su obligación es poner el máximo de cuidado, diligencia y previsión a efectos de evitar que se produzcan consecuencias dañosas. La contravención a elementales reglas del arte de curar aparece así evidente y no requiere de otro tipo de consideraciones, por lo que al haberse acreditado la relación de causalidad el cirujano debe responder?. El fallo mereció la crítica de Morello acerca del factor de atribución que aplicó la mayoría (daño con la cosa) debiéndose acudir al reproche subjetivo, como lo hizo el voto del juez Lorenzetti, criterio que compartió el maestro platense y que ahora no cabe dudas es el que resulta aplicable (arts. 499 y 512 CC; y doctrina interpretativa que surge del art 1768 CCCN; CSJ., 11/07/2006, ?B., R. R. c. Provincia de La Pampa y otro?, DJ, 2006-3, 853 - DJ 2006-3, 1076, con nota de Augusto M. Morello, La Ley 23/01/2007, 23/01/2007, 3 - La Ley 2007-A, 559; Fallo AR/JUR/4659/2006; ver Lorenzetti, Ricardo, Responsabilidad civil de los Médicos. Segunda edición ampliada y actualizada. Código Civil y Comercial de la Nación? (actualizada con la colaboración de Jorge M. Galdós), T° I, p. 517 y T° II, cap. XVII, punto IV, Casuística n° 6). 2.- Retomo lo relativo al acto médico y las posteriores derivaciones causales que afectaron la salud de la Sra. Lequizamón. El dictamen pericial se practicó sobre la base de la prueba colectada en el expediente y la historia clínica, pero adolece de un defecto, consentido por las partes, que consiste en que el perito Dr. Bugosen no revisó a la paciente, ni le solicitó, de resultar necesario, se le efectuaran otros estudios complementarios para tener un completo y preciso cuadro de situación. Es decir no estuvo en contacto con ella. Sin embargo, y si bien esa omisión repercute en otros aspectos (vgr. el cálculo de incapacidad de L., S. M.), no afecta su eficacia probatoria para explicar y fundar el comportamiento médico de los profesionales

accionados (arts. 38 y 474 C.P.C.). En lo relativo a las afecciones posteriores, consecuencia de la mala praxis, el perito a fs 668 expresa que "... las lesiones de las vías biliares pueden ser ocasionadas por cualquiera que sea la vía de abordaje (laparoscópica v/s cielo abierto). Hoy día no se plantea la vida de abordaje para una colecistectomía siendo de elección en la cirugía de la vesícula biliar la cirugía laparoscópica desde aproximadamente 20 años por sus innumerables beneficios, salvo casos especiales? (sic., fs. 668/669). Luego hace referencia a la colocación de drenajes (fs. 669), y en otros pasajes, al tratar otras cuestiones médicas relacionadas con el acto profesional cuestionado, el perito dice que "la vinculación de la vesícula con el colédoco es una comunicación directa mediante el conducto cístico que desemboca en éste con innumerables variables anatómicas, al igual que la longitud de este conducto cístico puede variar de escasos milímetros a unos 2 o 3 centímetros? (sic., fs. 670). Y sobre la práctica para restaurar la vía biliar afectada acota que "el hallazgo de un clip en la vía biliar -prosigue- o una sección requieren de cirugía reparadora para lograr la reconexión del drenaje hepático a la luz intestinal cirugía denominada hepático yeyuno anastomosis, en su mayoría no requieren otras intervenciones sobre la vía biliar, lo que requirió en este caso fueron reparaciones posteriores de la pared abdominal por dehiscencias de la herida? (sic., fs. 670). Tras ello afirma la necesidad de posteriores cirugías obedecen a que si queda una "zona de debilidad podría facilitarse el desarrollo de otras recidiva eventrogena? (sic., fs. 670). Luego y también aludiendo a la obstrucción del colédoco por el clip como causante de las posteriores siete cirugías reparadora de los órganos y de su vinculación causal el Dr. Bugosen responde afirmativamente que "las prácticas quirúrgicas que le suceden (a la primera) son relacionadas con ella; la segunda reparación biliar con la primera y las eventraciones relacionadas con la cirugía a cielo abierto ... Debido a las reoperaciones realizadas las eventraciones suelen ser habituales? (sic., fs. 670). El perito también responde afirmativamente a la enumeración de las siete cirugías posteriores practicadas a la actora asistiendo en que entre ellas media relación causal. Las cirugías enumeradas en el escrito de demanda, y que el perito entiende son consecuencia de la primera, -practicadas seis en el Hospital Italiano de La Plata y la última en Bolívar son las siguientes: 1) Vía biliar con método Laparoscópico; 2) Reconstrucción de Vía biliar, con anastomosis bilisidigestiva; 3) Eventración mediana supraumbilical; 4) Eventroplástica supra umbilical; 5) Eventroplástica epigástrica; 6) Idem anterior; 7) Oclusión Intestinal. Eventroplastía c/ Malla? (sic., 51 vta.). "Como consecuencia del clip ocurren las lesiones de via biliar? -afirma el Dr. Bugosen- (sic., fs. 692); y que "la bilirragia (fuga de bilis, en este caso exteriorizada a través del drenaje) se debe a la comunicación de algún conducto biliar con la cavidad y de ésta al exterior a través del drenaje. Puede deberse a conductillo anómalo en el lecho quirúrgico, fuga a través del conducto cístico ya sea por falla en su cierre o por hipertensión biliar al encontrarse un stop por debajo del mismo ya sea un lito o un clip que lo comprime y ocluye su luz. O a una sección parcial de cualquiera de sus conductos? (sic., fs. 700). Las consecuencias futuras ya las he mencionado - concluye algunas directamente relacionadas a la cirugía, hepáticoyeyunoanastomosis, como puede ser la estenosis o colangitis a repetición, otras relacionadas al abordaje como puede ser lo ocurrido que son las eventraciones? (sic., fs. 691 vta.). En conclusión: el Dr M., J. M. incurrió en culpa en la cirugía que le efectuó a L., S. M., apartándose de las reglas que rigen el arte de su profesión, por dejar olvidado un clip que ocasionó los daños posteriores (arts. 1726, 1727, 1730, 1746, 1768, 774 y concs. CCCN).

IV.- El agravio de la actora que cuestiona la exoneración de responsabilidad por entender que no existió de culpa por parte del médico ayudante Dr. B., J. A., es parcialmente inadmisibles e infundado. La inadmisibilidad alude a que resulta insuficiente, por cuestiones formales, para contradecir el aspecto nuclear de la sentencia que consideró, conforme surge de la pericia médica, que el Dr. B., J. A. no causó el daño (arts. 260 y 261 C.P.C.). Dice el fallo "en el informe pericial se han descripto con precisión las funciones correspondientes a ambos demandados en el acto quirúrgico, a saber: 2- Los actos del cirujano o médico principal constan de la incisión, disección colagiografía, clipado, exerecis, hemostasia y extracción del órgano de la cavidad ... 3- El cirujano ayudante maneja la cámara que le brinda la visión al cirujano y eventualmente realiza alguna maniobra de aspiración o separación para facilitarle la visualización al cirujano y que este proceda a la disección? (fs. 672). Dada la responsabilidad atribuida al cirujano a cargo de la intervención (Dr. M., J. M.), queda claro que el Dr. B., J. A. no tuvo injerencia en acción que generó el hecho (clipado laparoscópico), por lo que la demanda a su respecto debe ser rechazada?. Estos argumentos no son desvirtuados mediante una crítica concreta y razonada que contradiga sus fundamentos, dada la insuficiencia de las alegaciones genéricas y abstractas de que el Dr. B., J. A. debió advertir al Dr. M., J. M. de que estaba colocando el clip y de que tenía el deber de actuar con cuidado y precaución (arts. 260 y 261 C.P.C.). Ello es inexacto y se desentiende del procedimiento y del protocolo quirúrgico, resultando marcadamente insuficiente para revocar el fallo. Por lo demás, y ya en el ámbito de la improcedencia del recurso, la responsabilidad del equipo médico se rige por la responsabilidad colectiva que, conforme el sistema ahora vigente y aplicable por analogía, exime -en el caso- al médico ayudante si éste demuestra que no causó o contribuyó a causar el daño. El daño -reitero por última vez- derivó de la culpa del cirujano que omitió retirar el clip luego de concluido el acto médico (art. 1761 CCCN). Sobre la responsabilidad colectiva, aplicable al equipo médico, afirma Lorenzetti que "existe tal responsabilidad cuando el daño es ocasionado por un agente no identificado que pertenece a un grupo circunstancial determinado. El grupo está delimitado pero no se sabe cuál de los miembros

causó el daño; de tal modo la imputación se refiere al grupo. De esta forma, la responsabilidad colectiva, así entendida, es un supuesto de legitimación pasiva grupal; es decir, resulta responsable un grupo de sujetos? (cf. Lorenzetti, Ricardo, ?Responsabilidad civil de los Médicos. Segunda edición ampliada y actualizada. Código Civil y Comercial de la Nación? (actualizada con la colaboración de Jorge M. Galdós), T° II, pág. 181). Agrega más adelante que ?entendemos que el equipo médico es un grupo prestacional y no de riesgo y por ello será inaplicable la imputabilidad objetiva de la actuación grupal colectiva ... De tal modo, cuando hay autoría plural pero identificada, cada actuación es autónoma, salvo los vínculos de solidaridad y las obligaciones fundadas en la representación constitutivas del vínculo asociativo prestacional? (aut. y ob. cit.). Por ello, y por tratarse de la actividad no peligrosa del grupo la eximente la prevé el art. 1761 CCCN ahora vigente que dice: ?Autor anónimo. Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción?. En conclusión: está acreditado en el expediente que la causa del daño no le es atribuible al médico ayudante, Dr. B., J. A., ya que no ejecutó el acto médico quirúrgico (del cual derivó el olvido del clip, como consecuencia indeseada), por lo que se demostró la concurrencia de la eximente que lo libera de responsabilidad: no causó ni contribuyó a producir el daño (arts. 499, 512, 1109 y concs. CC; arts. 1761 y 1768 CCCN). V.- El agravio de la actora contra el rechazo del daño material por su incapacidad física debe ser parcialmente admitido. El perito médico, que no examinó a la actora, que ?no se encuentra capacitado para emitir un porcentaje de incapacidad ... lo que debería contemplarse en una junta médica laboral y examen psicofísico (sic., fs. 671). Esta aseveración, y la inexistencia de otra prueba, impide determinar con criterios médicos fundados si la afección a la salud de la Sra. L., S. M. se tradujo en una incapacidad sobreviviente que afecte su integridad física y psíquica y deje secuelas irreversibles, e incluso en qué porcentual del total de la capacidad computable y repercutió negativamente en la faz laboral (arts. 1083 y 1086 CC; art. 1746 y concs. CCCN). Pero lo que resulta innegable, y que es lo que determina el progreso parcial de la demanda, es que la integridad física de la demandante resultó notoriamente conculcada, dañándose su estado de salud preexistente a la cirugía. En tal sentido, y brevemente, la reanudación habitual de tareas está supeditada a la ?reparación con buen resultado de la eventración ...?; a la ?resolución del inconveniente de la reparación biliar y de las plásticas eventrogenas. Si existiese dolor tan sugestivo la toma de AINE (antinflamatorios no esteroideos) podrían causar gastritis, úlceras, etc. Y si utilizase opioides la dependencia? (sic., fs. 671). ?Las cirugías sucesivas son unas consecuentes de la otra; así una lesión quirúrgica de la vía biliar requirió una reparación a cielo abierto mediante una laparotomía (incisión abdominal) que luego de un tiempo desconociendo su causa se vio debilitada para generarse una eventración y esta recidivó requiriendo una nueva plástica y así sucesivamente en 3 oportunidades? (sic., fs. 672). En definitiva: el acto médico inicial y las consecuencias en la afección a la salud de la actora, además de las siete cirugías posteriores, conducen a considerar que medió alteración a la funcionalidad y plenitud precedente del estado general de salud de la actora, lo que debe encuadrarse en el concepto amplio de daño material por incapacidad (arts. 1083, 1086 y concs. CC; art. 1746 CCCN). En otras oportunidades sostuve que la incolumnidad humana tiene un valor indemnizable ?per se? ya que no sólo comprende las efectivas y concretas ganancias dejadas de percibir sino que además incluye la afectación vital de la persona en su ?mismidad?, individual y social, por lo que a la víctima se le debe resarcir el daño a la salud que repercute en su significación vital? (conf mis trabajos Galdós Jorge M., ?Daño a la vida de relación, daño biológico y al proyecto de vida?, en Trigo Represas, Félix A. - Benavente, María Isabel (Directores), Fognini, Ariel I. (Coordinador), ?Reparación de daños a la persona?, T° I, pág. 557, Ed. La Ley Bs. As. 2014; ?Daños a las personas en la ?, Revista de Derecho de Daños 2004-3, ?Determinación Judicial del Daño-I?, pág. 31; ?Otra vez sobre los daños a las personas en la ?, Revista Derecho de Daños, ?Determinación judicial del daño? 2005-3-89). Esta postura prácticamente no exhibe fisuras: ?todo menoscabo o detrimento que se sufre en las áreas antes anunciadas debe también computarse como incapacidad materialmente indemnizable (Highton de Nolasco, Elena; Gregorio, Carlos G. - Álvarez, Gladys S., ?La cuantificación del daño moral ¿o a veces es daño punitivo?? en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe?, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, p. 211). La incapacidad psicofísica es la inhabilidad o impedimento o algún grado de dificultad para el ejercicio de las funciones vitales. Implica la pérdida o disminución de las potencialidades, teniendo en cuenta sus condiciones personales (cf. Zavala de González, Matilde, ?Resarcimiento de daños - Daños a las Personas. Integridad psicofísica?, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2º, p. 343). ?La lesión de carácter permanente, ocasione o no un daño económico, debe ser indemnizada como valor del que la víctima se ve privada, puesto que la reparación no sólo comprende el aspecto laborativo, sino también todas las consecuencias que afectan la personalidad? (cf. Llambías, Jorge J., ?Tratado de Derecho Civil. Obligaciones?, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, t. IV-A-116). En ese sentido inveteradamente la Corte Nacional viene enfatizando que ?la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable? que ?comprende no sólo el aspecto laboral, sino las demás consecuencias que afectan a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social? (CS, 9/12/1993, ?Harris, Alberto c. Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios? Fallos 316:2775; 6/10/92, ?Claudio Jesús Riso y Otros c. ?, Fallos 315:2331; 7/2/95, ?Toscano, Gustavo C. c. ?, Fallos 318:38; CS, 15/9/87, ?Velasco Angulo Isaac c. Buenos Aires,

Provincia de?, Fallos 310:1826). Agrega que ?cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva? (es decir la capacidad laborativa o productiva) pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable (o sea la capacidad intrínseca para procurar bienes, la que se presume) y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo (es decir la vida de relación, lo que también se presume), con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida? (CS, 27/11/2012, ?Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra v. Ejército Argentino s/daños y perjuicios?, Fallos 335:2333; C.S.J.N, ?Ontiveros Stella Maris c/ Prevención ART SA y Otros s/ Accidente - inc. y cas-?, voto de la mayoría, Fallos, 340:1038). Por ello la incapacidad física y psíquica comprende no sólo la afectación patrimonial concreta derivada de la repercusión económica en el plano laboral, sino que también incluye la afectación a la integridad física y psíquica en sí misma, más allá de lo productivo y el daño a la vida de relación (cf. esta Sala, causa N° 59.625, del 20/10/15, ?Braszka ...?). El tribunal tiene sentada posición en que la incapacidad sobreviniente como daño patrimonial comprende esencialmente tres rubros: 1) la capacidad laborativa o productiva o sea la pérdida de ingresos o la afectación en la concreta aptitud productiva o generadora de ingresos, rentas o ganancias específicas; 2) la capacidad vital o la aptitud y potencialidad genérica, es decir la que no es estrictamente laboral (el daño al denominado daño biológico que se suele invocar como daño autónomo); 3) el daño a la vida de relación o a la actividad social muy estrechamente vinculado con la capacidad intrínseca del sujeto. Cuando se afecta la integridad humana la existencia de los dos últimos rubros se presume ya que partimos del presupuesto de que todos los hombres tienen capacidades innatas para su desenvolvimiento personal y social, por lo que incumbe al sindicado como responsable la prueba en contrario (por ejemplo la discapacidad de la víctima para afrontar alguna actividad, su personalidad retraída que le impedía relacionarse con otros, etc.). Esto pone de relieve que la incapacidad sobreviniente o daño psicofísico, o lesión a la salud o a la integridad física y psíquica, resulta comprensiva de todos los detrimentos patrimoniales, es decir no sólo de los que repercuten en el ámbito laboral (individual, familiar, social, etc.; esta Sala, causas nros. 58.109, sent. del 20/2/2014, ?Montesano ...?, 60.135, del 29/12/2015 ?Genta ...? y n° 63.411/2018 -y sus acumulados-, 6/5/ 2019, "Degenhart, Yesica Soledad c/ Cannaniz, Omar Alfredo y Otro s/ Daños y Perjuicios. Incumplimiento Contractual?). En este caso, y por sus singularidades, al daño patrimonial por incapacidad, que carece de especificidades médicas que expliquen otras cuestiones particulares de dicha incapacidad sobreviviente (porcentaje, naturaleza e incidencia en la actividad laboral, recuperación probable, etc.) no le resulta aplicable el criterio valorativo del empleo de fórmulas matemáticas (art. 1746 CCCN), por lo que procede su estimación judicial (arts. 163 inc. 5, 165 y concs C.P.C.). Así, atendiendo a la edad de la víctima al momento del hecho (36 años) y a la comprobada alteración de la plenitud de la salud e integridad física, estimo el rubro en examen en la suma de \$600.000 (siempre ante la falta de prueba de la actora; art. 375 C.P.C.; arts. 1083 y 1086 CC y art. 1746 CCCN). VI.- El daño moral estimado por la sentencia en \$ 100.000 y sólo apelado por alto por la demandada debe ser confirmado (art. 1078 CC y art. 1741 CCCN). Ese importe no es para nada alto atendiendo sólo a que la Sra. L., S. M., y a raíz de la mala praxis, debió posteriormente ser intervenida siete veces más. Por eso, y con ese sólo dato fáctico, la presunción de daño moral opera en plenitud y el monto de condena (ante la ausencia de recurso de la actora) debe ser confirmado. En reciente precedente recordaba, siguiendo nuestra doctrina judicial, que el daño moral no patrimonial o extrapatrimonial (art. 1741 CCCN) comprende todos los detrimentos espirituales no incapacitantes del actor, el dolor, las aflicciones, los padecimientos, desconsuelo, desdicha, congoja, etc. que provocan malestar grave y que alteran la estructura de los pensamientos, emociones y sentimientos. El padeciente de daño moral experimenta un estado anímico, emocional o psicológico negativo, displacentero, de malestar intenso. Se trata de una vivencia experiencial, subjetiva y personal, con reducción de la energía vital o existencial ... (cf. esta Sala, causas n° 63.411/2018 -y sus acumulados-, 6 de Mayo de 2019, "Degenhart, Yesica Soledad c/ Cannaniz, Omar Alfredo y Otro s/ Daños y Perjuicios. Incumplimiento Contractual? y n° 64.067, 27/08/2019, ?Ferreira, Alba Eliana Soledad c/ Meaca Ascazuri, Pedro Hernán y Otros s/ Daños y Perjuicios?). La actora podrá afectar el dinero a la adquisición de bienes materiales u otras compensaciones que mitiguen el dolor sufrido (C.S., 12/4/2011 ?Baeza, Silvia Ofelia c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/Daños y Perjuicios?, con mi nota en R.C.y S. 2011-XII, 259); 384 CPCC y arts.1068, 1078, 1083 y concs. Cód. Civ.; esta Sala, causas n° 52.818, 11/08/11, ?Etcheverry?; sentencia única del 01/03/12 en causas N° 54.327, ?Ricco, Patricia c/ Lancioni Agustín?; N° 54.328, ?Lancioni, Agustín c/ Vulcamoia Mar del Plata S.A.? y N° 57.090, 27/03/13, ?Pérez ...?; causa n° 58.109, del 20/2/14 ?Montesano ...?). VII.- El recurso de la parte actora que cuestiona el rechazo del daño proyecto de vida es inadmisibles, porque desde el punto de vista formal no ataca de modo autosuficiente los argumentos esenciales del fallo, que luego de considerar sus aspectos conceptuales, sostiene que la actora no sufrió ninguna ?incapacidad o limitación a su proyecto vital?, formula consideraciones respecto de embarazos futuros de la actora y explica que el daño moral comprende las expectativas vitales de la actora (arts. 260 y 261 C.P.C.C.). Los argumentos del agravio se desentienden de esas afirmaciones, reitera consideraciones abstractas y alude a que se impidió el desarrollo de su capacidad vital. Este aspecto del daño, fue considerado al computar la incapacidad como detrimento que afecta a la aptitud y plenitud

extrapatrimonial en sí misma. Por consiguiente es inadmisibile. VIII.- Finalmente, soy de la opinión que debe admitirse el cuestionamiento de la parte actora cuando sostiene que el resarcimiento por gastos de traslado, atención médica y compañía otorgado por la sentencia es insuficiente y que la suma fijada de \$10.000 resulta exigua. En efecto, y tal como se alegó en el escrito de demanda (fs. 59 vta.) y resultó acreditado en autos, la actora se domiciliaba en la ciudad de Bolívar y debió trasladarse a la ciudad de Olavarría y posteriormente (por períodos que insumieron mucho tiempo) fue intervenida seis veces en la ciudad de La Plata, a la que debió trasladarse, seguramente en compañía de algún familiar para que la asistiera. La última operación se le practicó el 22 de noviembre de 2008. Y aún cuando la Sra. L., S. M. contara con la obra social IOMA la cantidad y entidad de dichos viajes, los gastos adicionales de traslado, hotelería y acompañamiento, además de las restantes erogaciones médicas y asistenciales no cubiertas por la obra social, tornan operativa lo que hoy es una presunción de daño (art. 1746 CCCN). Por ende corresponde aumentar este rubro resarcitorio a la suma de \$100.000 (arts. 163 inc. 5° y 165 del C.P.C.). Sobre este tema tiene dicho esta Sala, que "los gastos médicos pese a la falta de prueba de su desembolso efectivo y de la cuantía de lo pagado en tal concepto, surgen patentes de la acreditación misma de las lesiones que conllevan la presunción de que debieron efectuarse gastos médicos y paramédicos, aún en caso de ser atendido en un establecimiento público (arts. 499, 505, 1066, 1068, 1069, 1083 y concs. Cód. Civ. y 165 y 384 C.P.C.)." (esta Sala, causa n° 47714, "Vallejos Juan Alberto...", del 07/04/05; en igual sentido causas n° 45939, "Lucero, Emilio Raúl y otros...", del 25/11/03; n° 54.255, "Carrizo, Fermín Osvaldo...", del 26/08/10) "porque existen erogaciones que no son cubiertas y son a cargo de los particulares" (esta Sala, causas n° 48.804 "Miñaur, Facundo Oscar...", del 08/11/05; n° 54.767, "Lahitte, Raúl Ariel...", del 15/03/11). La misma presunción alcanza a los restantes rubros que integran estos daños materiales -traslados, alojamientos y gastos derivados por el acompañamiento y asistencia de familiares o de terceros- (art. 1746 CCCN; arts. 163 inc. 5° y 165 del C.P.C.). El monto de condena devengará intereses a la tasa fijada por la sentencia de Primera Instancia, y que -al igual que la suma de \$600.000 por incapacidad- debe ser la tasa pasiva pura del 6% anual desde la fecha del hecho a la de este pronunciamiento, y desde entonces a la tasa BIP que paga el Banco de la en sus operaciones de depósito. Así lo voto. A la misma cuestión, el Señor Juez Dr. Peralta Reyes, adhiere al voto que antecede, votando en igual sentido, por los mismos fundamentos. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez Doctor Galdós, dijo: Atento a lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., se resuelve: 1) confirmar en lo principal la sentencia recurrida, en lo que ha sido materia de recurso y agravio, y modificarla admitiendo el rubro incapacidad sobreviviente, que se fija en \$600.000 actuales, y daños materiales por gastos de traslado, médicos y asistenciales, que se fijan en \$100.000, sumas que devengarán intereses a la tasa fijada por la sentencia de Primera Instancia, y que -al igual que la suma de \$600.000 por incapacidad- debe ser la tasa pasiva pura del 6% anual desde la fecha del hecho a la de este pronunciamiento, y desde entonces a la tasa BIP que paga el Banco de la en sus operaciones de depósito. 2) Con costas en la Alzada al demandado apelante perdidoso (art. 68 C.P.C.). 3) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la Ley 14.967. Así lo voto. A la misma cuestión, el Señor Juez Dr. Peralta Reyes, adhiere al voto que antecede, votando en igual sentido, por los mismos fundamentos. Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente: -SENTENCIA- Azul, 29- de Octubre de 2019.- AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., se resuelve: 1) confirmar en lo principal la sentencia recurrida, en lo que ha sido materia de recurso y agravio, y modificarla admitiendo el rubro incapacidad sobreviviente, que se fija en \$600.000 actuales, y daños materiales por gastos de traslado, médicos y asistenciales, que se fijan en \$100.000; dichas sumas devengarán intereses a la tasa fijada por la sentencia de Primera Instancia, que debe ser la tasa pasiva pura del 6% anual desde la fecha del hecho a la de este pronunciamiento, y desde entonces a la tasa BIP que paga el Banco de la en sus operaciones de depósito. 2) Con costas en la Alzada al demandado apelante perdidoso (art. 68 C.P.C.). 3) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la Ley 14.967. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE por Secretaría y DEVUÉLVASE. VICTOR MARIO PERALTA REYES JUEZ CAMARA CIVIL Y COMERCIAL SALA II JORGE MARIO GALDÓS JUEZ CAMARA CIVIL Y COMERCIAL SALA II ANTE MÍ CLAUDIO MARCELO CAMINO SECRETARIO CAMARA CIVIL Y COMERCIAL SALA II Correlaciones: G., R. C. c/Hospital Naval Cirujano Mayor Dr. Pedro Mallo y otros s/daños y perjuicios - Cám. Nac. Civ. - Sala H - 29/11/2017 - Cita digital IUSJU023444E

044319E