En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., E. M. c/ A., C. y otros s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 196/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 1177/01), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1409), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1264/1293? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Jueza de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) El Sr. Juez de la instancia de grado, admitió parcialmente la demanda y condenó a C. A., al Dr. M. M. M. y a la Sociedad Española de Socorros Mutuos de Comodoro Rivadavia, conjunta y solidariamente, a pagarle a E. M. A. la suma de $117.285,71, dentro de los diez días de notificada la presente, más los intereses a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, en concepto de daño moral, daño

estético, gastos y daño físico, rechazó el daño psíquico y la plus petición inexcusable imputada por la aseguradora "HSBC L. B. A. S. S.A." a la demandante. Hizo extensiva la condena a la aseguradora HSBC L. B. A. S. S.A. y V. C. A. de S. S.A., dentro de los límites del contrato.

Impuso las costas a los codemandados vencidos y reguló los honorarios.

2) Tal decisión es apelada por el codemandado S. L. E. y M. M. M.

3) Los Dres. E. N. y M. M. N. por sus propios derechos y por la representación acreditada de la A. E., articulan recurso de apelación contra la regulación de honorarios en el doble carácter invocado por bajos y por altos (fs. 1294); asimismo, apelan la sentencia (fs. 1295).

4) A fs. 1297 apela "HSBC L. B. A. S. S.A." y a fs. 1300 el codemandado M.

5) La Dra. V. H. por derecho propio apela los honorarios por bajos.

6) Concedido los recursos y elevados los autos a la alzada, cumplen La A. E. y M. M. con lo previsto por los artículos 262 y 264 del CPCCh, no presentando memorial de agravios HSBC L. B. A. S.S.A. y atento a lo que dispone el art. 269 del CPCCh, declaro en este acto desierto el recurso interpuesto y concedido a HSBC L. B. A. S. S.A.

7) La A. E. de S. M. se agravia por entender que se extiende a ella la condena sobre la base de una inexistente responsabilidad del Sr. C. A., basado en el mero voluntarismo personal y hasta oponiéndose a diversas probanzas y constancias de la causa que pusieron de relieve la absoluta ajenidad del

exdependiente en los hechos.

Indica que la actora no ha probado la responsabilidad del Sr. A. ni la existencia de vinculación entre la Asociación Mutual y el Jefe del equipo médico.

Sostiene que se prescindió de la acreditación producida con respecto a la interrupción del nexo causal por parte de la actora con relación a la evolución de las operaciones en el posoperatorio inmediato, ya que se probó el abandono de la actora de la terapéutica y tratamiento gratis ofrecido por la Asociación a través de la Dra. V., lo que debió incidir en las indemnizaciones.

Luego efectúa una reseña de los elementos probatorios que se vinculan con el agravio, así se refiere al reconocimiento de M. de ser jefe del equipo médico, que no presentó la documentación requerida (fs. 478) y que tenía, por lo que debió hacerse efectivo el apercibimiento del art. 392 CPCCh.

La declaración de D., de V., la pericia médica de fs. 894/896, y las testimoniales de C. y U., son confirmatorias, dice, de las exposiciones, planteos y defensas articuladas por su parte.

Aduce que le causa agravio que se extienda solidariamente la condena, fundado exclusivamente en los agregados efectuados por el Dr. M. en el protocolo quirúrgico, ya que consta abundantes y concordantes declaraciones testimoniales que fue el Dr. O. quien operó el botellón de agua caliente.

Alega que no habiendo sido el Sr. C. A. el agente responsable del daño físico a la actora, cae irremediablemente la teoría de la responsabilidad refleja de la A. M.

Con relación al segundo agravio, que ya esbozara, insiste en la interrupción de los tratamientos y asistencia por parte de la actora, y la interrupción del nexo causal.

Cuestiones que no fueron tratadas en el fallo.

No obstante este agravio, sería necio, dice, negar que la actora ha tenido padecimientos en el posoperatorio inmediato, que no debería haber sufrido de haber actuado con diligencia los Dres. M. y O., pero de allí a sostener que no se ha interrumpido el nexo causal para acoger el monto reclamado, tanto el daño moral, cuanto en menor cuantía, el daño físico y los gastos médicos constituye una decisión arbitraria. Solicita el rechazo de éstos últimos y en menor cuantía el daño moral.

Mantiene la reserva del caso federal.

8) a) El codemandado Morón se agravia en principio ante la violación al principio de congruencia y la no consideración de cuestiones conducentes y para ello se refiere a lo ya sostenido al contestar la demanda, en relación con el instrumentista, la inexistencia de responsabilidad del cirujano por parte del paramédico, para luego transcribir el considerando 10) de la sentencia y concluir que el aquo no trató las cuestiones planteadas.

Con cita de jurisprudencia se refiere al principio de congruencia y entiende que el haber soslayado tales cuestiones resulta determinante en orden a la injusta decisión que adopta el pronunciamiento.

b) El segundo agravio se relaciona con la responsabilidad del equipo médico e indica que de

manera dogmática el Juez atribuye responsabilidad a su mandante, alude al considerando 17. Y reitera que el instrumentista A. revestía la condición de colaborador, transcribe el art. 19, inc. 9, de la ley 17132 y deduce del mismo que sólo existe deber de fiscalizar y controlar por parte del cirujano al instrumentista cuando haya impartido indicación y este no actúe dentro de los límites de la autorización y que tales supuestos no fueron indicados en el fallo.

Reproduce lo dicho en la contestación en los puntos 54, 55 y 56 y conviene en que el fallo hizo caso omiso de la norma que ubica al instrumentista en un marco de autonomía que dista de mero dependiente.

La sentencia no menciona que el Dr. M. hizo delegación alguna en A. respecto del frasco en cuestión, de allí que la relación causal carece de sustento.

Se remonta a lo dicho en el punto 63 y recuerda la doctrina ya mencionada en el responde de la demanda, lo que aduce ha sido desentendida por el sentenciante.

Reconoce que recrea lo manifestado en primera instancia pero ello es a fin de no infringir la directiva del art. 268, no bastará con remitirse a presentaciones anteriores y cita doctrina.

c) El tercer agravio se refiere a la condena impuesta que le resulta excesiva, ya que sólo el rubro que resulta del dictamen del Dr. V., los restantes montos no cuentan con el debido respaldo.

A fin de sostener este agravio en punto al daño moral cita jurisprudencia y añade que no debe perderse de vista que, conforme al considerando 6), la pericia refirió que las cicatrices de la actora distan

de poder considerarse deformidades, siendo por el contrario, sumamente aceptables, por lo que resulta claro el exceso indemnizatorio.

Respecto del daño físico debe ser dejado de lado, ya que no se demostró que las cicatrices importen afectación o pérdida de capacidad alguna de las ganancias y como ellas son mencionadas en el daño moral como en el daño físico, resulta claro que se está pretendiendo indemnizar una misma secuela, cicatrices, por partida doble.

Peticiona se dejen sin efecto ambas indemnizaciones o reduciéndolas a una suma no superior a $20.000.

Hace reserva del caso federal.

He de abordar en primer término los agravios relacionados con la responsabilidad del médico Dr. M., atento a las quejas del mismo, quien alega la inexistencia de responsabilidad del cirujano por el acto del paramédico, pues a partir de lo que decida tendrá virtualidad dar respuesta a los agravios del Sanatorio quien sostuvo que no habiendo sido el Sr. C. A. el agente responsable del daño físico a la actora, cae irremediablemente la teoría de la responsabilidad refleja de la A. E.

Y sabido es que la responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que esta le impone y requiere, por lo tanto, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir que cuando el profesional omite las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación -ya sea por impericia, imprudencia o negligencia- falta a su obligación y se

coloca en la posición del deudor culpable (art. 512 CC).

La responsabilidad médica constituye parte esencial de la responsabilidad profesional y al igual que esta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, siendo erróneo considerar que el médico solo debe responder en casos de notoria impericia, negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia, graves errores de diagnóstico y tratamiento que la causa ofrece (S.C. Bs. As., DJBA, 146-2003).

Siguiendo a Bueres en "Responsabilidad civil de los médicos", Tomo I, pág. 138 y 162 y sgtes., se ha de recordar que como regla general la responsabilidad por mala praxis médica es contractual, reconociéndose supuestos excepcionales, como -por ejemplo-cuando el hecho configura un delito del derecho criminal, con lo cual se viabiliza la opción aquiliana -art. 1107 del Código Civil-, esto implica que la víctima puede optar, a su arbitrio, por la vía contractual o por la extracontractual (cf. Alterini - Ameal -López Cabana, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", pág. 156 y en igual sentido en pág. 735 del Tomo 4 ”A”-“Código Civil”, Bueres-Highton).

En forma mayoritaria la doctrina se ha inclinado por considerar la relación médico-paciente y ente asistencial-paciente como una relación contractual. Sintéticamente, podemos explicar que esta vinculación implica la existencia por parte de los médicos de una obligación principal que en la mayoría de los casos se considera que es de medios, consistente en brindar "una atención diligente e idónea del enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la

medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, en procura de una curación, pero sin asegurar que dicho resultado perseguido se va a lograr" (cf. Bustamante Alsina, en "Responsabilidad Civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", La Ley, 1976-C-65); es decir, se compromete a proceder con la diligencia común, conforme a las reglas y métodos de su profesión. Además, existe una obligación del profesional, secundaria, pero no por ello menos importante, que es tácita y de seguridad, que comprende el deber de resguardar al paciente de eventuales perjuicios por la utilización de cosas en su desempeño profesional.

Asimismo, Bustamante Alsina (LL195-A-325) aclara que siempre ha sostenido que la obligación del profesional de la medicina en relación con su deber de prestación es de medios, o sea de diligencia y prudencia, citado por Elena Higthon en Responsabilidad de los Médicos, O. G. C., pág. 943.

En los presentes nos encontramos con un daño que no ha sido provocado por la actuación científica del médico en sí, sino por el perjuicio que originado a raíz de la colocación entre las piernas de la paciente de un botellón de PVC con un líquido caliente que tenía como función mantener la temperatura similar a la corporal y evitar el empañado del instrumental que se utiliza.

Es dable recordar aquí lo expuesto por Félix Trigo Represas en el artículo publicado en La Ley 1981-B-762, señalando que nuestro Código Civil no contiene ningún precepto de carácter general, a la manera del art. 1113, cuando se trata de la responsabilidad contractual por el hecho de las cosas.

En igual sentido Fumarola con cita de Bueres, y el mismo en el C.C. Bueres-Highton, págs. 209 y 735. En cambio, sí se encuentran algunas normas referidas a hipótesis especiales, entre las que menciona los supuestos de los arts. 1525, 2176, 2247, 2286, entre otros, del Código Civil. Agrega que "también le cabe al médico una obligación de seguridad -resultado, por las cosas que emplea en el desempeño de su profesión, cual es el de asegurar el efecto preciso de que esas cosas de las que se sirve, no se derivarán perjuicios al paciente; de forma tal que cuando este resulte dañado por los aparatos o instrumental utilizados, desbordando estos la actividad del facultativo y el control material que el mismo ejercía sobre ellos, y por sobre todo, con independencia o al margen del acto médico puro, la sola infracción de ese deber de seguridad presumirá la responsabilidad del profesional, y correlativamente liberará al paciente damnificado de la carga de la prueba de la culpa o negligencia del médico, que de lo contrario le habría correspondido". Asimismo, el Dr. Bueres enseña que con respecto a los daños que los médicos causan utilizando cosas viciosas o riesgosas, vale decir cuando la cosa no queda absorbida por la entidad del hecho científico, hay consenso doctrinal sobre que en la esfera del contrato existe una obligación de seguridad-resultado fundante de una responsabilidad objetiva ("Código Civil", 4° A, pág. 734/735).

Y no por conocido y dicho pierde vigencia que la mala praxis médica supone un perjuicio al paciente, más no significa culpa del profesional, no obstante, cuando de ello, surge un daño al paciente, la respuesta resarcitoria se impone.

Resultando de indudable importancia la pericia, máxime cuando la misma ha observado las prescripciones de los arts. 473 y 474 del CPCCh sumado a los demás elementos de convicción de la causa.

Y de tales elementos surge insoslayable y no hay discusión que como consecuencia de la internación de la Sra. A. en el S. la E. para la operación programada por el Dr. M., sufre durante el acto quirúrgico quemaduras en ambas caras internas de las piernas.

Asimismo, se probó y tampoco existe controversia que las quemaduras fueron como consecuencia de colocar entre las piernas de la paciente un botellón de PVC en reemplazo de un termo.

Todo ello denota en principio que el sanatorio no contaba con el elemento adecuado (termo estéril que no había en ese momento), sino que vierten la solución fisiológica de alrededor de 50° (C.) y (30 a 38° O.) en una botella cubierta con una compresa de gasas y de las pruebas aportadas (651, 682 refoliados) se constata que C. A., dependiente del sanatorio, no se encontraba inscripto como instrumentador quirúrgico, en los Registros de Matrículas de Profesionales, acorde con el art. 43 de la ley provincial N° 989 e informan que no cuentan con copia de título.

Y como bien lo señala el Sr. Juez, las partes se imputaron la responsabilidad, a fin de evitar la propia y ante ello no surge nítidamente quien fue quien colocó el botellón entre las piernas de la actora, ya que la testigo C. (fs. 577) y sgtes., declaró que fue el médico O., ayudante quien coloca el frasco entre las piernas y que al finalizar la intervención se dieron cuenta que ahí la señora tenía

las piernas mal; por su parte el Dr. O. detalló que el frasco que tenía la solución fisiológica fue colocado por A., y que el Dr. M. le llamó la atención; a su vez, el Dr. M. (fs. 440 y vta.) en la absolución de posiciones sostuvo como cierto que se enteró que la actora tenía quemaduras después de la operación, que trató de exonerarse de responsabilidad y que responsabilizó de los daños causados a la actora a otra persona, dejando consignado en la HC que fue A., el responsable.

Reconocemos la importancia que tiene la HC, sobre lo allí asentado, máxime cuando el perito consigna que no existen interlineados ni borrones, ya que constituye un elemento probatorio esencial, y es a partir de ello que lo asentado en la misma debe valorarse; sin embargo, ello no lleva a una presunción absoluta, sino que debe ponderarse en relación con los antecedentes del caso y las pruebas aportadas por las partes. Tratándose la historia clínica de una documentación elaborada exclusivamente por el médico, la jurisprudencia le ha restado importancia como prueba decisiva cuando es ofrecida por este en su descargo (Vazquez Ferreya, en obra de Highton–Bueres, ya citada, pág. 779, Tomo 4”A”).

Y es aquí y ante la falta de identificación del autor del hecho, donde adquiere relevancia del jefe de equipo médico y del trabajo en equipo sin contratación en equipo al que el Sr. Juez hiciera referencia y que fue motivo de queja.

La cada vez más acentuada complejidad del acto médico, dice O. G., coordinador de “Responsabilidad de los médicos”, págs. 766 y sgtes., influyó indudablemente sobre la forma de prestación del

servicio de salud, de individual pasó a ser colectiva, y ello conduce a que las prestaciones sean colectivas de integración y apoyo para la mejor atención del paciente, y que se desarrollen en centros de mediana y alta complejidad, a través del ejercicio informal (prestaciones individuales separadas pero simultáneas) y formal (equipo médico), estos últimos desempeñan su actividad principalmente a través de intervenciones quirúrgicas, teniendo un jefe de equipo, quien coordina y dirige a los colaboradores.

Si se realizan prestaciones individuales, reproduce un daño y no se puede determinar la autoría, la responsabilidad será de todos, salvo que pruebe que no intervino en la producción del perjuicio.

Y más allá de que la responsabilidad colectiva se funde en el riesgo creado (Bueres) en la garantía (Companucci), responsabilidad objetiva o subjetiva según Vazquez Ferreyra, este último señala que la finalidad de esta responsabilidad colectiva reside en que la falta de individualización del autor verdadero del perjuicio no vaya en contra de la víctima, pues ello podría favorecer a presuntos responsables, si no se individualiza al actor individual todos son llamados a responder. En igual postura Bueres, " Responsabilidad civil de los médicos", t.2, págs. 68 y 69.

La jurisprudencia ha sostenido que la intervención de médicos que no forman un equipo, pero que asisten en común a un mismo paciente, podrá dar lugar a responsabilidad colectiva cuando no puede individualizarse al causante del daño (JA 1991-I-221).

En autos se dan los requisitos para que

la responsabilidad colectiva prospere, y por ende deben responder el Dr. M. y el instrumentista A.; no se ha individualizado al autor del daño, aunque todos estuvieron en el acto quirúrgico y por ende participaron del acto riesgoso, y no se ha discutido y se ha probado la relación causal entre el elemento y el daño.

Y aún más, si se hubiese tratado de un equipo médico, el responsable es el jefe del equipo, cargo que ha sido reconocido por el Dr. M. en la absolución de posiciones, y cualquiera que sea la relación que vincule a las partes, paciente, médico, jefe de equipo, este se obliga a cumplir sus funciones, ya sea como médico o las inherentes a jefe, con idoneidad, diligencia y prudencia, y debe procurar que los mismos extremos cumplimenten los integrantes del equipo médico, conforme al deber de vigilancia, de allí que nos encontremos ante una responsabilidad obligacional del jefe del equipo por el hecho del otro, ya que tuvo la posibilidad de controlar, mucho más si merituamos que quien actuó como instrumentista no probó tener título habilitante, que la fecha de la operación fue el 19-1-2000 y el poco tiempo en que cumplía funciones, 27-12-1999, demuestra la falta de vigilancia que tuvo el cirujano y jefe de equipo.

b) Al concluir que existió responsabilidad colectiva los argumentos de la Sociedad Española pierden entidad.

Los centros asistenciales tienen una obligación de seguridad objetiva, referida a la obligación principal del médico, a la cual nos referimos como de medios (su deber de actuar con diligencia), de modo que probada la culpa del médico,

se patentiza la transgresión de esta obligación de seguridad de la clínica, que responderá irrefragablemente. Asimismo, asume un deber destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por la producción de accidentes o bien por cualquier otra circunstancia, la cual configura una obligación de resultado (cf. Bueres, "Responsabilidad Civil de los médicos", Tomo I, pág. 440 – "Código Civil", Tomo 4 "A", pág. 706).

Reitero que el sanatorio contaba con un dependiente que no pudo probar que fuera idóneo para la tarea que debía desarrollar y aquí adquiere relevancia lo que dispone el art. 40 del D/R N° 6216/1967 refiriéndose a la dirección del establecimiento sanatorial quien está obligado a controlar que el ejercicio profesional o de colaboración sea realizado exclusivamente por aquellos que acrediten idoneidad, contar dice en el punto K) porque el establecimiento cuente con los equipos e instrumental necesarios para su eficaz desempeño y de que se mantengan en correctas condiciones de utilización, lo que por lo informado por el Dr. Vaccaro el medio idóneo que debía utilizarse no es de difícil mantenimiento.

Como puede observarse, dentro del ámbito contractual existe una deber de seguridad que es objetivo, una obligación de seguridad que recae sobre el médico y sobre la clínica.

Con respecto al ente asistencial, no cabe duda, reiterando lo expuesto, que este asume una obligación tácita de seguridad, que es objetiva y de resultado.

Por lo tanto, demostrado y aceptado por los codemandados que la actora tomó contacto con la

cosa riesgosa y acreditado el daño surge patente el incumplimiento de este deber objetivo de seguridad por parte del ente asistencial y, por ende, su responsabilidad objetiva. Mucho más cuando permitió que quien no probó idoneidad para su función, A., quien era dependiente de acuerdo a lo que surge de la pericia contable actuara como instrumentista y no contaba con los medios adecuados para la intervención “termo estéril”.

Es preciso recordar y reiterar que no se trata aquí de un daño provocado por la actuación del médico y por el incumplimiento de su obligación "de medios", por lo cual no es necesario probar su culpa, en los términos del art. 512 del Código Civil. Aquí el perjuicio ha sido originado por una cosa riesgosa; por lo tanto, la obligación incumplida es la de seguridad.

“La exoneración de responsabilidad en los supuestos de responsabilidad objetiva, como el presente, sólo puede lograrse "acreditando una causa ajena: culpa de la víctima, de un tercero por el que no debe responder o el casus genérico fluyente de los arts. 513 y 514 del Código Civil" (cf. C.N.Civ., Sala D, "Astesiano Alberto c/ Policlínica Bancaria 9 de julio", publicado en ED 112-394). En la especie, como se ve, la "no culpa" (o ausencia de culpa) del ente de salud es totalmente irrelevante, en vista del carácter objetivo del deber (cf. fallo citado). En definitiva, lo cierto es que se ha acreditado que el frasco utilizado quemó la pierna de la actora provocándole lesiones; ello así, surge claramente el incumplimiento del deber de seguridad del ente asistencial, que es responsable objetivamente y que no ha logrado su exculpación pues no acreditó la existencia de culpa de

la víctima, de un tercero por quien no deba responder o el caso fortuito que interrumpa el nexo causal (“Gonzalez c/ Armada Argentina s/ daños y perjuicios”, CNC, Sala M-5-62001, el dial AA951 que sigo).

En este orden de ideas, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dicho lo siguiente: “Como los establecimientos asistenciales se valen de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrán de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o copartícipes en razón de la irrelevancia jurídica de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual este se valga para sus fines; y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos, que determina que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del deudor” (Bueres, obra citada, pág. 493, Tomo IV, “B”).

Por estas razones, entiendo que corresponde confirmar la responsabilidad del codemandado Sociedad Española.

Por último, las apelantes se quejan en relación con el daño físico y los gastos médicos y, en punto al daño moral, el monto indemnizatorio debe ser disminuido.

El representante de la A. E. sostiene que en la contestación de demanda dejó planteada la interrupción del nexo causal al que se refiere en los agravios con relación a la evolución de las operaciones en el posoperatorio, ya que la actora abandonó el tratamiento gratuito que le ofreció la A.

Y de la lectura de dicha contestación sólo consta que se opuso al pago de los pasajes de la

actora y del grupo familiar y el alojamiento al no aportar ni invocar la accionante ningún elemento que justifique su decisión.

Sin perjuicio de ello, daré respuesta y siguiendo los autores en estudio es cierto que lo alegado por la quejosa, abandono del tratamiento, es uno de los más invocados en las defensas efectuadas en casos como el que nos convoca, por su analogía con la culpa de la víctima considerada en el art. 1111 CC, pero no es menos cierto que el rechazo o abandono debe tener implicancia directa sobre el paciente, para ser la causa de agravamiento de la misma.

Pues debe tenerse en cuenta que no cualquier abandono del facultativo y cambio de tratamiento, por parte del paciente, pueden alegarse o constituir una sólida y eficaz base fáctica de sustentación de la eximente pretendida, por consiguiente, el abandono debe ser injustificado, pues el paciente tiene el derecho de elegir al profesional de su confianza, ya que en caso contrario se cercenaría el derecho de mejorar la salud.

En los presentes, la Sra. A. no abandonó el tratamiento, sino al médico tratante que lo asistía, encomendándose a otro profesional en la ciudad de Buenos Aires.

No es difícil comprender la actitud de la paciente al rechazar el injerto y la consulta a otro profesional, al haber resultado lesionada en el S. la E., más allá de la idoneidad de la médica que la atendiera con posterioridad, si se observa que la primera consulta a la Dra. V. fue el 19 de enero de 2000 y que si bien le suministró tratamiento, no realizó seguimiento, ya que salía de vacaciones, de

acuerdo a sus declaraciones (fs. 541/544) y recién tomó contacto nuevamente el 29-3-2000, tres meses después, y que no pudo decir qué pasó durante ese período, no conociendo la evolución aunque de acuerdo a lo que presentaba a esa fecha y dado que llevaba bastante tiempo de evolución se le sugirió realizar un injerto, ya que la quemadura no estaba resuelta.

La profesional sugirió entonces, ante la negativa de la Sra. A., que podía consultar en el instituto del quemado y a quien le hizo una nota, aunque la Sra. A. no conforme con lo dicho en el instituto, concurrió al H. C.

Y no se desprende de la declaración de la profesional que la situación de las escaras -que la quemadura se profundizó y pasó a segundo grado superficial a profunda-, se haya producido por el cambio de médico, ya que estas se detectaron antes del viaje.

Asimismo, la profesional manifestó que pudo ser por una infección por no realizar el tratamiento adecuado, lo que no deja de ser una suposición no probada.

Razones todas que me convencen que la Sra. A. no solo tenía el derecho de efectuar otra consulta, ante la falta de confianza en los profesionales, sino que no fue ello lo que agravó la situación, desapareciendo el nexo causal, ya que la Dra. V. manifestó que las lesiones estaban curadas al 29 de abril.

Habiendo desechado los argumentos del representante del S. en los que fundamentaba la desestimación de los rubros daño físico y gastos, me referiré a los dados por el representante de M., quien

alega que la indemnización por daño físico debe ser dejado sin efecto porque no se demostró que las cicatrices importen afectación o pérdida de capacidad alguna.

Solicitó la actora bajo el rubro daño físico, indemnización a título de daño material, de daño a su salud o integración física.

Se refirió a las laceraciones y heridas, lo que alteró la vida de ama de casa quien se ocupaba de sus hijos y esposo, los viajes a Bs. As. que debió realizar y reclamó $100.000.

Otorgó el Sr. Juez por daño físico, la suma de $15.000, con fundamento en que hay lesiones, cicatrices, secuelas, no solucionables con postratamientos actuales, lo que no descarta la evolución futura.

Y entiendo que si bien las razones dadas por el sentenciante se encuentran comprendidas en los otras indemnizaciones que otorga por gastos y daño moral, ello no es motivo para no otorgarlo, ya que junto con doctrina calificada considero que la lesión de carácter permanente debe ser indemnizada ocasione o no un daño económico actual, pues su reparación no comprende solamente el aspecto laborativo, sino el valor del que la víctima se ve privada en el futuro, sobre todas las consecuencias que afecten a la personalidad (Stiglitz-Echevesti, "EL daño resarcible en casos particulares" en "Responsabilidad Civil 9", dirección Alberto Bueres y STChubut, 19-1-1986 en pág.89 y sgtes. "Resarcimiento de daños 2 a", "Daños a las personas"). Sin que se desconozca las opiniones en contrario. En consecuencia el monto otorgado parece justo.

En punto a los gastos, la indemnización resulta justa, ya que el Sr. Juez se valió de los montos dados por el Dr. Vaccaro que guardan relación con la pericial de fs. 1032, más allá que los apelantes no dieran motivos para descalificar lo decidido por el sentenciante.

Daño moral, estético y psíquico:

Otorgó el Sr. Juez la suma de $100.000, por daño moral, comprensivo del estético, rechazando el psíquico.

Los quejosos no se oponen al rubro daño moral, pero cuestionan el monto, a fs. 1386 por considerar que sólo debe considerarse hasta el pos-operatorio y a fs. 1396/1397 se pretende modificar el monto con citas jurisprudenciales y con fundamento en que las cicatrices distan de poder considerarse deformidades, siendo aceptables.

El sentenciante no sólo se refirió a las penurias al tener que someterse al tratamiento reparador, al disvalor estético, que aún cuando sean aceptables no dejan de ser secuelas imposible de ser mejoradas con los tratamientos actuales, sino que el monto otorgado fue por daño moral comprensivo del estético.

Y no puede dejar de merituarse el informe del Dr. Vaccaro, quien lo efectúa 4 años después del hecho y observa 2 cicatrices, la derecha de 37 mm de ancho por 45 mm de largo la izquierda de 37 mm por 60 de largo en cara lateral interna, ambas son planas y se encuentran en tratamiento con parches.

Por otra parte, la cicatriz que presenta, además, de constituir una lesión estética, ha de provocarle sentimientos de desvalorización personal,

angustia y desazón que merecen contemplarse. Pero, a fin de determinar el resarcimiento por el daño en cuestión corresponde tomar como parámetros la edad sexo, estado civil y la localización de las secuelas de la víctima en ambas piernas.

Y teniendo en consideración lo dicho y las enseñanzas de Zannoni, Eduardo en "El daño a la responsabilidad civil", 2. edición actualizada ampliada, Astrea, 1993, p.353, "Cada juez en cada caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social, de la víctima o damnificados, etc., condena a la reparación equitativamente (lo que no significa arbitrariamente o en ausencia de normas jurídicas, o en base a sus puros sentimientos, como erróneamente se cree), es decir, procurando que la condena realice la justicia conmutativa" interpretación que debe darse prudente al arbitrio judicial", así como las facultades que me confiere el art. 167 del CPCCh, entiendo que la suma acordada por el sentenciante resulta excesiva, en consecuencia fijaré la indemnización por este rubro en la suma de $50.000 (cincuenta mil pesos).

En punto a los honorarios que el S. L. E. apelara por altos y los profesionales intervinientes por bajos, así como la Dra. H. por bajos, ante la decisión adoptada corresponde sean adecuados por mandato legal (art. 282 CPCCh).

Las costas de la primera instancia no serán modificadas ante el principio objetivo de la derrota y las de esta instancia a los apelantes vencidos, ya que el principio invocado no se desvanece ante la modificación efectuada.

A fin de regular los honorarios de ambas instancias y de todos los profesionales intervinientes, que los difiero para el acuerdo tendré presente el trabajo realizado, la posibilidad que las pretensiones prosperaran y demás pautas de los arts. 5, 6, 9, 18, 36, 38, 47, 51 y 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Jueza de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Tiene por desierto el recurso presentado por la compañía aseguradora "HSBC la B. A. S. S.A.".

2) Desestima parcialmente los agravios de la A. E. de S. M. de C. R. y de M. M. M. y, en consecuencia, modifica la sentencia de 1264/1293, con relación al monto indemnizatorio por daño moral que lo fija en $50.000, más los intereses del modo y desde la fecha que lo determinara el sentenciante.

3) En consecuencia condena a C. A., al Dr. M. M. M. y a la A. E. de S. M., conjunta y solidariamente a abonar a E. M. A. la suma de $67.285 en concepto de daños moral y estético, gastos y daño físico.

4)) Declara carente de virtualidad expedirse sobre la apelación de los honorarios e impone las costas de primera instancia a los codemandados vencidos y las de esta instancia a los apelantes.

5) Difiere la regulación de los honorarios de ambas instancias para el momento del acuerdo.

6) Tiene presentes las reservas del caso federal planteadas a fs. 1386vta. y fs. 1397vta. por ambas apelantes.

A la primera cuestión la Dra. Melero

dijo:

I. Siendo que es criterio interpretativo de la suscripta que el alcance de la exigencia del art. 169 de la Constitución de nuestra Provincia hace prescindible la reiteración de la reseña de la expresiones de agravios, en virtud de ser ampliamente expuesta por la colega preopinante, es consideración por la cual hago mía la síntesis que del contenido de la apelación efectuó.

I.A) Advirtiendo que de la lectura de los términos expuestos en sus expresiones de agravios, tanto de la parte actora como de la parte codemandada, la decisión que ha de tomarse sobre la responsabilidad que le compete al codemandado Dr. M. M. en la lesión sufrida por la accionante ha de incidir en las demás cuestiones traídas a debate, he de principiar el análisis de los presentes autos por lo cuestionado por el apelante codemando Dr. M.(fs. 1387/1398) continuando luego con el tratamiento de lo expuesto por la apelante codemandada A. E. de S. M. de Comodoro Rivadavia (fs. 1382/1386vta.).

I.B-1) En cuanto al primer agravio del codemandado Dr. M. M. M. (fs. 1387vta./1390), no es ocioso aquí recordar que la congruencia de la sentencia respecto de la causa alude al marco fáctico que configura la causa pretendida, entendiéndose por tal la invocación de una concreta situación de hecho a la cual el actor le asigna una determinada consecuencia jurídica que resulta determinante de aquella y que, salvo excepciones, no puede ser modificada sin desmedro de la garantía de defensa en juicio.

Es entendimiento de la suscripta que si en el recurso de apelación se alega violación del

principio de congruencia, se deberá realizar un raconto de la causa para demostrar cuáles eran los límites del material de conocimiento del a-quo que fueron transgredidos por el mismo, sea por exceso o por defecto o por conceder algo distinto de lo pedido e indicar en cuál o cuáles de los elementos de la pretensión radica la incongruencia, sea en los sujetos, en el objeto o en la causa.

Por aplicación de tales pautas y después de analizar lo transcripto por el juez en su considerandos 8vo. a 12do. (fs. ref. 1264vta./1271vta.), observo que no sólo ha transcripto y tenido en cuenta las cuestiones planteadas en el proceso por las distintas partes intervinientes (lo cual específicamente puntualiza el a-quo en el considerando 14to. ap. 2do. –fs. ref. 1279vta.), sino que –en lo que respecta a lo planteado por el apelante codemandado Dr. M.-, expresamente en dicho considerando, en su ap. 4to. (fs. ref. 1279vta./1280vta.) hizo referencia a la línea defensiva articulada por el codemandado apelante galeno, con lo cual el recurrente incurre en un incumplimiento absoluto de la carga crítica necesaria, ya que de la lectura de los términos efectuados en el embate intentado, surge que la transgresión al principio aludido es denunciada de un modo dogmático, adoleciendo de falta de técnica recursiva. En efecto, el quejoso se limita a asegurar que el a-quo habría cometido el mentado yerro formal, pero omite detallar con precisión en qué consiste el mismo y de cuál de sus tres aspectos se trata (sentencia citra, ultra o extra petita).

En sentido concordante a lo que se viene evaluando se ha establecido que: “No se transgrede el

principio de congruencia si los jueces de la causa no se desentendieron de los temas litigiosos sometidos a su conocimiento, los que tuvieron respuesta suficiente en el pronunciamiento dictado (SCBA, L 59876 S 30-9-97, “Chalde, Luis Julio c/ Chalde Hnos. S.A. s/ Indemnización por despido, preaviso, etc.”.

Razones precedentemente expuestas hacen a mi convicción que deben rechazarse los agravios expuestos por el codemandado apelante Dr. M. planteados a fs. 1387vta./1390, atento a no haber violado el a-quo el principio de congruencia.

I.B-2) Sustenta dicho agravio a fs. 1390/1395vta. el recurrente codemandado médico en cuanto a la responsabilidad que el a-quo le endilga en las consecuencias sufridas por la actora en la intervención quirúrgica –cirugía de vesícula y quiste ovárico- que le fuera efectuada el 19/01/00, fundándose en el hecho que origina la acción es de naturaleza paramédica, no existiendo delegación o instrucción alguna por parte de él al instrumentista codemandado Sr. A. respecto a que este como instrumentista fue quien puso el frasco que provocó las quemaduras en la parte interna de las piernas a la actora ante la colocación de un termo sin protector, cuando normalmente tiene como fin ser un receptáculo conteniendo un líquido usado para lograr una temperatura similar a la corporal y evitar el empañado del instrumental utilizado en la operación.

He de principiar esta parte de mi voto expresando que es entendimiento de la suscripta, a partir de autos caratulados: "I., E. M. c/ E., J. C. y otro s/ Daños y Perjuicios", expte. No. 10.074/98, 10/02/99, SD registrada bajo el nro. 05 del año 1999 -

siguiendo el criterio la Suprema Corte de Buenos Aires- que la responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que esta le impone y requiere, por lo tanto, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.

Ello quiere decir que cuando el profesional omite las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512 C.C.).

Abundante es la jurisprudencia que precisa, que constituye parte especial de la responsabilidad profesional y al igual que esta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, siendo erróneo considerar que el médico sólo debe responder en casos de falta notoria de pericia, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia, graves errores de diagnóstico y tratamiento" (SCBA, Ac 31702 S 22 12 87, autos caratulados “Rivero y Hornos, Miguel y otra c/ Echde, Norberto y otros s/ Daños y perjuicios" (AyS 1987 V 355 DJBA t. 1988, 135, p. 138; SCBA, Ac 38114 S 25 10 88, "Angemi, Sebastián c/ Sanatorio Valentín Alsina S.A. y otro s/ Daños y perjuicios"; AyS 1988 IV 79 DJBA t. 1988 135 p. 401; SCBA, Ac 45177 S 30 4 91, "Silvanto de Abelleyro, María del Valle c/ Clínica Modelo "Los Cedros" de Horacio Hadad y ot. s/ Daños y perjuicios", AyS, t. 1991, I 574; SCBA, Ac. 46039 S 4 8 92, "Acosta, Ramón Teófilo y otro c/ Clínica Indarte S.A. y otro s/ Daños y perjuicios", JA, t. 1993, IV, p. 63; SCBA, Ac. 50801-S 21-12-93, "Gauna, Delmira c/ Clínica Privada Pilar y otra s/ Daños y perjuicios", DJBA, t. 146 p.

156, SCBA, Ac. 58840 S 5-9-95: "Caldarini, César c/ FEMEBA Salud y otros s/ Daños y perjuicios"; SCBA, Ac. 55404 S 25-3-97: "Méndez Arévalo J. c/ Municipalidad de Salto y otros s/ Daños y perjuicios", DJBA, t. 153, p. 7).

Respecto al tema sobre a qué parte le recae la carga de la prueba de la culpa, resulta esclarecedora lo expresado por el Dr. Luis Lorenzetti, en su obra "Responsabilidad Civil de los médicos", T.II, págs. 233/234, Edit. Rubinzal - Culzoni, septiembre de 1997, quien después de citar las dos corrientes doctrinarias que se han suscitado en dicha temática, advierte que: "Ello hace que, en definitiva, el médico deba tener una actitud activa frente a la prueba de la culpa y presentar la mayor explicación posible, de lo contrario, partícipe de una u otra tesis, el juez buscará la forma de presumir la culpa... Este dato experiencial del Derecho confirma que, desde el punto de vista de las expectativas jurídicas, una vez que el paciente probó la existencia del vínculo contractual o aquiliano, el daño, el nexo causal, el médico deberá intentar mostrar la falta de culpa".

En sentido análogo se ha expedido la Sala A de esta Cámara de Apelaciones cuando expresa que: "La jurisprudencia se inclina por mantener, de acuerdo con la legislación vigente, los principios tradicionales en materia probatoria: salvo los casos expresamente previstos por la ley, como el de los daños ocasionados con las cosas, quien alega la culpa o negligencia como fundamento de su pretensión, tiene la carga de probarla. Sin embargo, en los juicios por mala práctica, se ha atemperado el criterio riguroso mediante distintos argumentos, como el de conferir un

elevado valor a las presunciones judiciales, teniendo en cuenta las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente: evidenciados por este ciertos datos empíricos, el juez debe deducir la culpa médica no probada en forma directa; así corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad" (09-08-02, Sentencia Definitiva, magistrados: Daniel Luis Caneo - Fernando Nahuelanca – expte: ”M., S. c/ P., C. y Otros s/ Daños y Perjuicios”, tribunal de origen: Juzgado Civil y Comercial N° 3).

Ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos caratulados: ”Plá, Silvio Roberto c/ Clínica Bazterrica S.A y Otros” (sent. 04/09/01) que: “En materia de mala praxis, donde se trata de situaciones complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de “la carga dinámica de la prueba ” o “prueba compartida", que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo”.

Precisando las consideraciones vertidas precedentemente entiendo que: a) en muchas hipótesis el demandado tiene el deber moral y jurídico de allegar a la causa los elementos que permitan definir lo justo concreto, pudiendo configurar su conducta omisiva un factor importante de valoración, al punto que la omisión del interesado puede llegar, por mandato de la ley, a constituir una presunción en su contra; b) es innecesario efectuar un resumen del estado de la jurisprudencia -buena parte de la cual obra en los

tratados sobre el tema-, porque en útil medida ya ha sido hecho por D. M., C. A. y G. A. U. (cf. "La responsabilidad civil de los médicos", L.L. 22.7.91); c) en general, los fallos se han inclinado por exigir del médico la observancia de los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo (cf. LL 1979-C, p.23 y sus citas), siendo ya clásica la afirmación de que el ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales y d) la obligación del facultativo, en síntesis, finca en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que el título acredita y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere.

En este orden de ideas se ha dispuesto que: "Uno de los supuestos de omisión, configurativo de "mala praxis" médica, lo constituye no detectar temporariamente una patogenia pese a encontrarse el paciente internado y en observación, o no advertir una infección postoperatoria a tiempo, o no practicar una reexploración quirúrgica frente a evidentes complicaciones posoperatorias que no ceden al tratamiento clínico" (cf. crit. SCBA, "Silva, Elvio c/ Sanatorio San José s/ Daños y perjuicios" - CC0002 - MO 26830 RSD-71-93 S - 30-3-1993; Publicaciones: ED 165, 686) y que: "El hecho de que la infección pueda producirse por ser una consecuencia posible dada la índole de la lesión, no diluye la obligación médica de efectuar las prácticas de adecuada previsión o de un actuar médico diligente, lo que es imputable al galeno demandado. La innegable desatención que sufrió el actor revela, desde el punto de vista jurídico, un obrar negligente e imprudente que encuadra en el artículo 512

del Código Civil, en tanto se verifica una inacción ante un deber legal que impone actuar y un obrar irreflexivo por subestimar las posibles consecuencias dañosas. La atención médica debe brindarse al paciente en el momento oportuno y con la diligencia que las circunstancias de las personas y lugar así lo determinen (Sala Civil y Comercial - Superior Tribunal de Justicia, 133144 S 23-10-2000: "L., R. N. c/ P., C. y Otro s/ Sumario": elDial - AT2773), tal como lo ha entendido el a-quo en el considerando 14to. pto. d), ap. 4to.ii (fs. 1280vta.) y en el análisis de las pruebas periciales médicas (considerando 14to. ap. 6.1 a 6.3 – ap. 10mo.- fs. ref. 1278/1279 y fs. 1284/1285vta.).

En cuanto a la regulación de la profesión médica, la misma está determinada en la Ley nro. 17132 -Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas- (Buenos Aires, 24/01/1967, BO: 31 de Enero de 1967), siendo de interés en esta causa a decidir lo prescripto, atento a la interpretación que de la misma realiza el apelante codemandado, procedo a transcribir en forma completa los artículos que son de aplicación:

Título II - De los Médicos, Capítulo I- Generalidades.

Artículo 19: Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:

9) Fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y, asimismo, de que estos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización,

siendo solidariamente responsables si por insuficiente o deficiente control de los actos por estos ejecutados resultare un daño para terceras personas.

Artículo 42: A los fines de esta ley se consideran actividades de colaboración de la medicina y odontología las que ejercen: entre las que aquí interesa, por su analogía con la actividad del codemandado C. A.: Enfermeras. Auxiliares de laboratorio. Auxiliares de anestesia.

Artículo 44: Podrán ejercer las actividades a que se refiere el artículo 42: d) Los que posean título otorgado por escuelas reconocidas por la Secretaría de Estado de Salud Pública, en las condiciones que se reglamenten (fs. ref. 233 – codemandado Sr. A. - Título expedido por el I. S. de E. S. (incorporado a la Enseñanza Oficial bajo Res. Nro. 983/85 M.C-E – Pcia. de Santa Cruz – Río Gallegos).

Artículo 45: Las personas referidas en el artículo 42, limitarán su actividad a la colaboración con el profesional responsable, sea en la asistencia o recuperación de enfermos, sea en la preservación de la salud de los sanos, y deberán ejercer su actividad dentro de los límites que en cada caso fije la presente ley y su reglamentación. Para la autorización del ejercicio de cualquiera de las actividades mencionadas en el artículo 42, es indispensable la inscripción del título habilitante y la obtención de la matrícula de los organismos competentes de la Secretaría de Estado de Salud Pública, en las condiciones que se reglamenten.

Artículo 46: Las personas a que hace referencia el artículo 42 podrán desempeñarse en las condiciones que se reglamenten, en las siguientes

formas: a) Ejercicio privado autorizado; b) Ejercicio privado bajo control y dirección de un profesional; c) Ejercicio exclusivo en establecimientos asistenciales bajo dirección y control profesional;

Artículo 47: Los que ejerzan actividades de colaboración, estarán obligados a: a) Ejercer dentro de los límites estrictos de su autorización; b) Limitar su actuación a la prescripción y/o indicación recibida; c) Solicitar la inmediata colaboración del Profesional cuando en el ejercicio de su actividad surjan o amenacen surgir complicaciones, cuyo tratamiento exceda los límites señalados para la actividad que ejerzan;

Asimismo, tengo presente que en nuestra Provincia rige para el ejercicio de la medicina la Ley nro. 989 (BO 1687 –22/01/73), estableciendo el Dto. Reglamentario nro. 1178 (BO 2.578 – 17/09/76) las pautas para la habilitación de Establecimientos y Publicidad Profesional para la rama de las Ciencias Médicas.

De la lectura de dicha Ley Provincial surge que el art. 2do. considera ejercicio de la medicina: a) anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento, directo o indirecto de uso en el diagnóstico; pronóstico o tratamiento de las enfermedades de las personas o de la recuperación; conservación y preservación de la salud de la misma... y el art. 18vo. dispone que los que ejerzan la medicina podrán certificar las comprobaciones o constataciones que efectúen en el ejercicio de su profesión, con referencia a estados de salud o enfermedad, o administración, prescripción, indicación, aplicación o control de los procedimientos a que se hace referencia en el art. 2do. precisando identidad del titular, en

las condiciones que se reglamenten".

A la luz de los entendimientos doctrinarios, jurisprudenciales y leyes aplicables, advierto que el a-quo ha analizado profusamente la prueba producida en autos previo a tomar su decisión, conforme emerge de la confrontación de la prueba rendida en autos y el detalle efectuado por el juez en el considerando 13ero. (fs. ref. 1271vta./1279vta.- confesional de las partes, documental, testimonial, reconocimiento de documentación, informativa, periciales médicas efectuadas por el Dr. C. y el Dr. V. y contable), siendo la postura defensiva del apelante codemandado Dr. M. contraria al espíritu en cuanto a su alegada falta de responsabilidad quien inveteradamente imputa la misma aduciendo responsabilidad paramédica. Ello así, atento a lo prescripto claramente por las normativas por él mismo mencionadas (ptos. 30, 43, entre otros de sus agravios –fs. 1392vta., 1395) y que he transcripto literalmente en este voto, con el fin de no dejar dudas sobre el papel que legalmente le es impuesto en cuanto al rol que debe cumplir un médico con respecto a su paciente.

En virtud de lo analizado, considero que el apelante codemandado Dr. M., no ha acercado a estos autos elemento probatorio de entidad suficiente que evidencie la interrupción del nexo de causalidad, que finalizó con las quemaduras de ambas piernas en la cara interna por utilización de un termo con agua a elevada temperatura sin protector durante la operación, con lo cual arribo a la conclusión de que tal resultado ha sido producido por la sucesión de actos u omisiones conexos entre sí y dependientes de aquel que constituye la causa primera; el resultado se produce con arreglo

al curso causal propio de la causa imputable al agente, -reitero- atento a la falta de acreditación de una condición preexistente, concomitante o superviviente apta para romper el nexo causal, a modo de hecho del perjudicado, caso fortuito o hecho del tercero.

Por las consideraciones de hecho y de derecho expuestas arribo a la convicción que deben ser rechazados los agravios expuestos por el apelante codemandado a fs. 1390/1395vta y, en consecuencia, confirmar la sentencia en cuanto encontró responsable de mala praxis al codemandado Dr. M.

I.B-3) A fs. 1382/1386 plantea recurso de apelación la codemandada la A. E. de S. M. (fs. 1382/1386).

Previo a introducirme en los planteamientos de la apelante codemandada, he de destacar que ha llegado firme por falta de interposición de recurso de apelación por el codemandado Sr. C. A. contra lo resuelto por el a-quo en el considerando 17mo. (fs. 1287vta./1288vta. últ. Parte) la decisión de imputar la responsabilidad in solidum entre este y el Dr. M. M. M. por los daños sufridos por la actora como consecuencia de la operación quirúrgica del que fueran partes intervinientes el galeno y el instrumentador.

"La responsabilidad de la Clínica es objetiva y no se funda en la repercusión de la actividad culposa del médico que no es su dependiente o subordinado. Sólo podría excusarse probando que el daño se produjo por el hecho de la propia víctima, la culpa de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, extremos que no encuentro cumplidos (Bustamante Alsina, "Responsabilidad Civil de los médicos en el ejercicio

de su profesión", LL, 1976-C, pág. 66/68). En otros términos, su responsabilidad es directa, y descansa en la violación de una obligación de seguridad (art. 504 C.C.; cf. Vázquez Ferreyra, Roberto, "Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", LL, diario del 23/11/90).

En cuanto a la C., tengo claro que las organizaciones médicas prepagas acumulan recursos con finalidad médico asistencial y presentan una configuración estructural y funcional marcadamente análoga al seguro. El empresario organizador se obliga a una prestación material directa que ubica a sus deberes en el ámbito de las obligaciones de hacer, y conforme a principios primigenios de la contratación mercantil debe asumir el riesgo operativo y contratar por derecho propio.

Quizá una respuesta a las argumentos de la defensa sea recordarle que si media una obligación de seguridad implícita en la prestación principal que forma el objeto contractual, o bien un deber legal de rango profesional emergente del giro empresarial, que consiste en un deber de proporcionar al paciente asistencia médica, lo menos que puede esperarse es la predisposición de medios técnicos humanos conducentes ("G., C. A." c/ B. R. y Otros" s/ Ordinario" - CNCom - Sala B - 23/03/2006: elDial.com - AA3418), circunstancias que se han dado en autos, ya que tal como lo destaca la colega preopinante, no ha quedado debidamente acreditada la idoneidad del codemandado Sr. A. (atento a que por decreto se le tuvo por desistida la prueba ofrecida por él – fs. Ref. 1222) y sí quedó acreditado que no había en la sala de cirugía el elemento necesario, esto es, el termo estéril (conforme

emerge de la testimonial prestada por la enfermera M. I. C. – ameritada expresamente por el juez a fs. Ref. 1275).

Por los criterios doctrinarios, jurisprudenciales y valoraciones de las actuaciones obrantes en la causa expuestos, arribo a la conclusión de que deben rechazarse los agravios expuestos a fs. 1382/1385, confirmándose la sentencia en este sentido.

I.B-3) Atento a que tanto a fs. 1395vta/1397vta. -el codemandado galeno- como a fs. 1385/1386 -la codemandada A. E. de S. M.- se agravian en cuanto a los conceptos y montos objeto de la demanda, he de tratar los mismos en forma conjunta.

a) Advierto que conforme el pto. 49 (fs. 1396) de su expresión de agravios el codemandado Dr. M. M. M. (fs. 1396 reconoce únicamente la indemnización por gastos médicos y el daño moral pero no su cuantía (pto. 50 a 54 y 56 – fs. 1396/1397vta.), mientras que la codemandada A. E. de S. M. reconoce la procedencia del daño moral pero no su monto y recurre los demás conceptos.

Conforme lo advertido en el párrafo precedente, en cuanto al daño moral que para evaluar el monto resarcitorio se deben tener presentes los deterioros significativos originados en el bienestar del actor, su situación familiar y económica, edad, personalidad, sus relaciones laborales, etc. (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño moral no mensurable", LL, 1990-A, pág. 655).

Dada la dificultad de la prueba directa del daño moral, basta la acreditación del hecho lesivo -extremo probado en el subexamine- y la legitimación activa de la accionante para dirimir su existencia

(CNCom., esta Sala, mi voto, in re: "Fernández, J. c. Autoplan - Círculo de Inversores S.A.", del 15/11/02; ídem, mi voto in re: "Topa, C. y otro c. Banco Hipotecario S.A.", del 2/10/03, publ. en Rev. LL del 7/4/04).

El daño moral no es definible en abstracto o con independencia de los hábitos comunitarios y de la situación concreta del individuo. El resarcimiento del rubro no tiene como presupuesto el dolo del victimario -extremo que no es exigido en los arts. 522 y 1078 Cód. Civ.- de ahí que la ausencia de malicia en el cirujano no puede sustentar la pretensión del rechazo del rubro.

Es innegable la repercusión que en el estado de ánimo de la actora tuvieron las zozobras y perturbaciones sufridas como consecuencia del evento dañoso.

En cuanto al tratamiento en conjunto que el a-quo da a los rubros daño moral, estético y psiquíco (considerando 15, 2, A) (fs. ref. 1290/1291), es aplicable el criterio jurisprudencial que dice que: "La lesión psíquica, al igual que la física, provoca un daño patrimonial indirecto cuando coadyuva con esta a generar una incapacidad parcial y permanente que limita las posibilidades económicas de la víctima. Sus consecuencias extrapatrimoniales son resarcibles, en cambio, a título de daño moral (EL DERECHO, t° 177, págs. 275/277 y sus múltiples referencias)".

"El llamado daño estético tampoco es un concepto autónomo que deba establecerse por separado, como también propugna la actora en sus agravios. Cuando las cicatrices provocan merma de posibilidades de ingresos (supuesto de artistas, modelos publicitarios,

deportistas profesionales, etc., que no es del caso), comportan un daño patrimonial indirecto; de lo contrario, son ponderables dentro del daño moral.

Esa imposibilidad de clasificación independiente en nuestro derecho, no significa que queden sin reparar los distintos aspectos lesionados de la personalidad o la relevancia que tuvieron las afecciones en los diferentes planos del sujeto, a los que se refiere en abstracto la memoria de la demandante. En la medida en que comporten un daño resarcible cada una de esas repercusiones, con incidencia en lo patrimonial o bien en lo extrapatrimonial, tendrán cabida en una u otra de estas categorías" (L. 355934 - "C. de C., N. P. c/ Melhem, Eduardo s/ daños y perjuicios" - CNCiv – Sala G - 04/12/2002)

Por ultimo, y si bien en materia contractual donde resulta de aplicación el art. 522 Cód. Civ. este daño debe interpretarse con criterio restrictivo, en autos existe la cabal demostración de una lesión de sentimientos y tranquilidad anímica, que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes en el mundo de los pleitos.

En cuanto al monto he de coincidir con la colega preopinante que la suma fijada por el a-quo en primera instancia es excesiva –teniendo en cuenta las circunstancias dadas en el proceso y la entidad de los daños sufridos razones- y en uso de las facultades que se me otorgan en el art. 167 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –Digesto Jurídico– arribo a la convicción de que dicho concepto debe ser readecuado, estimando prudencialmente la suma en pesos cincuenta mil ($50.000).

b) Respecto a los agravios expuestos a fs. 1385/1386 por la codemandada A. E. de S. M. de Comodoro Rivadavia y los expuestos por el codemandado galeno Dr. M. (fs. 1396/1397vta.) advierto que los daños físicos no fueron discutidos por ninguna de las partes en cuanto a su existencia, limitándose a defenderse de su falta de responsabilidad en la indemnización de los mismos y relativizándolos.

Cabe precisar que la historia clínica debe servir de base para el juicio acabado sobre la enfermedad o problema que presentaba el paciente al ser atendido, su evolución y resultado hasta el alta, con explicitación del tratamiento y su seguimiento. En autos el médico codemandado no ha presentado la Historia Clínica con lo cual no ha acreditado si asentó en ella la atención del paciente, sustrayéndose a la norma que le impone obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902, Cód Civil). De esta forma, por la propia abstención del médico tratante, se priva de los elementos necesarios para apreciar si la técnica aplicada fue correcta o no; es decir, no en cuanto al mérito de su elección, sino en su efectivo ejercicio al materializarse la práctica terapéutica.

Admitir esas falencias conllevaría tolerar la impunidad, al tornar imposible la prueba de la mala praxis y del tratamiento sugerido ante los daños sufridos, no compensando dicha actitud el pedido que el galeno le solicitó una interconsulta a la Dra. M. A. V. de S., cirujana plástica y quemados, (fs. ref. 540/544vta.), quien ejercía en el mismo S. en que se le realizó la operación y solamente atendió a la paciente los días 19/01/00, 29/03/00, el 21/04/00 28/04/00 donde

dicha médica, si bien le indica el tratamiento a seguir conforme los daños verificados en la paciente, reconoce que la misma no siguió dicho tratamiento porque al día siguiente se iba de vacaciones y ante la solicitud de la paciente le dijo que podía consultar al instituto del quemado haciéndole una nota por tener gente conocida en ese lugar.

Considero, más allá de las apreciaciones de los peritos médicos en cuanto a la cantidad de centros asistenciales que hubiera podido elegir la actora en esta ciudad, que no se le puede exigir a una persona que puso toda su confianza en la pericia del cirujano y que posteriormente sufrió perjuicios por errores dentro del ámbito del quirófano durante la operación que pusiera nuevamente su confianza en el proceder de los demás galenos. Aclaro que dicha estimación es estrictamente expuesta por la suscripta al presente caso.

Amerito que el nexo causal no fue interrumpido por la actora, ya que de la Historia Clínica nro. 116643/1 (conforme informativa prestada por el Complejo Médico Policial Churruca Visca (fs. ref. 918) donde emerge claramente que la misma eligió y fue atendida a partir del 28/02/00 en el consultorio de Cirugía Plástica (fs. 922) con respecto a los daños sufridos durante la operación quirúrgica, detallándose los días de atención y evolución del tratamiento que le fuera dado a la misma en dicho nosocomio, figurando que la misma asistió los días 28/02/00, 29/02/00, 02/03/00, 06/03/00, 20/03/00, 24/04/00, 22/05/00, 9/08/00, 10/10/10, 18/12/00, 9/04/2001 y 26/07/01.

Tengo en cuenta también, atento a cómo se han producido los hechos, que una interpretación

sistemática de las exigencias profesionales indica que el deber de información tampoco se verá satisfecho si las circunstancias posteriores a la práctica médica pautada modifican o alteran el cuadro inicialmente previsto, planteando un cambio en las condiciones originales y determinando con ello un nuevo pronóstico, la necesidad de nuevos controles o tratamientos específicos, así como la posibilidad de recidivas u otras consecuencias previsibles y derivadas de dicho resultado quirúrgico. Si durante la operación quirúrgica, esta se realizó de manera imperfecta o incorrecta, era para el galeno un deber de informar a la actora acerca de esta situación a fin de prevenirla y aconsejarle los controles, tratamientos o precauciones adecuadas para el caso y no surge de autos dicha actitud posterior al pedido de interconsulta a la Dra. V.

Considero que las lesiones físicas por más que no sean graves, su existencia ha de ser igualmente indemnizables, porque el daño existió, razón por la cual estimo, teniendo en cuenta el principio de reparación integral, que tanto la procedencia de dicho concepto como el monto dado por el a-quo se ajusta a las circunstancias probadas en el presente proceso y su monto ha sido fijado prudencialmente

c) En cuanto al rubro gastos médicos apelados por la codemandada A. E. de S. M. (fs. 1385vta./1386), ya que conforme el pto. 49 (fs. 1396) de su expresión de agravios el codemandado Dr. M. M. M. –fs. 1396- los reconoce expresamente, estimo que dichos agravios carecen de argumento crítico suficiente para desvirtuar la decisión del a-quo pto. c) (fs. 1291vta., ya que el mismo se basa en la estimación efectuada por

el perito médico V. y su monto es prudencial y coherente con las curaciones que deben hacerse en caso como los del presente proceso.

Por los entendimientos expuestos corresponde hacer lugar parcialmente a los agravios de los codemandados únicamente en cuanto a la reducción del monto del daño moral, adecuando y revocando parcialmente la sentencia de primera instancia, la que deberá adecuarse a lo decidido en este voto.

I.C) En cuanto a las apelaciones de la regulación de honorarios planteados por el sanatorio codemandado y por los profesionales intervinientes, atento a cómo se ha resuelto esta causa, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre los mismos atento la modificación en el monto de condena que se ha decidido en el presente voto.

I.D)) En cuanto a las costas, en virtud de lo resuelto, se hace de aplicación lo prescripto por el art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A” –Digesto Jurídico-.

Respecto a las correspondientes a la imposición de costas a la demandada, es criterio de la suscripta que la noción de vencida ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente, razón por la cual se mantienen las de primera instancia (cf. Morello- Sosa- Berizonce en “Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la

Nación", T.II-B, pág. 112; Cám. Nac. Civ., Sala D, 30/07/82, L.L. 1982, v-D, p.405). Por ídéntico criterio se le impone a las apelantes vencidas las costas de esta instancia (arts. 69 y 282 de la Ley XII, nro. 5, Anexo "A" –Digesto Jurídico-). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia, para el momento del acuerdo, donde serán regulados teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169 CP, a la misma me adhiero.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Tener por desierto el recurso presentado por la compañía aseguradora "HSBC la B. A. Seguros S.A.".

2) Desestimar parcialmente los agravios de la A. E. de S. M. de Comodoro Rivadavia y de M. M. M. y, en consecuencia, modificar la sentencia de

1264/1293 con relación al monto indemnizatorio por daño moral que se fija en CINCUENTA MIL PESOS ($50.000), más los intereses del modo y desde la fecha que determinara el sentenciante.

3) Condenar, en consecuencia, a C. A., al Dr. M. M. M. y a la A. E. de S. M., conjunta y solidariamente a abonar a E. M. A. la suma de SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS ($67.285) en concepto de daños moral y estético, gastos y daño físico.

4)) Declarar carente de virtualidad expedirse sobre la apelación de los honorarios e imponer las costas de primera instancia a los codemandados vencidos y las de esta instancia a los apelantes vencidos.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. S. C. M., V. H., N. M., A. C. S., G. C. L., apoderados de la actora, conjuntamente en PESOS TREINTA Y CINCO MIL ($35.000); a la Dra. M. A. C., como patrocinante de la actora, en la suma de PESOS DOS MIL QUINIENTOS ($2.500); al Dr. V. M. patrocinante del demandado C. R. A. hasta fs. 353 en PESOS CUATRO MIL ($4.000); al Dr. H. C. G. patrocinante y apoderado del demandado C. R. A. desde fs. 353 y 456 respectivamente en PESOS DIECISÉIS MIL ($16.000); a los Dres. I. F. de L. C., F. F. A. y M. A. F. A., apoderados del codemandado M. M. M., conjuntamente en PESOS VEINTIDÓS MIL ($22.000); a los Dres. E. N. y M. M. N., apoderados de la codemandada A. E. de S. M. de Comodoro Rivadavia, conjuntamente en PESOS VEINTE MIL ($20.000); al Dr. M. N., patrocinante de la codemandada A. E. de S. M. de

Comodoro Rivadavia, por su labor a partir de fs. 1040 en PESOS DOS MIL ($2.000); al Dr. E. B., apoderado de la aseguradora HSBC L. B. A. S. S.A., citada en garantía, en PESOS DIECISIETE MIL ($17.000); al perito Dr. C. A. C. en PESOS CINCO MIL ($5.000); al perito Dr. H. D. V. en PESOS CINCO MIL ($5.000) y al perito Cdor. G. J. M. en PESOS CINCO MIL ($5.000).

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. E. N. en la suma de PESOS CINCO MIL QUINIENTOS ($5.500) y al Dr. I. F. de l. C. en la suma de PESOS CINCO MIL QUIENIENTOS ($5.500).

7) Tiene presentes las reservas del caso federal planteadas a fs. 1386vta. y fs. 1397vta. por ambas apelantes.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"