

NEUQUEN, 20 de septiembre de 2022.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"VALDEZ MARTINEZ ROSSEMARY N. C/ TROSCH WALTER Y OTRO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"**, (JNQC13 EXP N° 477081/2013), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- En contra de la sentencia dictada en autos el 30 de septiembre de 2021 -cfr. fs. 588/598-, viene en apelación: 1) el demandado Dr. Walter Fabián Trosch -fs. 603 y 627/631vta.-; 2) los letrados de la parte actora, contra los honorarios que le fueron regulados allí, por considerarlos bajos -cfr. fs. 604-; y 3) la perito psicóloga ..., también contra los honorarios que allí le fijaron -cfr. fs. 601-.

II.- El accionado se agravia por cuanto en el pronunciamiento cuestionado ninguna referencia se realiza sobre la actuación llevada a cabo por el profesional médico y el centro de salud luego de la intervención; es decir, el parto fue realizado diligentemente el 28/03/2011 y luego del mismo se le hicieron estudios de laboratorios pertinentes con la misma celeridad, sin que se evidenciara registro del diagnóstico luego indicado.

Con ello -sostiene- su parte no ha tenido injerencia en los diagnósticos y revisiones clínicas que la actora refirió transitar durante dos años, hasta que se advirtió el elemento habido en su organismo y se procedió a su remoción.

Por tal motivo, señala que el a quo omite considerar toda la casuística que presenta el caso de autos -elemento esencial en la interrupción del nexo causal-; no encontrándose discutido que la atención brindada a la actora ha sido adecuada en cuanto a la oportunidad, indicación, procedimiento y resultado, y no existiendo

ningún elemento que hubiera permitido alertar sobre lo que luego de dos años se advirtió.

Entonces, afirma que el tiempo transcurrido desde que la actora fue intervenida por su parte y recibió el diagnóstico de su dolencia -luego de 2 años-, el nexo de causalidad entre el daño -cuya indemnización se pretende- y la actuación profesional se encuentra interrumpido; no siendo responsable por diagnósticos ajenos realizados con posterioridad al parto y sus eventuales consecuencias.

Agrega que la evidente impericia con que la accionante fue diagnosticada durante dos años, ha sido más que determinante para la concurrencia del daño; no pudiendo condenarse a su parte a responder por las consecuencias de conductas ajenas.

De modo que, el quejoso entiende que resulta erróneo considerar que le provocó a la actora el daño descrito en la pericia toda vez que no se ha demostrado que exista nexo causal; el cual se vio interrumpido a partir de diagnósticos en los que no ha intervenido y por los que no cabe endilgarle responsabilidad alguna.

En tal sentido, sostiene que del dictamen pericial médico no surge que haya efectuado un diagnóstico equivocado al otorgarle el alta a la accionante; por tal motivo, mal puede atribuirse responsabilidad a su parte por las consecuencias de diagnósticos médicos erróneos realizados luego de practicarse la cesárea.

Entonces, toda vez que no se dan en su integridad los presupuestos determinantes para la procedencia de un reclamo resarcitorio en su contra, solicita se revoque la decisión en crisis y se rechace la condena impuesta, con costas.

Por otra parte, el recurrente se agravia por la determinación y cuantía del daño físico dispuesto en el pronunciamiento de grado.

Sobre este aspecto, señala que el informe pericial médico no es concluyente en la determinación de una disminución en las aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente de la actora - daño concreto y actual-, de modo que deba ser objeto de reparación; ello -dice-, al margen de lo que pueda corresponder por daño moral.

Así, aduce que el galeno designado en autos determina expresamente que el estado actual de la actora es óptimo; no presenta dolor o complicaciones físicas derivadas del "accidente sufrido"; no requiere tratamiento actual en relación al hecho que se denuncia y su evolución ha sido favorable. Con ello, la experta afirmó que la demandante no presentaba "complicaciones físicas" derivadas de la intervención médica que se le realizara.

De modo que, el quejoso entiende que resulta contradictorio y abstracto que luego de tales afirmaciones, la perito sostenga que las dolencias de la actora fueron tratadas pero la incapacidad es definitiva dado especialmente el daño sufrido. Es decir, si su estado actual es óptimo y no tiene complicaciones físicas, no existe un daño actual indemnizable ni ilícito punible que resarcir.

En orden a la condena por daño moral, el demandado refiere que el fallo de grado yerra en su cuantificación, desde que no lo condena por su accionar sino por consecuencias derivadas de diagnósticos inadecuados -o subestimación de dolencias- impartidos por terceros.

Además, sostiene que mediante un razonamiento inadecuado, el A quo determina el rubro en cuestión sobre la base de una incapacidad de orden psicológico del 20%, establecida en un dictamen pericial impugnado y sobre el cual no medió ninguna valoración.

Por último, el accionado cuestiona los gastos de movilidad concedidos a la actora en la instancia de grado, en tanto afirma que los mismos no han sido acreditados y, además, no puede

atribuírsele las consecuencias de la impericia de los galenos que demoraron dos años en su diagnóstico y tratamiento.

En idéntico sentido, solicita el rechazo de los gastos psicoterapéuticos toda vez -sostiene- se ha interrumpido el nexo de causalidad a su respecto, a partir de la demora habida en el diagnóstico y extracción del "oblito".

Conferido el pertinente traslado, la contraria no contesta.

La codemandada Provincia del Neuquén, si bien apeló la sentencia de grado (fs. 605/607), no expresó agravios, por lo que su recurso debe ser declarado desierto.

III.- Ingresando al tratamiento de los agravios vertidos por el demandado, entiendo que primeramente corresponde analizar el planteo formulado en orden al error de diagnóstico -que el recurrente considera determinante para la concurrencia del daño- y la interrupción del nexo causal, para luego y, de proceder, examinar el embate ensayado acerca del daño físico, daño moral y gastos de traslado.

En tal cometido, comenzaré por mencionar que la actora inició demanda contra el Sr. Walter Trosch y la Provincia del Neuquén, por los daños y perjuicios derivados una mala praxis médica.

Expresa que por falta de lugar en el Hospital Castro Rendón, fue derivada al Hospital Heller donde se la sometió a una cesárea por falta de progresión del parto. Luego de recibida el alta médica y a lo largo de aproximadamente dos años, padeció malestar físico en su pelvis y abdomen, soportando dolores que con el tiempo se volvieron más intensos.

Relata que la negligencia del médico al recibir el parto le provocó una gran angustia, debido a los múltiples tratamientos a los que debió someterse, las visitas al médico que se vio obligada a realizar y una variada rama de respuestas desacertadas, que la

llevaron a padecer tales molestias durante alrededor de dos años y la sumergieron en la incertidumbre de no saber el origen de las mismas.

Hasta que, a través de la realización de una tomografía multislice con contraste en la zona abdominal, se constató la presencia de un cuerpo extraño y al intervenirla quirúrgicamente se confirmó que se trataba de material compatible con gasa, atrapado y formado por granulomas, "con abundantes tejidos de granulación por gasa" y una dimensión de 12x7x5 cm.

Demanda al médico -por falta de una adecuada praxis médica al practicarle la cesárea- y a la Provincia -por la responsabilidad contractual directa de los establecimientos respecto de los pacientes-. Reclama daño físico, daño moral, daño estético, daño psicológico y gastos de farmacia, movilidad y asistencia médica.

A fs. 106/112 se presenta a contestar demanda la Provincia de Neuquén. Formula una negativa general y expone su versión de los hechos.

Relata que la actora ingresó al Hospital Castro Rendón con trabajo de parto espontáneo de progresión lenta, decidiendo el personal médico realizarle una cesárea por cuanto presentaba un cuadro febril -existiendo sospecha de corioamnionitis-, falta de progresión y taquicardia fetal. Así es que, fue derivada al Hospital Heller, por falta de camas neonatológicas.

Dice que el parto y post-parto fueron normales, a pesar de que en el puerperio inmediato presentó algunos registros febriles, que no generaron ninguna sospecha en tanto la accionante ya había sido internada con fiebre y se le estaba suministrando antibiótico por presunta corioamnionitis -infección intraútero-. Además, afirma que se le hicieron estudios de laboratorio luego del parto, que no generaron ninguna presunción diagnóstica; coincidiendo todos los profesionales que la evaluaron en que su abdomen era blando, con las molestias lógicas y esperadas de un post-operatorio y descartando una reacción peritoneal.

Consecuentemente, se le otorgó el alta médica el 02/04/2011, no existiendo mas registros de consulta a los nosocomios hasta el 04/12/2012, fecha en la cual se inició el pre quirúrgico en virtud del resultado de una ecografía y tomografía realizada en el Hospital Castro Rendón que mostró una imagen compatible con un oblito.

De modo que, la accionada sostiene que la atención brindada por los profesionales fue la adecuada, no pudiendo haberlos alertado el dolor, que era "insidioso y alternante". Muestra de ello -dice-, es que la evolución del cuadro se terminó de cerrar 18 meses después, con la realización de una tomografía. Expone que pese a ello, no se presentaron complicaciones ni daño alguno a la Sra. Valdez.

Solicita el rechazo de la demanda, con costas, y cita en garantía a SMG Compañía Argentina de Seguros.

A fs. 120/138vta. SMG Compañía Argentina de Seguros se presenta a estar a derecho y plantea excepción de falta de legitimación pasiva, en tanto afirma no existir contrato de seguro ni póliza vigente, que tenga como asegurado al Estado de la Provincia del Neuquén.

A fs. 194/202 se presenta el demandado Walter Trosch junto al apoderado de Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., quien contestó en calidad de citada en garantía, de manera espontánea -cfr. fs. 203, auto del 24/10/2017-.

En tal carácter, el letrado apoderado refirió que la Provincia del Neuquén no tiene cobertura de su mandante, en tanto son los profesionales de la salud dependientes del Ministerio de Salud quienes cuentan con la protección que otorga la póliza N° 32044. Consecuentemente, declinó la cobertura por cualquier tipo de responsabilidad que se pretenda imputar al Ministerio de Salud y a la Provincia del Neuquén.

Sin embargo, Prudencia reconoció que el Dr. Trosch -aquí demandado- tenía estipulado contrato de seguro de responsabilidad civil por mala praxis de establecimientos e instituciones médicas, vigente al momento del siniestro.

Al contestar la demanda en subsidio, señaló que el proceder de los profesionales de la salud fueron los tratamientos y prácticas médicas aconsejables y, ello, se ajusta debidamente al cumplimiento de la obligación de medios asumida así como a los deberes que la medicina como profesión les impone. Agregó que no ha existido negligencia, imprudencia, impericia ni incumplimiento de los deberes a su cargo.

A continuación, transcribió la foja quirúrgica donde se detalla el procedimiento médico al que fue sometida la accionante como consecuencia de la intervención por cesárea y, relató que luego de otorgada el alta médica el 02-04-2011 la actora recién volvió a reingresar al Hospital Heller el 04-12-2012, por la presencia de dolor abdominal.

Expone que en virtud de ello, se le realizó una ecografía abdominal a partir de la cual se observó una formación ovalada, de paredes gruesas y tabiques en su interior con un trabeculado fino, a nivel de hipogastrio y flanco izquierdo, de 70mm.x62mm.x63mm. de diámetro. En tales circunstancias, se expresó que los hallazgos podían corresponder a oblitio -en primer término-, sin descartar otras etiologías.

En la instancia de grado, el Juez a cargo de la causa hizo lugar a la demanda de la actora y condenó a las demandadas a abonarle \$363.000.-, con más los intereses y costas.

A tales efectos, consideró que en materia de responsabilidad médica, la obligación asumida por el facultativo frente al paciente reviste el carácter de una obligación de medios y no de resultados; esto es, la aplicación de su saber y su proceder a favor de la salud del enfermo.

Por ello, la demostración de la culpa resulta indispensable porque además de la responsabilidad que implica, conlleva la demostración del incumplimiento de la obligación de prestar asistencia adecuada; y su prueba debe aportarla quien la invoca.

A tales efectos, refirió a la prueba pericial médica producida en la causa y expresó: *"si bien la conducta desplegada por el médico fue la adecuada, la indicación de cesárea también, del informe quirúrgico que la perito juzga completo, surge la complicación citada... no se vislumbra una mala praxis del cirujano que interviene en la cesárea en cuanto a la oportunidad, indicación, procedimiento y resultado de la misma en relación al acto médico puro. Sin embargo no escapa a mi entendimiento que en el acto quirúrgico el galeno se olvidó una gasa con las consecuencias que se exteriorizan en la experticia. Dichas consecuencias sin lugar a dudas fueron el resultado del mal uso o de fallas de algunos de los elementos utilizados en ocasión de realizar la intervención y debieron ser advertidos por el cirujano y sus colaboradores"* -cfr. fs. 594-.

Al respecto, señaló que la jurisprudencia en la materia tiene entendido que la sola presencia de un oblitio quirúrgico permite inferir la culpa del médico a partir de determinados indicios probatorios, presumiendo que no adoptó los mecanismos adecuados para impedir el daño al paciente; que dentro del esquema conductual culposo del cirujano, los oblitos son constitutivos de negligencia y demuestran un descuido en el conteo de los elementos utilizados para la operación, imputable al cirujano aun cuando no se encargara personalmente de estos o de su retiro, pues como jefe del equipo o grupo de personas que realizaron el acto quirúrgico su deber no se limita a la actividad propia sino que responde por la conducta de sus componentes, cuyas actividades en aquél acto orienta y coordina.

Concluyó que el Dr. Trosch en el acto quirúrgico -cesárea-, por deficiente utilización -impericia o imprudencia- o

defecto del instrumental -deber de cuidado-, le provocó a la actora el daño que se describe en la pericia. Con lo cual, acreditada la mala praxis del médico, afirmó que corresponde atribuir responsabilidad al establecimiento asistencial con motivo del incumplimiento del deber tácito de seguridad asumido frente al paciente y, extender la obligación de responder a la aseguradora Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., en la medida del seguro contratado.

Veamos. De acuerdo a las constancias de la causa, a fs. 405/408 obra informe pericial médico, del que surge como relevante: a) que con posterioridad a obtener el alta por la cesárea practicada, la actora consulta en reiteradas oportunidades durante el término de dos años, por dolor abdominal pelviano y tumoración palpable; b) finalmente, por laparotomía exploradora se logra extraer la causa de los síntomas, que resultó ser un cuerpo extraño -gasa, de 12x7x5 cm., equivalente a 84cm², utilizada en el procedimiento de secado durante la cesárea previa- confirmada por informe de anatomía patológica; c) la incapacidad por cuerpo extraño único, se calcula en virtud del tamaño y la localización, y si derivó o no en infección; por lo cual, en el caso de autos, se otorga un porcentaje de incapacidad del 16% parcial, permanente y definitiva -por la presencia de cuerpo extraño único infectado-; d) la indicación de la cesárea fue la adecuada, por falta de progresión y descenso de la presentación fetal; e) los riesgos principales por presencia de cuerpo extraño, son infecciones y dolor; f) la cesárea de urgencia -como la practicada a la actora- no debería ser considerado como un factor de riesgo de presentar un cuerpo extraño; g) el estado actual de la actora es óptimo, no presentando dolor o complicaciones físicas derivadas del hecho; por lo cual, no requiere tratamiento actual; h) las secuelas y su incapacidad fueron calculadas en relación al daño psíquico y físico sufrido durante dos años, siendo por ello de carácter definitivo la incapacidad determinada.

A fs. 412/vta. SMG Compañía Argentina de Seguros impugna el informe pericial médico y solicita explicaciones a la experta en la materia; declarándose la negligencia y dándole por decaído el derecho, a fs. 432/433.

Con lo cual, de acuerdo a las constancias agregadas a la causa y lo dictaminado por la perito médica, las molestias y dolores presentados por la accionante en la zona de la pelvis comenzaron a presentarse después de practicada la cesárea. Luego, transcurrieron alrededor de dos años hasta que logró detectarse el origen de tales padecimientos, provenientes de la existencia de un cuerpo extraño infectado -gasa utilizada en el procedimiento de secado durante la cesárea previa-.

Obsérvese, además, que la demandada no ha invocado ni demostrado la posibilidad de que el ingreso de ese cuerpo extraño no sea producto de un acto quirúrgico y, por otra parte, se encuentra probada solo una intervención quirúrgica anterior a las dolencias de la demandante: la cesárea a cargo del demandado.

Entonces, la relación de causalidad debe tenerse por cumplida y atribuirse responsabilidad por el hecho dañoso al galeno demandado -por su accionar negligente- y a la Provincia del Neuquén -en tanto la práctica en cuestión se llevó a cabo en un nosocomio del sistema público de salud-.

Es que, aun cuando la conducta quirúrgica del médico demandado de aconsejar la práctica de cesárea a la actora fue la adecuada -tal como lo dictamina la perito en su informe-, la presencia de un cuerpo extraño en la cavidad abdominopelviana descubierta con posterioridad a dicha intervención, resulta un supuesto de responsabilidad causada con la cosa por el cual aquél debe responder. Ello así, desde que es el jefe del equipo, el que orienta y coordina, y debe responder por el accionar de quienes lo componen: aquí, se encuentra demostrado que medió descuido en el

retiro de las gasas utilizadas en el acto quirúrgico y, por lo tanto, debe responder.

Cabe señalar que como consecuencia de tal accionar -descuido, negligencia o falta de previsión necesaria del accionado-, la accionante debió -además de sufrir padecimientos de dolor intenso e incertidumbre de diagnóstico-, someterse a una nueva intervención quirúrgica que la despojara de ese material que le había provocado una infección.

De modo que, el accionado incumplió su obligación de poner el máximo de cuidado, diligencia y previsión para evitar que su desempeño profesional produzca consecuencias dañosas -contravención a las reglas del arte de curar-.

Mención especial merece la circunstancia de que el correcto diagnóstico de la dolencia padecida por la actora luego de la cesárea haya llegado muchos meses después de esa intervención quirúrgica, desde que ello no actúa de ningún modo como eximente de responsabilidad o genera la ruptura del nexo causal -tal como pretende el accionado-. Por el contrario y más allá que la demora en el diagnóstico no es materia de controversia en estos obrados, el hallazgo de la existencia del oblito en el útero de la actora, da cuenta de que el deber de cuidado no se observó de manera adecuada y le provocó dolores que -independientemente del tiempo transcurrido hasta su extracción- de no haberse producido el olvido de la gasa en la cirugía -que requería de mínima diligencia prestada en el control de los elementos utilizados-, no hubiera tenido que padecer así como tampoco someterse a una nueva cirugía para su extracción.

Dicho lo cual, cabe analizar el agravio de la recurrente referido a la determinación y cuantía del daño físico fijado en la sentencia de grado.

Sobre el particular, el accionado cuestiona su otorgamiento por cuanto -dice- no hay una disminución en las aptitudes físicas y psíquicas de la actora de manera permanente, un



daño concreto y actual; habiendo afirmado la perito médica interviniente, que aquélla no presentaba complicaciones físicas.

Sabido es que la indemnización en el ámbito patrimonial atiende a resarcir la incapacidad sobreviniente, en orden a la aminoración de las potencialidades físicas y psíquicas de las que gozaba el afectado. En concreto, es definida como la pérdida de la capacidad con la que naturalmente es dotado todo ser humano, en forma total o parcial, en relación con el hecho de poder encarar las distintas facetas que se presentan en la vida de toda persona.

De modo que, el objeto de la lesión indemnizable no se limita a un derecho subjetivo o un interés jurídicamente protegido, basta la lesión a cualquier interés siempre que reúna las características de daño reparable.

La Cámara Nacional Civil -Sala G- dijo: *"... Esta sala tiene resuelto que la indemnización por 'incapacidad sobreviniente', comprende la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como lo social, en lo psíquico como en lo físico. Es decir que a los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto. Es decir que, a los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socioeconómicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico, traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Solo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación"*. (conf. esta Sala 10/12/2001, "Morinigo, Ramón E. y otro c. Giro, Dolores", LA LEY, 2002-D, 962, id. 27/08/2007, "Real, Roberto c. Microómnibus Saavedra SATA CI y otro", La Ley Online, id. 23/03/2007, "Barrera, Carlos A. c. Di Stefano, Felipe G. y otros", DJ 22/08/2007, 1227, en muchos otros).

En el supuesto aquí analizado, quedó demostrado que luego de la cesárea practicada, la actora consultó en reiteradas oportunidades por dolor abdominal pelviano y tumoración palpable y debió soportar no solo molestias sino dolores cada vez más intensos - generados por la infección provocada por el material quirúrgico dejado en su cuerpo-, durante un lapso de alrededor de dos años.

De modo que, de acuerdo a lo plasmado por la perito psicóloga en su informe, la accionante manifestó en la entrevista que en ese periodo de tiempo tenía muchos dolores, se le dormía el lateral izquierdo del cuerpo, le daban calmantes inyectables, etc., y que no pudo trabajar más -"Antes trabajaba, era muy independiente"- ni darle los cuidados suficientes a su hija mayor -que tiene Síndrome de Down y asiste a terapias, cfr. fs. 271-.

También surge del dictamen en cuestión: *"... El deterioro de sus actividades cotidianas es compensado con un mayor esfuerzo de la actora para llevar adelante las mismas. Las limitaciones actuales le generan a la actora vivencias negativas de influencia sobre su estado de ánimo, manifestándose angustiada y con cierto desánimo en tareas que antes del hecho de litis le generaban placer. Hay indicadores de rasgos depresivos en la actora, producto de la pérdida de sus condiciones anteriores al evento. Este hecho tuvo incidencia en su estado de salud, y al momento refiere sentir sus consecuencias en cuanto a su estado de salud física y psicológica. La incidencia no puede ser valorada como absolutamente incapacitante, aunque sí le produjo secuelas físicas y/o psicológicas que condicen con los indicadores de depresión mencionados..."* -cfr. fs. 273-.

Entonces, a tenor de las circunstancias apuntadas, considero que aun cuando en la actualidad la accionante no presente dolor o complicaciones físicas derivadas del hecho dañoso, ni requiera tratamiento actual en relación al hecho que se denuncia - cfr. lo afirmado por la perito médica, a fs. 408-, lo cierto es que luego de la cesárea y hasta tanto el oblito le fue extraído a través de una nueva intervención quirúrgica -a la que por cierto, de otro

modo no debería haber sido sometida-, padeció dolores que imposibilitaron su desempeño habitual así como volver a las actividades que realizaba antes del aquél suceso.

Con lo cual, se presenta en el caso un supuesto de incapacidad derivada de la alteración de las funciones corporales desde que se produjo la lesión en la víctima -a partir del olvido de material quirúrgico utilizado en la cesárea- y hasta tanto se produjo la curación completa de ella -con la extracción del oblito, a través de una nueva intervención quirúrgica-.

Y en orden a la cuantificación del rubro, cabe señalar que la perito médica interviniente en estos actuados -cuyo dictamen no mereció observación alguna por la recurrente-, ha establecido un porcentaje del 16% de acuerdo al Baremo Altube-Rinaldi -que constituye una pauta orientadora para la fijación del quantum indemnizatorio, independientemente que en el ámbito civil no rigen las indemnizaciones tarifadas-, tomándose como ingresos mensuales el salario mínimo, vital y móvil vigente y la edad de la víctima a la fecha del hecho.

Es por ello que, considero que la condena impuesta a la parte demandada en la instancia de grado -en orden a la incapacidad física de la actora-, resulta ajustada a derecho y, en consecuencia, debe confirmarse en ese aspecto el fallo cuestionado.

Por otra parte, el accionado se agravia porque -a su entender- se lo condena a indemnizar a la actora por daño moral, no en virtud de su propio accionar sino por las consecuencias generadas por diagnósticos inadecuados impartidos por terceros.

En lo que refiere a la procedencia de la condena a reparar el daño moral, me remito a lo dicho respecto de igual cuestionamiento referido al daño físico.

Sobre la cuantía, he referido: "*Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que "El mayor problema que suscita la reparación del*

daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización.”

“Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial.

“Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una justa y adecuada reparación económica... Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización... Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro.. El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del id quod plerunque fit, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular.

“El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración...La actuación y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar” (aut. cit., “La indemnización del daño moral. Avaluación del pretium doloris”, Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-

3, pág. 35/38)” -cfr. autos “Apablaza Ojeda”, Expte. N° 470.520/2012, 8/5/2018; “Rivera Aros c/ Cáceres”, Expte. N° 458.161/2011, 27/8/2019, entre otros-.

Entonces, tal como a se apuntó más arriba, la pericia médica obrante a fs. 405/408 dio cuenta que la actora, con 23 años al momento de la cesárea, debió padecer durante alrededor de dos años la presencia de una tumoración pélvica con dolor abdominal intenso, que -luego se confirmó- obedecía a la presencia de un cuerpo extraño intra-abdominal (una gasa, en la cavidad abdominopelviana, que le generó una infección) derivado de tal intervención.

Luego, el informe psicológico da cuenta del impacto que el accidente ha tenido en la psiquis de la accionante: *“A través de los tests administrados fue posible observar cierto deterioro en la autoestima y la autoimagen, además de una fuerte tendencia depresiva en la actora, que según relata, con anterioridad a ese episodio ella hacía una vida social y laboral acorde a su edad y condición física y/o psíquica. En todo momento durante la entrevista manifestó angustia recurrente, y mencionó las dificultades que tiene por las secuelas del evento de marras. Refiere que ha perdido el deseo por actividades que antes le provocaban placer. Esta situación la angustia particularmente”* -cfr. fs. 275-.

Valorando los elementos objetivos con los que se cuenta en la causa; considerando los trastornos que ha padecido la actora a lo largo de dos años, con la incertidumbre acerca del mal que la afectaba y luego con el sometimiento a una nueva intervención quirúrgica; es que entiendo que la suma fijada por el a quo para reparar el daño moral resulta ajustada a derecho.

Por último y acerca del cuestionamiento por los gastos de movilidad y psicoterapéuticos a los que resulta condenado, el demandado refiere que la accionante no los ha demostrado y que no pueden atribuírsele a él las consecuencias de la impericia de los galenos que demoraron dos años para su diagnóstico.

En primer lugar, dable es referir que al recurrente se lo ha condenado por su propia conducta y en virtud de su desempeño profesional, no por las consecuencias derivadas del error de diagnóstico -que, por cierto, no han sido objeto de la pretensión-.

Con lo cual, más allá del tiempo que haya transcurrido hasta que finalmente se constató la existencia del oblito en el cuerpo de la demandante, lo cierto e indiscutible es que de no haber incurrido el demandado en el olvido de material quirúrgico utilizado durante la cesárea, la paciente no debería haber padecido los dolores a que fue sometida ni arriesgado su salud ante posibles infecciones generadas por el cuerpo extraño durante alrededor de dos años.

Dicho ello, de acuerdo a lo que surge del pronunciamiento cuestionado, es de presumir que la actora incurrió en gastos de movilidad a lo largo de los casi dos años que sufrió las consecuencias del cuerpo extraño alojado en la cavidad abdominopelviana; lo cuales, deben ser indemnizados.

En cuanto al rubro "gastos de movilidad o transporte" diré que no es necesario agregar documentos que acrediten tales erogaciones, por lo que no requieren una prueba fehaciente para ser admitidos, sino que ellos se deducen de las lesiones sufridas por la víctima y la atención médica que requieren.

Así, la jurisprudencia ha dicho: "*En lo relativo a gastos de traslado durante el lapso que demanda el restablecimiento, procede el pago de una suma que cubra la utilización de distintos medios de transporte -inclusive taxímetros- aunque no se acredite fehacientemente su monto, pero su fijación debe hacerse prudentemente, atendiendo a las lesiones sufridas, tiempo de curación y conclusiones médicas*". (Sumario N° 18271 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil) (Autos: SEQUEIRA Juan Carlos c/ TRANSPORTES AVENIDA BERNARDO ADER S.A. LÍNEA 130 y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados: DÍAZ, HERNÁNDEZ, AMEAL. - Sala K. - Fecha: 23/11/2007 - Nro. Exp.: K049047).

Por ello, en virtud del padecer que debió afrontar la actora en la búsqueda del origen de su malestar físico, estimo justa la suma fijada en concepto de movilidad.

En orden a los gastos psicoterapéuticos, como ya expresé más arriba, ninguna incidencia tiene la demora en el diagnóstico sobre la responsabilidad atribuida al demandado en el hecho dañoso. Por el contrario, son las consecuencias derivadas de éste las que deben ser resarcidas.

Así es que, toda vez que la perito psicóloga designada en autos ha estimado la necesidad de que la accionante lleve adelante tratamiento psicológico -en pro de un mejoramiento y alivio sintomático de las secuelas persistentes en la actora- durante aproximadamente 12 meses, fundando debidamente su opinión a partir de los resultados de la entrevista concertada a aquélla, antecedentes y estudios realizados -tests- para evaluar su personalidad; concluyo en que la indemnización establecida en la instancia de grado con el objeto de afrontar los gastos de tratamiento de la paciente, se ajusta a derecho.

IV.- Resta por analizar las apelaciones arancelarias deducidas por los letrados de la parte actora contra la regulación de sus honorarios -establecida en el pronunciamiento cuestionado- por considerarlos reducidos y la perito psicóloga por entender que los fijados en su favor resultan insuficientes.

Al respecto, el Juez de grado reguló los honorarios de los letrados patrocinantes de la actora en conjunto -Dres. ... y ...- , en el 16%, y los correspondientes a los peritos intervinientes en la causa, en el 3% para cada uno; todo lo cual ha de entenderse aplicable sobre la base regulatoria -que se determine a tenor del artículo 20-.

Por consiguiente, considero que el porcentual fijado en la instancia de origen se adecúa a los parámetros previstos por la Ley N° 1.594, conforme a los usos habituales de esta Cámara de

Apelaciones, y considero que retribuye adecuadamente la labor profesional, valorada conforme las pautas establecidas en el artículo 6 de la mencionada ley, por lo que no han de modificarse.

V.- En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1) rechazar el recurso de apelación deducido por el demandado, Sr. Walter Fabián Trosch, a fs. 603 y 627/631vta., contra la sentencia del 30/09/2021 -cfr. fs. 588/598- y, en su consecuencia, confirmar el pronunciamiento de grado en todo lo que ha sido materia de agravios; 2) rechazar los recursos arancelarios interpuestos por los letrados de la actora, ... y ...- y la perito psicóloga -Susana Mabel Fernández-, a fs. 604 y 601, respectivamente; confirmando las regulaciones de honorarios fijadas en el pronunciamiento cuestionado, en todo lo que ha sido materia de agravios; 3) imponer las costas de Alzada al demandado recurrente en su condición de vencido -cfr. artículo 68 del C.P.C. y C.-; 4) regular los honorarios de los profesionales intervinientes, por su desempeño ante la Alzada, en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado, todo de conformidad con lo prescripto por el artículo 15 de la Ley N° 1.594. Así lo voto.

El juez José I. NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada Provincia del Neuquén.

II.- Confirmar la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2021 -cfr. fs. 588/598- en todo lo que ha sido materia de agravios.

III.- Imponer las costas de Alzada al demandado recurrente (artículo 68 del C.P.C. y C.).



IV.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (artículo 15 de la Ley N° 1.594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria