

CAUSA 6384/93 - "R. DE R. M. A. c/ Avedaño Gabriela Ofelia y otros s/ responsabilidad médica" - CNCIV Y COMFED - SALA III - 09/12/2004

"Acreditada, como creo que lo está, la existencia del "oblito" (palabra de origen latino - "oblitus"-, participio pasivo de "obliviscor", que significa "olvidar", "olvidarse de uno o de una cosa", "olvidarse de" conf. Diccionario Latino-español/españolatlino, Vox 13º., Barcelona 1980, pág. 332), ella comporta un supuesto de culpa (arg. 512 y 902 del Código Civil), independientemente de que la indicación quirúrgica haya sido acertada y correcta (más allá del oblito) la técnica aplicada. Así fue lo decidido por la Sala II en casos que guardan similitud con el presente (conf. Sala II causas 5549 del 29.08.1977; 528/94 del 26.4.1994 "ambos con el primer voto del Dr. Quintana Terán)."

"La mera existencia del "oblito" demuestra- por la fuerza de los hechos que hubo descuido en el conteo de gasa y que ese descuido es imputable a la médica cirujana, aun cuando no se encargara de él o del retiro de las gasas personalmente, ya que el cirujano es el encargado de remover todos los objetos que quedan en el cuerpo del paciente y, además, como jefe del equipo o grupo de personal que realizaron el acto quirúrgico su deber no se limita a la actividad propia, sino que responde por la conducta de los componentes de ese equipo, cuyas actividades en aquel acto, el jefe orienta y coordina (conf. CNCiv., Sala C, 20.05.1993, ED-154-602; CNCCom., Sala C, 23.4. 1999, L.L. 1999-C-441 Y sus citas jurisprudenciales; Vázquez Ferreyra, R., " Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina, Buenos Aires, 1992, pág.199 y sigs.)."

"El establecimiento asistencial en el que fue operada la señora R. de R., debe responder, en mérito a lo dispuesto en el art. 1113, párrafo primero del Cód. Civil, porque es claro que pudo ejercer control y vigilancia sobre su personal subordinado, siendo su responsabilidad inexcusable frente a la culpa demostrada de sus dependientes (conf. Llambías, J.L., "Obligaciones", Ed. 1976, Tº IV- A, nº 2472/2478)."

"En el caso no se advierte que el hecho de la accionante a quien se le perforó el intestino por un olvido inexcusable de una gasa en el interior de su abdomen interrumpa el nexo de causalidad entre el obrar médico, y el daño, ni sea causa concurrente con éste."

"En las consideraciones apuntadas, no cabe sino compartir la decisión del a-quo en cuanto consideró acreditada la existencia del "oblito" quirúrgico como así también las responsabilidades de la cirujana interviniente y el Hospital de Clínicas José de San Martín."

Texto completo

En Buenos Aires, a los 9 días del mes de diciembre del año dos mil cuatro, hallándose reunidos en acuerdo los Señores Vocales de la Sala III de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, a fin de pronunciarse en los autos "R. DE R. M. A. c/ AVEDAÑO GABRIELA OFELIA Y OTROS s/ responsabilidad médica", y de acuerdo al orden de sorteo la Dra. Medina dijo:

1. Se encuentra fuera de controversia que el 16 de diciembre de 1991, la señora M. A. R. de R. fue internada en el Hospital de Clínicas José de San Martín en el departamento de Tocoginecología, división Ginecología por el Dr. Luis M.P. Cebollero Abizanda, en virtud

de presentar un cuadro de embarazo ectópico izquierdo. Siendo intervenida quirúrgicamente el 27 de ese mismo mes por la Dra. Graciela Ofelia Avendaño, quien le realizó una alpingostomía izquierda, siendo dada sin más de alta el 4 de enero de 1992 por la Dra. Claudia M. Oneto, Jefa del Servicio.//-

La actora -transcurrido un tiempo desde la operación- persistió con síntomas de debilidad, distensión y dolores abdominales, decidió concurrir a su médico clínico de cabecera, Dr. Luis González quien le diagnosticó plastrón abdominal. Posteriormente, el Dr. Cebollero Abizanda procedió a medicarla con antibióticos, no obstante ello los malestares continuaron, presentándose en el mes de mayo una febrícula persistente indicándosele la administración de un antibiótico por vía oral hasta el mes de junio. Ese mismo mes se le realizó una tomografía computada de abdomen y pelvis detectándose a nivel pelviano que "...la imagen de baja densidad heterogénea visualizada recuerda los procesos de textiloma" (conf. fs. 626)). Por derivación del Dr. Enrique Martínez -médico ginecólogo- la Sra. R. de R. acudió a una interconsulta con un médico cirujano -Dr. Manuel Boer- quien con fecha 24.06.1992 realizó una intervención quirúrgica en donde se constató la presencia de una compresa de gasa que ocasionaba perforaciones en el intestino delgado e intestino grueso. Allí se procedió a la resección de una porción de intestino delgado y anastomosis y a la exteriorización del trozo de intestino grueso perforado.-

Dicha operación fue completada con otras dos cirugías: una en el mes de agosto en la que se realizó la resección y anastomosis de la porción afectada de intestino grueso y otra en el mes de diciembre en donde se realizó sección de brida y extracción de líquido abdominal.- Estas cirugías guardan relación con la alpingostomía izquierda realizada A... ya que no () hay otra manera de que la compresa de gasa estuviera en ese lugar (conf. audiencia testimonial Dr. Manuel Boer, respuesta a la pregunta novena y décimo tercera, fs. 649).-

2. El señor Juez de primera instancia, tuvo por acreditado que, en la segunda operación quirúrgica practicada a la actora por el Dr. Boer, se extrajo de su abdomen una gasa, olvidada allí al practicarse la alpingostomía.-

Para así decir el Magistrado se atuvo al dictamen del perito médico designado de oficio en autos, según el cual la operación fue llevada a cabo por la Dra. Gabriela Avendaño quien se desempeñó como cirujana, siendo su primer ayudante el Dr. Etchepareborda y el segundo ayudante el Dr. Álvarez;; respondiendo en consecuencia, por el incumplimiento contractual la Dra. Avendaño como médica principal ya que de la causa objeto del presente litigio no surgió quien cumplió el rol de instrumentador. Los Dres. Etchepareborda y Alvarez fueron eximidos de cualquier responsabilidad toda vez que estaban sujetos al control e instrucciones del médico jefe.-

Finalmente, por haber incumplido la obligación tácita de seguridad objetiva, el Hospital de Clínicas José de San Martín resultó ser también responsable.-

Respecto a la cuantía del reclamo, juzgó que bajo el rubro daño material -gastos- debía otorgársele a la actora la cantidad de \$ 1.500; por lucro cesante \$ 3.600; por daño psicológico la cantidad de \$ 5.200 y finalmente por daño moral la cantidad de \$ 60.000, procediendo en definitiva la demanda por la suma de \$ 70.300 con más intereses desde la notificación de la demanda y hasta el efectivo pago a la tasa que percibe el Banco Nación en sus operaciones de descuento. Las costas del juicio fueron impuestas a las co-demandadas vencidas.-

3. Contra esta decisión apelaron la parte actora, la co-demandada Universidad de Buenos Aires -Hospital de Clínicas José de San Martín- y la co-demandada Gabriela Avendaño (cfr. Fs. 908; fs. 920 y fs. 923, respectivamente). Esta última expresó agravios a fs. 995/996, mientras que la actora lo hizo a fs.997/1000 y la co-demandada UBA a fs. 1001/1006. Dichas quejas fueron contestadas a fs. 1010/1015 por la actora, a fs. 1016/17

por la co-demandada UBA y finalmente a fs. 1019 por la co-demandada Gabriela Avendaño.-

Median asimismo recursos por honorarios los que serán tratados conjuntamente al finalizar el presente Acuerdo.-

4. Los agravios de la co-demandada Gabriela Avendaño se resumen sucintamente de la siguiente manera, se queja porque (i) entiende que el señor Juez de primera instancia le ha endilgado responsabilidad en el oblitio quirúrgico basándose en una errónea valoración de la prueba (conf. fs. 995/996)(ii) considera que no basta la declaración de un testigo para demostrar el oblitio médico que se le atribuye.-

Haciendo lo propio, la parte actora a fs. 997/ 1000 atacó la sentencia de fs. 933/940 porque (i) rechazó de la indemnización pretendida por resección del intestino delgado y grueso en el daño material; (ii) estableció una exigua compensación referida al daño moral, psíquico y estético; y (iii) finalmente se queja respecto de la fecha a partir de la cual comenzarán a computarse los intereses.-

Por último, la co-demandada UBA se agravia (i) porque el a-quo no meritó que el hecho de la víctima de continuar su tratamiento y actuar tardíamente en el alivio de su dolencia.

Eximía a su parte de toda responsabilidad (ii) respecto de la acreditación del oblitio por medio de prueba testimonial (iii) quejándose subsidiariamente por la alta valoración de los rubros que integran la sentencia (fs. 1001/ 1006).-

5. Sin perjuicio de recordar que el Juez no está obligado a seguir todas las argumentaciones que se le presenten, ni a examinar cada una de las probanzas aportadas a la causa sino sólo las conducentes para resolver el conflicto (conf. CS. Fallos: 258:304; 262:222; 272:225; 278:271 y 291:390, entre otros más), trataré los agravios de las co-demandadas Gabriela Avendaño y UBA por cuanto su índole y naturaleza imponen el análisis prioritario.-

6. Del oblitio quirúrgico y de su prueba

Para emitir mi voto me atenderé a las constancias de la causa de las que "contrariamente a los sostenido por las apelantes" resulta la existencia del "oblitio".-

Surge de la extensa y pormenorizada declaración del testigo Dr. Boer que lo extraído de la cavidad abdominal fue una gasa y es lo que quedó asentado en el parte quirúrgico respectivo (conf. fs. 838 " se encontró plastrón por oblitio post-operatorio) y aunque es verdad que no se encuentra agregada a ella el estudio anatomopatológico de rigor, el perito médico expresó "...que en la literatura consultada se hace mención al uso de lavado y aspiración continúa en la técnica microquirúrgica de salpingoplastia, utilizando compresas de campo, sin mencionar el uso de gasas", en este sentido a fs. 802/803 al brindar aclaraciones el perito sostuvo "que las compresas de campo se utilizan para el rechazo del intestino a fin de evitar lesiones a dicho nivel". Por otro lado, sostuvo que "la resección de parte del intestino delgado y de colon con colostomía de descarga podrían deberse a otras causas, pero en el caso de la presente litis se debió a la presencia de un oblitio" (conf. dictamen pericial médico de fs. 733/740 y aclaraciones de fs. 802/ 803).-

La circunstancia de que el Dr. Boer -cirujano que practicó la laparotomía exploratoria" sea testigo único respecto del tema no descalifica sus dichos sin más, porque nuestra legislación procesal no recoge la máxima "testis unus testis nullus" (conf. Sala II, causas 568 del 8.09.1991; 1159 del 4.06.1982; 3543 del 14.05.1985; 5291 del 16.2.1988; entre otras). Resaltando que sus declaraciones son coherentes, coinciden en sus lineamientos con la testimonial aportada por la actora y no existe elemento alguno en la causa -tampoco lo individualizan los apelantes- que autorice a dudar de su veracidad, además de que aquéllos tuvieron oportunidad bastante "que no aprovecharon" de repreguntar al testigo sobre el particular.-

Acreditada, como creo que lo está, la existencia del "oblito" (palabra de origen latino "-oblitus"-, participio pasivo de "obliviscor", que significa "olvidar", "olvidarse de uno o de una cosa", "olvidarse de" conf. Diccionario Latino-español/español-latino, Vox 13°, Barcelona 1980, pág. 332), ella comporta un supuesto de culpa (arg. 512 y 902 del Código Civil), independientemente de que la indicación quirúrgica haya sido acertada y correcta (más allá del oblito) la técnica aplicada. Así fue lo decidido por la Sala II en casos que guardan similitud con el presente (conf. Sala II causas 5549 del 29.08.1977; 528/94 del 26.4.1994 "ambos con el primer voto del Dr. Quintana Terán").-

A fin de otorgar mayor claridad, demás esta decir que no se trató de una intervención de urgencia sino programada, no se presentaron complicaciones que exigieran la realización de maniobras que permitieran justificadamente distraer al profesional del cumplimiento de su ineludible deber, salvo las propias de la intervención. Consecuentemente la mera existencia del "oblito" demuestra- por la fuerza de los hechos que hubo descuido en el conteo de gasa y que ese descuido es imputable a la médica cirujana, aun cuando no se encargara de él o del retiro de las gasas personalmente, ya que el cirujano es el encargado de remover todos los objetos que quedan en el cuerpo del paciente y, además, como jefe del equipo o grupo de personal que realizaron el acto quirúrgico su deber no se limita a la actividad propia, sino que responde por la conducta de los componentes de ese equipo, cuyas actividades en aquel acto, el jefe orienta y coordina (conf. CNCiv., Sala C, 20.05.1993, ED-154-602; CNCom., Sala C, 23.4. 1999, L.L. 1999-C-441 Y sus citas jurisprudenciales; Vázquez Ferreyra, R., " Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina, Buenos Aires, 1992, pág.199 y sigs.).-

El establecimiento asistencial en el que fue operada la señora R. de R., debe responder, en mérito a lo dispuesto en el art. 1113, párrafo primero del Cód. Civil, porque es claro que pudo ejercer control y vigilancia sobre su personal subordinado, siendo su responsabilidad inexcusable frente a la culpa demostrada de sus dependientes (conf. Llambías, J.L., "Obligaciones", Ed. 1976, Tº IV- A, nº 2472/2478).-

7. Del hecho de la víctima como eximente de responsabilidad.-

Los codemandados insisten en atribuir al hecho de la víctima un eximente de responsabilidad.-

Considero que dentro de un contexto basado en la causalidad adecuada, el hecho de la víctima (tanto culpable como inculpable) actúa sobre el nexo causal, desvirtuando el presupuesto de la autoría total o parcialmente según los casos. No habiendo autoría mal puede formularse juicio de imputación de responsabilidad (Pizarro, Ramón " Vallespinos, Carlos Instituciones de Derecho privado " Obligaciones T III, p 113).-

Entiendo que el centro de la cuestión está en la relación de causalidad, y en este contexto el hecho de la víctima culpable o no culpable puede ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño.-

En el caso no se advierte que el hecho de la accionante a quien se le perforó el intestino por un olvido inexcusable de una gasa en el interior de su abdomen interrumpa el nexo de causalidad entre el obrar médico, y el daño, ni sea causa concurrente con éste.-

En cuanto a la falta de diligencia en el tratamiento oportuno de las dolencias que la actora denunciara con posterioridad a la primera intervención quirúrgica, su negativa acerca de las consultas realizadas por la actora, se diluye frente a los dichos del perito en cuanto sostiene que "de la historia clínica nº 249.504 del Hospital de Clínicas no consta ni en la epicrisis, ni en el cierre del día 4/1 registro de citación para control en Consultorios Externos", "...sólo aparece mencionada a fs. 300 el ítem "Destino: Consultorio Externo" pero no presenta firma de ningún profesional médico".-

No obstante lo señalado precedentemente, juzgo que la actora ha obrado con diligencia a fin de calmar el dolor que venía sufriendo luego de la primera intervención quirúrgica, todo

ello lo demuestra las diferentes testimoniales que dan cuenta del peregrinar de la señora R. de R. por diferentes profesionales, quien en el caso preciso al interconsultar en forma particular con el Dr. Luis Mauricio Eduardo Cebollero Abizanda éste le diagnosticó un cuadro abdominal no característico, le ordenó un medicamento antiinflamatorio y en la segunda oportunidad le solicitó una tomografía computada. Situaciones éstas que demuestran la falta de acreditación de abandono de tratamiento esgrimido por la codemandada UBA (conf. declaraciones testimoniales del Doctor Luis González a fs. 622, declaraciones del Dr. Luis Mauricio Eduardo Cebollero Abizanda a fs. 644), y que prueban que el accionar de M. R. de R. no agravó el daño causado por la negligencia.- En las consideraciones apuntadas, no cabe sino compartir la decisión del a-quo en cuanto consideró acreditada la existencia del "oblito" quirúrgico como así también las responsabilidades de la Dra. Gabriela Avendaño y Hospital de Clínicas José de San Martín.-

9. Del daño moral

El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos, insusceptible de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. Siendo eso así, de lo que se trata es de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido. En su justiprecio, ha de recurrirse a las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y de los reclamantes, porque la indemnización no puede llegar a enriquecer al reclamante, lo que, como decía Ortolan (citado por Vélez Sarsfield en la nota al art. 499 del C.C.), contraría al principio de la razón natural.-

Con relación a la cuantificación del daño moral entiendo que siempre es difícil trasladar el dinero al daño extrapatrimonial, para hacerlo es útil tener en cuenta las reglas determinadas por Mosset Iturraspe, Jorge en " Diez reglas sobre cuantificación del daño moral " LL 1994 - A- 729.-

Entre ellas la más importante consiste en diferenciar según la gravedad del daño y tener en cuenta las peculiaridades del caso.-

En orden a diferenciar según la gravedad del daño, hay que tener en cuenta el daño real sufrido por la víctima. Cabe preguntarse cual fue el daño real sufrido por el accionante.- Considero innegable que la actora sufrió dolores graves mientras tuvo la gasa en su cuerpo, y que indiscutiblemente sintió: sufrimientos físicos por la perforación de su intestino; inquietud espiritual al sentir dolencias durante meses y no poder determinar la causa; agravio a las afecciones legítimas por las cirugías innecesarias de no haberse olvidado la gasa; padecimientos en su físico que lesionaron sus sentimientos por los tratamientos seguidos entre ellos la utilización de una bolsa de colestomía y lesiones íntimas por la existencia de cicatrices en su abdomen.-

Entiendo que el capital de condena establecido por el magistrado de la instancia anterior resulta suficiente para paliar los desmedros sufridos en el plano moral y por tal motivo considero que la sentencia debe ser confirmada.-

10. De la incapacidad.-

Respecto del agravio correspondiente a la desestimación realizada por el Juez a-quo respecto de la indemnización pretendida por resección de intestino delgado y grueso solicitada. Entiendo que este aspecto del recurso peca de evidente generalidad y se desentienden por completo de las consideraciones expuestas por el señor Juez. Es que la

recurrente sólo trasluce su disconformidad por la forma en que el a-quo ha resuelto las cuestiones que ha puesto en crisis en esta instancia. Se queja de lo decidido, aduce que el juez no ha valorado correctamente la prueba, pero en definitiva no se hace cargo de los fundamentos adosados por el a-quo en su sentencia. Por consiguiente, la parte actora no ha efectuado sobre el particular una crítica "siquiera mínima- concreta y razonada, como lo exige el art. 265, Cód. Procesal, correspondiendo que este punto del recurso sea declarado desierto.-

11. Del momento del cómputo de los intereses.-

Finalmente y en lo que respecta a la fecha inicial en que habrá de computarse los intereses, la actora pretende que el punto de arranque de estos accesorios se fije en el día del hecho. La sentencia situó este hito inicial en el día siguiente al de la notificación de la demanda.- Ahora bien, en materia de intereses esta Cámara ha dicho en numerosos precedentes que toda vez que el daño moral, daño material y lucro cesante quedaron configurados como daños definitivos y habida cuenta del objeto del resarcimiento, los mencionados accesorios correrán desde ese día 27-12-91 pues no cabe exigir una interpelación carente de todo efecto práctico (conf. Sala II, causa 3705/2000, "Franco Ana Bautista c/ Edesur SA s/ daños y perjuicios", del 14.06. 2001; ver también, Llambías J.J., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones" 2º ed. TºI, nº 131, IV, asimismo conf. Sala III causa 3866/1999 del 27-5-04).-

12. Por las consideraciones expuestas, voto por la confirmación de la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios, salvo en lo referido a los intereses los que deberán computarse conforme lo establecido en el considerando 11) de la sentencia. Las costas de Alzada se imponen de la siguiente manera: a) por el recurso de las co-demandadas a cargo de éstas en virtud del carácter de vencidas; b) por el recurso de la actora en un 70% a su cargo y el resto a las co-demandadas Gabriela Avendaño y Hospital de Clínicas José de San Martín. Así lo voto.-

Los Dres Recondo y Antelo, por análogos fundamentos adhieren al voto precedente. Con lo que terminó el acto firmando los Señores Vocales por ante mí que doy fe.-

Fdo.: Graciela Medina - Ricardo Gustavo Recondo - Guillermo Alberto Antelo.-

Buenos Aires, de diciembre de 2004.-

Y VISTO: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito, el Tribunal RESUELVE: confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravios, salvo en lo referido a intereses los que deberán computarse conforme lo establecido en el considerando 11) de la sentencia. Las costas de Alzada se imponen de la siguiente manera: a) por el recurso de las co-demandadas a cargo de éstas en virtud del carácter de vencidas;; b) por el recurso de la actora en un 70% a su cargo y el resto a las co-demandadas Gabriela Avendaño y Hospital de Clínicas José de San Martín.-
Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Fdo.: Graciela Medina - Ricardo Gustavo Recondo - Guillermo Alberto Antelo.//-