

Expediente: **9170/12**
Carátula: **VARGAS JORGE ALBERTO C/ AGUILAR JULIO CESAR Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**

Unidad Judicial: **EXCMA. CÁMARA EN DOCUMENTOS Y LOCACIONES - SALA III**
Tipo Actuación: **FONDO (RECURSOS)**
Fecha Depósito: **28/09/2024 - 00:00**

Notificación depositada en el/los domicilio/s digital/es:
900000000000 - VARGAS, MARIA CRISTINA-ACTOR
20235196329 - SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA COOP.LTDA., -TERCERO
27140841051 - AGUILAR, JULIO CESAR-DEMANDADO
20255430301 - VARGAS, JORGE ALBERTO-ACTOR
900000000000 - PONCE, RENE CESAR ALBERTO-POR DERECHO PROPIO
27340672289 - SANATORIO CENTRAL S.R.L., -DEMANDADO
20255430301 - MONASTERIO, FANNY ADRIANA-ACTOR

JUICIO: VARGAS JORGE ALBERTO c/ AGUILAR JULIO CESAR Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. N° 9170/12 - SALA III

PODER JUDICIAL DE TUCUMÁN

CENTRO JUDICIAL CAPITAL

Excma. Cámara en Documentos y Locaciones - Sala III

ACTUACIONES N°: 9170/12



H104138107322

JUICIO: VARGAS JORGE ALBERTO c/ AGUILAR JULIO CESAR Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. N° 9170/12 - SALA III

Sentencia N° 305

En la ciudad de San Miguel de Tucumán, a los 27 días del mes de septiembre del año 2024, se reúnen los Sres. Vocales de la Excma. Cámara Civil en Documentos y Locaciones, Sala III, Dres. Luis José Cossio y Rodolfo M. Movsoovich, para considerar y resolver los recursos de apelación interpuestos por los demandados Julio César Aguilar y Sanatorio Central SRL, contra la sentencia de fecha 13 de abril de 2022, que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios seguida en su contra, con costas a su cargo. Practicado el sorteo de ley para determinar el orden de estudio y votación, dio como resultado: Dr. Luis José Cossio y Dr. Rodolfo M. Movsoovich.

El Sr. Vocal Dr. Luis José Cossio dijo:

I.- Vienen a conocimiento y resolución del Tribunal los recursos de apelación interpuestos por los demandados Julio César Aguilar y Sanatorio Central SRL, concedidos libremente, en contra de la sentencia del 13/04/2022, dictada por el Juzgado Civil en Documentos y Locaciones de la VI Nominación.

El pronunciamiento atacado resolvió hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por los actores, Jorge Alberto Vargas y Fany Adriana Monasterio -padres de María Cristina Vargas-, y condenar a los demandados Julio César Aguilar, Sanatorio Central SRL y Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. -este último en el límite de la cobertura pactada-, a abonar a la parte actora la suma de \$ 380.000 en concepto de daño moral, con más los intereses allí fijados y costas.

En fecha 25/04/2022 el demandado Julio César Aguilar interpuso recurso de apelación contra la sentencia mencionada; el 27/04/2022 lo hizo Sanatorio Central SRL y el 29/04/2022 la citada en garantía.

El 06/02/2024 el codemandado Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. desistió del recurso de apelación.

En fecha 14/02/2024 presentó el memorial de agravios el demandado Julio César Aguilar. Corrido el traslado de ley, en fecha 07/03/2024 contestó la parte actora.

Por su parte, en fecha 28/02/2024, presentó el memorial de agravios el demandado Sanatorio Central SRL. Corrido el traslado de ley, el 15/03/2024 contestó el codemandado Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda., mientras que la parte actora no ejerció el derecho que le asistía.

El 25/07/2024 emitió su dictamen la Sra. Fiscal de Cámara, en los términos del art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, n.º 24.240 (en adelante "*LDC*"); quien aconsejó analizar la solución del caso desde la óptica del citado plexo normativo.

Firme el proveído que llamó autos para sentencia, los recursos quedaron en condiciones de ser resueltos.

II.- Antecedentes. En las presentes actuaciones, los actores Jorge Alberto Vargas y Fany Adriana Monasterio, por derecho propio y en representación de su hija menor de edad, María Cristina Vargas, iniciaron acción de daños y perjuicios en contra del Dr. Julio César Aguilar y de Sanatorio Central S.R.L., con fundamento en la mala praxis que endilga al primero, y por haber ocurrido el hecho dañoso en el nosocomio mencionado.

Asimismo, solicitaron la integración de la litis con la firma Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda., por ser la aseguradora del Sanatorio demandado.

En su relato de los hechos, los actores narran que el 22/07/2010, su hija fue intervenida quirúrgicamente por el Dr. Aguilar, con diagnóstico de problemas de vesícula.

Refirieron que la cirugía debía ser laparoscópica, pero se complicó y se tuvo que recurrir a una cirugía convencional, con una duración de 3 horas.

Sostuvieron que dada la complejidad de la intervención, la menor se mantuvo internada una semana en el nosocomio demandado, y luego fue derivada al Hospital de Tafí del Valle, donde estuvo internada una semana más, con dos drenajes.

Manifestaron que el mismo día que fue dada de alta, tuvo que ser internada nuevamente en razón de tener vómitos y, luego de realizarse análisis por los que se detectó una infección, se ordenó nuevamente el traslado al Sanatorio Central, donde estuvo internada dos semanas más, con drenajes, fuertes dolores abdominales y abundante vómito.

Señalaron que luego de transcurridas las dos semanas, fue dada de alta, pero continuó con drenajes en forma ininterrumpida por dos meses. Agregaron que finalmente le sacaron los drenajes,

pero no se advertía mejoría alguna en sus dolores y vómitos.

Sostuvieron que continuó con controles médicos en el Hospital de Tafí del Valle, ya que no podían trasladarse a Tucumán, por sus escasos recursos económicos.

Expresaron que los médicos le recetaron hierro, pero la menor no lo toleraba.

Manifestaron que luego comenzó a caérsele el pelo y a brotarle grandes manchas en todo el cuerpo, sueño constante y cambios de color de su piel.

Sostuvieron que consultaron con el Dr. Aguilar, quien también atendía en el Hospital de Tafí del Valle, y que el galeno les dijo que la menor padecía un problema psicológico y que vomitaba porque no quería engordar.

Expusieron que la paciente continuó del mismo modo durante varios meses y que la situación empeoraba cada vez más, hasta que finalmente, fue internada el día 05/04/2011 en el Hospital de Tafí del Valle, con presión sanguínea 6°, abundante vómito y se aconsejó su traslado a la ciudad de San Miguel de Tucumán.

Narraron que como la situación era desesperante, atento a que la niña vomitaba materia fecal, decidieron trasladarla al Sanatorio Modelo, donde le realizaron en forma inmediata una endoscopia.

Expusieron que se descubrió entonces un cuerpo extraño, por lo que se la derivó a inmediata cirugía.

Explicaron que en dicha intervención quirúrgica se extrajo "*material textil*" del estómago de la menor, que fue lo que le provocó las serias lesiones en su cuerpo y un daño moral enorme.

Afirmaron que el hecho dañoso consiste en la negligencia del Dr. Aguilar por haber dejado ese cuerpo extraño; quien además incurrió en error de diagnóstico, ya que atendió a la víctima durante un año, sin advertir lo que ocurría.

Sostuvieron que la menor tenía 13 años en el momento del hecho. Manifestaron que la vida familiar se desarrollaba con normalidad en un marco de armonía; que María era una persona aspirante y tenía especial dedicación por sus hermanos, su padre y su madre.

Expresaron asimismo que durante el verano (vacaciones) cuidaba niños y el producto de dicho trabajo era destinado a la manutención del hogar para procurar nuevos y mayores ingresos, con los cuales brindar mejores condiciones de vida a su grupo familiar.

Alegaron que como consecuencia del hecho, su situación es totalmente distinta, ya que padece depresiones, bajó su rendimiento escolar, no puede colaborar en los quehaceres domésticos ni trabajar.

Reclamaron la suma de \$ 300.000 en concepto de daño moral; \$ 150.000 en concepto de incapacidad sobreviniente y \$ 150.000 en concepto de lucro cesante; todo ello sujeto a lo que en más o en menos fije el criterio del sentenciante.

Corrido el traslado de ley, en fecha 04/12/2012, se presentó el demandado Sanatorio Central SRL, quien opuso excepción de defecto legal, el que sustanciado, fue acogido por sentencia del 30/08/2016.

Por su parte, en fecha 12/09/2012 se presentó el demandado Julio César Aguilar, quien luego de negar los hechos narrados en la demanda, brindó su versión sobre los mismos.

El accionado sostuvo que *"Luego de una cirugía de vesícula convencional que duró tres horas (tal cual refiere el actor en su demanda) se omitió involuntariamente extraer una gasa, elemento que obviamente produjo trastornos en la paciente, los cuales con la posterior cirugía desaparecieron"* (SIC).

Refirió que la paciente deambuló por varios médicos y nunca concurrió a consulta, por lo que no pudo determinar la existencia del cuerpo extraño mediante un estudio específico como ser una ecografía.

Impugnó asimismo el reclamo de los rubros indemnizatorios. Sostuvo que el daño moral no se verifica, como tampoco la incapacidad sobreviniente alegada.

Planteó que los actores incurrieron en pluspetición inexcusable.

En fecha 15/02/2013 asumió la competencia de las actuaciones el Juzgado Civil en Documentos y Locaciones de la VI Nominación, atento a la declaración de incompetencia por parte del Juzgado Civil y Comercial Común de la II Nominación, que previno.

En fecha 22/09/2016 el Sanatorio demandado contestó la demanda.

En primer término planteó excepción de falta de acción, con fundamento en que no existe entre el nosocomio y el profesional demandado, subordinación jurídica, técnica ni económica.

Afirmó que el profesional no es empleado de la institución, y que el paciente contrató con el Sanatorio las prestaciones de cama en habitación con baño privado, uso de material descartable en internación, consumo de oxígeno en internación quirúrgica, arancel global por atención, uso material descartable en UTI, etc.; obligaciones que -según refiere- ha cumplido en su totalidad.

En subsidio, efectuó una negatoria general y particular de los hechos narrados por la actora, y brindó su versión sobre los mismos.

Sostuvo que no hubo responsabilidad alguna por parte del profesional actuante. Afirmó que resulta imposible pensar que el médico demandado haya dejado un cuerpo extraño de material textil en el estómago, ya que en la cirugía realizada -según consta en protocolo quirúrgico-, no tuvo acceso -como no lo tiene ningún tipo de colecistectomía laparoscópica o convencional- al interior del estómago.

Asimismo, aseveró que resulta imposible la presencia de un cuerpo extraño en el estómago por más de un año sin signosintomatología y complicaciones, sin degradación por jugo gástrico y su eliminación posterior, como cualquier fibra.

Afirmó que no se acredita de modo alguno el supuesto daño patrimonial ni moral, por lo que no se verifica daño resarcible.

Argumentó que aún en el improbable caso de que se considerara que su mandante tuviera responsabilidad, ésta sería mancomunada, por lo que deberá establecerse los porcentajes determinantes de la reparación efectiva de acuerdo a la conducta de cada uno de los intervinientes.

Planteó asimismo que la parte actora incurrió en pluspetición inexcusable.

Solicitó la citación en garantía de su aseguradora, Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa LTD.

En fecha 26/05/2017 se presentó la citada compañía de seguros, quien asumió la cobertura de la eventual responsabilidad civil, en los términos y con los alcances previstos en la póliza cuya copia acompaña.

Luego de negar los hechos narrados en la demanda, alegó que no se advierte razón alguna para vincular la existencia de "*material textil*" en el estómago de la joven, cuando la supuesta intervención quirúrgica realizada por el Dr. Aguilar afectó a otro órgano, la vesícula.

Impugnó asimismo la pretensión indemnizatoria de los actores.

La causa se abrió a pruebas por decreto del 17/08/2017.

El 26/11/2018 se agregó el informe actuarial sobre las pruebas producidas y se pusieron los autos para alegar.

En fecha 26/12/2018 presentó sus alegatos la parte actora; el 15/02/2019 lo hizo el Sanatorio codemandado y el 22/02/2019 la aseguradora.

Conforme se expuso anteriormente, la sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda.

La magistrada de la instancia anterior tuvo por acreditado el hecho dañoso, con las constancias de la historia clínica del Sanatorio Modelo, de la que surge la presencia del cuerpo extraño en la paciente.

Sostuvo que la relación de causalidad y la culpa, se desprenden del propio reconocimiento del demandado, quien al contestar la demanda, sostuvo que involuntariamente omitió extraer una gasa, lo que le produjo trastornos a la paciente.

Respecto del Sanatorio codemandado, rechazó la defensa de falta de acción, con fundamento en que el nosocomio no acreditó el hecho por él alegado, de que el médico no es su dependiente ni tiene subordinación económica con él.

Manifestó que la única prueba que se refiere a la materia, es el informe brindado por el propio Sanatorio Central SRL, quien sostuvo que "*El Dr. Julio César Aguilar no es empleado del Sanatorio, esporádicamente interna pacientes en este sanatorio, como en otros, que requieren alguna intervención quirúrgica, con autorización previa de las obras sociales. No tiene relación de dependencia, ni es médico del staff*" (f. 435).

En este punto, la sentenciante sostuvo que conforme a la teoría de la carga probatoria dinámica, la responsabilidad probatoria se encuentra en cabeza de quien está en mejor situación de producirla.

Sostuvo que en el caso, la orfandad probatoria perjudica la posición del Sanatorio, ya que debió haber ofrecido las pruebas tendientes a acreditar que el médico demandado no tenía vínculo alguno con el referido sanatorio, sirviéndose a tal fin, por ejemplo, de un informe pericial contable que pudiera dar cuenta de la inexistencia de talonarios de facturación del médico demandado, sobre los libros de registros únicos, los formularios F931, etc.

Atento a ello, sostuvo que correspondía atribuir responsabilidad al Sanatorio por el hecho de su dependiente.

Afirmó que pesa sobre el centro asistencial el deber jurídico calificado tácito de seguridad, que funciona con carácter accesorio de la prestación principal, cuya transgresión engendra una responsabilidad directa del deudor.

En cuanto a los daños, consideró que la parte actora no logró acreditar el lucro cesante y la incapacidad sobreviniente.

En cambio, consideró procedente el reclamo por daño moral. Sostuvo que no caben dudas del padecimiento espiritual derivado de las consecuencias de la cirugía practicada por el Dr. Aguilar que

implicó un largo peregrinar en búsqueda de diagnósticos y soluciones, que no culminaron con la detección del cuerpo extraño.

Sostuvo que es presumible que la sola conciencia de llevar en el cuerpo ese objeto extraño debe razonablemente haberle generado angustia y desazón. Citó doctrina y jurisprudencia sobre el particular.

Agregó que al no haber parámetros objetivos a los cuales ajustar la cuantificación, estimó prudente fijar la suma de \$ 380.000, atento a la condición de vulnerabilidad de la víctima al momento del hecho dañoso (adolescente); los dolores, malestares y angustias sufridos, tanto por ella como por sus progenitores y la falta de respuesta de los demandados, teniendo en cuenta la segunda internación en el Sanatorio Central llevada a cabo desde el 31/07/2010, según lo informado por dicho nosocomio en el marco del cuaderno de pruebas n.º 2 de la parte actora (f. 435).

Sostuvo que la aseguradora debía responder en la medida del seguro, por el monto de \$ 100.000, conforme resulta de la póliza obrante en autos (f. 376/381).

Respecto a las costas del juicio, se impusieron en su totalidad a la demandada y a la citada en garantía.

III.- Los escritos recursivos. En fecha 14/02/2024, el demandado Julio César Aguilar, con patrocinio letrado de la Dra. Silvia Mónica Luna, expresó agravios.

Explica que la paciente se sometió al acto quirúrgico de una "*colecistitis crónica aguda litiásica*", un "*síndrome de mirizzi*", crónico -con años de evolución-, a pesar de su juventud.

Afirma que si bien se preparó la vía para una cirugía laparoscópica, durante el curso del acto se presentó una situación que lo llevó a tomar la determinación de abortar dicha técnica por una laparatomía clásica, a fin de no lesionar elementos muy nobles de la región, ya que es una zona reconocida por las múltiples variables anatómicas embriológicas.

Esgrime que la operación fue realizada con pericia y prudencia, y que lo que ocurrió fue un error técnico. Alega que si la paciente hubiera regresado a control, le hubiera practicado la cirugía sin cargo alguno, puesto que fue un error de quirófano, con tiempo apremiante de anestesia.

Sostiene que sin embargo, tanto la paciente como sus padres desaparecieron. Agrega que él les había cobrado un exiguo dinero por la intervención, el que no fue abonado, razón por la que - deduce- dejaron de consultarle.

Manifiesta que de su mal estado de salud se enteró por terceros, de casualidad. Agrega que cuando le avisaron de la situación, se presentó en el Sanatorio Modelo para efectuar la cirugía de extirpación, pero la familia no lo permitió. Refiere que la intención fue "*armar*" un juicio de mala praxis.

Enfatiza que no hubo negligencia de su parte. Manifiesta que días después de la cirugía, se le practicó a la menor una ecografía en el Sanatorio Modelo. Sostiene que el ecografista le informó que todo estaba bien, por lo que luego de extraerle los puntos, le dio el alta.

Alega que en lo tocante a la internación de fecha 05/04/2011 en el Hospital de Tafí del Valle, una paciente de presión 6 como indican los actores, debe ser internada en terapia intensiva, lo que no se ordenó. Por tal motivo, infiere que la presión no era tal.

Sostiene que no existió riesgo de perder la vida. Afirma que un *oblito* que no se absorbe y no continúa el curso normal de los intestinos, pudo obstruir el paso pero no de un modo total, porque de ser así, se hubieran presentado rápidamente otras complicaciones, lo que no ocurrió.

Señala que *"un oblito se nos ocultó a través del hiato de Winslow en la trascavidad de los epiplones, cavidad virtual en donde se ponen en contacto íntimo la pared posterior del estómago con la cara posterosuperior del transverso y allí el organismo en el afán de eliminar un cuerpo extraño ya sea hacia la luz del colon o del estómago, creó una comunicación fistulosa cologástrica para emetizarla o defecarla. Claro que esto llevó el tiempo que transcurrió entre la cirugía y la parte final. También remarco que el oblito nunca lo vi ni fui informado por mi equipo quirúrgico de una faltante de material hemostático y también resalto que se llegó a esto que podía haber resuelto mucho antes sin los padecimientos que sufrió la paciente, si me hubieran aunque sea de pasada consultado o advertido"*.

Refiere que el hecho de retirar el cuerpo extraño solucionó el problema y la paciente quedó en muy buen estado de salud, al punto de que *"con el tiempo logró hasta embarazarse"*.

Finalmente, cuestiona la sentencia en cuanto fija la suma de \$ 380.000 en concepto de daño moral, la que -según refiere- resulta excesiva, teniendo en cuenta que el acto quirúrgico que originó la demanda no dejó secuelas ultrajantes, ni discapacitantes, ni le impidieron llevar una vida normal.

Por lo expuesto, solicita que se revoque la sentencia en crisis, con costas a la actora.

A su turno, en fecha 28/02/2024, Sanatorio Central SRL, por intermedio de su letrado apoderado Dr. Francisco José De Rosa, expresó agravios en contra de la sentencia atacada.

Sostiene que en autos quedó acreditado que el daño es imputable a la conducta del médico.

Refiere que según se desprende de las constancias del expediente, la relación se verificó entre la paciente y su médico, Dr. Aguilar; relación que se inició en el Hospital de Tafí del Valle y, luego de la cirugía, continuó allí.

Reprocha a la sentenciante que pretenda revertir la carga de la prueba, aplicando la cargas dinámicas, pese a que su mandante ya acreditó con prueba informativa que el Dr. Aguilar no era parte del staff del nosocomio (f. 435).

Cuestiona que la magistrada le exija otros medios de prueba. Argumenta que aquélla tiene la facultad de dictar medidas para mejor proveer y no se explica por qué optó por no adoptarlas, en aras de llegar a la verdad jurídica.

Insiste en que no se verifica el nexo causal. Alega que el Sanatorio no puede ser veedor ni tiene control sobre la actividad profesional del Dr. Aguilar, pues éste no es dependiente de aquél y no existe entre ambos vínculo jurídico, ni subordinación técnica o económica.

Refiere que la paciente contrató con el Sanatorio las prestaciones a las que éste se obligó, consistentes en cama en habitación con o sin baño privado, uso de material descartable en internación, consumo de oxígeno en internación;

todo lo cual fue cumplido.

Cuestiona que se haya hecho lugar a la indemnización por daño moral, por un monto incluso superior al solicitado por la parte actora.

Refiere que no existe factor de responsabilidad atribuible al Sanatorio para condenarlo por este rubro.

Reprocha que se fijen los intereses desde el hecho generador del daño, cuando debería fijarse desde que la actora tuvo conocimiento de la existencia del cuerpo extraño.

En otro orden, considera irrazonable que se condene a la aseguradora a la suma "*histórica*" del límite de cobertura, luego de 14 años de pleito y en el marco de una economía inflacionaria. Por ello, solicita que se actualice la póliza con el valor aproximado de una moneda dura o bien se consideren los límites vigentes en el año 2024 de contratos similares, a la fecha de ejecución de sentencia.

Refiere además que el pleito prosperó sólo por el daño moral, no así por incapacidad o lucro cesante. Argumenta que si se demandó por más de \$ 600.000 y sólo prosperó por menos de un 60 %, no puede considerarse que no hubo pluspetición inexcusable.

Finalmente, cuestiona la imposición de costas a su parte, atento a que la magistrada no tuvo en cuenta que prosperó su planteo de defecto legal, como así también el relativo a la pluspetición.

Solicita además que el Tribunal se expida en cuanto a que la aseguradora deberá cargar con los gastos, costas y honorarios en razón del contrato de seguro, con referencia al letrado elegido por aquella para llevar adelante el proceso. Asimismo, refiere que respecto de este ítem, deberá también actualizarse la cobertura del seguro.

Por lo expuesto, solicita que se revoque el pronunciamiento, con costas al actor.

IV.- Responsabilidad del galeno. Factor de atribución. Ingresando en el análisis de los motivos recursivos, por razones de orden metodológico se analizarán, en primer término, los agravios formulados por el médico demandado, quien cuestiona que la sentenciante considere que obró con culpa (factor de atribución de la responsabilidad).

Como punto de partida, debe señalarse que atento a la fecha en que se habría producido el hecho que motiva la demanda (antes del 1/08/2015, fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación), la presente causa será analizada a la luz de las disposiciones del Código Civil de Vélez Sársfield vigente en ese momento (conf. art. 7 del CCCN).

Ahora bien, la responsabilidad profesional del médico se encuentra sometida a los principios generales de la responsabilidad civil, de modo que para su configuración se requiere la necesaria concurrencia de los presupuestos de esta última, a saber: daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución.

Tocante al último elemento mencionado -aquí cuestionado por el recurrente-constituye un criterio generalizado tanto en doctrina como en jurisprudencia, el que afirma que la obligación que asumen los médicos normalmente es de medios y no de resultado, de manera que la sola presencia del daño no implica, sin más, causal de atribución de responsabilidad.

El incumplimiento de la obligación de actividad genera responsabilidad subjetiva y el factor de atribución está dado por la *culpa*, que consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (conf. art. 512 CC).

Tal es el criterio que rige también en materia de olvido quirúrgico (denominado técnicamente "*oblito*"), en que la responsabilidad es subjetiva.

No obstante, calificada doctrina enseña que "*la prueba de la culpabilidad del médico ante un óblito quirúrgico, (...) podrá ser presumida, pues en estos casos resultará de aplicación el principio del res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí mismas), o la prueba de presunciones que obliga al profesional a desvirtuarla*

acreditando que actuó en la ocasión con idoneidad, prudencia y diligencia..." (Calvo Costa, Carlos A., "Responsabilidad Civil Médica", Ed. La Ley, Tomo II, p. 45).

El autor reseña que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en este sentido, en autos "*Bustos Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios*" (sentencia del 11/07/2006), en que se acreditó que en el curso de una operación, el médico actuante dejó una gasa en la cavidad abdominal del actor.

En el voto mayoritario, el Alto Tribunal Nacional sostuvo que "*Si bien el parte operatorio no describe si hubo o no hubo recuento de las gasas tal como se destaca en la pericial, la fuerza de los hechos demuestra que existió un descuido en el retiro de las gasas que es imputable al cirujano, quien es el encargado de remover los objetos que quedan dentro del cuerpo del paciente, respondiendo además como jefe del equipo por la conducta de los componentes de éste, cuyas actividades debe orientar y coordinar (...) Si el demandado pretendía ser eximido de la responsabilidad presumida en virtud de las características propias del supuesto de autos, debió demostrar que su conducta fue diligente, lo que no hizo (...) Que el descuido del demandado obligó a una nueva intervención quirúrgica, debiendo entonces responder el cirujano por las secuelas que la negligencia (...) Su obligación es poner el máximo de cuidado, diligencia y previsión a efectos de evitar que se produzcan consecuencias dañosas. La contravención a elementales reglas del arte de curar aparece así evidente y no requiere de otro tipo de consideraciones*".

Por su parte, el Dr. Lorenzetti -en su voto en disidencia parcial, aunque conteste con la opinión mayoritaria en el punto bajo análisis-, sostuvo que "*...Un mínimo de diligencia concreta prestada en el control de los elementos utilizados en la intervención quirúrgica hubiera evitado el daño sufrido. Tal conducta exigible en el caso no es irrazonable, sino, por el contrario, resulta ajustada al modelo abstracto de lo que haría un profesional que actuara conforme con los conocimientos médicos y los medios disponibles. Bajo este escrutinio no puede considerarse que el olvido de una gasa sea un error excusable, sino una clara negligencia. Las circunstancias de persona, tiempo y lugar no arrojan ningún elemento relevante de naturaleza exonerativa de la imputación en el presente caso. El análisis entre la conducta obrada y la exigible conforme a derecho, evidencia un grado de culpabilidad que no encuentra eximente probada por la demandada, conforme era su carga hacerlo*".

Analizadas las constancias de autos a la luz de las consideraciones expuestas, se adelanta que las quejas del apelante no tendrán favorable acogida.

En efecto, no se encuentra controvertido en la especie, que en fecha 22/07/2010, la paciente fue intervenida quirúrgicamente por el Dr. Julio César Aguilar, quien reconoció expresamente al contestar la demanda, que incurrió en el olvido de una gasa en el cuerpo de la menor.

Ahora bien, en su memorial de agravios, el accionado argumenta que lo sucedido califica como un "*error de quirófano con tiempo apremiante de anestesia*"; y alega que "*la operación fue realizada con pericia y prudencia, resolviendo su patología pero también contra reloj, por el tiempo de duración de la anestesia y porque corría peligro de vida la paciente*".

Asimismo, manifiesta que días posteriores a la cirugía, se realizó a la menor una ecografía en el Sanatorio Modelo, que en razón de su resultado, motivó que le diera el alta, luego de extraerle los puntos.

Se observa que las circunstancias reseñadas resultan incompatibles con los hechos narrados por el demandado en su escrito de responde, en el que aseveró que la paciente fue sometida a una "*cirugía de vesícula convencional que duró tres horas*", sin referencia alguna a la existencia de un "*peligro de vida*".

Sostuvo además que luego de la intervención, la menor no concurrió a consulta, "*razón por la cual el Dr. Aguilar no pudo determinar la existencia de un cuerpo extraño mediante un estudio específico como ser una ecografía*"; hecho diverso al expresado en el memorial de agravios, en que argumenta que se efectuó aquél estudio.

Así las cosas, los hechos introducidos por el galeno en su memorial, sin perjuicio de no haber sido planteados en la instancia anterior (lo que veda un pronunciamiento por la Alzada, conf. art. 782 del CPCC); carecen de seriedad y deben desestimarse, por quedar alcanzados por la doctrina de los actos propios.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia tiene dicho que “...*Las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces; y la sanción de la conducta contradictoria se funda en necesidad de guardar un comportamiento coherente, indispensable para el buen orden y desarrollo de las relaciones. Por esta razón, deviene inadmisibile la pretensión de quien reclama algo en contraposición con lo que anteriormente había aceptado*” (CSJT, sentencia N° 737 del 12/9/2000; sentencia n.° 283 del 23/04/2007, entre otras).

Asimismo, el Alto Tribunal Provincial sostuvo que “*la doctrina de los actos propios es una construcción jurídica a la que se recurre para rechazar pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando ellas contrarían la buena fe o vulneran la confianza que se depositó en dicha conducta. Al proteger de este modo a la contraparte y a los terceros ante tales cambios de actitud, se ampara la buena fe y la regularidad y confiabilidad del tráfico jurídico*” (CSJT, sentencia n.° 349 del 11/5/2000).

En razón de lo expuesto, cabe concluir con la jueza de la instancia anterior que el médico demandado incurrió en culpa -sea por negligencia, impericia o imprudencia- al dejar olvidada una gasa en el cuerpo de la paciente; por lo que se rechazan los cuestionamientos del recurrente sobre el particular.

V.- Responsabilidad del Sanatorio demandado. Determinada la responsabilidad civil del profesional demandado, corresponde ingresar en el análisis de los agravios formulados por el Sanatorio coaccionado, quien cuestiona que el pronunciamiento le haya endilgado responsabilidad.

En apretada síntesis, el centro asistencial refiere que el daño tuvo por causa un acto puramente médico, y que carece de vinculación alguna (técnica, jurídica, económica) respecto del galeno; motivo por el cual, afirma que no existe nexo causal a su respecto.

Reprocha que la sentenciante no haya considerado la prueba informativa sobre el particular y que no le haya bastado los dichos de la parte actora, quien sostuvo que el médico atendió a la menor en el Hospital de Tafí del Valle, antes y después de la cirugía.

Afirma que la magistrada realiza un intento de revertir la carga de la prueba en su contra, y le exige medios de prueba que no fueron ofrecidos, cuando la sentenciante tenía la facultad de dictar medidas para mejor proveer para esclarecer la verdad de los hechos.

Los agravios no tendrán favorable acogida.

Cabe recordar que conforme a las reglas tradicionales del *onus probandi*, la carga de la prueba incumbe a quien afirme la existencia de un hecho controvertido y cada parte deberá probar el presupuesto de hecho de la norma que invoca como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (confr. art. 302 del CPCC, ley n.° 6176 y art. 322 del CPCC, ley n.° 9531).

Así las cosas, se advierte que en materia de responsabilidad del centro asistencial, el Sanatorio demandado se enroló en la doctrina del contrato desdoblado de asistencia médica y, en dicho marco, alegó un “*hecho impeditivo*” de la pretensión de la parte actora: la falta de vínculo jurídico, técnico o económico entre el nosocomio y el galeno que incurrió en mala praxis.

En razón de ello, sin necesidad de acudir a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, ninguna duda cabe que es el nosocomio quien tenía a su cargo la prueba del hecho por él invocado; lo que no aconteció en la especie.

En tal sentido, asiste razón a la magistrada de la instancia anterior cuando refiere que no resultan suficientes los dichos del propio codemandado, cuando al ser consultado desde qué fecha el Dr. Aguilar trabaja allí, respondió: *"El Dr. Julio César Aguilar no es empleado del Sanatorio, esporádicamente interna pacientes, en este Sanatorio como en otros, que requieren alguna intervención quirúrgica, con autorización previa de las obras sociales. No tiene relación de dependencia, ni es médico de staff"* (cuaderno de prueba informativa del actor n.º 2, f. 435).

Es que tales dichos importan tan sólo una declaración unilateral por quien resulta demandado en autos, cuyo informe se encuentra firmado por quien ejerce su representación en estos autos.

De lo expuesto se sigue que el recurrente no ha logrado rebatir el razonamiento sentencial, el que se encuentra adecuadamente fundado en la normativa aplicable en la especie y en los antecedentes y constancias del expediente.

En razón de ello, se rechazan sus cuestionamientos y se confirma el pronunciamiento en crisis.

VI.- Quantum del daño moral. Continuando con el análisis de los agravios, ambos apelantes cuestionan que el pronunciamiento impugnado haya fijado el *"daño moral"* en la suma de \$ 380.000, importe superior al requerido por la parte actora en la demanda.

El médico demandado afirma que la suma resulta excesivamente alta, si se tiene en cuenta que el acto quirúrgico que originó la demanda no dejó secuelas ultrajantes ni discapacitantes, ni impiden llevar a la paciente una vida normal.

Refiere asimismo que la aplicación de los intereses, actualiza el monto de un modo exagerado.

En la misma línea, el Sanatorio considera alto el importe fijado por la magistrada de la instancia anterior. Afirma que no existió dolo por parte del médico y que no se acreditaron los restantes rubros demandados, por orfandad probatoria incurrida por la actora.

Reitera que no existe nexo causal entre el daño y el accionar del Sanatorio y reprocha que la sentencia no haya fijado el porcentual de atribución de responsabilidad a cargo de aquél.

Cuestiona que se valore el informe expedido por el Sanatorio en el marco del cuaderno de pruebas del actor n.º 2 para elevar el *quantum* por daño moral y, en cambio, no se lo considere para acreditar que el Dr. Aguilar no forma parte del staff del nosocomio.

Finalmente cuestiona que se fije el interés de la tasa activa y que se tome como fecha de inicio la del hecho generador del daño, en lugar de la fecha en que la actora tuvo conocimiento de la existencia de un cuerpo extraño.

Los agravios no tendrán favorable acogida.

Conforme lo sostiene calificada doctrina, los olvidos quirúrgicos ocasionan casi siempre un daño al paciente *"quien al menos deberá someterse a una nueva operación para rescatar el material dejado..."* (López Mesa, Marcelo J., *"La Responsabilidad Civil Médica"*, Ed. B de f., pag. 213); tal lo acontecido en la especie.

En el precedente reseñado con anterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *"Resulta procedente el reclamo en concepto de daño moral, detrimento que por su índole espiritual debe tenérselo por configurado por la sola producción del evento dañoso. A los fines de la fijación del quantum debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (Fallos: 308:698; 318:1598; 321:1117; 326:847).*

El actor debió sobrellevar diversas curaciones, dolores físicos, miedos y molestias en general (...) sumado a las angustias e inquietudes que toda nueva operación acarrea. Además es indudable en el caso, que la intervención quirúrgica que sufrió (...) con el fin de extraer la gasa olvidada en la primera operación, le causó una innegable lesión de esta índole" (CSJN, "Bustos Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 11/07/2006).

En el caso traído a conocimiento, resultan relevantes las constancias obrantes a f. 21 de la Historia Clínica del Sanatorio Modelo (f. 270 del expediente), en que se consigna: *"Paciente de 16 años con antecedente de colecistectomía convencional (...) operada en otro nosocomio (...) Ingresa el 5/4/11 por epigastralgias y episodios de vómitos desde la cirugía. Atendida por gastroenterología. Se realiza VEDA donde se visualiza cuerpo extraño intragástrico y fístula colagástrica. Se intenta extraer el mismo, dicho procedimiento no se logra. El 6/4/11 se deriva a servicio de cirugía. En quirófano Dr. Amenábar Jesús intenta la extracción del cuerpo extraño (material textil) con endoscopio rígido. Tampoco lográndose por este método. Motivo por el cual se realiza la extracción del mismo por vía quirúrgica. Evoluciona con infección de herida, por lo cual se trata la misma y el 18/4/11 fue dada de alta, tolerando dieta y con evolución favorable".*

De lo expuesto se desprende que la paciente, de 15 años de edad al momento del hecho, padeció dolores y molestias (*"...epigastralgias y episodios de vómitos desde la cirugía..."*), que recién pudo superar al practicarse -nueve meses después- una necesaria intervención quirúrgica de extracción del cuerpo extraño; motivo por el cual, ninguna duda cabe que se encuentra configurado el daño moral.

Se advierte que el propio médico demandado reconoció en su libelo de responde que *"...se omitió involuntariamente extraer una gasa, elemento que obviamente produjo trastornos en la paciente..."* (f. 175 de autos).

Ahora bien, la cuantificación de este rubro constituye una tarea compleja, que requiere de una prudente ponderación del juez sobre la lesión a las afecciones íntimas del damnificado (CSJT, sentencia N° 586, 12/08/2003).

Se ha dicho con razón que *"el dolor, la angustia, no pueden medirse o tasarse, lo cual dificulta efectuar cálculos. Sin embargo, nada impide a estos fines apreciar la intensidad del dolor y su grado, para justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las inquietudes, padecimientos y dolores propios de la situación vivida. Por ello, aún cuando el dinero no cumpla una función valorativa exacta o sea un factor inadecuado de reparación del dolor, es un medio que puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles en cierto grado de compensar el padecimiento espiritual sufrido por la víctima, de reemplazar el bien que ha salido del patrimonio moral, procurando goces y distracciones a fin de restablecer el equilibrio afectado. Doctrina especializada (Zavala de González Matilde, "Cuánto por daño moral", La Ley, 1998 - E, 1057) ha sugerido como posibles pautas para esta determinación las siguientes: a- El factor de atribución ya que, por ejemplo, la subjetividad del responsable puede agravar el daño moral si ha mediado una culpa grave que acentúa la sensación de injusticia; b- La gravedad objetiva del menoscabo y las circunstancias de la víctima, ya que puede haber injurias más desmerecedoras que otras y su gravedad se acentúa si han sido difundidas públicamente; c- El tiempo en que dura el agravio; d- Pluralidad de intereses lesionados, como por ejemplo, casos en donde sólo se afecta lo estético y otros en donde también se afecta la intimidad y la reputación pública y social; e- Pluralidad de víctimas; f- La situación de la víctima, correspondiendo en líneas generales una condición patrimonial media, con prescindencia de la real de la víctima del caso; g- La situación del responsable, sin que ello importe conceder indemnizaciones cuantiosas cuando el autor es opulento, aunque sí pueden atenuarse cuando es menesteroso y máxime si el damnificado no (art. 1.069 Cód. Civ.)"* (CCCC, Sala 2, "Contreras Pedro Pablo c/ Conti Guillermo Francisco y otro s/ Daños y perjuicios", sentencia N° 293, 30/06/2016).

A la luz de tales lineamientos, se verifica que la magistrada de la instancia anterior ha ponderado adecuadamente las pautas referidas, en especial, la edad de la víctima a la fecha del hecho dañoso (adolescente) y los dolores, malestares y angustias sufridos.

Por lo expuesto, se concluye que la sentenciante ha valorado adecuadamente las pautas para la cuantificación del daño moral, y la suma fijada -\$ 380.000- resulta razonable conforme a los hechos

acreditados en autos, sin que resulta atendible el argumento conforme al cual, la parte actora reclamó un importe inferior.

Es que no podemos perder de vista que nos encontramos ante una deuda de valor, que sufre los vaivenes inflacionarios que pueda tener la moneda con el transcurso del tiempo, y que recién será traducida por el sentenciante al momento de resolver teniendo en cuenta las pruebas producidas en la causa.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, conforme a consolidada posición de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, el daño moral "*...recae sobre un sujeto trascendente, que impide asimilar la cuestión al supuesto de un daño sobre una cosa o un valor con equivalencia dineraria en el mercado, y que otorga entonces un carácter estimativo y provisorio al importe de la demanda, el que queda sujeto a la prueba "en más o en menos", y con los antecedentes que se reúnan, librado a la prudencia de los jueces conforme a las normas del Código Civil*" (CSJT, 12/4/1996, "*Barrionuevo Pedro Luis y otros vs. Cervecería de Cuyo y Norte Argentino S.A. s/ Honorarios*", sentencia N° 232)" (CSJT, sentencia n.° 88 del 26/02/2008; sentencia n.° 1521 del 19/10/2018, entre muchas otras).

Es también el criterio del Tribunal que integro, el que sostuvo -por el motivo antedicho- que "*no existe impedimento legal para que el judicante exceda las fronteras cuantitativas apreciadas en el escrito de la demanda de modo que el agravio de la recurrente referente a que el monto fijado en el pronunciamiento es arbitrario por ser superior al monto reclamado en la demanda, debe ser rechazado*". (CCDL, esta Sala, "*Costa Francisco Javier C/ Telecom Personal S.A. S/ Daños y Perjuicios*", sentencia n.° 133 del 17/06/2021).

Tampoco resulta atendible la pretensión de computar el inicio de los intereses desde que la paciente tomó conocimiento de la existencia del cuerpo extraño; ello, en razón de que los padecimientos -dolores, vómitos y angustias consecuentes- se manifestaron luego del evento dañoso (la cirugía de fecha 22/07/2010).

Continuando con el análisis, el Sanatorio demandado sostiene que el pronunciamiento omitió establecer el porcentual de atribución de responsabilidad a su cargo, siendo que el actor al responder la excepción de defecto legal, sostuvo que correspondía el porcentual del 50 % a cada codemandado.

No asiste razón al apelante. Ello, en virtud de que la obligación asumida por el médico y la asumida por el ente asistencial, son "concurrentes", categoría jurídica que no se encontraba legislada en el Código Civil Velezano, pero era ampliamente aplicada por la jurisprudencia (CSJN, Fallos: 324:2984).

Así, se sostuvo que "*...Las responsabilidades del sanatorio y del médico frente al paciente son "concurrentes" o "in solidum" ya que aquéllos aparecen indistintamente obligados por el todo de la misma prestación, esto es, la indemnización del perjuicio debido al reclamante (...) Sintetizando: en los supuestos de deudas concurrentes o in solidum, contrariamente a la hipótesis de solidaridad, donde está en juego una sola relación creditoria, en aquellas se establecen varias relaciones, conjugadas entre sí por tener el mismo objeto y existir en favor del mismo acreedor, de modo que cada uno de los obligados concurrentes responde por la totalidad de la deuda, que una vez satisfecha por cualquiera de los deudores, quedan sin causa las otras obligaciones concurrentes que estaban vinculadas a ella*" (Cám. Nac. Apel. en lo Civil, sala A, "*Pizzuto, Laura c. Sanatorio Santa Isabel y otro*", sentencia del 11/08/2006, LL AR/JUR/4788/2006).

En el mismo sentido, en un caso análogo al presente, se expresó que "*...todos los demandados (...) tienen que responder de manera concurrente por lo ocurrido respecto al oblito quirúrgico (...). Y digo de manera concurrente, no solidaria (...) puesto que cabe señalar que estamos frente a un caso de obligaciones concurrentes o in solidum (...). En ese sentido, al lado de la mancomunación pasiva solidaria, en la que media una pluralidad de sujetos obligados individualmente por el 'todo' (arts. 699 y ss. del Cód. Civil), también existe en nuestro derecho otro tipo de obligaciones -las denominadas obligaciones 'concurrentes', 'conexas' o 'indistintas'-en las que asimismo aparecen dos o más sujetos como deudores indeterminados de idéntica*

prestación frente a un mismo acreedor (Trigo Represas, Félix A., “Obligaciones concurrentes, indistintas o conexas en el derecho vigente y en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-C, 782). No obstante, media un importante matiz diferencial entre estas últimas y las obligaciones solidarias, que está dado por la circunstancia de que en las ‘concurrentes’ cada débito proviene de una fuente obligacional distinta; de manera que aquellas resultan ser independientes entre sí, pese a mediar entre ellas la conexión resultante de estar referidas a un mismo objeto debido a idéntico acreedor (...) En las obligaciones ‘concurrentes’ o ‘indistintas’ nos hallamos en presencia de una pluralidad de sujetos obligados, cuyos debitums, pese a no ser solidarios, de todas maneras, le brindan al acreedor la posibilidad de poder reclamar la totalidad de lo adeudado de uno solo, a cualquiera de aquéllos” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, "N., V. A. S. c. Casa Hospital San Juan de Dios y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 09/09/2022, LL AR/JUR/122432/2022).

El Código Civil y Comercial de la Nación ha consagrado expresamente las obligaciones concurrentes en el art. 850, al establecer que "*Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes*".

En definitiva, la obligación que pesa sobre los demandados es concurrente, de acuerdo a las consideraciones fácticas y jurídicas analizadas en el presente, motivo por el cual se rechazan las quejas del Sanatorio sobre el punto.

Resta considerar los agravios del nosocomio codemandado en cuanto cuestiona que la sentenciante haya dispuesto que los intereses sobre el capital de condena -relativo al daño moral-, se devengarán con la tasa activa.

Se adelanta que los agravios sobre el particular tendrán favorable acogida.

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán tiene dicho que "...Nada obsta a que la deuda de valor pueda generar intereses, los que se deben calcular sobre el valor actualizado" pues "la actualización de la deuda de valor obedece al mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda, en tanto los intereses hacen a la productividad que se ha frustrado a raíz de permanecer impago el capital adeudado" (Pizarro, Ramón D., "Los intereses en el Código Civil y Comercial", LL 2017-D, 991) (...) La obligación de indemnizar nace y "debe cumplirse en el momento mismo de producción del daño, sin intervalo de tiempo, operando desde ese instante, el estado de mora y la obligación de afrontar el pago de los intereses que, en este caso, cualquiera sea la denominación que se utilice (intereses moratorios, resarcitorios, indemnizatorios, etc.), tiene por finalidad resarcir el daño que proviene del retardo imputable en el pago de la indemnización (...) Existe consenso en señalar que "mientras la obligación sea de valor y no haya mutado su naturaleza a dineraria, por vía de la cuantificación en dinero que prevé el art. 772, debe aplicarse una tasa de interés puro, que tradicionalmente ha sido estimada entre el seis y el ocho por ciento anual" (Pizarro, Ramón D., "Los intereses en el Código Civil y Comercial", LL 2017-D, 991)" (CSJT, sentencia n.º 1487 del 16/10/2018).

En el precedente antes citado, el Alto Tribunal siguió la doctrina conforme a la cual debe desestimarse la procedencia de una tasa de interés bruto -como la fijada por la sentenciante en la especie-, que incluya la prima por depreciación de la moneda, pues de lo contrario se compensaría al acreedor doblemente por ese concepto (por vía de la valorización de la prestación adeudada y de la referida escoria incluida dentro de la tasa de interés bruto).

En razón de ello, corresponde acoger las quejas del recurrente y revocar la sentencia en crisis en este punto; y, en consecuencia, disponer en sustitutiva que desde la fecha del hecho (22/07/2010) hasta la fecha del pronunciamiento de primera instancia (13/04/2022), se aplicará una tasa pura del 8%; y desde la fecha de la sentencia hasta el efectivo pago, la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones ordinarias de descuento de documentos a 30 días.

VII.- Responsabilidad de la aseguradora. En su memorial de agravios, el Sanatorio demandado reprocha que la sentenciante limite la condena de la aseguradora al valor histórico de \$ 100.000, conforme resulta de la póliza agregada al expediente.

Sostiene que en una economía inflacionaria y luego de 14 años de litigio, el tope indemnizatorio fijado en la póliza atenta contra cualquier criterio de razonabilidad y el deber de buena fe.

Efectúa consideraciones respecto al cambio de aquella suma al valor dólar a la época de la póliza, y solicita que se actualice el importe de cobertura teniendo en cuenta el valor aproximado de una moneda dura o bien los valores vigentes al año 2024 de contratos similares, a la fecha de ejecución de sentencia.

Las quejas no tendrán favorable recepción. Del análisis de las actuaciones resulta que a ff. 149/152 el Sanatorio demandado requirió la citación de su aseguradora, Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda., en los términos del art. 89 del CPCC, ley n.º 6176.

A ff. 372/387 obra presentación de la citada en garantía, quien asumió la cobertura conforme a los términos de la póliza n.º 07/611 que acompaña, hasta la suma máxima asegurada, de \$ 100.000.

Por decreto de fecha 07/06/2017, se tuvo por apersonada y por parte a la citada en garantía y se proveyó: *"Téngase por contestado en tiempo y forma la demanda incoada y presente lo manifestado para su valoración en definitiva"*. Dicha providencia no fue objeto de impugnación alguna.

Así las cosas, la pretensión del Sanatorio demandado sobre la actualización del límite de cobertura, resulta improcedente, en razón de no haber sido planteada en la instancia procesal oportuna.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en un reciente pronunciamiento, en el que consideró que no luce ajustado a derecho la sentencia que fija el importe del límite de cobertura a valores actuales, cuando tal actualización no fue planteada oportunamente por las partes.

En efecto, el Alto Tribunal expresó que *"De tal modo la Cámara convalidó la violación al principio de congruencia en la que incurriera el A quo, dado que éste condenó a la firma aquí recurrente a responder hasta la suma que surgiría de "pólizas estándares" actuales sin que ninguna de las partes planteara pretensión alguna dirigida a obtener la ineficacia del límite de cobertura previsto en el mentado negocio jurídico efectivamente celebrado entre el demandado y la citada en garantía; lo que trasunta un exceso respecto de las acciones deducidas por las partes y, en definitiva, un pronunciamiento sobre una petición no articulada por aquéllas. Ello constituye una afectación del derecho al debido proceso (...) al no adecuarse, el fallo, a lo pretendido por las partes respecto del límite de cobertura expresamente aducido por dicha razón social al contestar demanda, en la medida que ésta no pudo ejercer, al respecto, una plena y oportuna defensa; por lo tanto, no cabe más que concluir que en autos se ha infringido el principio procesal de congruencia, expresamente normado en el art. 128 del CPCC, lo cual determina la descalificación de la sentencia analizada como acto jurisdiccional válido a la luz de la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad"* (CSJT, sentencia n.º 789 del 07/06/2024).

En razón de lo expuesto, por aplicación del principio de congruencia (conf. art. 128 del CPCC, ley n.º 9531 y art. 18 de la CN), los cuestionamientos del recurrente resultan inatendibles en esta instancia, por lo que se impone su rechazo.

VIII.- Costas. Continuando con el análisis, corresponde considerar las quejas formuladas por el Sanatorio demandado respecto de la imposición de costas.

Estimo razonable mantener el criterio receptado por la jueza de la instancia anterior, en cuanto que sean los demandados quienes carguen con las costas del proceso, toda vez que la noción de "vencido" ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por un análisis aritmético de lo pretendido y los resultados.

La solución propiciada encuentra asimismo sustento en que la paciente era menor de edad al momento del hecho, sujeta como tal a una doble vulnerabilidad (mujer y niña); quien no participó por sí, sino a través de sus representantes en el pleito, el que tuvo una duración de más de 10 años

hasta el dictado de una sentencia que dilucidara los derechos en juego.

Es además la solución que emana del principio de reparación integral, cuya consideración resulta insoslayable al momento de valorar la imposición de las costas procesales en casos como el de autos, para evitar caer en una solución contraria a elementales razones de justicia, que torne injustificadamente más gravosa todavía la situación de la parte demandante (CSJT, sentencia n.º 1860 del 08/10/2019 y precedentes allí citados).

Se ha sostenido que *"En los procesos de daños y perjuicios deben imponerse al vencido aun cuando no hayan prosperado todos los rubros pretendidos, por aplicación del principio de reparación integral y atento la naturaleza resarcitoria que revisten estos gastos, como parte integrante de la indemnización, sin que obste a ello la demasía en la pretensión esgrimida, pues fue la actitud de la demandada la que hizo necesario tramitar el pleito. De admitirse una solución contraria, el derecho que la sentencia reconoce a la demandante quedaría menoscabado con infracción del fundamento mismo de la institución de las costas (cf. C.N.Civ., sala H, 'Fiore de Genovese, María c. Natural Foods Industria Exportadora S.A. y otro', del 17/12/02, en La Ley, 2003-B, 198; íd., esta sala, L. 469.367, del 20/2/07, y L. 489.020, del 27/12/07, entre muchos otros)"* (CSJT, sentencia n.º 1910 del 11/12/2018).

Por lo expuesto, se rechazan los agravios de la recurrente y se confirma el pronunciamiento impugnado.

Idéntica suerte correrá la pretensión del nosocomio demandado de que este Tribunal se expida en el sentido de que la aseguradora deberá cargar con las costas, respecto del letrado elegido por aquella para llevar adelante el proceso.

Ello, en tanto se trata de un planteo que no fue formulado por ante la jueza de grado, lo que impide al Tribunal que integro emitir pronunciamiento sobre el particular (conf. art. 782 del CPCC).

IX.- Planteo de pluspetición inexcusable. Finalmente, el Sanatorio apelante cuestiona que la magistrada de la instancia anterior haya rechazado su planteo de pluspetición inexcusable.

Sostiene que los montos reclamados en la demanda eran totalmente desajustados a la economía del momento; que sólo prosperó el rubro relativo al *"daño moral"* y que es errado sostener -como lo hace la sentenciante- que las sumas reclamadas no eran líquidas sino estimativas.

Cabe recordar que el art. 110 del CPCC, ley n.º 6176, vigente a la fecha del pronunciamiento, establecía que *"La parte que hubiera incurrido en pluspetición inexcusable será condenada en costas, si la otra parte hubiese admitido el monto hasta el límite establecido en la sentencia. No se entenderá que hay pluspetición cuando el valor de la condena dependa del arbitrio judicial, de dictamen de peritos o de árbitros, de rendiciones de cuenta o cuando la diferencia no exceda del veinte por ciento (20%)"*.

Así las cosas, se verifica que no se configuran en la especie los presupuestos condicionantes de admisibilidad del instituto, en tanto la norma requiere que quien la invoca, haya admitido el monto hasta el límite establecido en la sentencia, lo que no aconteció en autos, en que -por el contrario- el Sanatorio demandado negó toda responsabilidad sobre el hecho dañoso y, en consecuencia, no admitió monto alguno en favor de la parte actora.

En razón de lo expuesto, se rechazan las quejas sobre el punto.

X.- De resultas, voto porque sea rechazado el recurso de apelación deducido por el Dr. Julio César Aguilar, con costas a su cargo, por resultar vencido (conf. art. 62 del CPCC).

Asimismo, voto porque se haga lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por Sanatorio Central SRL, respecto de la tasa de interés aplicable al rubro *"daño moral"*; debiendo dictarse

sustitutiva, conforme a lo considerado en el punto VI del presente.

En el último caso, atento a la existencia de vencimientos recíprocos, las costas generadas en esta instancia se imponen en el orden causado (confr. art. 62 *in fine* del CPCC, ley n.º 9.531).

Los honorarios quedarán diferidos para la oportunidad en que sean regulados los de la instancia anterior.

En este sentido dejo expresado mi voto.

El Sr. Vocal Dr. Rodolfo M. Movsoovich dijo:

Compartiendo los fundamentos vertidos por el Sr. Vocal preopinante, voto en igual sentido.

Por ello,

RESOLVEMOS:

I.- NO HACER LUGAR, por lo considerado, al recurso de apelación interpuesto por el **Dr. Julio César Aguilar**, contra la sentencia de fecha 13 de abril de 2022. Las costas de la Alzada se imponen al demandado vencido (conf. art. 62 del CPCC, ley n.º 9.531).

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE, por lo considerado, al recurso de apelación interpuesto por **Sanatorio Regional SRL**, contra la sentencia de fecha 13 de abril de 2022, la que se revoca en su parte pertinente y en sustitutiva se resuelve "*establecer que el capital de condena devengará intereses desde la fecha del hecho (22/07/2010) hasta la fecha del pronunciamiento de primera instancia (13/04/2022), a la tasa pura del 8%; y desde la fecha de la sentencia hasta el efectivo pago, a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones ordinarias de descuento de documentos a 30 días*". Las costas de la Alzada se imponen en el orden causado (conf. art. 62 *in fine* del CPCC, ley n.º 9.531), conforme lo considerado.

III.- RESERVAR pronunciamiento sobre honorarios para su oportunidad.

HÁGASE SABER.

LUIS JOSÉ COSSIO RODOLFO M. MOVSOVICH

POR ANTE MI QUE DOY FE :

MARÍA ALEJANDRA MOLINUEVO

Actuación firmada en fecha 27/09/2024

Certificado digital:
CN=MOLINUEVO Maria Alejandra, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 27172684748

Certificado digital:
CN=COSSIO Luis Jose, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 23213282379

Certificado digital:
CN=MOVSOVICH Rodolfo Marcelo, C=AR, SERIALNUMBER=CUIL 20117081231

La autenticidad e integridad del texto puede ser comprobada en el sitio oficial del Poder Judicial de Tucumán <https://www.justucuman.gov.ar>.