

C. V. c/ S. M. y otros s/ daños y perjuicios Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza Sala III 22/0818

Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda de mala praxis médica, pues está suficientemente probado que la intervención quirúrgica realizada por la demandada adoleció de impericia e imprudencia, provocando una rotura de la cápsula posterior del ojo izquierdo del actor y dejando restos del cristalino injustificadamente

En Mendoza, a los veintidos días del mes de mayo de 2018 reunidos en la Sala de Acuerdos, los Sres. Jueces de esta Excm. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 119807/52347 "C. V. c/ S. M. y ots p/ d y p" originarios del Quinto Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 552 por la parte actora contra la sentencia de fs.540/550.

Llegados los autos al Tribunal se ordenó expresar agravios a la apelante, lo que se llevó a cabo a fs.559/565.

El recurso fue contestado a fs. 569/570 por San Cristóbal S.M.S.G., a fs. 572/573 por el Hospital Luis Lagomaggiore y a fs.576 por Fiscalía de Estado.

A fs. 596 dictamina Fiscalía de Cámaras quedando los autos en estado de resolver.

Practicado el sorteo de ley quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. Mastrascusa, Márquez Laméná, Colotto.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPC, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN:

¿Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTIÓN:

Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA MASTRASCUSA DIJO:

I. La sentencia de fs. 540/550 rechazó la demanda instaurada por el Sr. V. C. contra la Dra. M. S. por entender esencialmente la Sra. Juez a quo que no quedó acreditado el obrar culposo de la demandada en la cirugía oftalmológica a la que fue sometido el actor en el Hospital Lagomaggiore, dado que por el contrario surge de las constancias de autos que se trató de una complicación común en ese tipo de cirugías. Igualmente la Sra. Juez estimó que tampoco fue probado la falta de aptitud del microscopio utilizado a tal efecto.

Contra esta resolución se alza la parte actora (hoy los sucesores del Sr. V.C.) solicitando su revocatoria.

Al fundar su recurso se queja por cuanto la Sra. Juez de la Instancia precedente, pese a la profusa prueba producida haya entendido que la mala praxis no se encuentra probada.

Dice que según lo expresó el perito oftalmólogo la Dra. S. debió haber suspendido la cirugía ante el problema de la aparatología, reparar primero el aparato o derivar al paciente.

Señala que el Sr. Ciardiullo ingresó con diagnóstico de cataratas pero pudiendo ver y terminó perdiendo totalmente la visión del ojo izquierdo.

Destaca que la anestesia fue local y que por ello el actor presenció la discusión entre el Dr. Cabello y la Dra. S. sobre el problema del microscopio y la suspensión de la cirugía.

Agrega que la Dra. S. continuó con la cirugía lo que produjo que se rompiera la cápsula posterior del ojo, debiendo colocar una lente en la cámara anterior, y además realizó una aspiración excesiva lesionando el endotelio corneal y desprendiendo y absorbiendo las células que lo componen.

Destaca también que la falta de atención en el postquirúrgico de la Dra. S. y sus evasivas lo llevaron a consultar con el Dr. Zeolite en el Hospital Central quien le indicó la necesidad de una intervención de limpieza para extraer restos de cataratas que fueron dejados en la primera intervención y

coágulos formados con motivo de la misma, señalando que el profesional destacó la gran inflamación y el cuadro de hipertensión ocular producida por los restos de cataratas que quedaron en la cirugía anterior.

Luego señala que el perito dijo que una catarata no lleva a la ceguera, que su ojo quedó inutilizado por las complicaciones intraoperatorias y que esto o la falta de instrumental adecuado sí puede llevar a la pérdida de la visión. Agrega que el perito también dijo que existe la posibilidad de que otro manejo post operatorio puede haber complicado su evolución pero que las principales complicaciones suceden en estos casos en la cirugía y no tanto en el postoperatorio ya que en esa etapa solucionar los problemas de una cirugía complicada es más difícil.

Afirma que la sentenciante no ha tenido en cuenta las conclusiones del perito y que acusa a su parte de orfandad probatoria cuando la prueba por excelencia en casos de mala praxis es la pericial.

Agrega que la Sra. Juez a quo tampoco tomó en cuenta la declaración del Dr. Cabello quien según surge de la historia clínica fue el auxiliar de quirófano de la Dra. S. y se pregunta cómo entonces no se tuvo en cuenta al testigo ocular de la operación. Aclara que se refiere a la declaración que hizo en sede penal, y que los demandados pretenden restarle valor porque en sede civil el Dr. Cabello dijo no recordar lo sucedido. Señala que ello sería lógicamente justificable por el solo paso del tiempo ya que el testimonio en esta causa se produjo nueve años después, aunque su parte sospecha de su actitud.

Igualmente entiende que la Sra. Juez a quo debió así interpretarlo y tener en cuenta el testimonio en sede penal que fue mucho más inmediato. Recuerda que en esa oportunidad el Dr. Cabello dijo que a su parecer el microscopio tenía poca luz pero lo mismo la Dra. S. realizó la operación y que el microscopio se arregló casi al final de la operación.

Critica a la sentenciante que pese a estas graves afirmaciones prefirió ajustarse a la declaración producida en esta causa nueve años después.

Se queja también por cuanto la Sra. Juez tomó como cierto que las características y condiciones del paciente produjeron las consecuencias sobrevinientes ya que la Dra. S. se defendió afirmando que el Sr. C. se encontraba irritado y nervioso y en cambio afirma que en la causa hay prueba de que aún en casos así se puede solucionar la situación de un paciente mediante la sujeción de su cabeza, la aplicación de anestesia general, y muchos otros medios más como lo expresa el perito. Destaca que la demandada omitió todas esas medidas necesarias y que ello también claramente constituye culpa y negligencia. Transcribe el párrafo pertinente de la pericia.

También se refiere al testimonio del Dr. Cabello en cuanto afirmó que el paciente no mostró mejoría pese a que siguió el tratamiento indicado (gotas, reposo, antibióticos, corticoides y antiinflamatorios). Agrega que del testimonio del Dr. Odoriz Polo en sede penal, surge que pese a que en las operaciones de cataratas tienen un postoperatorio de 48 hs, en el caso y debido a la complicación de la cirugía se dejó internado al paciente por 8 días.

Se refiere al testimonio del Dr. Zeolite sobre las causas de la situación posterior a la cirugía del paciente.

Cita jurisprudencia sobre la forma de cuantificar el daño.

Luego vuelve sobre las omisiones de la Dra. S. y señala que en la historia clínica no se consignó ningún detalle sobre el postoperatorio, ni la medicación, ni los días que el paciente concurrió a control ni siquiera los parámetros oculares, destacando que no se entiende en qué se funda la Sra. Juez a quo para afirmar que el paciente no cumplió con las indicaciones del postoperatorio, sin que ello surja nada más que de las afirmaciones de la demandada y no se haya visto respaldado siquiera por prueba testimonial alguna.

Se refiere a la omisión de seguir el postoperatorio por parte de la demandada, y a la declaración testimonial del Dr. Cabello que declaró haber tenido que hacer el seguimiento ante la negativa de la Dra.S., pese a que cada cirujano se hace cargo de su paciente.

Destaca que de la prueba surge la relación de causalidad inmediata entre el daño sufrido por el actor y la actuación y omisión de la Dra. S.

Luego se refiere a la responsabilidad del Estado y del Hospital Lagomaggiore por lo sucedido, señalando la salud pública como una obligación indelegable del Estado y refiriéndose al art. 1074 del CC.

Se queja de que la Sra. Juez a quo consideró que las expresiones del perito sobre las carencias del hospital demandado fueran meras apreciaciones del experto, destacando su valor probatorio.

Cita los arts. 1112 y 1113 CC como fundamento de la responsabilidad del Hospital y jurisprudencia.

Pide la revocatoria de la resolución y el acogimiento de la demanda.

A fs. 569/570 contesta el recurso San Cristobal SMSG, a fs.572/573 lo hace el Hospital Lagomaggiore y a fs.576, Fiscalía de Estado, todos pidiendo su rechazo por las razones que doy por reproducidas en mérito a la brevedad.

II. En primer lugar cabe acotar que se procederá al análisis de los agravios, en cuanto a que pese al desorden de los argumentos, varias partes de los mismos reúnen un mínimo de crítica suficiente a la decisión judicial impugnada, en virtud de que esta Cámara observa un criterio amplio en lo que hace a los requisitos formales del art. 137 del C.P.C. a fin de resguardar el derecho de defensa de los justiciables.

El análisis de los agravios por su orden me llevaría también a una desordenada exposición sobre las razones que justifican mi voto, por lo que teniendo en cuenta que la queja de la actora se refiere en forma directa a la falta de consideración por parte de la Sra.Juez a quo de prueba relevante que produce a su criterio la convicción de la existencia de culpa médica así como de un uso inadecuado de los elementos de la cirugía practicada, me referiré a las constancias de la causa que inciden en forma directa sobre la solución que propondré a mis colegas.

Surge de la historia clínica que en copia obra a fs. 479 y sigs. que el diagnóstico del Sr. C. asistió al Hospital Lagomaggiore y fue atendido en el consultorio externo de oftalmología por el Dr. Pablo Cabello el 05/03/2002 quien diagnosticó catarata madura en el ojo izquierdo (fs. 487). El Dr. Cabello dejó constancias de los antecedentes clínicos y del control de cada ojo: OD:7/10 sc y OI: 1/50 sc, solicitando analítica para cirugía la que no se especificó.

Fue internado para cirugía el 16/9/02 realizándose la hoja de internación que obra a fs. 491 por la jefa de división con algunas diferencias en los datos pero igual diagnóstico. Se dejó constancia (ver fs. 491 vta. por encima del formulario) "Pac. Lúcido orientado buen estado gen eral".

El formulario de consentimiento informado obra a fs. 495 para la cirugía identificada como EEC+LIO.

Según surge del protocolo quirúrgico que obra a fs. 497 la operación se llevó a cabo el 17/9/2002 por la Dra. M. S. como cirujana y como Primer Ayudante intervino el Dr. Cabello. En el protocolo quirúrgico se dejó constancia de los siguientes puntos:

1. Se realiza anestesia local indicándose las drogas utilizadas y se obtiene buena quinesia. Se coloca anestesia tópica e iodasef (¿?).

2. Se abre conjuntiva con base formix. Se hace surco. Se coloca visco elástica.

3. "Se realiza capsulotomía y se extrae cristalino, quedando abundantes masas duro tipo petreas , se aspira con dob (no se alcanza a leer)".

4." Por la falta de colaboración pe(¿?) del paciente y por el tipo de restos para ser extraídos se decide colocación de lente de cámara anterior, previa colocación de sust. viscoelástica." 5 Se sutura con puntos separados . Se realiza inyección subcortical de (¿? ) y decadrón.

Según las hojas de evolución el paciente permaneció internado hasta el 24/9 habiendo realizado el seguimiento y control el Dr. Pablo Cabello, el Dr. Claudio Cejas y el Dr. Fernando Cárdenas.

En varios de los controles se deja constancia de que el paciente es evaluado en cama y en otros se indica asistencia al consultorio de oftalmología (fs. 492/494).

Se le da el alta con las mismas indicaciones de la internación y se lo cita para el 27 por consultorio externo.

Los registros de tales controles obran a fs. 480, sin perjuicio de su falta de completitud como surge de la pericia oftalmológica, aunque de ellos parece resultar que la última vez que el Sr. C. concurrió a consulta fue el 9/10 del 2002 sin que haya quedado constancia de cita próxima, aunque sí de una indicación de una ecografía.

Los siguientes pasos ocurrieron en el Hospital Central, a partir del 18/10/2002, sin embargo la causa carece de la historia clínica del paciente correspondiente a las tres operaciones posteriores de su ojo izquierdo que allí se le hicieron.

Si se observan las actuaciones de fs. 419 a 455 de estos autos, es increíble la liviandad con la que prueba instrumental (ambas historias clínicas tanto la del Hospital Lagomaggiore cuanto la del Hospital Central en sus originales) que había sido secuestrada por orden de la Quinta Fiscalía de Instrucción en la que se realizara la denuncia de la víctima, fueron extraviadas. También resulta sorprendente el informe final de fs. 455 de la Secretaría del Tribunal de origen por la que se informa

que la Historia clínica del Hospital Central obra agregada a fs. 346/361 de esta causa y a fs.38/44 del AEV N°185600 (actuaciones originadas en la Quinta Fiscalía de Instrucción y luego remitidas a Juzgados penales diferentes) cuando en realidad las copias certificadas que obran a fs. 346/341 de estos autos corresponden a la historia clínica del Sr. C. que obra en el Hospital Central y que se corresponde con servicios prestados a aquél durante el año 2007 por causas completamente distintas a las que se debaten en la presente causa. Mientras que las constancias de fs. 38/44 del expediente penal sólo responden a dos actuaciones de la Guardia Oftalmológica del Hospital Central.

La sentencia impugnada se dictó en esas condiciones pero con la conformidad de las partes.

De todos modos, la cuestión que es de fundamental importancia, puede ser superada en base a esas constancias de la Guardia del Hospital Central así como por otras pruebas que a continuación indicaré a fin de tener un panorama de cómo evolucionó la cirugía practicada por la demandada.

El Sr. C. se presentó en la guardia del Hospital Central el 18/10/2002 con dolor en el ojo operado, "ojo rojo" y mala visión. En esa hoja de guardia se describe "paciente derivado Htal Lagomaggiore (.¿?.) de pseudofaquia de 1 mes en el o izq con cirugía complicada Viene con ultracortical deltisona B40 /dñia . AEVE p/o". Se le realizó a continuación un examen completo.

Parte de lo ocurrido a partir de esa fecha puede ser reconstruido por el informe encargado por la Fiscal interviniente a la Facultad de Medicina de la UNC quien a través del Profesor Titular del Área de Oftalmología Dr. Javier Odoriz quien tuvo a la vista la historia clínica secuestrada conforme a lo indicado en el oficio que obra a fs.68/69 del expediente penal.

En dicho informe el Dr. Odoriz expresó entre otros aspectos que analizaré con posterioridad que en el examen realizado ese día consta que el ojo estaba muy inflamado, con signos de uveítis hipertensiva y edema corneal. Continuó luego señalando que hay diagnóstico de pseudofaquia complicada, descompensación corneal, hipertensión ocular, uveítis, membrana ciclítica densa, hipema (sangre en cámara anterior), iris en tomate (por bloqueo pupilar y causante de la hipertensión ocular) pero no de infección ni pus en la cámara anterior del ojo ni de restos de catarata en ojo izquierdo. Luego agrega " En la foja quirúrgica de la primer cirugía practicada al Sr. C. en el Hospital Central el 29 de octubre de 2002, figura que se sospechó antes de la cirugía una infección , pero el diagnóstico quedó descartado luego de practicar la vitrectomía y la toilette de la cámara anterior. También figura en el protocolo que se encuentran restos de cristalino (catarata) y una lente intraocular colocado en la cámara anterior." A continuación inmediata el Dr. Odoriz expresa que por la información obtenida en la ficha de ingreso al Servicio de Oftalmología del Hospital Central fecha 18 de octubre de 2002 existe vinculación directa entre el cuadro clínico que presentaba ese día y la cirugía practicada el 17 de setiembre en el Hospital Lagomaggiore." Que el Sr. C. fue derivado al

servicio de Oftalmología del Hospital Central, firmada por el Dr. Cabello, fue confirmado además por las declaraciones del Dr. Ignacio Zeolite a fs. 31/32 del expediente penal y a fs. 194/195 de esta causa.

El Dr. Zeolite confirmó también en sede penal que al realizarle el examen encontró hipertensión ocular, descompensación corneal y uveítis (inflamación interna del ojo) e hipoprion o infección (pus en la cámara anterior del ojo izquierdo) con restos de material cristalino (restos de cataratas) y una membrana inflamatoria en cámara anterior. Como resultado del examen se estableció el diagnóstico de pseudofaquia complicada, uveítis, faco anafiláctica, queratopatía bullosa y glaucoma por bloqueo pupilar pseudofáquico. Se le indicó cirugía vitrectómica y extracción de la prótesis intraocular que se realizó el 29/10/2002. El Dr. Zeolite continúa diciendo que la operación tuvo un resultado parcialmente satisfactorio porque la infección desapareció pero la reacción inflamatoria tanto en córnea como en retina no pudo ser esuelta en forma completa y desarrolló un desprendimiento de retina que necesitó ser operado el 21/11/02 también con éxito parcial ya que no logró restablecerse la retina a su posición normal y quedó parte de la retina desprendida. Como el paciente seguía con dolor y luego de una extensa evaluación por los médicos del servicio se decidió extraer el explante el 12/12/02. Agregó que con ello perdió definitivamente la visión del ojo izquierdo y que el tratamiento de los dolores continuaba y que él lo siguió atendiendo.

En el informe "pericial" del Dr. Odoriz que se solicitó por la Fiscalía consta como último párrafo la siguiente referencia a la relación de causalidad: "La causa del resultado dañoso que presenta el Sr. Vicente C. es una cirugía de catarata complicada con posterior evolución hacia una queratopatía bullosa postpseudofáquica por pseudofaquia complicada, uveítis hipertensiva facoanafiláctica e hipertensión ocular aguda por bloqueo pupilar por el lente intraocular de la cámara anterior. Existe un informe de evaluación corneal previo a la primera cirugía realizada en el Hospital Central en donde consta la posibilidad de descompensación corneal postquirúrgica." Si bien con estas afirmaciones sólo se prueba la relación causal entre la operación realizada por la demandada con el daño sufrido por el accionante, una serie de pruebas e indicios llevan a pensar que al menos existió culpa en la intervención quirúrgica y en el postoperatorio inmediato del Sr. Ciardiullo en la que incurrieron ambas partes demandadas. Veamos:

Coincidentemente con la afirmación del Dr. Odoriz, el perito oftalmólogo Dr. Fabián Moureau que intervino en estos autos, si bien al momento de presentar su pericia se refirió múltiples veces a una complicación quirúrgica en la operación realizada en el Hospital Lagomaggiore que "a cualquier cirujano se le puede presentar" incluso refiriéndose como complicación al propio paciente, al momento de contestar las impugnaciones a fs. 334 dijo, refiriéndose a la cirugía de cataratas realizada por la demandada: "en mi pericia se afirma que se colocó un lente de cámara anterior debido a complicaciones intraoperatorias: para cualquier procedimiento médico existe algo que se llama INDICACIONES médicas: la colocación de un lente de cámara anterior efectivamente tiene INDICACIONES ESPECÍFICAS para ser colocado: en el protocolo quirúrgico se indica que se colocó dicho lente "por falta de colaboración del paciente y por los restos de masas cristalinas se decide

colocar dicho lente". En NINGUN libro oftalmológico figuran dichas indicaciones. Dicho lente desde mi punto de vista se debió colocar debido a que por diversas causas, que pueden sucederle a cualquier cirujano., existieron complicaciones y esa fue la razón de la colocación de un lente de cámara anterior. El lente de cámara anterior, en una cirugía de catarata se coloca excepcionalmente y siempre es debido a complicaciones intraoperatorias: se coloca cuando haya compromiso capsular posterior. Y el compromiso capsular posterior, provoca una pérdida de ácido hialurónico del humor vítreo que provoca un colapso vítreo y el colapso vítreo provoca luego un desprendimiento retinal. El desprendimiento de retina post cirugía de cataratas complicada NUNCA es inmediato, sino meses después de la cirugía esa es la razón por la cual el paciente dejó el Lagomaggiore con retina aplicada." La posibilidad real de retirar los restos del cristalino que la Dra. S.no pudo extraer en la cirugía que llevó a cabo queda comprobada por la primera cirugía realizada en el Hospital Central en la que se hizo justamente el retiro de tales restos, tal como lo informa el perito designado en esta causa a fs. 296.

El testimonio del Dr. Zeolite a fs. 32 de la causa penal da cuenta también de que en las cirugías de este tipo "se debe extraer toda la catarata, es decir en forma completa". Y a continuación señala que hay casos excepcionales en los que se debe interrumpir el acto quirúrgico para evitar males mayores como lo es en el caso de un paciente que sufre una hipertensión arterial aguda o una insuficiencia respiratoria aguda o una hemorragia expulsiva del ojo, todas causas que no son atribuibles al cirujano ni a la técnica utilizada. Sin embargo ninguna de estas causas fue apuntada en el protocolo quirúrgico de la operación realizada por la Dra. S.

La ruptura de la cápsula posterior en la que está el cristalino que se extrae y en la que se debe insertar el lente intraocular si bien es una complicación frecuente, está en directa relación con la pericia del cirujano. Si bien esto no ha sido dicho en forma expresa por el perito, surge implícitamente de sus consideraciones elusivas sobre el punto y su propia remisión a las páginas de internet en la contestación de las impugnaciones me permite traerlo a colación (véase entre otras tantas <https://www.visiondiez.com/los13riesgosycomplicacionesdelaoperaciondecataratas/> en la que se dice "La tasa de ruptura capsular es inversamente proporcional a la experiencia del cirujano"; [repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/2126/1/TUCSGPREMED172.pdf](http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/2126/1/TUCSGPREMED172.pdf) "La ruptura de cápsula posterior durante la cirugía de catarata se da con mayor frecuencia que otras complicaciones y su incidencia se relaciona con la experiencia del cirujano" citando a . Findl O, Buehl W, Bauer P, Sycha T. Interventions for preventing posterior capsule opacification.Cochrane Database of Systematic Reviews 2010, Issue 2. Art. No.: CD003738.DOI:10.1002/14651858.CD003738.pub3; [www.ofthalmologos.org.ar/oce/items/show/150](http://www.ofthalmologos.org.ar/oce/items/show/150); <http://www.medigraphic.com/>).

Igualmente en materia jurídica se ha considerado como mala práctica que "En el transcurso de la operación se produjo una rotura amplia de la cápsula posterior del cristalino con vitreorragia (salida del vítreo a la cámara anterior), sin que se practicara vitrectomía (limpieza de vítreo)" ( Tribunal Superior de Justicia de Madrid Publicado el Nov 19, 2014 en Cirugía, Noticias, Oftalmología, Sentencias Ganadas por AVINESA), lo que también ha quedado probado en el caso de autos ya que

pese a las complicaciones del post operatorio, la vitrectomía y toilette de la cámara anterior fueron realizadas en la primera intervención quirúrgica que se hizo en el Hospital Central (fs. 73 de la causa penal) y por otra parte el Dr. Odoriz en su testimonio posterior al informe agrega que en casos como el del actor antes del alta hay que indicar una vitrectomía programada, lo que no consta en la historia clínica del Hospital Lagomaggiore (fs. 76).

La falta de colaboración del paciente, como indicó el perito, no es una indicación para concluir la operación sin retirar el resto del cristalino y colocar una lente intraocular en la cámara anterior.

Ello quedó expresado con toda claridad a fs. 334.

Pero tampoco aparece como justificativo de la severa complicación operatoria que sufrió el actor. A más de ello también quedó probado que el paciente pudo haber sufrido dolor intenso y que aún en casos de pacientes inquietos o irritables o poco colaboradores pueden utilizarse técnicas (sedación, fijación de la cabeza, anestesia general, etc.) que en este caso no se aplicaron y no se invocó ni probó por qué razón fueron descartadas (conclusiones del perito a fs. 295) Me interesa además agregar que del testimonio del Dr. Zeolite en esta causa surge por el contrario que el Sr. V. C. fue un paciente colaborador en la primera y tercera cirugía (en las que el encargado de la intervención fue Zeolite ) aún con el dolor y la inquietud que sentía en la tercera operación y que además era un paciente lúcido y que se comunicaba adecuadamente en esa época, todo lo que coincide con la pericia psicológica que manifiesta que a la época de la primera intervención la enfermedad de Alzheimer no se había manifestado aún. Agregó también que el paciente cumplió estrictamente con las indicaciones y controles que se le impartieron.

Este testimonio me hace descartar cualquier complicación producida por el carácter del paciente, así que, como ha quedado dicho existen diversas técnicas para anular los movimientos del paciente en operaciones de este tipo como lo ha sostenido las que además deben ser evaluadas en el preoperatorio (pericia oftalmológica a fs. 334).

Otro elemento que revela una actuación imprudente y negligente de la demandada es la falta total de seguimiento del paciente, tal como surge de la historia clínica y del testimonio del Dr. Cabello que en esa época desarrollaba una concurrencia programada en el Hospital Lagomaggiore, pero ni siquiera era oftalmólogo de planta y debió hacerse cargo de los controles en el postoperatorio, siendo que se trataba de una cirugía en la que habían surgido importantes complicaciones y que el paciente presentaba claros signos de los efectos de las mismas.

En este sentido, las aseveraciones del perito oftalmólogo en esta causa cuando indica que a su juicio era necesario que el seguimiento del post operatorio lo hiciera la Dra. S. (fs. 294) prueban la existencia de negligencia de parte de la demandada.

Finalmente no puedo dejar de tener en cuenta la declaración del Dr. Cabello en sede penal, justamente por cuanto como lo indica la actora es la más próxima al hecho dañoso. Allí señaló que el microscopio a su juicio no tenía la luz adecuada al principio de la intervención y recién la recuperó cuando estaba finalizando la misma y aún cuando la demandada en su absolucón de posiciones atribuyó esta declaración a la falta de experiencia y conocimientos del Dr. Cabello, lo cierto es que él presencié la cirugía y su testimonio corrobora las invocaciones de la actora.

De todo lo expuesto concluyo que en el caso está suficientemente probado que la intervención quirúrgica realizada por la demandada adoleció de impericia e imprudencia, provocando una rotura de la cápsula posterior del ojo izquierdo del actor y dejando restos del cristalino injustificadamente, y ejecutando el acto sin tomar las prevenciones debidas conforme a las reglas del arte y la técnica, así como que también quedó acreditado que pese a tales complicaciones no continué asistiendo al actor en el post operatorio ni indicó una vitrectomía programada, todo lo cual fue causa directa del daño producido, esto es, la pérdida de la visión del ojo, por las sucesivas complicaciones dañosas que aquellas defectuosas prácticas produjeron (arts. 512, 902 y cc del CC).

La responsabilidad del Hospital Italiano resulta de la aplicación del art. 1113 primer párrafo del CC.

Siendo así a mi juicio corresponde hacer lugar al recurso y revocar la sentencia venida en revisión.

III. Procederé a continuación a analizar los rubros reclamados.

a) Bajo el título de "daño emergente y lucro cesante" el actor peticionó en su demandada lo que en definitiva y según el concepto que a continuación detalló resulta ser la indemnización por la incapacidad sobreviniente. Pidió la suma de \$35.000 a la fecha de la demanda (2005).

Antes de cuantificar el daño es necesario aclarar que en el caso más que una indemnización por incapacidad sobreviniente lo que debe indemnizarse es la pérdida de la chance de curación de la enfermedad oftalmológica que padecía el actor en el ojo izquierdo.

La chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conllevando un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida.

En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento. La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida."( TANZI, Silvia, "La reparabilidad de la pérdida de la chance", en "La responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg", p. 330, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1997).

Está probado en la causa que el actor fue operado por la demandada en setiembre de 2002 cuando tenía 74 años y que falleció durante el curso del proceso el 20 de mayo de 2007 a los 79 años (fs. 127), por causas ajenas a la que se ventila en este proceso.

Se desconoce el porcentaje residual de la incapacidad producida por la pérdida total de la visión en el ojo izquierdo en una persona de la edad del actor y con sus características físicas y enfermedades clínicas, así como oftalmológicas. Ello no resulta de la pericia ni de indicio alguno en el expediente.

No se conoce asimismo, actividad productiva alguna que realizara el actor al momento del hecho, lo que no ha sido ni invocado ni probado. Tampoco se conoce sus circunstancias sociales ni personales, salvo por la escasa información que brinda la pericia psicológica.

Como aparece claro, en el caso resulta imposible aplicar una fórmula matemática que permita considerar conforme a las disposiciones de los arts. 772 y 1746 del CCCN cuál hubiera sido la indemnización por incapacidad que en el caso podría haber correspondido para luego disminuir ese resultado en la medida de la chance perdida.

Cabe destacar que tampoco se probó siquiera cuál era la probabilidad de curación o de recuperación de la visión del ojo afectado por medio de la operación efectuada, que por cierto es de las más antiguas.

En consecuencia no queda otra posibilidad que no sea la de recurrir a la regla del art. 90 inc. 7 del Código Procesal derogado pero aplicable al caso de autos, para cuantificar una indemnización prudencial de la chance de curación perdida.

En este sentido me parece apropiado recordar que la incapacidad en materia civil alude no sólo aspectos relacionados con los ingresos o actividades laborales que una persona desarrolla sino que engloba también a todos aquellos aspectos de la vida de una persona con repercusión patrimonial

indirecta, como su capacidad para producir su vida cotidiana, deambular libremente, alimentarse, asearse y vestirse sin ayuda de terceros, tener vida de relación, etc.

En el caso resulta obvio que la pérdida total de la visión de un ojo en un adulto mayor influye notablemente en su independencia material. Ello sin embargo en el caso se vio limitado a muy contados años de supervivencia al hecho dañoso, dado el fallecimiento del actor cinco años después de producido.

Ponderando entonces estos factores, lo que pudiera haber sido resarcido en caso de tratarse de una sobrevida mayor si se tratara de la indemnización de una incapacidad sobreviniente, así como la reducción que esa reparación debe experimentar por el lapso de vida real de la víctima y por la limitación de la chance de curación perdida estimo razonable establecer el rubro en la suma de \$20.000 a la época de la sentencia de primera instancia, debiendo computarse los intereses a la tasa del 5% anual desde la fecha del hecho y hasta la de la sentencia de primera instancia (art. 1 ley 4087) de allí en adelante los intereses moratorios conforme a las disposiciones del art. 768 del CCCN.

b) El actor petitionó en la demanda la suma de \$3.000 como reparación por los gastos terapéuticos pasados y la suma de \$15.000 por los gastos terapéuticos futuros.

Si bien no desconozco que la atención en hospitales públicos (como fue el caso del actor) no cubre la totalidad de los gastos que por estos conceptos debe desembolsarse, lo cierto es que no aparece como probable que luego de las operaciones realizadas en el Hospital Central el actor haya debido recurrir a gastos de relevancia en medicamentos una vez que la pérdida de su visión se consolidó, quedando en todo caso la cuestión limitada a gastos de traslado, los que como se indica en la pericia psicológica no debieron haber sido muchos pues la víctima luego de los hechos ocurridos no deseó salir de su casa y permaneció prácticamente inactivo.

Estimo en consecuencia que la indemnización debe establecerse en una suma global para ambos tipos de gastos equivalente a \$5.000 a la época de la sentencia de primera instancia, debiendo computarse de allí en adelante los intereses moratorios a la tasa del 5% anual desde la fecha del hecho y hasta la de la sentencia de primera instancia (art. 1 ley 4087) y desde la fecha de la resolución hasta el efectivo pago, conforme a las disposiciones del art. 768 del CCCN.

c) daño moral En la demanda se petitionó reparación por daño moral por la suma de \$140.000.

Resulta obvio que en el caso el daño moral padecido por la víctima surge in re ipsa de la pérdida total de la visión del ojo izquierdo que experimento por efecto de la intervención quirúrgica a la que

fuera sometido por la demandada, ya que antes de ello, como se dice en los testimonios "algo veía" de ese ojo operado.

También el dolor físico experimentado por la víctima a causa de la intervención y de la posterior evolución torpe de sus consecuencias dañosas, así como la necesidad de someterse a tres nuevas operaciones debe ser reparado en este rubro.

Si bien a mi parecer la cuantificación del daño extrapatrimonial debe ser superior a la de la pérdida de chance dadas las condiciones personales, la edad y los padecimientos de la víctima ("El daño moral no debe guardar necesaria relación con el daño de carácter patrimonial", Cciv. y Com. San Isidro, Sala II, 301198, Coronel c/González s/ds. y ps.), igualmente debe ser reducido en función de los pocos años de sobrevivencia de la víctima.

Estimo en consecuencia de acuerdo a los parámetros del art. 1741 del CC que la suma que debe acordarse debe guardar relación con alguna satisfacción sustitutiva que hubiera podido gozar el damnificado si hubiera sobrevivido, tal como un viaje (con su esposa o alguno de sus hijos que lo asistieran) a su país natal. Por ello, propongo establecer la indemnización por el rubro en la suma de \$50.000 a la fecha de la sentencia de primera instancia. Los intereses deben ser calculados a la tasa del 5% anual desde la fecha del hecho y hasta la de la sentencia de primera instancia (art. 1 ley 4087) y de allí en adelante y hasta el efectivo pago a la tasa prevista por el art. 768 del CCCN.

Sobre la primera cuestión voto entonces por la negativa.

**SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. SEBASTIÁN MÁRQUEZ LAMENÁ DIJO:**

Comparto el voto de la destacada colega preopinante, por lo que adhiero al mismo.

Encuentro que hay tres series de hechos que comprometen la responsabilidad de la parte demanda. Uno, es la evidencia no debatida de que quedaron restos de cristalino a pesar de la cirugía que practicó la codemandada S., sin que se haya tratado de un caso que justifique una aspiración incompleta de la catarata (ver declaración del Dr. Ignacio Zeolite, fs. 32 expediente penal).

Lo segundo, fue la inexplicada ruptura de la cápsula posterior, lo que no puede resultar aliviado con el fútil argumento de que el paciente se movió durante el acto quirúrgico, pues no hay prueba de que si realmente hizo algún movimiento haya habido culpa de la víctima en los términos del art. 1.111 del Código Civil.

En tercer orden, hay evidente responsabilidad por la falta de atención postquirúrgica, a pesar de lo poco exitosa que resultó la cirugía. El perito oftalmólogo concluyó que el paciente "salió del quirófano con un ojo gravemente complicado y su ojo nunca más volvió a recuperarse, presentando de allí en más una cascada de complicaciones? (fs. 295). La falta de concurrencia a los controles por parte del actor tampoco es un hecho probado. Por el contrario, el Dr. Cabello declaró en sede penal que el paciente siguió con el tratamiento indicado y que la Dra. S. no se hizo cargo de los controles postquirúrgicos, debiéndolo controlar el mismo Cabello (fs.54, expediente AEV).

El adecuado control postquirúrgico constituye parte esencial de los indelegables deberes médicos, con lo que su defectuoso cumplimiento configura ciertamente una hipótesis de mala praxis profesional (véase: Quadri, Gabriel H., "Criterios jurisprudenciales bonaerenses en materia de responsabilidad médica Parte I", La Ley Online 0003/800609).

El perito oftalmólogo Moureu señaló a fs. 334 en varias oportunidades que hubo gran sufrimiento intraoperatorio. La demandada no se ha hecho cargo de justificar científicamente que ese sufrimiento no se sea imputable al ejecutor del acto médico, lo que le incumbía desde el punto de vista de la carga de la prueba, pues estaba en mejores condiciones de acreditarlo (ver, entre muchos: Suprema Corte de Mendoza, expte. 13041131718/1 "Polimédica Medicina Confiable y Accesible S.R.L.", sentencia del 07 de marzo de 2.018). .

Sobre la primera cuestión el Dr. Colotto adhiere al voto de la Dra. Mastrascusa.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION LA DRA MASTRASCUSA DIJO:

VI. Las costas de Alzada deben ser impuestas a la demandada por resultar vencida (art. 36 del C.P.C).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. Marquez Laméná y Colotto adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 22 de Mayo de 2018

Y VISTOS:

El acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE:

I. Admitir el recurso de apelación articulado por la parte actora y en consecuencia revocar la sentencia de primera instancia la que en definitiva en su parte resolutive dispondrá:

"I. Hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. V. C. contra la Dra. M. S. y el Hospital Lagomaggiore y en consecuencia condenar a estos últimos en forma concurrente a pagar a los sucesores del actor en proporción a sus cuotas partes en la herencia de la víctima la suma de setenta y cinco mil pesos (\$75.000) con más los intereses establecidos en los fundamentos de esta resolución." "II. Imponer las costas a la parte demandada, por resultar vencida". "III. Regular los honorarios de los Dres. M. Zulema Vallejo, Jorge Osvaldo Gutierrez, Federico Segura, Sebastián Gutierrez, María M. Gutierrez, Alfredo Deshays, Gonzalo Madrazo, Oscar Vicente Ferrara, Marcelo Daniel Moretti, Elisa Sicuro, Eliseo Vidart, Fabián Bustos Lagos, y Pedro García Espexte, en las sumas de \$.; \$.; \$.; \$.; \$.; .; \$.; \$.; \$.; \$.; y \$., respectivamente y sin perjuicio de los honorarios complementarios que pudieran corresponder. (arts. 2, 3, 4 inc. a)13 y 31 LA).

IV. Regular los honorarios de los peritos, Licenciada en Psicología Myrna Celina Sevilla y médico Ofaltmólogo, Fabián Moreau, en las respectivas sumas de (\$) y (\$.), a cada uno. (art. 1251 y 1255 del CC Y CN)." II. Imponer las costas de Alzada a la demandada.

III. Regular los honorarios de los Dres. María M. Gutiérrez, Jorge Osvaldo Gutiérrez, Leandro Ferrara, Vicente Mestre, Alfredo Deshays y Fabián Bustos Lagos en las sumas de \$.; \$.; \$.; \$.; y \$. respectivamente y sin perjuicio de las regulaciones complementarias que puedan corresponder (arts.2,3,4,15 y 31 LA).

Notifíquese y bajen.

Dra. Graciela Mastrascusa

Juez de Cámara

Dr. Sebastián Márquez Laméná

Juez de Cámara

Dr. Gustavo Colotto

Juez de Cámara

Dra. Alejandra Iacobucci

Secretaria de Cámara