

General Roca, 15 de noviembre de 2021.-AN

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "AVENDAÑO JORGE OSVALDO c/ SANATORIO JUAN XXIII Y OTROS s/ ORDINARIO " (Expte. N° A-2ro-211-C1-13), del registro de éste Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1;

RESULTA:

I.- Demanda interpuesta por el Sr. Jorge Osvaldo Avendaño:

A fs. 244 se presenta el actor, por derecho propio y con patrocinio letrado e inicia formal demanda por daños y perjuicios emergentes de la mala praxis profesional contra el Dr. Oscar Joaquín Gomez, el Sanatorio Juan XXIII y OSPEDYC por el cobro de la suma de \$911.820.- con más sus intereses, costos y costas a la fecha de su efectivo pago.-

Manifiesta que trabajaba en el Centro de Rehabilitación de Discapacitados por la Cooperativa ADANIL, habiendo ingresado el día 01/09/2000 para las tareas de limpieza y mantenimiento. A su vez tenía un taller de restauración de muebles antiguos. En abril de 2008 lo dieron de baja en ADANIL, jubilándose por invalidez debido de las gravísimas secuelas ocasionadas por la intervención quirúrgica a la que fue sometido el día 24-05-2006.-

Refiere que padece de dolencia cervical, mencionando que unos seis años antes de operarse tenía un adormecimiento de los dedos del pie izquierdo. Que por ello consulto varios médicos y le realizaron una serie de estudios, informando que su problema podía estar en la columna cervical.-

Menciona sus antecedentes médicos desde el año 2000 y los profesionales que lo atendieron de acuerdo a las diferentes dolencias (neurólogos y médicos especialistas en diabetes).-

Señala que el día 06/4/2006 consultó con el Dr. Fernandez de Neuquén, con las resonancias que tenía. Dicho profesional sugirió intervención quirúrgica para evitar progresión, que lo derivaron al Dr. Pasarelli, traumatólogo de Neuquén, pero que por la cobertura de la Obra Social, le sugirieron ver al Dr. Gomez.-

El 11-4-2006 consultó al Dr. Gomez, quien sugirió operar para evitar progresión de la dolencia y le pidió prequirúrgicos. El día 12-5-2006 el Dr. Gomez realiza la historia clínica para la Obra Social indicando 8 días de internación, más un día de terapia intensiva.-

El 24-5-2006 a las 8 hs. se efectúa la operación en el Sanatorio Juan XXIII, clínica en la que opera el ahora demandado. Relata que entró al quirófano a la hora mencionada y

salió aproximadamente a las 14,30 o 15,00 hs. el Dr. Gomez le comunicó a la esposa del Sr. Avendaño que todo había salido bien, ya que Jorge movía la mano, mandándolo a sala común.-

Relata que el Dr. Gomez lo vio luego y le comentó que no había tocado la médula, que lo había operado boca abajo y pidió 4 mts. de venda elástica para evitar trombosis, explicando que abriendo el canal estrecho iba a producirse más circulación de sangre y que con esas vendas se ayudaba al flujo sanguíneo.-

A los días se le pidió un psicólogo, informando que la psicóloga de la clínica estaba de licencia por maternidad.-

Continúa el relato y manifiesta que a cada visita del Dr. Gomez, le preguntaba que había hecho, que no sentía las piernas, que no sentía su cuerpo. Que diariamente le curaban la herida, no podía hablar porque tenía el diafragma comprometido, y sus únicos movimientos eran los ojos y el brazo derecho.- Agrega que tuvo una infección, lo llevaron a quirófano para hacer una toilette, les dijo que había aprovechado para hacer algunas pequeñas correcciones y que había dejado dos puntos abiertos para que supurara la herida. A los dos días le informo el Dr. Gomez que el Dr. Clua seria su médico clínico. Refiere que siempre estuvo con cuello ortopédico, que luego del alta comenzó "el hipo de los huesos".-

Afirma que lo real es que el Dr. Gomez, al operarlo le había lesionado la médula corroborado por RMN en la que surgen cicatrices por lo menos en tres partes de la médula cervical. Destaca que en la historia clínica que se le entregó en el año 2012, no se describe la realidad ni se dice que quedó tripléjico después de la operación.-

Describe la evolución luego del alta y las interconsultas realizadas. Refiere que en la actualidad padece un síndrome paraparético grado severo con compromiso de miembro superior izquierdo, por lo cual fue jubilado por invalidez. Que se moviliza en silla de ruedas por padecer una triplejia compromiso de ambos miembros inferiores y miembro superior izquierdo, con hiperreflexia y espasticidad, requiriendo la asistencia permanente de un tercero para la realización de tareas personales básicas, detalla la medicación, ilustra sobre la estenosis de canal cervical, los síntomas, detalla los riesgos del procedimiento en la operación de columna cervical, el tratamiento antes y después del procedimiento, los cuidados en el hogar.-

Que antes de la operación sólo tenía debilidad en la pierna izquierda, no usaba bastón, seguía trabajando. No tenía síntomas en sus brazos, sólo le costaba levantar el pie izquierdo para caminar.

La cirugía a la que fue sometido fue una laminoplastia, para liberar el canal estrecho y descomprimir la radícula a la altura de las cervicales. Cita bibliografía específica.-

Alega sobre la responsabilidad médica del Dr. Gomez, de fuente contractual y que implica una obligación de medios, ya que el profesional no garantiza fines o éxitos sino el uso de los recursos adecuados para lograr un resultado.-

Que se debe probar la culpa por la deficiente labor prestada, como la existencia del daño, que la misma no emerge del art. 1109 del CC, sino que se rige por los principios de las obligaciones art 499, 512, 519,520 del CC.-

Distingue entre: a) la responsabilidad del médico, quien realizó la intervención de alta complejidad, pero sin requerir el consentimiento informado; b) la responsabilidad del Sanatorio Juan XXIII, contractual y directa, agregando que concurrió a tal instituto porque el Dr. Gomez tenía convenio de cobertura con OSPEDIC; c) OSPEDIC, obra social del actor, quien sistemáticamente se negó a la derivación del mismo a un centro de mayor complejidad, aún cuando los médicos lo solicitaban. Resalta que después de ocurrido el hecho fue derivado a Bs.As por el PAMI, cuando el daño ya era irreversible.-

Solicita indemnización de daños y perjuicios, detallando cada uno de los daños: por daños a la persona (lucro cesante), por aplicación de la fórmula Mendez, aplicando para el caso una incapacidad del 100%, una remuneración de \$2.300 y la edad del actor a la fecha del hecho de 52 años, arroja un saldo de \$511.820. Por daño moral reclama la suma de \$400.000.-

Funda en derecho, ofrece prueba y solicita se haga lugar a la demanda, con más intereses y costas.-

A fs. 387 se ordena el traslado de la acción a los demandados.-

II.- Contestación de demanda por el Sanatorio Juan XXIII:

A fs. 392/415 se presenta el Sanatorio Juan XXIII codemandado, por medio de apoderado y solicita la citación en garantía de Noble Seguros S.A. Niega los hechos invocados en la demanda y da su versión de los hechos. Refiere que el Sr. Avendaño, ingresó el 23/05/2006 para una cirugía programada por mielopatía cervical severa con compromiso de los cuatro miembros, por espondiloartrosis severa según informe de resonancia magnética realizada el 14/10/2005.-

El actor presentaba impotencia funcional progresiva de los cuatro miembros de rápida evolución que dificultaban la marcha, el Dr. Gomez le propuso tratamiento para evitar cuadriplejía que era irreversible por el tipo de lesión que presentaba.-

Que la cirugía se realizó el 24/5/2006 y según el parte la médula estaba muy comprimida de aspecto isquémico en la zona de mayor compresión con el anillo adherido peligrosamente a la duramadre realizó la disección de los mismos. Detalla los procedimientos médicos realizados y concluye que el 3/7/2006, teniendo en cuenta la buena evolución del paciente, se pasa a vía oral de medicación y alta con control estricto. Que luego no hay evoluciones posteriores y que el paciente continuó su atención en otras instituciones.-

Efectúa consideraciones médico-legales y alega sobre la inexistencia de imputación de responsabilidad profesional al Sanatorio Juan XXIII y sobre la inexistencia de nexo de causalidad adecuado entre el tratamiento médico prestado y el daño sufrido. Ofrece prueba, funda en derecho y peticiona el rechazo de la acción, con costas.-

A fs. 416 se ordena la citación en garantía de Noble Seguros S.A.-

III.- Contestación de demanda de OSPEDYC: A fs. 417/519 se presenta la obra social, por medio de apoderada. Opone excepción de falta de legitimación pasiva. Aclara que su representada no autorizó ni abonó suma alguna por la intervención quirúrgica y atenciones médicas reprochadas por el Sr. Avendaño. Que incluso la obra social no tenía, a la fecha de los hechos narrados, vinculación contractual ni de otra naturaleza con los demandados. De toda la documentación no se desprende que las autorizaciones hayan sido brindadas por OSPEDYC, razón por la cual todas las prestaciones deben haber sido abonadas en forma privada por el actor o por otra entidad, respecto de la cual, la obra social no podría ser obligada a responder.-

Solicita la citación de terceros, Nossal S.A y Red Prestacional del Comahue S.A. Efectúa la negativa de los hechos, efectúa consideraciones médico-legales y que en el caso se encuentran ausentes los elementos de la responsabilidad civil, impugna los rubros indemnizatorios. Ofrece prueba, funda en derecho y peticiona.-

A fs. 524 por decreto de fecha 05 de junio de 2013, se rechaza la citación como terceros de Nossal S.A y Red Prestacional del Comahue S.A. por extemporánea.- Dicho decreto se encuentra consentido y firme.-

IV.- Contestación de demanda del Sr. Oscar Joaquín Gomez: A fs. 591/599 se presenta el demandado Sr. Oscar Joaquín Gomez, por derecho propio y con patrocinio letrado, y contesta la demanda, solicita su rechazo con costas. Asimismo solicita la citación en garantía de Federación Patronal Seguros S.A.-

Efectúa la negativa de los hechos invocados en la demanda, y consideraciones sobre la responsabilidad civil en el caso concreto.- Manifiesta que el Sr. Avendaño sufría una

mielopatía cervical severa, con compromiso de los cuatro miembros y sufría un déficit progresivo neurológico. Detalla que la intervención se planteó para evitar la rápida progresión de la patología, que fue decisión del propio actor, quien en forma previa a la cirugía ya tenía comprometidos los cuatro miembros con pérdida de movilidad. Señala que la intervención se realizó con normalidad, encontrándose la situación más comprometida, que es una falacia sostener que se lesionó la médula cervical, ello nunca ocurrió, sino lo que existen son las cicatrices propias del abordaje, que se logró revertir el cuadro avanzado del paciente y se frenó el progreso de la patología.-

En subsidio impugna los daños y la indemnización, ofrece prueba, efectúa reservas y solicita el rechazo de la demanda, con costas.-

V.- Contestación de Federación Patronal Seguros S.A-citada por el demandado Gomez: A fs. 602/615 comparece por medio de letrado apoderado. Acepta la citación y adhiere a la contestación de demanda del Dr. Gomez. Aclara que el límite de la cobertura es de \$150.000 y que las eventuales costas lo serán en forma proporcional a dicha suma, existiendo una franquicia de 1,5% de la suma asegurada, a cargo de la asegurada. Efectúa reservas, ofrece prueba y peticona.-

VI.- Apertura y producción de prueba: A fs. 629 se fija audiencia preliminar, celebrándose la misma conforme constancias de fs. 655/658 y abriéndose en dicha oportunidad la causa a prueba.-

A fs. 673/676 se agrega informe de ANSES, a fs. 704/717 se agrega informe de ADANIL, a fs. 720/721 se agrega informe de urgencias médicas, a fs. 726/727 informa el Dr. Peacock, a fs. 728 informa la Dra. Otermin, a fs. 733/749 informa el Dr. Miguel Ayup. A fs. 752/766 se agrega historia clínica, a fs. 774/779 se agrega informe de ANSES, a fs. 787/792 informa la clínica de imágenes.-

A fs. 805 y 809 se celebra audiencia de prueba, a fs. 813/831 se agrega pericia médica. A fs. 834/835 se agrega informe de OSPEDYC. A fs. 838/842 el actor impugna la pericia médica.-

A fs. 859 se certifica la prueba producida.-

A fs. 871/888 se presenta pericia psicológica.-

A fs. 897 se designó nuevo perito médico, ordenándose asimismo oficio al cuerpo médico forense del Poder Judicial de Neuquén.-

A fs. 970/980 se presenta por medio de apoderado Noble Cía de Seguros S.A.-

A fs. 998/1000 se presenta nueva pericia médica . A fs. 1035 se ordena la remisión de la causa al CMF de la ciudad de Cipolletti, agregándose el informe a fs. 1059/1079.-

A fs. 1084/1093 se impugna el informe pericial por el demandado. A fs. 1100/1102 contesta el médico forense. A fs. 1120 se agrega informe del Dr. Vecchi, a fs. 1124 informa UTEDYC, digitalizado el proceso, surge de fecha, 14-5-20 informe del Dr. Eduardo Vecchi, el 20/8/2020 se clausura el término probatorio, el 30/9/2020 la actora presenta alegatos, el 28/10/2020 el codemandado Dr. Gomez presenta alegato, el 3/11/2020 Noble S.A. y Sanatorio Juan XXIII presentan alegatos, y el 13/11/2020 se dictan autos para sentencia.-

CONSIDERANDO:

I.- Normativa aplicable:

Como cuestión liminar, previo a analizar el presente caso, corresponde determinar la legislación aplicable a este proceso, atento la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación Ley N° 26994, a partir del 01/08/2015 (en adelante CCyC).-

Así, atento la fecha de los hechos que constituyen la plataforma fáctica de la pretensión -año 2006- corresponde aplicar el Código Civil entonces vigente.-

II.- La cuestión a decidir:

Atento las posiciones de las partes, no configura un hecho controvertido que el Sr. Avendaño fue operado por el Dr. Gomez en el mes de Mayo del año 2006.-

El actor, ante el resultado de dicha cirugía, funda la demanda contra el Dr. Gomez en la mala praxis cometida, refiriendo que el médico no estaba preparado para este tipo de intervención, por ser una cirugía de alto riesgo y sin requerir el consentimiento informado. Alega también que el galeno lesionó la médula en varias partes y por último que en la historia clínica no se describe la realidad, ni se dice que quedó tripléjico después de la operación.-

Por su parte, el demandado Dr. Gomez funda su defensa en que el compromiso de los cuatro miembros que sufre el actor se debe a su patología de base -mielopatía cervical severa- que se vio agravada por la diabetes, todo lo cual, según afirma, se encuentra objetivado en la historia clínica acompañada.

III.- Responsabilidad Médica: Los presupuestos para la configuración de la responsabilidad médica, al ser uno de los supuestos especiales de responsabilidad civil, se rigen por las normas generales en la materia. Así para que se configure se requiere de la antijuridicidad, la culpa médica, nexo de causalidad y el daño.-

Respecto de la antijuridicidad se explica que "la relación contractual médico paciente se origina en un compromiso recíproco, de parte del profesional de prestar el servicio debido y que tiene derecho a esperar el enfermo. El incumplimiento por prestación de

un servicio incompetente o ineficiente configura el obrar contractual antijurídico (MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad de los profesionales, Tomo VIII, pág. 359, Ed. Rubinzal Culzoni, 2016).-

En el ámbito de la responsabilidad médica, es útil distinguir entre las prestaciones de hacer, según el objeto de la obligación, la misma puede considerarse como de medios o de resultado, incluyendo entre las primeras la del médico. La distinción es de suma importancia en dos ámbitos: el factor de atribución (subjetivo en el primer caso y objetivo en el segundo) y en la distribución de la carga de la prueba.-

En las obligaciones de medios, la conducta diligente es esencial para dar por cumplida la prestación, aunque se haya fracasado en el logro del interés final. Ante ello, el incumplimiento existe cuando el deudor omite prestar la conducta que le compete, siendo indiferente para generar su responsabilidad contractual la obtención del resultado esperado (conf. BUSTAMANTE ALSINA, Prueba de la culpa, La Ley 89-886).-

Entonces, la culpa médica se presenta como una omisión de diligencias que impone la naturaleza de la obligación de modo tal que refleja una conducta del agente, contraria a lo que debiera exigir conforme las circunstancias del caso y según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 del Cód. Civil).-

Por último, para configurar la responsabilidad del médico, debe existir un daño y ese daño debe guardar relación de causalidad en el hecho antijurídico o con el incumplimiento que se le atribuye al galeno.-

IV.- Análisis del caso- las pruebas producidas:

De las pericias médicas: En el presente proceso, ante el pedido de las partes, se han designado tres peritos médicos

a) Pericia del Dr. Andrada (fs. 813/831): Dicho experto concluyó que el Sr. Avendaño padece de síndrome paraparético severo que cursa con triplejía motivada por enfermedad mielomalasia cervical y no como consecuencia de la laminoplastía con miniplacas, la infección fue resuelta en forma total y no dejó secuelas neurológicas. La técnica de hiribayasi modificada, es la indicada para el caso y ejecutada con pericia. El médico tratante cuenta con la experiencia suficiente para este tipo de intervenciones.

Informa que los riesgos son inherentes a todo acto quirúrgico y que las secuelas neurológicas sensitivas y motoras son consecuencia de la enfermedad de base, enfermedad tardíamente diagnosticada. Reitera en su dictamen que las secuelas que padece el actor no son causadas por la cirugía, sino de la enfermedad mielomalasia.-

Que la operación fue exitosa, la descompresión de la médula evitó que la lesión haya

alcanzado los núcleos motores de los nervios frénico en la región cervical. De haberse efectuado el diagnóstico en momento oportuno, tal vez, otra sería la situación del Sr. Avendaño. En rigor de la escala de Nürik el actor estaba ya en un grado 4; cuanto mayor es en n° acercándose a 5, máximo en la escala, menos son las posibilidades de recuperación.-

El actor estaba condenado a sufrir todos los males que provoca la enfermedad compresiva radicular, la cirugía a la que fue sometido impidió un desenlace más trágico, de allí que el perito califica como exitosa la intervención.-

Que el Sr. Avendaño en el año 2000 comienza con síntomas de compresión medular cervical. El proceso neurológico es enmascarado por una enfermedad metabólica, diabetes melitus no tratada. Comenzó su tratamiento de la diabetes con aparente éxito.

La enfermedad compresiva medular cervical evoluciona lenta e insidiosamente. La evolución en cinco años presento ya mielomalasia.

Dada la rápida evolución de la enfermedad se decide su inmediata operación.-

Dicho informe fue impugnado por el actor, junto al consultor médico Norberto Fontana, por carecer de rigor técnico y científico.-

Luego de manifestar que el perito realiza un informe en defensa de la corporación médica. Señala que el perito reconoce que padece de una triplejía, que no controla esfínteres, todo lo que le sucede en forma inmediata a la intervención quirúrgica, sufriendo además una severa infección intrahospitalaria.-

Que el perito menciona las patologías de diabetes, mielopatía, compresión medular severa, pero elude el caso que afecta a su persona, afirmando que la operación ha sido exitosa.-

Cuestiona la técnica utilizada en la cirugía y refiere que en el dictamen de SRT se le determinó una incapacidad del 70% ante síndrome paraparéptico de grado severo con compromiso del miembro superior izquierdo, todo por las secuelas de la intervención realizada por Gomez.-

Que de la bibliografía médica y estadísticas, demuestran que los operados a los cuatro o cinco días retornan de alta sanatorial a sus hogares. Refiere que el médico, más al ser traumatólogo, debió prestar mayor prudencia en la intervención. Que además tuvo que padecer una infección intrahospitalaria, la que atribuye a la falta de cuidados en su persona.-

Agrega que el perito no examino la totalidad de la documentación, tomando solo parte de los dichos en la entrevista.-

Al contestar su informe el Dr. Andrada informa que el Sr. Avendaño presentaba cuadriparesia evolutiva, es decir, compromiso neurológico de los cuatro miembros progresivo grave.-

Que de la HC surge que al día siguiente el actor paso a sala común, lo que deja inferir que no hubo complicaciones. El Sr. Avendaño ingresó al Sanatorio con un daño neurológico, originado por su mielopatía cervical, al tener canal estrecho cervical. Que en la HC se consignó el 1/6 que el actor moviliza ambos miembros inferiores voluntariamente. Que no existe ningún dato en el que se pueda constatar que su problema neurológico ocurrió después de la cirugía. Si se compara el estado neurológico previo a la cirugía, el actor tenía un compromiso severo progresivo en los cuatro miembros, actualmente lo tiene en tres, con un miembro superior funcional.-

Que del propio informe del consultor técnico surge que en el año 2000 el actor comenzó con signos de sus padecimientos por lesiones en la columna cervical. Que ese mismo año consultó por adormecimiento del pie izquierdo. Concluye que según su criterio, el actor debió ser operado un año antes.-

b) Pericia del Dr. Miranda de fs. 998/999 informa muy brevemente que la práctica quirúrgica se realizó de acuerdo a la técnica y arte. Las complicaciones padecidas por el actor se encuentran asociadas al tiempo quirúrgico, comorbilidades preexistentes y gravedad del cuadro. Los tratamientos y el manejo de las complicaciones padecidas por el actor se realizaron según normas de atención clínicas e infectológicas.-

En cuanto a las lesiones padecidas presenta canal estrecho de columna cervical operado con triplejía con compromiso de MMSS izquierdo y paraplejía, con pérdida de control de esfínteres. Con un porcentaje de incapacidad según el baremo civil Dr. Altube y Rinaldi del 75%.

El experto considera que la práctica realizada por el profesional se realizó de acuerdo a técnica y arte, como así también el manejo de las complicaciones. Las secuelas postquirúrgicas se encuentran descriptas y tienen directa relación con las complicaciones padecidas durante el posoperatorio e internación.-

Dicha pericia no mereció impugnaciones.-

c) Pericial del Dr. Breglia, en su carácter de médico forense de la IV Circunscripción Judicial, informó que según los antecedentes médicos el Sr Jorge Avendaño, de 54 años en el mes de marzo de 2006, padecía de un cuadro de diabetes Tipo II, hipertensión arterial, y un cuadro de compresión medular en la columna cervical, que fue caracterizado por médico especialista en neurología, como ?lento, pero gradualmente

progresivo?, y de una antigüedad de al menos 5 años.

De acuerdo al informe del médico neurológico de abril de 2006, surgió la necesidad para realizar una intervención quirúrgica, tendiente a descomprimir la médula espinal cervical, para evitar la progresión de la enfermedad en la instalación de un cuadro de parálisis de los cuatro miembros.

De acuerdo a lo detallado por el médico cirujano en la historia clínica de ingreso para la intervención quirúrgica el día 23 de mayo de 2006, el señor Jorge Avendaño previo a la intervención, presentaba un compromiso neurológico de los cuatro miembros con dificultad para la movilidad de los miembros superiores y pérdida de la marcha.-

Ante ello, el perito advierte una contradicción, ya que durante la anamnesis de la entrevista realizada el día 7 de noviembre de 2018, tanto el actor como su esposa, manifiestan que si bien tenía dificultades para el normal uso de los miembros, podía utilizarlos y que el día de la cirugía "entró caminando" (sic).-

Con respecto a la indicación quirúrgica sugerida el perito concluyó que "la indicación quirúrgica era correcta y mandatoria"... que el procedimiento quirúrgico propuesto para este caso, fue el de realizar una descompresión de la médula espinal cervical, por vía posterior...El abordaje por vía posterior, de acuerdo con las publicaciones internacionales, también tienen indicaciones sugeridas, las cuales se reservan para compresión medular en más de dos niveles sin inestabilidad, con curvas en el plano sagital normales o rectificadas; criterios que se cumplían en el presente caso.

"Es decir que el procedimiento quirúrgico elegido por el cirujano, fue el correcto de acuerdo a la patología que presentaba Jorge Avendaño".-

En relación al procedimiento quirúrgico propiamente dicho, basándose en lo descripto en el parte quirúrgico, durante el mismo no se habrían producido complicaciones, pero durante el gesto de apertura de los arcos posteriores vertebrales, se deja constancia que se observa la médula espinal muy comprimida, lo cual era coincidente con el cuadro clínico descripto previo a la cirugía.-

Que el Dr. Gomez consignó que "la cirugía concluye sin inconvenientes".

En el postoperatorio inmediato, el Sr. Avendaño tenía imposibilidad de movilizar los cuatro miembros y alteraciones de la sensibilidad, lo cual fue atribuido por el cirujano a un cuadro de "shock medular postquirúrgico", ante el cual el cirujano indica "continuar con medicación adecuada y control clínico cercano".

El perito hace hincapié en que si es cierto que el actor ingresó a la cirugía caminando, sumado a que luego la intervención quirúrgica se objetivó un "compromiso neurológico

aumentado en el postoperatorio inmediato (shock medular)?, no se comprende -porque recalca que ello no surge de la historia clínica- la razón por la cual el cirujano no tomó medidas tendientes a evaluar la médula espinal con imágenes para descartar causas de compresión aguda y/o la re intervención para el retiro del material y la eventual descompresión medular, tal como es recomendado, y de uso y costumbre en este tipo de situaciones".-

Informa también que en el post-operatorio, el movimiento de los miembros inferiores no fue debidamente caracterizado, vale decir no aclara si el paciente era capaz de movilizarse por sus propios medios. En cuanto al cuadro infeccioso del sitio quirúrgico, tanto el diagnóstico, tratamiento médico y quirúrgico, se ajustaron a la *lex artis*.-

En relación al resultado de la intervención (laminoplastia expansiva con el fin de liberar la compresión de la médula espinal cervical), informa que basándose en estudios por imágenes del 2008, el arco posterior de las láminas de las vértebras cervicales -objeto de las maniobras quirúrgicas- no estarían lo deseablemente expandidas para generar una descompresión medular, pero tal consideración deberá tomarse con la reserva del caso, ya que no hay estudios similares (tomografía computada) previo a la cirugía. Dicho hallazgo, no obstante, podría explicar la persistencia de la compresión medular.-

Concluye que en el post operatorio inmediato desarrollo un empeoramiento de su condición neurológica, que le impedía mover los miembros, y fue atribuido a un cuadro de "shock medular post operatorio".

Que no surge de la documentación médica obrante en autos la razón por la cual, ante este cuadro de shock medular post operatorio, el cirujano tratante no realizó estudios por imágenes para detectar la causa el mismo y/o no indicó ni realizó la re intervención quirúrgica urgente para la descompresión medular.-

Reitera que al no existir documentación que permita ilustrar en forma detallada el real estado neurológico del señor Jorge Avendaño previo a la cirugía, concretamente si podía deambular por sus propios medios y ser independiente en las actividades de la vida diaria, lo cual es absolutamente necesario para establecer el nexo de causalidad entre el estado post operatorio del actor y el gesto quirúrgico.-

Agrega que el médico especialista en neurología, Dr. Jorge Fernandez, hace una clara distinción entre la compresión medular, manifestando en forma clara que cierta hipostesia (disminución de la sensibilidad) puede ser adjudicable a una incipiente neuropatía diabética. Vale decir que la compresión medular producto de un conflicto compresivo de continente (vertebra) y contenido (médula), en detrimento de ésta última,

no se compadece con una micro angiopatía diabética.-

Del registro del resultado inmediato: "cirugía concluye sin inconvenientes...", y al día siguiente "compromiso neurológico aumentado en el postoperatorio inmediato (shock medular). Vale decir que el cirujano hace referencia a una complicación tal que generó un aumento del compromiso neurológico, el cual atribuyo a un cuadro de shock medular posquirúrgico.-

A su vez, el perito informó que no surge de las resonancias magnéticas posteriores al procedimiento quirúrgico que la médula ósea presente signos de haber sido lastimada.-

Ratifica que según los estudios por tomografía computada de la columna cervical, la expansión no fue la deseable, y que esta podría estar en relación, al menos en parte con el estado deficitario neurológico del Sr. Avendaño objetivado en el post operatorio y en la entrevista y examen físico realizado al momento de hacer el dictamen.-

III) Prueba testimonial:

a) La Dra. María de los Angeles Otermin, médica del actor, quien lo trataba por la diabetes. Describió que el actor comenzó el tratamiento en el año 2005.-

Reconoce la nota de fs. 70 - de fecha 14/2/2006- y refiere que la neuropatía diabética, es una complicación, que tiene que ver con su enfermedad de base, que es la diabetes. Recuerda que solicitó derivación a centro de mayor complejidad en Febrero de 2006. Que el Sr. Avendaño, tenía una diabetes que dentro de las complicaciones le había afectado neuropatía, el diagnóstico era clínico, no había aparatos que lo pudieran medir. En su momento solicitó la derivación al Italiano porque acá no había especialistas, la neuropatía diabética es una complicación neurológica, no había acá especialista, el único que estaba era el Dr. Pilafis, pero no neurólogo.-

Que cree que no fue al Hospital Italiano, que hubieron muchas conversaciones con la Obra Social, recuerda haber hablado ella personalmente, que fue muy frecuente su comunicación porque el Sr. que la atendía era un administrativo, no entendían del motivo de la derivación a un centro de mayor complejidad.-

Define lo que es la neuropatía diabética -enfermedad clínica- que no se opera, de todos los nervios que van por el cuerpo. El Sr. Avendaño sumo a eso un problema cervical, que también produce neuropatía, él se operó porque tenía otro diagnóstico, que se opera, y que también produce neuropatía.-

Que su urgencia estaba en que la otra patología (quirúrgica) no agravara la neuropatía diabética.-

La cirugía de columna, cuando tiene síntomas (cervical, lumbar) es para mejorar el

cuadro clínico. Que ella no indicó la cirugía sino la consulta con el neurólogo para que lo evaluara.-

Que para la neuropatía cervical, el único tratamiento es la cirugía.-

Los síntomas que presentaba cuando lo derivó eran problemas en la marcha, pero afirmando que en esa época se movilizaba solo. Que sabe que fue intervenido quirúrgicamente por el Dr. Gomez, que hoy es el referente de la cirugía de columna en el Juan XXIII.-

Que ella no lo vio mientras estuvo internado, sabe que estuvo muchos días. Recién lo vio después en la casa, no camina ni mueve las piernas, ni un miembro superior. Que lo trato por las complicaciones de su situación: constipación, infecciones urinarias con las sondas y otras complicaciones por su estado.

b) Daniel Clua, especialista en clínica médica y terapia intensiva del Sanatorio demandado.-

Reconoce la documental obrante en autos, siendo su firma original. Remite a la evolución clínica que está en la HC, paciente post operado de columna, lo comenzaron a controlar por ser paciente diabético, que fue dificultoso, porque tenía valores de azúcar alto por el postoperatorio, que la evolución fue lenta (casi un mes) al principio fue difícil, en la última semana bajo.-

Refiere que en el postoperatorio inmediato tenía inmovilidad y estaba con dolores, a partir de unos días comenzó con movilidad de los miembros inferiores, con una depresión por el cuadro, presentaba dolores neuropáticos, particular que también fue tratado. Ello está consignado en historia clínica, empieza desde 1/06 con mejoría.-

Por lo que está consignado en historia clínica, la evolución del paciente fue buena, en el medio hay una interurrencia hubo que limpiar la herida sin mayor complicación, finalmente mantuvo su evolución, en su parte anímica se ve una evolución al menos favorable.-

Le dieron el alta con las sugerencias de su área (sala común) y con indicaciones por el control de la diabetes.-

Afirma que al haber ingresado a sala común, se evaluó que no tenía un riesgo prequirúrgico elevado y que el comportamiento intra operatorio, desde lo técnico hasta lo anestesiológico, fue favorable; sino debería haber pasado a terapia.-

Declara que desconoce su evolución posterior. Que Avendaño tenía diabetes y un paciente, por ser diabético y más si no está controlado, puede hacer una neuropatía diabética (compromiso neurológico).-

Cuando se escribe en HC que tiene el actor movilidad es que puede movilizar por sus propios medios miembros, brazos y antebrazos y miembros inferiores -piernas- con movimientos voluntarios, aunque también pueden ser espasmódicos. Que si se ven movimientos que no son normales, se consigna (la negrita me pertenece)

Que no recuerda si caminaba o no cuando se retiró de la clínica y que en la Historia Clínica no está consignado.-

En cuanto a la ?toilette?, significa lavado de la herida quirúrgica por alguna complicación o infección. En este caso, surge que había evidencias de herida inflamada o infectada, es criterio hacer la limpieza más allá de los antibióticos.-

Que si bien se toman previsiones, todo paciente diabético tiene riesgo más elevado de cualquier tipo (post operatorio o por una espina) la preparación previa es similar a la de cualquier paciente. Refiere que es muy importante conocer el estado previo del paciente y tener el aval previo a la cirugía, ya que si el paciente tiene una diabetes mal controlada, si es alta, tiene más riesgos.-

Que se hace firmar un consentimiento informado donde el médico le explica los riesgos de la cirugía de todo tipo, desconoce si en el caso se hizo.-

IV) Prueba documental:

a) Previa a la cirugía: De la historia clínica de Adanil, cuya autenticidad fue demostrada por medio de informe de fs. 704/717, surge que el Sr. Avendaño tenía cuadros de lumbalgia crónica.-

El informe del Dr. Ayup, neurólogo -18/4/2005- refiere a los antecedentes de lumbalgias recurrentes del Sr. Avendaño, que los hallazgos mejor se explican por una disfunción espinal y/o poliradicular sensitiva preganglionar. No se observan cambios primariamente adjudicables a trastorno neuromuscular, sugiriendo el galeno el estudio de la médula con IRM (54 a 62).-

El Dr. Jorge Fernandez, neurólogo, informó en abril de 2006 que el Sr Avendaño sufría de un síndrome de compresión medular cervical de unos 5 años de evolución. La expresión clínica es la de una compresión con nivel de C6 a C8 y proyección cordonal lateral y posterior con neto predominio izquierdo. Aun no tiene manifestaciones vesicales. Describe también que el cuadro es lento pero gradualmente progresivo y que hay que plantear con énfasis la intervención quirúrgica para evitar esta progresión. Cierta hipostesia en dedos de ambos pies puede ser adjudicable a una incipiente neuropatía diabética. Creo que el informe de la RMN cervical del 10/05 no enfatiza debidamente los cambios observables y cuya manifestación clínica es inconfundible.-

b) Posterior a la cirugía:

En fecha 25/07/2007 el Dr. Gomez informó que el Sr. Avendaño era portador de una secuela neurológica post canal estrecho cervical (mielopatía cervical).

En fecha 15/04/2008 el Dr. Gomez: "operado de su columna cervical (laminoplastía) por mielopatía cervical, el 25/05/2006 tuvo complicación infecciosa que ameritó una toilette de herida y tratamiento antibiótico en el posoperatorio hizo rehabilitación pero evolucionó con dolor neuropático y triplajía movilizándose con silla de ruedas. Que por síndrome paraparéptico grado severo presenta una invalidez del 70% total y permanente".-

V.- Solución del caso:

Luego de analizar la prueba producida en el proceso, corresponde determinar si en el caso ha mediado responsabilidad del Dr. Gomez.-

Para ello, he de tener presente que la pretensión del accionante tiene como fundamento diversas causas, por lo que se examinarán por separado:

a) Falta de preparación del médico en la cirugía realizada y error en la técnica elegida por el Dr. Gomez:

Los tres peritos coinciden en que la cirugía realizada al Sr. Avendaño se realizó con las técnicas adecuadas, según la patología que el actor padecía, descartándose así la hipótesis sostenida por la accionante en cuanto que la cirugía debió hacerse por el costado.-

El Dr. Breglia detalló las dos alternativas de tratamiento de descompresión de la médula espinal, especificando que el abordaje por vía posterior (que se le realizó al actor) se reserva para los casos de compresión medular en más de dos niveles sin estabilidad, criterios que se cumplían en el presente.-

Asimismo ha quedado acreditado que el Dr. Gomez se encontraba acreditado para realizar el procedimiento quirúrgico.

Por ello, en éste punto se concluye que el demandado ha sido diligente en cuanto a la técnica utilizada en la cirugía del Sr. Avendaño.-

b) Impericia del profesional con el agravamiento de la infección intrahospitalaria posterior a la intervención:

En relación a tal punto, el Dr. Andrada informó que la infección es una de las posibles secuelas en estas cirugías, sobre todo en un paciente diabético, pero que no grava la enfermedad de base (fs, 824).-

El Dr. Miranda informó que los tratamientos y el manejo de las complicaciones

padecidas por el actor se realizaron según normas de atención clínicas e infectológicas.-
Por último, el perito Breglia fue contundente al referir que la infección del sitio quirúrgico no guarda relación de causalidad con el estado actual del actor. Agregó que el primer indicio de infección del sitio quirúrgico se objetivó siete días después de la cirugía y que si bien su condición de diabético es un factor que puede incidir en la infección, tal proceso infeccioso fue tratado adecuadamente y el Sr. Avendaño evolucionó favorablemente (fs.1071/1072).-

Por ello tampoco corresponde endilgar responsabilidad en tal punto al Dr. Gomez.-

c) Lesión a la médula espinal: En la demanda y al momento de alegar, el actor indica que el Dr. Fernandez, luego de la intervención detectó que habían tres lastimaduras cicatrizadas en la médula espinal.-

Ello no ha sido acreditado en el proceso. El perito Andrada informó que "de ninguna manera se pueden producir lastimaduras en la médula primero se debe producir lesiones en el saco medular conformado por las tres membranas...para lesionar las astas motoras se debió haber abordado por delante y en el caso fue posterior" (fs. 826).-

Por lo que tampoco corresponde reproche alguno de responsabilidad al Dr. Gomez.-

d) Deficiencias en la historia clínica:

El actor refiere que en la historia clínica que le fuera entregada en el año 2012 no se describe la realidad, ni se dice que quedó triplejico después de la cirugía, sino que es una transcripción efectuada por los médicos, que faltan los registros vitales, de enfermería. Que el protocolo, sin fecha, pareciera redactado en forma posterior no en los formularios que poseen las clínicas, que tampoco esta la hoja de anestesia y que sólo redacta lo que fue la intervención quirúrgica.-

Señala que el día de la cirugía ingresó caminando a la clínica, que incluso trabajó hasta la semana anterior a operarse, por lo que la historia clínica no refleja la realidad.-

De la historia clínica de fs. 664/669, surge que el Sr. Avendaño: "el 23/5/2006 se interna con prequirúrgicos al día, control de glucemia aceptable, de todos modos se sugiere interconsulta y seguimiento clínico, se coloca clexane 40, el 24/5/2006 se realiza intervención, concluyendo la cirugía sin inconvenientes".-

Del protocolo quirúrgico surge que el diagnóstico que presentaba el Sr. Avendaño previo a la cirugía era mielopatía medular cervical progresiva con compromiso severo de los cuatro miembros, realizándosele una laminoplastía modificada de hirabayasi con injerto y osteosíntesis con plazas de titanio.-

"...se procede a embrocado antiséptico en 3 tiempos, campos estériles, se procede a

abordaje posterior centrado en línea alba, se llega a columna se expone desde C2 a C7/D1, prolija disección se procede del lado izquierdo a labrar canaleta con drill y de lado derecho marcar otra canaleta, médula muy comprimida y tumefacta (aspecto isquémico) en la zona de mayor compresión, amarillo adherido peligrosamente a la duramadre, disección prolija, se procede a laminoplastía según técnica, se sutura con nylon, y se coloca en ambos extremos dos miniplacas de titanio manteniendo la abertura, se toma injerto y se deposita del lado derecho, prolija hemostasia cierre por planos".-

El 25/5/2006 ante las dolencias y molestias del paciente se le coloca sonda vertical, se refiere que el compromiso neurológico ha aumentado en el postquirúrgico inmediato (shock medular postquirúrgico), continuando con medicación y control clínico cercano. Del 26/05 al 31/05 se deja constancia de su estado estable, ansioso, con rehabilitación. El 01/06/2006 moviliza ambos miembros inferiores, involuntariamente. El 03/06 algo febril, la herida no se encuentra en condiciones óptimas, el 04/06 herida de regular aspecto, se toma muestra de secreción.-

En la evolución de la internación surge que en fecha 05/06/06 el Sr. Avendaño estaba algo inestable, necesitando una toilette quirúrgica, la que se realizó el 06/06/06, resección de tejidos necróticos, profundos, buena estabilidad de la prótesis, se deja drenaje.-

En fecha 08/06/06 miocolonias en ambos miembros inferiores, se agrega Dexa y control estricto de diabetes, al día siguiente tiene mejor estado anímico, continua con rehabilitación, se vacía dos veces el sachet de la toilette, continua con sonda vesical y "realiza algunos movimientos involuntarios en miembros inferiores".-

También surge el protocolo quirúrgico para la segunda intervención realizada el 07/06/2006 por el Dr. Gomez, ante el diagnóstico de infección en columna cervical (posoperatorio inmediato) de laminoplastía, realizándole la toilette de columna cervical.-

Detallándose que se procede a reapertura de herida anterior, y se comienza con la toilette, de superficial a profundo, retirando tejido necrótico (se coloca previamente azul de metileno) se reseca tejido desvitalizado, partes de láminas y espinosas, las prótesis (placas) se cepillan y lavan intensamente, luego de obtenerse tejido vital y sangrante, intenso lavado con 8 litros de suero, se cierra por planos y se deja drenaje?.-

También surge la evolución posterior del Sr. Avendaño hasta el día 04/07/2016 en el que se consigna que estaba afebril, se le cura la herida, se le adecúa la medicación y se

le otorga el alta sanatorial, con control domiciliario y por consultorio externo.-

Por su parte, los informes periciales de los Dres. Andrada y Miranda toman datos de la historia clínica al momento de emitir su dictamen, refiriéndose en forma muy genérica a la misma, pero no se han expedido concretamente sobre si el contenido de la misma se encontraba documentado en debida forma.-

Por tal motivo, en relación a este acápite he de remitirme a la historia clínica y al informe del Dr. Breglia, por ser el que más datos ha brindado en tal aspecto.-

En las consideraciones médicas de su informe, el experto advierte que no coincide el estado del Sr. Avendaño (según lo consignado en la historia clínica previo al ingreso a cirugía), con los dichos del actor.-

Sin embargo, da cuenta que el grado de compresión cervical y su progresión, estaban objetivados en la historia clínica, y según las constancias concluye que la indicación quirúrgica era correcta.-

El perito, minuciosamente refiere al post-operatorio: "el movimiento de los miembros inferiores fue objetivado a la semana del postoperatorio, pero no fue debidamente caracterizado, vale decir no se aclara si el paciente era capaz de moverse por sus propios medios" (fs. 1065 vta).-

En el punto 10) el perito explica: "La historia clínica del ingreso del Sr. Avendaño al Sanatorio pone de manifiesto un compromiso de los cuatro miembros, pero no los caracteriza detalladamente. Es decir, no se hace un examen neurológico completo que detalle el grado de alteración de la sensibilidad, el compromiso motor, la capacidad para deambular y para valerse por sus medios".-

Consultado sobre si antes de la cirugía el paciente presentaba ya una incapacidad que comprometía los cuatro miembros, contesto: "tampoco surge claramente de la documentación médica en autos" (fs. 1069).-

En la respuesta N° 18 explica: "...al no existir una detallada descripción del estado neurológico del actor previo a la intervención quirúrgica, fundamentalmente en su capacidad para deambular por sus propios medios...y el real estado sensitivo y motor; no puede establecerse o dejar de hacerlo el nexo de causalidad entre el procedimiento quirúrgico y su minusvalía".-

En el punto de pericia N° 29 se le solicitó al experto que explique si entre los factores que se correlacionan con un peor pronóstico se puede mencionar el déficit neurológico previo, el tiempo prolongado de evolución de la enfermedad, la compresión multisegmentaria de la médula, la alteración de la señal medular en la resonancia

magnética cervical. Puede afirmarse que el actor representaba todos estos factores que se correlacionan con un mal pronóstico?.-

En su respuesta 29), el perito afirma: "Nuevamente aquí no está claramente definido el real estado neurológico del actor previo a la cirugía, y que las complicaciones que el letrado alude, no se presentan en forma de un shock medular post operatorio inmediato con imposibilidad de mover y sentir los cuatro miembros".-

En la respuesta 33) perito médico reitera que la enfermedad como la que padecía el actor, y de acuerdo a las valoraciones e indicaciones del neurólogo Fernandez, era irremediablemente progresiva. Nuevamente aquí debe considerarse que al no estar claramente detallado su estado neurológico, no es posible ilustrar respecto de la pérdida de chance de atenuación de su mal".-

En la respuesta 8) de los puntos del actor el perito señala que no surge de la historia clínica que el Sr. Avendaño ingrese caminando.-

En el punto 10): "de la evolución del día del alta, no surge detalladamente el estado neurológico en que se indicó el alta".-

En el punto V de fs. 1077 el perito agrega en relación a la alteración motora del actor: "Tal condición, si bien se menciona en la historia clínica, lo hace de manera escueta, sin precisos detalles en relación a la afectación motora y sensitiva escala propuesta por el Britss Medical Research... y es de uso corriente para transmitir déficit neurológico de manera consensuada".-

Dicho informe fue impugnado por el demandado, quien refiere que la historia clínica, no fue cuestionada por el actor y que la misma se ajusta a los parámetros previstos en la materia.-

El perito responde dichas impugnaciones. En relación al primer punto, afirma que los datos vertidos en la historia clínica son ambiguos y escuetos. Que existen escalas de uso consensuado a nivel mundial, que se utilizan, no solo para que otro galeno que lea la historia clínica dimensione el cuadro inicial, si no para tener un parámetro de base sobre el cual confrontar la evolución.-

Reitera entonces que la historia clínica adolece de información que permita ilustrar sobre el real estado del Sr. Avendaño previo a la cirugía; y del mismo modo luego del postoperatorio.-

Por su parte, la Dra. Otermin, al declarar, manifestó que al momento de derivar al Sr. Avendaño presentaba problemas en la marcha, pero que en esa época se movilizaba solo.-

El Dr. Clua, quien también declaró como testigo señaló que no recordaba si el Sr. Avendaño se retiró caminando y que ello tampoco surge de la historia clínica.-

En relación la movilidad refirió que "cuando se escribe en HC que tiene el actor movilidad es que puede movilizar por sus propios medios, brazos y antebrazos y miembros inferiores -piernas- con movimientos voluntarios, aunque también pueden ser espasmódicos. Que si se ven movimientos que no son normales, se consigna".-

Dicho ello, la historia clínica es un registro de datos médicos sobre el diagnóstico, terapia y evolución de la enfermedad del paciente.-

Al ser un banco de datos específico, esta muy emparentada con el derecho a la información, que pone en cabeza del galeno el deber de informar al paciente y de acompañar tal documentación al proceso, configurándose como una carga procesal cuyo incumplimiento conduce a una inversión de la carga de la prueba sobre aquellos hechos que no constan en la historia clínica (conf. LORENZETTI, Ricardo, Responsabilidad Civil de los Médicos, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, p.373).-

"Apreciada como banco de datos específicos, se ha indicado que la historia clínica debe ser elaborada con precisión, corrección y con el mayor detalle posible. Por ello se ha indicado que debe contener:- Los datos del paciente y de la enfermedad, como así también un relato de los principales hechos. Se ha dicho con base en las opiniones del perito médico de la causa (Cám. Nac. Civ., Sala J, ?M., C.R. y otro c/Municipalidad de Bs. As.?, LL del 15.02.94) que deben estar bien redactadas, completas, exactas, resaltando los hechos de mayor importancia, los resultados de la exploración física, indicando los datos negativos porque señalan que no se olvidó el detalle particular y que el síntoma o el signo no era evidente en el momento de la exploración. Cuando se da el alta al paciente o se lo traslada de hospital, se debe abrir un capítulo denominado epicrisis con el comentario del diagnóstico de ingreso, su evolución y estado de egreso, con firma y sello de médico.* Debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada (SCJBA., Ac 48.759 del 3.11.92).* No es el simple relato sino también las consideraciones que hace el médico al terminar de analizar al enfermo y las valoraciones según su criterio... ?la historia clínica no es el simple relato, la descripción de una enfermedad aislada: comprende además el comentario, las consideraciones del médico al terminar de analizar al enfermo, y valorar los datos recogidos según su criterio; debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada. Y su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional? (Cám. Nac. Civ. y Com. de San Nicolás, 23.04.94, J.A. del 15.3.95)" (Ob cit).-

Entonces, debido a que la historia clínica esta estrechamente vinculada con el derecho a la información, se considera que las omisiones de datos producen como efecto jurídico la inversión en la carga de la prueba.-

En relación a tal carga procesal, el STJ refirió: "Bueres ha dicho que: ¿se probó fehacientemente que la historia clínica estaba plagada de deficiencias y de omisiones ... este hecho es imputable a todos los médicos que intervinieron directamente en la atención del menor Estas razones suponen graves irregularidades, son suficientes para generar una presunción judicial de culpa que imponía a los demandados la prueba de su falta de culpa." (Cám. Nac. Civ., Sala D, ¿Calcaterra y otros c/Municipalidad de Bs. As.?, LL del 17.09.91). Por su parte, Ghersi afirma que la historia clínica es como la presunción de la contabilidad para el comerciante, si la lleva en orden juega a su favor, pero si es deficiente, incompleta, etc., juega inmediatamente en su contra (GHERSI, Carlos, ¿Responsabilidad de la Entidad Sanatorial?, en J.A. 1991-III-553). Andorno señala que su confección incompleta constituye una presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional (ANDORNO, ¿Responsabilidad Civil Médica, Deber de los Facultativos?). También hay una fuerte línea jurisprudencial en dicho sentido: Así, se estableció que ¿las omisiones y deficiencias de la historia clínica sólo pueden perjudicar a la demandada ya que sus constancias son aptas para interpretar la labor de los médicos actuantes.? (Cám. Nac. Civ., Sala J, ¿M. C. R. y Otro c/Municipalidad de Bs. As.?, LL., del 15.02.94). Se sostuvo: ¿La carga de la prueba es del actor. El profesional médico no tiene que demostrar su actuar diligente, sino ante lo incompleto de la historia clínica debe aportar al proceso los datos faltantes en la misma, toda vez que dependiendo de él -que tuvo en sus manos el tratamiento del paciente- al no ser arrimados al proceso, crean en su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional, que a él corresponde desvirtuar.? (SCJBA., ¿Acosta, Ramón y otra c/ Clínica Indarte S.A. y otro?, J.A. del 13.10.93; citado por Galdós, ¿Prueba, Culpa Médica y Carga Probatoria Dinámica en la Doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires?, publ. en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XXXV, N° 56). La carencia de la referida historia clínica impide contar con un elemento valioso de prueba ... ausencia esta que debe perjudicar a la demandada, a quien le era exigible, como colaboración, en la difícil actividad esclarecedora de hechos de la naturaleza de los que se trata? (Cám. Nac. Civ., Sala E, ¿Sachi de Reggie, Teresa c/Altman Canestri, Edgardo?, LL. 1981-D-132). (conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, ¿Responsabilidad Civil de los Médicos?, Ed. Rubinzal Culzoni, T. II, ps. 243/255). (STJ, "GULLOTA,

Nicolás c/CLINICA VIEDMA S.A. y Otro s/CASACION? (Expte. N° 21307/06-STJ).-

Con la documentación incorporada en autos se ha probado:

- Que en historia clínica no se consignó en debida forma el estado previo del Sr. Avendaño, es decir que tipo de movilidad poseía en sus miembros superiores e inferiores. Sólo surge el: compromiso en los cuatro miembros de avance rápido, dificultad para la movilidad de miembros superiores y pérdida de la marcha con deterioro agresivo rápido que amerita cirugía para evitar la cuadriplejía irreversible;

-En fecha 09/06/2006 se consignó que Avendaño realizaba algunos movimientos involuntarios en miembros inferiores;

-No surge que el día del acta sanatorial se consignara si el Sr. Avendaño salió caminando;

De acuerdo a lo que se viene exponiendo, el Dr. Gomez, ante lo incompleto de la historia clínica -en cuanto al estado previo en la movilidad de los miembros del actor y el estado posterior a la intervención- no ha aportado elementos o datos que permitan desvirtuar la presunción de culpa en su contra.-

Ante tal situación, ponderando el conjunto de presunciones en contra del profesional, considerando que el demandado no ha probado su falta de culpa en ese sentido, corresponde endilgarle responsabilidad por tal causa.-

e) Falta de consentimiento informado:

El actor manifiesta que el Dr. Gomez ha incumplido con la obligación profesional de informar al paciente y de obtener su consentimiento informado, ya que de habersele explicado las consecuencias posibles y el riesgo en tal tipo de intervención, el actor no habría dado su consentimiento.-

No se encuentra acreditado que el Sr. Avendaño haya prestado su consentimiento por escrito, en relación a la práctica que fuera sometido para revertir su mielopatía cervical.-

Recuérdase que a la fecha del hecho que motiva la pretensión del actor, no se encontraba en vigencia la Ley 26.529, que exige el consentimiento informado por escrito -inc. c), art. 7- pero cabe señalar que en el ámbito de nuestra provincia, el consentimiento informado y los derechos de los pacientes, tiene un reconocimiento legal específico desde mucho antes que la legislación nacional.-

La Ley R 3076, vigente a la fecha de los hechos que nos ocupan, expresamente declara como derechos del paciente que ?deberán ser difundidos a la población e impresos para ser exhibidos en forma obligatoria, en lugar visible, en todo centro asistencial público y privado del territorio de la Provincia de Río Negro:... g.- Que se le brinde toda

información disponible relacionada con su diagnóstico, tratamiento y pronóstico en términos razonablemente comprensibles. Cuando por razones legales o de criterio médico justificado, no sea aconsejable comunicar esos datos al paciente, habrá de suministrarse dicha información a la persona que lo represente. h.- Que previamente a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento se le informe sobre el mismo, los riesgos médicos significativos asociados, probable duración de discapacidad, etcétera, para obtener su consentimiento informado o su rechazo, con excepción de los casos de urgencia. i.- Ser informado cuando existen opciones de atención o tratamiento médicamente significativas o cuando desea conocer otras posibilidades. j.- Rechazar el tratamiento propuesto, en la medida en que lo permita la legislación vigente, luego de haber sido adecuadamente informado, incluso sobre las consecuencias médicas de su acción?. Y pone en cabeza de los profesionales de salud y de los centros de salud, la responsabilidad por la efectiva vigencia de tales derechos.-

Ahora bien, en el presente caso ha quedado acreditado que el motivo de la cirugía era ante el déficit neurológico progresivo grave que padecía el Sr. Avendaño en el año 2006, habiéndose indicado la cirugía para evitar la cuadriplejía irreversible.-

La médica clínica que lo trataba, Dra. Otermin declaró que en el caso del Sr. Jorge Avendaño la urgencia estaba en que la patología quirúrgica no agravara la neuropatía diabética y que para la neuropatía cervical, el único tratamiento es la cirugía.-

Por su parte, el perito Breglia indicó que en relación a la complejidad de la cirugía, la afectación de la médula espinal en cirugía de columna cervical es un efecto adverso devastante y raro con cifras reportadas entre el 0,1 y el 0,3%" (punto 32).-

Con respecto a la indicación quirúrgica sugerida por el Dr. Gomez, el experto concluyó: "la indicación quirúrgica era correcta y mandatoria"... "Es decir que el procedimiento quirúrgico elegido por el cirujano, fue el correcto de acuerdo a la patología que presentaba Jorge Avendaño".-

Entonces, ponderando el estado de salud del paciente antes de que se efectuara la práctica, el grado de necesidad de emplear tal procedimiento quirúrgico, la inexistencia en esa época de otros medios alternativos para tratar la enfermedad, llevan a concluir que la única alternativa para tratar de disminuir el avance de la enfermedad que lo aquejaba al Sr. Avendaño era la mieopatía cervical.-

Y en relación a la ausencia del consentimiento informado nos dice: "En estos casos hay que discriminar tanto la culpa como el nexos causal. La culpa surge por no haber informado, o por haberlo hecho defectuosamente, lo que se juzga conforme a los

modelos predescritos. No es necesario negligencia en el tratamiento. En cuanto al nexo causal, la víctima debe demostrar que el daño proviene de un riesgo que debió ser avisado. Si el peligro hubiera sido advertido, la víctima no se habría sometido al tratamiento y el daño no hubiera ocurrido. Este perjuicio debe ser mayor que el que hubiera sufrido de haber rehusado el tratamiento. Hay casos en que si no se somete al tratamiento la enfermedad le causará mayores perjuicios, y por ello es irrelevante la cuestión. Debe demostrar que una persona común hubiera rehusado el tratamiento de haber sido informado. La Corte de los Estados Unidos, en la causa 'Canterbury', ya citada, estableció un Standard objetivo, en términos de qué habría hecho una persona prudente en la posición del paciente si hubiera estado debidamente informada; aunque si el paciente en el caso particular pudo haber rehusado el tratamiento después de la información, la Corte negó la indemnización si una persona razonable la hubiera aceptado bajo las mismas circunstancias (LORENZETTI, Ricardo L., op. cit. T° I, pág. 293).-

f) Error médico en la cirugía:

En primer lugar, cabe señalar que el perito Breglia informó que al no existir una descripción del estado neurológico previo a la intervención, no podía establecerse el nexo de causalidad entre el procedimiento quirúrgico y la minusvalía del Sr. Avendaño.-

No obstante ello, el perito ha sido quien ha hecho hincapié -en varios puntos de su informe- en el shock medular en el postoperatorio inmediato, un dato técnico brindado por el médico que corresponde analizar a fin de evaluar si existe relación de causalidad suficiente entre aquel acontecimiento y el daño sufrido, como para achacarle responsabilidad al demandado.-

Antes de analizar tal cuestión, debo resaltar que si bien dicha causa no ha sido precisada en la pretensión del accionante, ello no obsta a que sea meritado por éste Tribunal, teniendo en cuenta que el demandado ha podido ejercer su derecho de defensa al momento de impugnar la pericia y al momento de alegar.-

Así ha sido reconocido por el STJ: "No obsta a dicha conclusión que la parte actora no haya acertado al indicar cuál ha sido exactamente el error médico -y por ende- el nombre del profesional que lo cometió. Ello así, no sólo por todo lo dicho precedentemente, sino además porque al tratarse de situaciones de mucha complejidad, cuya comprensión exige de conocimientos que resultan extraños al común de las personas, es la parte demandada la que se encuentra en mejores condiciones de aportar

los elementos necesarios para llegar a la verdad objetiva (v. CSJN, Fallos 320: 2715 - voto Dr. Rodolfo Vázquez-; STJRN Se. N° 58/10, citado en ESPECHE MARIA CELESTE Y OTRO C/ GIACOMODONATO SUSANA Y OTRO S/ ORDINARIO, 27457/14).-

Por otro lado se advierte que si bien el galeno impugnó el informe pericial, se debe ponderar que el informe del perito médico Breglia es quien ha detallado pormenorizadamente el shock medular en el postoperatorio, se advierte que dicho dictamen contine fue elaborado con una mayor precisión científica, por lo que brinda mayor seguridad al momento de sentenciar.-

En el mismo aspecto, las reglas de la sana crítica indican que para el desplazamiento de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir razones científicas fundadas, son insuficientes para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 474 del C.P.C.C.; esta Sala, causas 109.550, sent. del 22/07/2008; 115.940, sent. del 30-VI-2015, RSD 83/2015; 118.339, sent. del 2/07/2015, RSD 88/2015, entre muchas otras).

Ello también ha sido puesto de resalto por la Cámara de Apelaciones local, que en caso de responsabilidad profesional en el que el médico ejerció su defensa sin ser asistido por un consultor técnico, alegó que pese a ser una facultad del demandado, en cierto modo, por su propia conducta, el demandado termina asumiendo el riesgo que la actividad de contralor e impugnación de la labor del perito oficial resulte deficitaria o ineficaz. "Repárese en que se trata de áreas de conocimiento complejas, generalmente opinables y muy ajenas al conocimiento jurídico, de modo que es necesario que las partes acerquen opiniones técnicas y científicas adecuadas para enervar el dictamen del perito oficial? La actuación sin la asistencia de profesional idóneo es un riesgo que ha decidido correr la parte y debe asumir las consecuencias de ello, no pudiendo pretender que los jueces que no tenemos una formación específica en esta ciencia absolutamente ajena al derecho, nos encontremos en condiciones de rebatir las fundadas opiniones coincidentes de especialistas con destacados antecedentes profesionales y académicos?. Y cabe remarcar que, cuanto más se justifica tal aserto, cuando como en el caso, no solo tenemos aseguradoras, sino un médico y una clínica demanda, de manera que nadie mejor que ellos para asistirse en la materia"("MORA LAURA LILIANA C/ CLINICA CENTRAL S.A., CARO WALDO G., FEDERACION PATRONAL SEGUROS. S.A.

Y EL PROGRESO S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) " (Expte. N A-2RO-186-C9-13).-

Por ello, adelanto que he de valorar la prueba pericial médica bajo las pautas determinadas por los art. 386 y ss del CPCyC y ponderar que el experto ha contado con los antecedentes médicos del Sr. Avendaño para arribar a las conclusiones vertidas en su dictamen.-

El perito Breglia detalló: "no surge de la historia clínica la razón por la cual no se tomaron medidas tendientes a evaluar la médula espinal con imágenes para descartar causas de compresión aguda y/o la re intervención para el retiro del material y la eventual descompresión medular, tal como es recomendado en este tipo de situaciones".-

Por otro lado, el perito ha analizado a detalle el postoperatorio del actor. En la respuesta 25) el Dr. Breglia da cuenta de la asociación entre la mala evolución después de la cirugía descompresiva en los pacientes con riesgo vascular, condición que presentaba el Sr. Avendaño, pero aclara que "los casos que la bibliografía caracteriza una mala evolución, no considera aquellos con complicaciones post operatorias inmediatas como el shock medular post operatorio; el cual puede estar originado en una insuficiente descompresión, presencia de hematomas persistentes en el lecho quirúrgico, mala posición del elemento de osteosíntesis, migración de injerto óseo dentro del canal medular, entre otras causas".-

Agregó también: "en el post operatorio inmediato el actor sufrió un compromiso neurológico aumentado en el postoperatorio inmediato (shock medular), en palabras del cirujano, pero no surge de la historia clínica la razón por la cual el cirujano no actuó en consecuencia de acuerdo a lo indicado por la ciencia moderna, en cuanto a la evaluación diligente mediante diagnósticos por imágenes de la génesis de tal empeoramiento del status neurológico y/o la eventual exploración quirúrgica con el fin de determinar la causa del mismo y tratarla" (fs. 1078/1079).-

Tal aspecto del informe pericial fue impugnado por el médico demandado en dos oportunidades; al correrse el traslado de la pericia y al momento de alegar.-

En ambas ocasiones el Dr. Gomez señala que el perito incurre en un error conceptual médico y que el en caso del Sr. Avendaño, el shock medular ha sido por una inflamación temporal en una médula muy comprometida antes de la cirugía. Que en esos casos no esta indicado tratamiento y que según surge de la historia clínica, luego de las 48 hs. hubo mejoría.-

Refiere que tal shock está objetivado en la historia clínica, pero que el perito comete un error conceptual, por cuanto el mismo es "un estado de inestabilidad pasajera y pérdida de la función de la médula espinal aislada por debajo de la médula con lesión compresiva, por la lesión crónica por estrechez de canal espondiloartrósico".-

Que la inflamación de la zona medular afectada, puede justificar un ascenso del nivel de la lesión, la recuperación va a depender del status neurológico previo, pero que no está indicado tratamiento inmediato...".-

El perito contesta las impugnaciones y señala que el "shock medular", como está consignado en la HC, se infiere que el médico estaba al tanto de una lesión medular postquirúrgica AGUDA, ya que no lo menciona así antes de la cirugía.-

Aclara que la descripción que realiza el demandado, traduce un total desconocimiento y descontextualización de este síndrome, ya que no existe el shock medular por LESIÓN CRÓNICA POR ESTRECHEZ DE CANAL ESPONDILO ARTRÓSICO, toda vez que para que exista un estado de shock debe mediar un evento agudo.-

Afirma que: "si el médico tratante se encontraba ante un cuadro de shock medular luego de realizar un procedimiento quirúrgico, en donde colocó material de osteosíntesis (placas y tornillos), lo correcto hubiera sido el retiro inmediato del mismo y de esa manera permitir la "expansión" de la médula edematizada e inflamada.-

"Que el objetivo del acto quirúrgico llevado a cabo en la columna del Sr. Avendaño, fue la de lograr una expansión del canal medular a nivel cervical, toda vez que así lo escribió el médico tratante en el motivo de la internación, y surge de la técnica quirúrgica descripta en el protocolo. Que la expansión no fue la deseable y que esta podría estar en relación, al menos en parte, con el estado deficitario neurológico del Sr. Avendaño objetivado en el postoperatorio y en la entrevista y examen físico realizado al momento de realizar la pericia" (fs. 1102).-

De la pericia transcripta surge que en relación al postoperatorio y el "shock medular" el perito descartó que el mismo se produzca por la inflamación de una médula muy comprometida, según el status neurológico previo de Avendaño. Asimismo el experto fue determinante al indicar que el cirujano no actuó diligentemente en dicha oportunidad, debiendo haber realizado diagnóstico por imágenes para evaluar las causas de la compresión aguda y/o la re intervención para el retiro del material y la eventual descompresión medular, tal como es práctica en estos casos.-

Del análisis efectuado por el perito se advierte lo complejo de la situación, al momento de determinar la indagación causal para establecer que hechos han sido generadores del

resultado dañoso en casos como el presente en el que no se trata de una ciencia exacta.- En tal punto se trae a colación un precedente en el que se dijo: "por ello suele suceder que en el momento en que deba dictar sentencia, el tribunal se encuentra frente a un panorama complejo caracterizado por la dificultad en determinar con la necesaria dosis de certeza si el acto médico ha sido la causa adecuada del resultado desfavorable o si fue una concausa o si, en realidad, fue otro hecho u otros hechos - como la enfermedad y su evolución- los que fueron la causa del final desafortunado."..."Uno de los correctivos que se han propuesto para el dilema que se presenta al juzgador, radica en la necesidad de flexibilizar la prueba de la relación causal de modo de aliviar la carga del damnificado, tornándola menos exigente o rigurosa. Ya no sería necesaria en el campo de la responsabilidad médica la certeza o la certeza absoluta, sino que sería suficiente con una certeza relativa, basada en los criterios de probabilidad o verosimilitud (Ataz López J "Los médicos y la responsabilidad civil" Ed. Montecorvo p. 343 y ss). En esa línea de ideas, son variadas la propuestas destacándose "la adopción en la materia de un standard que se aplica en países del common law: el more likely than not ("si es más probable que improbable"), que se puede enunciar así: si es posible concluir que el comportamiento del médico ha sido más probablemente la causa del daño que otras posibles causas, ello debe ser suficiente para tener por establecida la relación causal", agregando que las cortes usualmente requieren alguna evidencia mayor que la de la mera probabilidad estadística. "Este criterio complementa el más general del "but for test" ("de no haber sido por)". Muy cercano y similar a este, "aunque menos aferrado al dato estadístico es el criterio de la probabilidad suficiente o de la existencia de un grado elevado de probabilidad" (Gamarra "Prueba de la relación de causalidad en la responsabilidad médica" en Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI, p. 171). Ahora bien, siendo que "las dificultades probatorias en materia de la relación causal son iguales o mayores que las que se presentan en la prueba de la culpa", no se advierten reparos para que se postule un criterio parecido al que rige con amplio consenso respecto de ésta, es decir en lo relativo a la cargas probatorias dinámicas y las presunciones judiciales u hominis. "Se requiere desde luego, que los hechos sean precisos - no meras suposiciones- y que permitan concluir con la necesaria dosis de certeza que medió relación causal entre el hecho culposo y el daño" (Cám de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junin, V., A.J y otros c/ B., A" LLBA2011(mayo), 436-RCyS2011-VI,223-LLBA 2011 (julio).-

En ese sentido, hoy día, podemos afirmar sin hesitaciones, que existe consenso

generalizado en que: 1) la ciencia contemporánea se funda sobre verdades hipotéticas no incontrovertibles; 2) la Medicina y el Derecho no son ciencias exactas; 3) nadie puede decir con absoluta certeza lo que habría ocurrido si los demandados hubieran actuado de otra manera; 4) la causalidad no admite prueba matemática; 5) la teoría de la adecuación causal, en cuanto está estructurada bajo un sistema de regularidad estadística, no puede más que contentarse con una fuerte o suficiente "dosis de probabilidad". Pero ¿cuál es el grado de probabilidad requerida?... En el proceso civil, en cambio, rigen diversos criterios de valuación, donde las reglas de la "preponderancia de la evidencia" o del "más probable que improbable" pueden constituir elementos de suma valía, que debidamente cotejados y coadyuvados pueden ser utilizados por el juzgador para dar por acreditado el nexo causal (conf. Bertochi, "La responsabilidad contrattuale ed extracontrattuale del medico libero professionista", en "La responsabilidad medica", p. 71 y ss.; Galán Cortés, "Responsabilidad civil médica" cit., p. 206 y ss.; PREVOT, Juan M., "La Responsabilidad Civil Médica", J.A., Fascículo 7, 2006 -IV, del 15/11/06) (STJ, CANZIANI, Lucas Luis c/CLINICA VIEDMA S.A. y Otros s/DAÑOS Y PERJUICIOS s/CASACION? (Expte. N° 23018/08-STJ).-

Establecida la relación de causalidad, corresponde determinar el factor de atribución, habiéndose ya adelantado en el punto III que para apreciar la culpa médica, debe meritarse en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 512, Cód. Civil), todo ello a la luz de lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil. Y estas pautas deben compararse con el obrar ideal de un médico prudente del tipo al que pertenezca el deudor (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto, "Prueba de la Culpa Médica", Ed. Hammurabi, ps. 96 y sgtes.). Es necesario entonces, verificar que no se han tomado los recaudos necesarios, los elementos de rutina y que, como resultado de ello, ha sobrevenido el infortunio que padece la víctima. Así, se ha dicho que: "En orden a la responsabilidad profesional médica, deben aplicarse los principios generales del art. 512 del Cód. Civil, por lo que cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable? ... "En el ejercicio del arte de curar, los médicos son responsables de las faltas que cometen si ellas resultan de la inobservancia de las reglas comunes de prudencia y atención, no de errores científicos o profesionales que no sean groseros, por cuanto la negligencia consiste en hacer algo que no debió hacer u omitir lo que debió haber hecho" (CApelCyC., de San Isidro, Sala I, 20/08/1996, "Buratti D?

Agostino, Ofelia. c.Clínica Central Munro S.R.L.?, LLBA, 1997, 92)."

En suma, conforme la prueba producida existen elementos suficientes para responsabilizar al Dr. Gomez por no haber realizado en el postoperatorio las diligencias adecuadas que exigía la naturaleza de la obligación, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, de persona y de lugar (art 512 y 902 del CC).-

Responsabilidad de la codemandada Sanatorio Juan XXIII, habiéndose acreditado la negligencia del Dr. Gomez, tal como se desarrollo en el acápite precedente, dicha culpa implica la violación al deber de seguridad, que como obligación tácita asume el Sanatorio demandado y cuya omisión genera su responsabilidad directa.-

En consecuencia, teniendo en cuenta los argumentos desarrollados al tratar la responsabilidad médica, es claro que el Sanatorio Juan XXIII aquí co-demandado no cumplió con la obligación de seguridad asumida, por lo que también se lo debe condenar a la reparación de los daños provocados al actor.-

Cuando la entidad se obliga a la prestación del servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste, sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida (Conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", séptima edición, Abeledo-Perrot, 1992, pág. 499)?. "El establecimiento asistencial tiene una responsabilidad contractual directa frente al paciente, fundada en un deber tácito de seguridad -obligación de resultado- ya que no le basta con aproximar al paciente profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina, sino que debe asegurarle una prestación médica diligente e idónea técnicamente irreprochable" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16/10/2002, "Chacón, Jorge Eduardo c. R., C. y otro", RCyS 2002, 1016 - DJ 2003-1, 657).-

En tal sentido, en el precedente "Gullota" del STJ, se dijo: "Al respecto, se ha dicho que: "El establecimiento asistencial tiene una responsabilidad contractual directa frente al paciente, fundada en un deber tácito de seguridad -obligación de resultado- ya que no le basta con aproximar al paciente profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina, sino que debe asegurarle una prestación médica diligente e idónea técnicamente irreprochable (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16/10/2002, Chacón, Jorge Eduardo c. R., C. y otro?, RCyS 2002, 1016 - DJ 2003-1, 657)".-

Responsabilidad de OSPEDIC: Como cuestión liminar corresponde abordar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Obra Social demandada.-

Al fundar dicha defensa esgrime que a la fecha de los hechos narrados en la demanda,

OSPEDYC no brindaba servicios asistenciales por sí, sino a través de Nossal S.A y Red Prestacional del Comahue S.A., quien resultaba responsable de la contratación de los prestadores de salud que asistían efectivamente a los beneficiarios.-

A tal fin adjunta cláusula vigésimo sexta del contrato suscripto en febrero de 2004, haciéndose plenamente responsable del "riesgo médico por la efectiva y correcta ejecución de los servicios ofrecidos".-

Que la Obra Social no ha tenido intervención directa ni en la selección de los prestadores, ni en ningún tramo de la prestación asistencial recibida por Avendaño, no habiendo autorizado ni abonado las prestaciones médicas reprochadas en autos.-

Teniendo a la vista el acta acuerdo celebrado entre la Red Prestacional del Comahue S.A, Nossal S.A para los beneficiarios de la Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles (OSPEDyC) (obrante a fs. 440), considero que el mismo resulta inoponible al Sr. Avendaño, afiliado de la obra social, en virtud del principio de relatividad de los contratos conforme art. 1195 y 1199 del Cód. Civil. El primero de ellos, cuando establece que "Los contratos no pueden perjudicar a terceros" y el segundo cuando afirma que "Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos..." (conf. arts. 1021 y 1022 del Código Civil y Comercial). En síntesis, el contrato rige las relaciones jurídicas entre los otorgantes. No puede perjudicar ni oponérsele a terceros, quienes tampoco pueden invocarlos a su favor.-

Encontrándose de tal forma la Obra Social legitimada para ser demandada en autos, la relación entre el afiliado y la Obra Social se encuentra enmarcada en las prescripciones de la LDC, asumiendo la prestadora del servicio de salud un deber u obligación tácita de seguridad.-

A ello se suma que tal como se ha acreditado, la Obra Social demandada tuvo una actitud dilatoria ante la derivación efectuada por la Dra. Otermin médica de cabecera del Sr. Avendaño, recordando la galena al declarar que hubieron muchas conversaciones, que ella hablo muchas veces con administrativos porque no entendían del motivo de la derivación a un centro de mayor complejidad.-

Así las cosas, la Obra Social también tiene que responder ya que el profesional, incorporado en su cartilla, por las razones ya descriptas, no actuó conforme las pautas del art. 512 del Cód. Civil.-

En función de ello, siendo que la presente demanda prospera contra el Dr. Jorge Gomez, el Sanatorio Juan XXIII y la Obra Social OSPEDyC, quienes deben responder en forma concurrente, corresponde asimismo hacer extensiva la condena a las aseguradoras

citadas en garantía, en la medida del seguro.-

Cabe señalar que en relación a Noble S.A Aseguradora, si bien la misma no ha contestado demanda ni ha comparecido a la audiencia preliminar, se ha presentado en el expediente con nuevos apoderados y han acompañado el alegato de bien probado, consintiendo asimismo el dictado del autos para sentencia.-

Dado el razonamiento precedente y en función de lo dispuesto por las normas legales citadas, arts. 512, 1109 y cc del C.C. en virtud de la vigencia del código civil Velezano a la época de los hechos origen de las presentes actuaciones.-

Daños a resarcir:

a) Daño patrimonial: El actor reclama en concepto de daño a la persona (lucro cesante), la suma de \$511.820, por aplicación de la fórmula Mendez, tomando una incapacidad del 100%, una remuneración de \$ 2.300 y la edad del actor a la fecha del hecho de 52 años.-

Se acreditó que el Sr. Avendaño poseía síndrome de compresión medular cervical de unos 5 años de evolución, nivel de C6 a C8 y proyección cordonal lateral y posterior con neto predominio izquierdo. Caracterizándose su cuadro como lento pero gradualmente progresivo (conforme el informe del Dr. Fernandez de Abril 2006).-

El perito Breglia manifestó que según la historia clínica de ingreso para la intervención quirúrgica el día 23 de mayo de 2006, el señor Jorge Avendaño -previo a la intervención- presentaba un compromiso neurológico de los cuatro miembros con dificultad para la movilidad de los miembros superiores y pérdida de la marcha.-

Sin perjuicio de la poca información obrante en la historia clínica, la doctora que atendía a Avendaño por su diabetes declaró que para la época en que ingresó a la clínica a operarse el actor caminaba.-

Por su parte, los peritos Miranda y Breglia dictaminaron sobre la incapacidad del actor. El primero de los galenos determino una incapacidad del 75% y el segundo una incapacidad permanente y definitiva del 80%.-

Tomaré el porcentaje determinado por el Dr. Breglia porque ha sido el último de los informes en el tiempo, habiendo realizado un examen físico pormenorizado y expuesto sobre cada uno de los puntos requeridos con rigor técnico y científico.-

Aclarado ello, entiendo que lo complejo del asunto reside en determinar -con los elementos obrantes en la causa- en que proporción contribuyó la evolución de la enfermedad previa del Sr. Avendaño en el porcentaje de incapacidad permanente que el mismo posee.-

En otras palabras, cuantificar éste rubro no resulta sencillo, puesto que cabe tener presente que el Sr. Avendaño, al momento de ingresar al Sanatorio para ser operado poseía una patología preexistente que debe considerarse para evitar condenar al demandado por una mayor extensión que la efectivamente realizada.-

Explica Lorenzetti que cuando concurren la enfermedad y la acción del galeno se configura el fenómeno de concausalidad en la producción ..."Si por el contrario la enfermedad produce una incapacidad parcial, por ejemplo del 50%, y estamos ante un daño de minusvalía del 100%, habrá una incidencia del 50% de la acción medical" (LORENZETTI, Ricardo, Responsabilidad Civil de los médicos, 217/218).-

En base a ello, teniendo en cuenta la evolución de la enfermedad que motivara la intervención quirúrgica de Avendaño, coexistiendo por una lado la discopatía y por el otro la artrosis (informe del Dr. Fernandez y estudios por imágenes), tendré en cuenta los porcentajes de incapacidad que se corresponden a aquellas patologías.-

Así, ponderando que para "hernia de disco intervertebral, no operada, comprobada por tomografía computada y/resonancia nuclear magnética, con electromiograma con alteraciones moderadas a severas", se corresponde un porcentaje de incapacidad del 15 al 30% y que para "artrosis de columna vertebral localizada en uno o dos espacios intervertebrales moderada (osteofitosis marginal importante sin anquilosis intervertebral) del 15 al 25%" (conf. ALTUBE, José Luis y RINALDI, Carlos Alfredo, Baremo general para el fuero civil, Ed. Garcia Alonso, pág 169/173).-

Por ello, si del total de la incapacidad permanente informada por el perito -80%- deducimos el 30% de la incapacidad que detentaba el Sr. Avendaño previo a la cirugía y que resulta de la sumatoria de la incapacidad por discopatía y por artrosis, tenemos que para la fórmula matemática aplicaremos un porcentaje de incapacidad del 50%.-

Conforme los siguientes parámetros el rubro incapacidad previsto por la página Web del Poder Judicial arroja los siguientes guarismos, Remuneración Mensual \$ 2875.- Edad a la Fecha del Hecho 52 años.- Porcentaje de Incapacidad 50 % Total \$ 265.291.61 Este rubro llevara intereses a la tasa que fija el STJ desde el hecho, 25 de mayo de 2006 hasta el efectivo pago total.-

Daño Extrapatrimonial: El actor reclama la suma de \$ 400.000.- por este concepto.-

De la prueba producida para este rubro, se destaca la pericia psicológica que dictamina que el Sr. Avendaño presenta diagnóstico de trastorno adaptativo, reacción mixta de ansiedad y depresión, el que se formó en forma reactiva y en relación directa con el evento dañoso, ya que ante el severo daño corporal, se generó un importante impacto

afectivo en el psiquismo, dejando una impronta severa en su identidad, afectando negativamente sobre todas las áreas de su vida.-

La pérdida de dominio del cuerpo obliga al examinado a ser dependiente de otras personas, de elementos y aditamentos para ejecutar las actividades cotidianas que realizaba sin ayuda antes de la lesión. La incapacidad para realizar las actividades representa una pérdida de la autonomía y la espontaneidad al encontrarse supeditado a otras personas. Su situación de discapacidad genera sentimientos de inutilidad, frustración, menor autoestima y una pérdida de la capacidad de goce. El trastorno que padece el actor se caracteriza por la presencia de síntomas depresivos y ansiedad, que por ello requiere psicoterapia de apoyo recomendando la experta una sesión a la semana, por el término de 1 año y medio, informando que el costo total del tratamiento ascendería a \$43.200.- si se considera el valor de cada sesión el de \$600.-

Considera que el actor presenta una incapacidad psicológica del 20% ante el trastorno adaptativo de carácter crónico-moderado.-

Los testigos que declararon respecto de la situación personal del actor, dijeron: La Sra. Galindo, conoce al Sr. Avendaño, que está en silla de ruedas, no camina, su vida pasa de ir de la silla a la cama. Que antes de la operación trabajaba en Adanil como jardinero. Que antes de la cirugía lo veía bien, caminaba, arreglaba el jardín

Que fue a la intervención, porque sabe que tenía una dolencia, que fue a un traumatólogo, que lo único que quedaba era que la cirugía lo iba a ayudar en su molestia, era un dolor que no lo dejaba trabajar ni nada, molestia constante.

Que lo operaron el 25 de mayo de 2006, que lo visita actualmente porque están solitos, su señora hace de enfermera, no tiene otra persona que la ayude en la asistencia. Que no puede trabajar, su señora lo levanta, lo baña, lo lleva de la cama, su vida es estar encerrado. Antes de la operación su vida era, en lo social, siempre eran de visitar, tenían una vida social como cualquiera, andaban juntos para todos lados. Que además de trabajar en Adanil, hacía restauración de muebles, antes de trabajar en Adanil tenía en Villegas y Bs.As donde lo hacía. Que luego de la operación quedo en silla de ruedas, sin moverse, el cuello lo puede mover muy poco.-

Jose Luis Lucero: compañero de trabajo del actor en Adanil, que luego de la cirugía apenas mueve los brazos, no está en condiciones de trabajar, se maneja en silla de ruedas.-

Arturo Nicul dijo conocer que el Sr. Avendaño se dedicaba a la restauración de muebles, carpintería, tenía un lugar en calle Villegas y Sarmiento. Que luego de la

cirugía, al quedar de esa manera, lo ve mal, ya que no puede hacer nada, ninguna actividad, era muy activo trataba de solucionar todas sus cosas solo, muy inteligente. En su día a día no puede hacer nada, no puede salir, no puede desarrollarse.-

Evaluando los antecedentes que surgen de la lista de Despacho de la Cámara de Apelaciones, la última sentencia respecto de mala praxis médica y la fijación del daño moral, corresponde a los autos, "VIÑUELA SANDRA ESTER S-SUCESION C/ CORDERO ALFREDO Y OTROS S/ ORDINARIO (y Beneficio-DAÑOS Y PERJUICIOS- VENIDO DEL JUZ. 5) " (Expte. N° A-2RO-314-C1-14), en la que se dijo: En una de sus últimas obras, Matilde Zavala de González exponía: "como el daño moral afecta al ser mismo de la persona, repele cualquier cálculo en dinero. Aunque procede valorar la certeza y gravedad del menoscabo, en cambio es imposible toda valuación intrínseca que conduzca a una expresión en cifras, específica ni cercana. No hay sumas que traduzcan bienes materiales del espíritu. Sin embargo, el hecho de que no pueda fijarse una indemnización precisa, no permite establecer cualquiera. Por eso, no es admisible el criterio disociador de cuantificar según el caso y cada tribunal, mediante una suerte de magia o adivinación, al calor de instantáneas impresiones sensitivas, que desde luego oscilan según la personalidad del intérprete" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Tratado de Daños a las personas-Resarcimiento del daño moral, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, p. VII).- Revisando los precedentes de esta Cámara en causas similares advierto que: en autos "GARRIDO ZUÑIGA, NOEMI LORENA C/ HOSPITAL AREA PROGRAMA VILLA REGINA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS? (Ordinario) " (Expte. N° 7308-J21-13) al proceder a una ligadura de trompas de falopio sin consentimiento de la mujer sin haberse determinado incapacidad más afectándose su posibilidad de procreación se condenó al pago de la suma de \$ 800.000.- al momento de la sentencia de primera instancia (18/05/2018) la que actualizada al momento de la sentencia de primera instancia en autos arroja la suma de \$ 1.109.159.-; luego en autos "MORA LAURA LILIANA C/ CLINICA CENTRAL S.A., CARO WALDO G., FEDERACION PATRONAL SEGUROS. S.A. Y EL PROGRESO S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) " (Expte. N A-2RO-186-C9-13), en un caso de mala praxis en el que se determinó la existencia de una fístula rectovaginal y la existencia de incapacidad en la actora de un 40 % se condenó al pago de la suma de \$ 400.000.- a la fecha de la sentencia de primera instancia (07/09/2015) la que actualizada al momento de la sentencia de primera instancia en autos arroja la suma de \$ 1.097.051.-

En consecuencia tomando en cuenta el estado de salud del actor, precirugía y postcirugía, el largo debate que ha llevado el proceso para determinar la responsabilidad médica por las sucesivas impugnaciones y observaciones a la pericias, la declaración de los testigos que dan cuenta de la situación personal y familiar y el dictamen de la Sra. perito psicóloga cuyos párrafos importantes han sido transcritos, se entiende ajustado a derecho fijar como monto en concepto de daño moral la suma de \$ 3.000.000.- a valores de la presente sentencia, monto este que llevara intereses al 8% anual desde el hecho 25-5-2006 a la fecha de sentencia y luego a tasa fijada por el STJ.-

Por los fundamentos expuestos y lo dispuesto por las normas legales citadas, arts. 512 y 1109 y cc. del C.C., y arts. 377 y 386 del C.P.C.-

FALLO: 1) Rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por OSPEDYC.-

2) Hacer lugar a la demanda promovida por el Sr. JORGE OSVALDO AVENDAÑO contra el Dr. OSCAR JOAQUIN GOMEZ, SANATORIO JUAN XXIII y OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE ENTIDADES DEPORTIVAS Y CIVILES y en su consecuencia condenando a estas últimas a abonar en el término de DIEZ días la suma de \$ 3.265.291,61 con mas los intereses determinados en los considerandos, debiendo asumir NOBLE S.A. y FEDERACIÓN PATRONAL SEGUROS S.A. la cobertura de sus asegurados en los límites del seguro contratado.-

3) Costas a los demandados.- Regulo los honorarios profesionales de los Dres. Bárbara Sanchez Pulgar en \$ 261.223.- y Luis Ancalao Pulgar en \$ 261.223.- Los de los Dres. Ariel Balladini, en su carácter de apoderado de Noble S.A. en \$ 68.000.- los Dres. Gabriel Savini en \$ 30.000.- y Sebastián Tronelli Cosentino en la suma de \$ 30.000.-, apoderados y patrocinantes también de Noble S.A. la Dra. Marcela Lopez en la suma de \$ 128.000.- en el carácter de apoderada y patrocinante de OSPEDYC, el Dr. Justo Epifanio en el carácter de apoderado y patrocinante del Dr. Gomez \$ 128.000.- el Dr. Joaquín Garro en el carácter de apoderado y patrocinante de Federación Patronal Seguros S.A. en la suma de \$ 128.000.- (M.B. \$ 1.765.291.- arts. 6, 7, 8, 11, 12, 30, 38 de la ley 2212).-

Los de los peritos Dr. Nestor Andrada en \$ 130.600.- debiéndose deducir los honorarios provisorios regulados a fs. 949 de 5 ius \$ 4.160.- Los honorarios del Dr. Fernando Puyo en su carácter de consultor técnico en \$ 130.600.- Susana B. Rinne, en \$ 130.600.- y Dr. Pablo Miranda, en \$ 130.600.- (M.B. \$ 3.265.291.- arts. 5, 6 y 18 de la ley 5069).-

Se deja constancia que en la merituación de los honorarios profesionales se ha tomado

en cuenta fundamentalmente la calidad de la actuación, la extensión y complejidad de la causa y el resultado obtenido a través de aquella.-

Notifíquese, cúmplase con la ley 869 y regístrese.-

DRA. MARIA DEL CARMEN VILLALBA

Jueza sustituta