

En la ciudad de General Roca, a los 16 días de mayo de 2019. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "FANTINI Ricardo Jorge C/ BINSTEIN Javier y Otros S/ ORDINARIO " (Expte. N A-2RO-295-C9-14), venidos del Juzgado Civil N° Nueve, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

EL SR. JUEZ DR. GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ, DIJO: 1. Llega el expediente al acuerdo, a los efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 29 de junio de 2018 que obra a fs. 1400/ 1414.

A fs. 1438/1442 se ha incorporado el escrito de expresión de agravios, cuyo pertinente traslado fuera evacuado por los apoderados de Clínica Roca S.A. a fs. 1446/1447, Seguros Médicos S.A. a fs. 1449/1451 y Javier Binstein a fs. 1454/1455.

2.- Es esta la segunda intervención de la Cámara ya que mediante sentencia de fecha 15/08/2017 (fs. 1373/1387), por mayoría declaramos la nulidad de la primera sentencia definitiva, mandando dictar un nuevo pronunciamiento atendiendo al vicio que allí denunciáramos.

Habiéndose en tal oportunidad realizado una amplia descripción de los antecedentes el caso y siendo que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarnos acerca de aquellas que estimemos conducentes para sustentar nuestras conclusiones (CS, doctrina de fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320), por razones de brevedad, he de omitir referenciar nuevamente aquellos antecedentes como así también la expresión de agravios y sus contestaciones, remitiéndome a sus lecturas, sin perjuicio de las menciones que realice más adelante.

3.- Al igual que lo ocurrido en la primera oportunidad, en la nueva sentencia que aquí viene en apelación, se vuelve a rechazar la demanda con costas, reiterándose a mi entender el yerro que advertiéramos en nuestra primera intervención, cual es la violación del principio de congruencia, al resolverse sobre la base de hechos ajenos a la traba de la litis, no constitutivos de la relación procesal.

Y ello más allá de otros fundamentos del decisorio de grado que no se comparten y considero se apartan no solo de la línea doctrinaria que en la materia viene sosteniendo

esta Cámara, sino también de lo que constituye doctrina legal o jurisprudencia obligatoria del cívico tribunal de la provincia, de conformidad a lo prescripto por el art. 42 de la ley 5190.

Me explayaré seguidamente al respecto.

4.1.1.- En aquella primera sentencia de este cuerpo pasada en autoridad de cosa juzgada, expresamente dispusimos que debía dictarse un nuevo pronunciamiento por el subrogante legal 'con estricta sujeción al relato fáctico expuesto en la demanda y contestación, así como a las defensas articuladas en ésta'.

La actora había centrado su principal embate contra la sentencia de primera instancia en la violación del principio de congruencia al eximir de responsabilidad a las demandadas con fundamento en un hecho que no fue oportunamente articulado como defensa. Concretamente en que la lesión del nervio frénico que en la demanda se sostenía fue producto de una mala praxis médica, es uno de los riesgos admisibles de la cirugía de revascularización miocárdica a la que fue sometida el actor, producto de la técnica de enfriamiento que se aplicó, y que por consiguiente no se debía responder.

Al respecto, junto con la Dra. Mariani y marcando nuestra discrepancia con el estimado colega que se pronunciara en primer término, entre otros conceptos expusimos: "2.- Coincidimos en la importancia de sujetar el decisorio a los términos de la relación procesal y que como bien expone el Dr. Soto, en esa directriz se ha expresado el Superior Tribunal de Justicia, fijando doctrina legal de observancia obligatoria en los términos del art. 42 de la Ley Orgánica (texto según ley 5.190). Ahora bien, colaciona nuestro colega el precedente 'ESPECHE', en el que el cívico tribunal de la provincia desarrollara la cuestión en el marco de un recurso que la parte demandada interpusiera contra una sentencia de los suscriptos, en un proceso de mala praxis en que arribáramos a la condena. Y entendemos que el mismo, antes que permitir la confirmación de la sentencia que ahora nos viene en apelación, fortalece el embate del recurrente. En tal sentido cabe recordar que allí, en modo alguno nos apartamos del entramado fáctico expuesto en la demanda y las defensas articuladas, habiendo al resolver (sentencia de fecha 14/10/2014 correspondiente al expediente de esta Cámara N° 20488), simplemente variado el encuadramiento legal de la pretensión, haciendo uso de las facultades que al respecto se le acuerda a la jurisdicción en el marco de lo que se conoce con el aforismo latino 'iura curia novit' (el juez conoce el derecho). Entendemos por el contrario que el caso guarda estrecha relación con el precedente 'ESCACIANO' (sentencia del STJ del 29/07/2014 correspondiente al Expte. N° 27014/14-STJ), en el

que tras señalar la facultad de los jueces de apartarse de las normas jurídicas invocadas por las partes -el citado *‘iura curia novit’*-, se enfatiza en el voto rector: *‘Sin embargo, lo que no puede hacer el juzgador es, so pretexto de suplir el derecho erróneamente invocado, introducir de oficio cuestiones o defensas no planteadas (Fallos: 300:1015; 306:1271, entre otros), o introducidas tardíamente. Bien se ha precisado que la facultad-deber de los Jueces de determinar el régimen pertinente -con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- ‘ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la oposición’ (Fallos: 307:1487, La Ley, 1986-A, 363); principio que se complementa con la doctrina de base constitucional que establece que la sentencia, en materia civil, no puede exceder el alcance de lo reclamado en la demanda (Fallos: 256:363; 258:15; 259:40; 261:193; 262:195; 268:7, y muchos otros). Es por ello que si la demandada (y la citada en garantía) pretenden ampliar y/o modificar en el alegato y en la expresión de agravios los hechos argumentados en la contestación de la demanda como defensa al progreso de la acción, los Jueces no pueden, aún cuando considerasen que tales hechos tardíamente alegados reflejan la realidad de los acontecimientos sucedidos, alterar los límites de los presupuestos en la causa, pues de tal modo se violaría el principio de congruencia y la garantía constitucional de la defensa en juicio de la contraparte... La violación del principio de congruencia surge evidente del cotejo de la sentencia impugnada con la *‘litis contestatio’*; esto es, con la relación procesal trabada en función de la pretensión de la actora (volcada en el escrito de demanda) que constituye el objeto del proceso, más la oposición de la demandada (contestación de la demanda) en cuanto delimitan ese objeto’.*

Y agregamos luego: “3.- De resulta de tal doctrina, entendemos que no podemos sino llegar a la conclusión que al resolverse en la instancia de origen hubo un apartamiento de los términos de la relación procesal. La naturaleza y etiología de la lesión del nervio frénico izquierdo verificada en el caso que nos ocupa, es una típica cuestión de hecho y no de derecho, de manera que considerar que es uno de los riesgos admisibles de la cirugía de revascularización miocárdica a la que fue sometida el actor y producto de la técnica de enfriamiento que se aplicó -línea defensiva que no fue desarrollada en los escritos de contestación de demanda-, excede las facultades del tribunal conforme la citada doctrina fijada por el cimero tribunal provincial en *‘ESCACIANO’* y reiterada en otros como *‘ESPECHE’*, que se invocara en el primer voto. Por otra parte el pasaje de fs. 353 vta./354 del escrito de contestación de demanda de la Clínica, que conforme el

primer voto, permitiría sostener que la defensa en cuestión fue expuesta (cita textual: ‘... En efecto, el día 13/02/2005, el Sr. Fantini y la Sra...., quien suponemos es su actual pareja (habitan en el mismo domicilio) fueron informados de la naturaleza de la intervención, los esperados beneficios y complicaciones, así como las molestias concomitantes y riesgos que podían producirse. El Dr. Binstein evacuó todas las dudas del paciente. El paciente reconoció que no se le daban garantías ni seguridades respecto de los resultados de la operación ...’), entendemos que no cuenta con el mínimo grado de precisión requerido. El párrafo se direcciona en todo caso con el consentimiento informado, pero en modo alguno al señalamiento de la o las causas hipotéticas de la lesión por la que se acciona’.

4.1.2.- Quedó entonces claro que la Juzgadora debía resolver el caso, prescindiendo de la extemporáneamente invocada defensa que la lesión del nervio frénico ‘es uno de los riesgos admisibles de la cirugía de revascularización miocárdica a la que fue sometida el actor y producto de la técnica de enfriamiento que se aplicó’, debiendo dictarse nueva sentencia ‘con estricta sujeción al relato fáctico expuesto en la demanda y contestación, así como a las defensas articuladas en ésta’.

No obstante y como bien señala el recurrente, la nueva sentencia se apuntoa una vez más para exonerar de responsabilidad a los demandados haciendo mérito de tal hecho.

Repárese que la juzgadora tiene por cierto que no existía disfunción diafragmática ni lesión del nervio frénico previa a la cirugía, dando por cierto que aquella se presenta con posterioridad a la práctica quirúrgica por lo que sostiene con sustento en todos los informes periciales, que hay relación de causalidad entre la lesión del nervio frénico ocurrido en tal oportunidad y la incapacidad respiratoria que presenta el actor. Luego exime de responsabilidad al Dr. Binstein y con ello a las restantes demandadas y citadas en garantía, al sostener siguiendo dos de los peritajes que la actuación del mismo fue la correcta, desentendiéndose que en tales opiniones de los expertos se tuvo por cierto que la lesión del nervio frénico es uno de los riesgos admisibles en tal tipo de práctica y por ende la exclusión de mala praxis profesional, con lo que indirectamente se aparta del límite del reenvío.

Se vuelve entonces a violentar el principio de congruencia al propio tiempo que también, se conculca los derechos emergentes de la cosa juzgada desde que la Cámara ya había resuelto que no podía ponderarse como factor de exoneración de responsabilidad, aquél que partía de considerar que la lesión del nervio frénico constituía en el caso un riesgo quirúrgico admisible.

Recuerdo al respecto, tal como lo he hecho en otras causas, que ha señalado el cimero tribunal de la Nación que ´el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional, y por ello no es susceptible de alteración ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público, toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en la que constituyen un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior´ (Fallos 289:323; 301:762; 302:143, entre otros). Su reconocimiento se entronca además con el respeto del derecho a la propiedad en su sentido más amplio, de modo que no pueden los justiciables ser privados de los derechos adquiridos por sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, sin violación del art. 17 de la Constitución Nacional (ver Fallos 307:1709, entre muchos otros).

Y en esa línea ha dicho también esta Cámara citando a Mabel De Los Santos (voto del Dr. Soto al que adhiriera el Dr. Maugerí en sentencia de fecha 22/10/2018 correspondiente al Expte. A-2RO-1118-C3-1): ´La cosa juzgada o garantía contra el doble juzgamiento. La cosa juzgada constituye una garantía instrumental al debido proceso, que surge de la interpretación del art. 18 de la Constitución Nacional, cuyo fundamento radica en razones de seguridad jurídica y paz social que hacen necesario poner un término al conflicto sometido a juzgamiento y tratar la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto. Esta garantía se vincula con la de inviolabilidad de la propiedad que consagra el art. 17 de la Constitución argentina. La acepción constitucional del vocablo ´propiedad´ no se refiere sólo al dominio de las cosas materiales, sino también a ´todos los intereses que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad´. Consecuentemente, tal como se ha señalado reiteradamente, el derecho que reconoce una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que se incorpora al patrimonio del beneficiario y del que no puede ser privado sin mengua del citado precepto constitucional´.

Los demandados no recurrieron ni intentaron impugnación alguna contra la primera sentencia de esta Cámara, con lo que no podríamos apartarnos de la misma sin violentar la cosa juzgada con todo lo que ello importa de conformidad a la doctrina citada. Y ello más allá de la violación del principio de congruencia sobre el que precisamente nos expresáramos antes y que ahora vuelve a presentarse.

4.1.3.- Lo que vengo diciendo es sin perjuicio de señalar que en mi opinión advierto incongruente la posibilidad de adjudicar que la lesión del nervio -hecho a la postre no controvertido- fue posterior al actor quirúrgico ya que ningún elemento permite sostener

ello, sino que por el contrario la opinión mayoritaria es que se produjo como consecuencia de las prácticas implementadas en la cirugía de revascularización miocárdica a la que fue sometida el actor.

De hecho, esta cuestión no ha sido discutida por la juzgadora, quien en su sentencia considera acreditada la lesión, así como la relación de causalidad con la cirugía.

Véase al respecto que en el punto VII-a de los considerandos de la sentencia que viene apelada, la Sra. Jueza tras citar los párrafos pertinentes de los tres dictámenes de expertos, claramente sostiene: 'Con lo dictaminado por los expertos, no solo quedó comprobado que el cuadro del actor tiene directa relación de causalidad con la lesión del nervio frénico, sino también, que dicha lesión tiene a su vez relación de causalidad directa con la cirugía cardíaca'.

Ello por cierto, que tal como surge de la bibliografía médica que colacionaré más adelante, puede que la lesión que tuvo su génesis en la cirugía, se evidencie incluso varios días después de concluida la misma -aunque no es precisamente éste el caso- con lo que la posterioridad no se vincula con la génesis u origen de la lesión, sino con exteriorización de la enfermedad.

Tampoco creo que pueda considerarse acreditado que la lesión se produjo como consecuencia del proceso de enfriamiento y no por sección inadvertida del mismo. Y esto es muy importante porque de estar a lo dicho por el propio Dr. Binstein en la audiencia celebrada en Cámara (ver fs. 1370) si la lesión no se produjo por enfriamiento sino por sección su actuación es aun más reprochable. Recuerdo en tal sentido que el Dr. Binstein en la audiencia celebrada en Cámara dijo: 'Se trata de un proceso quirúrgico habitual donde no se ve ni se toca el nervio frénico, motivo por el que supone, como hipótesis ha jugado como factor el proceso de enfriamiento que se realiza en este tipo de intervenciones'. Reitero, si la lesión se produjo por corte o manipulación del nervio, también hay mala praxis y aun más reprochable, desde que según el propio médico ni se veía ni se tocaba el nervio frénico operándose fuera de su campo.

De cualquier modo, insisto, que la lesión del nervio frénico fuere una complicación o riesgo quirúrgico que no pudiese evitarse y permita la exoneración de responsabilidad médica del cirujano, no es una hipótesis que pueda ser ponderada sin violentar el principio de congruencia y la cosa juzgada.

Agrego por otra parte que considero irrelevante el análisis de otros riesgos de dicha intervención, en tanto el hecho concreto que nos ocupa es la lesión del nervio frénico.

4.1.4.- Los demandados optaron por seguir una estrategia defensiva muy distinta a la

que se aferran en la actualidad.

En la demanda hubo una imputación muy precisa de lesión del nervio frénico por mala praxis médica adjuntándose incluso un informe médico especializado al respecto, y en momento alguno esgrimieron los mismos que ello constituyera un riesgo propio de tal tipo de intervención quirúrgica y ni siquiera que pudiera haberse producido por enfriamiento y no seccionamiento del mismo.

Optaron por negar la lesión del nervio frénico, lo que permite suponer que ni siquiera se tuvo en cuenta la posibilidad de la misma y consecuentemente haber informado al paciente debidamente sobre tal riesgo de acuerdo con la legislación de orden público y práctica que le imponía ello (incumplimiento de los incisos g y h del art. 2º de la ley provincial R 3076 y consecuentemente hacer uso de las opciones previstas en los incisos i y j de dicho artículo, vigente desde el año 1997; así como también el plexo normativo por el que doctrinaria y jurisprudencialmente para aquella época ya se exigía el consentimiento informado). Y al no introducir tal hecho como factor exculpatorio, limitaron a la actora la posibilidad de defenderse, tal como podría haber sido incluso demostrar que le privaron de optar por técnicas alternativas de enfriamiento e incluso de atención de la enfermedad coronaria que le hubieren permitido eludir el grave riesgo que finalmente se concretó en él.

Los demandados por propia decisión delimitaron el marco fáctico de la relación procesal, debiendo asumir las consecuencias de ello (cuestión sobre la que ya nos expidiéramos en la primera sentencia de esta Cámara), más allá que como hemos dicho en múltiples oportunidades deben asumir las consecuencias de no expresarse con la verdad.

Y en este último sentido remarco que negaron la lesión, cuando de la Historia Clínica surgían signos indicadores de una eventual lesión de tal tipo que fueron desatendidos, lo que resulta más grave si como ahora se sostiene, la lesión del nervio frénico es un riesgo previsible de tal tipo de intervención quirúrgica. En este sentido recuerdo que además de haber presentado disnea el paciente en el post operatorio mientras estaba internado, en la radiografía que se le tomó al actor luego de la cirugía y mientras aún estaba en UTI e informe radiográfico respectivo (Nº 166908), se observó una elevación del hemidiafragma izquierdo con dilatación gástrica y al menos el 17 de febrero se dejó constancia en la HC de disnea, no habiéndose adoptado medida alguna para indagar sobre las causas de tal sintomatología. Tal vez la lesión pudo haberse tratado y revertirse el cuadro con un diagnóstico más prematuro, pero obviamente no podemos

saber ello ni ha sido posible indagar, por cuanto no se introdujo el tema oportunamente.

4.1.5.- Más allá que como vengo diciendo la cuestión ya fue resuelta sin que las demandadas cuestionaran, me permitiré mostrar con más detalle cómo los accionados limitaron el marco fáctico de la relación procesal imposibilitando tomar como cuestión a dilucidar, si la lesión del nervio frénico era un riesgo previsible y que permitiría eludir la responsabilidad, así como si podía haber sido evitado.

En este sentido, aun cuando los escritos de contestación de demanda tienen algunas diferencias menores, en todos ellos hay una negación rotunda a la acreditada lesión del nervio frénico y en momento alguno se hace referencia al mismo como un riesgo previsible. Es más, ni siquiera se refiere a la posible lesión por enfriamiento.

Transcribiré a continuación en lo pertinente el escrito de contestación de demanda del cirujano demandado -Binstein- por ser el más completo en tal sentido. Se expone en su contestación de demanda, tras la negativa referida: “REALIDAD DE LOS HECHOS: El Sr. Fantini es recibido por derivación del Hospital Público de General Roca, debido a su diagnóstico y complejidad, lo que hacía necesaria la misma, por no contar el centro hospitalario medio alguno, ni instalaciones ni profesionales que pudieran llevar a cabo el tratamiento cardíaco, en dicho centro sugerido, dependiendo su vida de ello. Su diagnóstico en idioma sencillo era angor de 3 meses de evolución aproximadamente (dolor de pecho muy fuerte). El paciente era FUMADOR DE 60 CIGARRILLOS por día, hecho no controvertido y reconocido por el propio actor y su médica Neumóloga, Dra. Minardi, quien así lo consigna en el Informe de función pulmonar realizado en fecha reciente, día 6-11-06, que además consigna FUMADOR (no ex fumador), de tipo cigarrillo, con una antigüedad de 21 años en esa conducta y cantidad 60 por día (o sea 3 PAQUETES). Dicha documental es agregada por el propio actor en autos y que la Dra. Minardi es una de las pocas profesionales que ha tratado periódicamente al actor, ya que los demás médicos, que suscriben los certificados que se presentan en autos, han tenido consultas esporádicas del actor, no conociendo su historia médica, mas a través de las propias referencias del paciente, referencias que han ido cambiando ante los diversos interrogatorios médicos, como lo podemos apreciar documentalmente. Actualmente —dado que mi parte lo ha visto en la audiencia de mediación, también padece de sobre peso cuestión física también contraindicada para la cirugía que se le realiza. En enero 2005 se realiza cateterismo cardíaco diagnosticándose aterosclerosis coronaria severa con lesión de 3 vasos, o sea poseía obstrucción severa de las tres principales arterias del corazón. Visto estos antecedentes se decide revascularización miocárdica quirúrgica

(by-pass coronario) debido a la gravedad de las lesiones. Le explico al paciente la importancia conducta sugerida, ya que de lo contrario su vida correría severos riesgos de vida (infarto de miocardio, insuficiencia cardiaca, muerte súbita), más que padecía un sufrimiento cardiaco que databa de tres meses, además de explicarle los riesgos del procedimiento quirúrgico y eventuales complicaciones. El 14 de febrero de 2005 se realiza el siguiente procedimiento quirúrgico, cuyo detalle consta en la foja quirúrgica de la Historia Clínica del paciente, en el centro médico realizado: 1- Detalle técnico: 'Safenectomía interna izquierda. Esterenotomía media. Disección de arteria mamaria interna izquierda de buen calibre y buen flujo. Heparina sistémica. Canulación aórtica v cava única. Entrada en circulación extracorpórea (CEC). Hipotermia 30° Clampeo aórtico. Cardioplegia anterograda cristaloides. Parada Cardíaca. By-pass mamario-coronario a descendente anterior (DA), by-pass aorto-coronario con vena safena a circunfleja (CX) y by-pass aorto-coronario a descendente-posterior (DP). Desclampeo. Salida de CEC. Ritmo sinusal. Decanulación. Protamina. Control de hemostasia. Drenajes pericárdicos. Cable de marcapaso epicárdico. Cierre esternal según técnica'. Para mayor comprensión se procede a una explicación acorde al lenguaje común de lo realizado y anotado en la HC: Se saca parte de la vena de la pierna -llamada safena interna que se usará para by-pass. 'Se abre el pecho del paciente cortando el esternón por el medio con sierra eléctrica. Se disecciona la arteria mamaria interna izquierda y se secciona en su parte distal, que también sirve para by-pass. En este momento se evalúa la calidad de dicha arteria, o sea, que alcance la longitud, que sea de buen calibre y que tenga buen flujo. Luego se accede al corazón seccionando el pericardio en su línea media. Se administra una droga llamada heparina, que es un anticoagulante. Se colocan cánulas, que son como 'mangueritas', en la arteria aorta ascendente y otra cánula en la aurícula derecha. Esto sirve para sacar la sangre del cuerpo, mandarla a la bomba extracorpórea (CEC) oxigena la sangre y la bombea nuevamente al cuerpo. Esto último se llama entrada en CEC. Mientras el corazón esté parado y se use la circulación extracorpórea se baja la temperatura corporal para proteger mejor a los órganos, habitualmente a 30°. Al llegar a esa temperatura se clampea la aorta y se administra al corazón una solución llamada cardioplegia para parar al corazón, además de colocar en el saco pericárdico (espacio donde se encuentra el corazón), hielo y solución fisiológica fría para protección del corazón. Se realizan los tres by-pass, uno con arteria mamaria a la arteria descendente anterior, los otros dos con vena safena a arterias circunfleja y descendente posterior respectivamente. Al finalizar los by pass con el corazón parado se

desclampea la aorta y se empieza a perfundir el corazón (comienza a fluir la sangre por sus propias arterias y por los by-pass recién confeccionados), de esta forma el corazón empieza a latir correctamente con ritmo sinusal, o sea normalmente. Luego se va 'apagando' progresivamente la CEC, se sacan las cánulas, se administra otra droga llamada protamina, que tiene efecto contrario a la heparina, o sea coagula la sangre. Se controla que no sangre nada (hemostasia). Se colocan drenajes, que como son unas mangueras en el espacio pericárdico por si llega a sangrar, se deja un cable para eventual marcapasos y se cierra el esternón con acero quirúrgico, luego el tejido celular subcutáneo y luego la piel. Este acto quirúrgico dura aproximadamente 3 horas. El paciente evolucionó en forma satisfactoria en general. Despertó sin signos ni focos neurológicos. No presentó complicaciones en la extubación traqueal. Presentó derrame pleural izquierdo con atelectasias laminares por lo que se indicó kinesioterapia respiratoria y nebulizaciones. Al tercer día, (17-02-05) pasa a sala general, donde tolera bien dieta, se moviliza, presenta dolores típicos del procedimiento continuando con kinesioterapia respiratoria y nebulizaciones. Se indica alta sanatorial al séptimo día (21-02) indicando control ambulatorio por consultorio externo con cirujano y control con cardiólogo del Hospital. Trece días luego de la cirugía concurre al consultorio de mi representado, donde se retiran los puntos y se solicitan estudios de control. En junio de ese año vuelve al consultorio refiriendo disnea leve por lo que se le solicita radiografía de tórax, laboratorio y ecocardiograma, informándole que cuando obtenga los resultados concorra nuevamente al consultorio. Nunca más regresó, no pudiendo comprobar sus dichos ni diagnosticar al respecto. En estas circunstancias inicia la presente reclamación insinuando responsabilidad profesional de mi representado ante la disnea que padece el paciente luego de la operación cardiológica de triple by pass que corrige tres obstrucciones en arterias coronarias, permitiéndole mayores expectativas de vida, que de otra manera no hubiera sido tal".

He de remarcar en esta contestación que además se miente cuando bajo el pretexto de aclarar lo que se transcribe que se ha consignado en la historia clínica, se agregan operaciones que no surgen de dicho texto. En este sentido si bien se hace referencia a 'Hipotermia de 30°', en momento alguno se ha dejado constancia que se hubiere procedido a un enfriado tópico con hielo picado o de cualquier otro modo. Ergo es falso que de la HC que literalmente copiara, surgiere: '... colocar en el saco pericárdico (espacio donde se encuentra el corazón), hielo y solución fisiológica fría para protección del corazón'.

La cuestión no es para nada menor por cuanto se pretende fundar la defensa a partir de un hecho que además de no haber sido alegado oportunamente – lo que motivara que declarásemos la nulidad de la primera sentencia por violación del principio de congruencia- en modo alguno se encuentra acreditado que haya sido cierto.

4.1.6.- En el precedente ‘Campos c/ Pochat’(sentencia de 21/02/2014), esta Cámara se ha expedido remarcando la línea doctrinaria del precedente ‘Gullota’ que el STJ ha mantenido y constituye doctrina obligatoria. Tales fundamentos entiendo plenamente de aplicación al caso por lo que me permitiré reiterarlos aquí.

Refiriendo entonces a ‘Gullota’, expresé en el voto ponente a mi cargo: “En aquél precedente, entre otros conceptos, se expuso que ‘La responsabilidad de los médicos debe encuadrarse en las reglas del incumplimiento de las obligaciones y no en la de los hechos ilícitos, salvo la hipótesis de delito de derecho criminal, como que se encuentra sometida a los principios generales de las obligaciones que enuncian los arts. 499 y ss. y especialmente 512, 519, 520 y 521 del Código Civil...’. Afirmándose: ‘Es que la responsabilidad médica se genera en la medida que el desempeño de su actividad haya provocado lesión al interés de cumplimiento que tiene el paciente, que es el acreedor de la prestación’. Y que, ‘...el punto de partida no está constituido por el análisis de la prestación médica en abstracto o a priori, sino por la constatación objetiva de que ha quedado frustrado en concreto el fin al que esa prestación debió orientarse: restablecer la salud (en sentido amplio) del paciente. Si tal frustración ha acaecido, corresponderá - o no- atribuir o imputar el daño a la mala prestación médica a través del análisis de la relación causal entre el daño y el eventual incumplimiento de la prestación. En este plano, pues, hemos de situarnos en la estricta órbita de la responsabilidad por culpa o negligencia del médico con los alcances que establece el art. 512 del Cód. Civil’. En relación a la carga de la prueba, se dijo también que ‘...cuando alguien imputa al médico un negligente desempeño o atención soporta la carga de probar no sólo el daño que ha padecido o padece sino la culpa de aquél, la mala praxis en cuanto ha sido causa de ese daño, el factor de atribución de su responsabilidad... Pero se coincide también con que la posición procesal del demandado no es pasiva, sino que el médico demandado carga con el deber de aportar los elementos necesarios que hacen a su descargo (arg. art. 377 CPCyC.)’. En cuanto a la Historia Clínica (HC) se expuso en la sentencia que comentamos que ‘Desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene el deber de información, la historia clínica es la documentación del mismo. Ello significa que el galeno tiene el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, terapia

y de la enfermedad del paciente´, recordándose que se ha dicho en tal sentido que ´no debe olvidarse que frente al derecho del paciente a ser informado y acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento´. Y que, por otra parte, ´Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplimiento de una carga informativa en el proceso, derivada de aquel deber secundario de conducta. El galeno debe informar y como consecuencia de ello hacer llegar la documentación en que consta el cumplimiento de dicho débito al proceso. De allí que el incumplimiento de ese deber procesal conduzca a una inversión de la carga de la prueba sobre aquellos hechos que no constan en la historia clínica´. Se dijo que la HC es un registro de datos médicos sobre el diagnóstico, terapia y evolución de la enfermedad del paciente y citando otros precedentes, ´que deben estar bien redactadas, completas, exactas, resaltando los hechos de mayor importancia, los resultados de la exploración física... Debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada.... Las historias clínicas deben ser actualizadas diariamente a fin de dar cumplimiento a las normas establecidas en el departamento de cirugía. Todos los resultados de una exploración física deben ser anotados completa y minuciosamente, no sólo para documentar el acto médico, sino para llegar a un diagnóstico y establecer un pronóstico para el bien del paciente, siendo obligación de las jefaturas correspondientes arbitrar los medios e impartir las órdenes necesarias, así como vigilar su cumplimiento.... 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)´. Sobre este punto, repasando distintos autores y fallos, los jueces del cimero tribunal de la provincia nos recuerdan que 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, Luis, ´Responsabilidad Civil Médica, Deber de los

Facultativos). 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). 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 arrojados 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)...”.

También en Campos, agregamos doctrina y jurisprudencia en una línea afín, que hemos venido reiterando y que he también de transcribir.

Dijimos que: “En sintonía con la doctrina emergente de la citada sentencia y otros precedentes de nuestro Superior Tribunal de Justicia, pueden citarse fallos de muchos otros de los calificados tribunales del país, marcando una línea doctrinaria bien afianzada, que con algunas observaciones como las que he venido haciendo, fue la receptada en el fallo apelado. Así en lo que respecta a la HC, se ha dicho y se comparte, que: ‘La registración sistemática y minuciosa de la historia clínica, con suficiente completividad y veracidad, constituye una verdadera obligación impuesta a los médicos, por lo que las consecuencias originadas en las falencias o imperfecciones que pudieren presentar resultan gravosas para la posición litigiosa del profesional’. (CCCom. De Rosario, sala II, 25-6-98, F.E. y Otra c/ SMF y Otros, L.L. Litoral 1998-2-783). ‘Las constancias de la historia clínica son la documentación más importante de registro y control del paciente, pues sirve como elemento de planificación de la atención y tratamiento, y como medio de comunicación entre los médicos que lo asisten’. (CNCiv., Sala M. 17-3-97, B. de I. B.R. y Otro c/ Municipalidad de Buenos Aires, L.L. 1998-

D-661). 'Las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada. Por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales'. (CNCiv. Sala I, 19-2-97, 'L.L. H.O. c/ Municipalidad de Buenos Aires. Hospital Parmenio Piñero y Otros', L.L. 1998-C-36). 'El deber de los médicos de llevar la historia clínica se justifica no sólo con fines terapéuticos, sino también como elemento fundamental en la medicina informada, pues permite a la parte damnificada por un error médico recurrir a las informaciones que el profesional ha debido documentar, pudiendo concurrir así a los tribunales en pie de igualdad'. (CCCom. De Resistencia, sala IV, 23-4-96, 'C. de G.E. c/ F.J.R', LL. Litoral 1997-327). 'La no consignación del diagnóstico, contradicciones con respecto al resultado de un estudio y la no agregación del mismo pese a que ha debido tenerlo consigo al informar son irregularidades de la historia clínica que constituyen presunciones relevantes en contra del médico'. (CCCom. de Junín, 15-12-95, 'González, Julián y Otro c/ Centro Médico de Chacabuco' L.L. B.A. 1996-697). Asimismo respecto de la influencia de la HC como elemento de prueba se ha dicho que, 'La historia clínica constituye un elemento probatorio esencial en aquellos temas en que la comprobación del daño físico y la reconstrucción de la cadena causal configuran el planteo central de la demanda, tal como sucede en los juicios por mala praxis médica, por lo cual su conocimiento aparece como insoslayable para el jurista porque la prueba pericial tendrá que pivotar sobre ella'. (CCCom. de Lomas de Zamora, sala I, 12-6-2008, 'M.J. y Otros c/ Instituto Obra Médico Asistencial y Otros', L.L. B.A. 2008 (setiembre), 887; L.L. 2008-F-282). 'El valor probatorio de la historia clínica se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos realizados, conforme a estándares 'como adecuados y exhaustivos, inadecuados e insuficientes-, y coopera para establecer la relación de causalidad entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente'. (CNCiv. Sala H, 9-10-2003, 'Chianelli, Stella M. c/ Ciudad de Buenos Aires y Otros' D.J. 2004-1-92). 'La constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño (del dictamen del procurador fiscal que la Corte

hace suyo'. (CCCom. de Jujuy, Sala I, 30-10-2002, 'Olmos, Adriana C. c/ Liguori, Laura y Otros'). 'La incompleta confección de la historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar prueba en contrario para exculpar su responsabilidad'. (CNCiv. Sala G, 26-9-2000, 'F.M.J. c/ Colón S.A.', L.L. 2001-A-118; D.J. 2001-1-282)''.

4.1.7.- De lo que vengo diciendo, más allá de lo dicho respecto a la reiteración de violación del principio de congruencia y afectación a la cosa juzgada, está claro que nadie pudo extraer de la HC que se procedió a un enfriamiento tópico, más allá de la hipotermia generalizada a 30°.

Y la actitud del galeno al confundir al tribunal y las partes -y tal vez a los peritos-, introduciendo ello por vía de una aclaración de la terminología médica utilizada en el registro quirúrgico que al efecto transcribe previamente de modo textual, es absolutamente censurable como falta al deber de actuar con lealtad y buena fe en el proceso.

Pero más allá de ello, quita también validez a las opiniones de los peritos -más allá de las consideraciones que haré más adelante sobre los respectivos informes-, pues partieron de un hecho que en modo alguno pueden tener por cierto porque no está en modo alguno registrado.

4.2.- Está claro que no se reconoció la lesión del nervio frénico, pero sin duda alguna la misma se produjo y tuvo su origen en la intervención quirúrgica.

No se ha acreditado su origen ni ha sido posible determinar el mismo por la falta de un más pormenorizado registro en la hoja quirúrgica que conforma la HC, así como por la falta absoluta de colaboración del médico en el esclarecimiento de ello.

Y no solo falta de colaboración, sino hasta ardid para abusándose de las dificultades para interpretar el registro quirúrgico manualmente elaborado, incluir como existente en él lo que de ninguna manera se consignó.

Pretendió así dejar la puerta abierta para eventualmente utilizar esa supuesta práctica de enfriamiento tópico con hielo picado como una forma de defensa -tal como efectivamente ocurrió- aunque no lo hizo de modo firme y claro, concedor que su utilización es cuestionable, tal como veremos.

4.3.1.- Sin dejar de reconocer que la ciencia médica es en principio ajena al conocimiento de un juez -del que no resulto la excepción-, como otras veces he señalado, tengo como práctica -en la medida de lo posible- nutrirme de conocimientos sobre esas materias ajenas respecto de las que se requiere opinión a través de las

periciales o consultas científicas. Ello tanto para comprender lo que se vuelca en los informes en los que abundan muchas veces vocablos absolutamente ajenos a nuestro conocimiento y propios de su ciencia o de la jerga profesional, como obviamente, ponderar lo que el experto nos dice para su aplicación al caso, o incluso apartarme fundadamente de sus conclusiones.

Muchas veces -como en el caso-, la bibliografía que los propios peritos consignan en sus informes, especialmente cuando es precisa y no genérica como ocurre en el caso del informe del Dr. Quiroga, facilitan tal tarea y nos abren caminos más seguros para profundizar en esas materias que nos son mayormente ajenas.

En este sentido, de los dos peritos designados de oficio, sin duda alguna el Dr. Ambroggio es quien más precisiones trajo.

Así sobre la cuestión central que nos ocupa y es la atinente a la invocada lesión del nervio frénico, textualmente expuso: 'No existe una lesión 'espontánea' por sí sola del nervio frénico, el daño del mismo se debe a un traumatismo en la columna cervical, un accidente quirúrgico, problemas en el tejido circundante, u otra fuente de trauma y en este caso particular en una lesión posterior a la cirugía practicada y como complicación posible de la misma'.

Cita al efecto un artículo publicado por El Centro Nacional para la Información Biotecnológica o National Center for Biotechnology Information es parte de la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos y que casualmente es uno de los sitios a los que más suelo recurrir en estos casos.

Tal artículo es de suma importancia, no solo por el contenido en el que claramente se recomienda la no utilización de tal práctica por los riesgos sin beneficios que el estudio reporta, sino también porque es del año 1998; es decir varios años antes de realizarse la cirugía que aquí nos ocupa.

4.3.2.- Dado la importancia referida y la escasa extensión de la publicación que se puede extraer de Internet, me permitiré seguidamente copiar el mismo traducido al español: "Título: 'Disfunción del nervio frénico después de operaciones cardíacas: evaluación electrofisiológica de los factores de riesgo'. Autores: Dimopoulou I 1 , Daganou M , Dafni U , Karakatsani A , Khoury M , Geroulanos S , Jordanoglou J .

ANTECEDENTES Y OBJETIVO DEL ESTUDIO:

La lesión del nervio frénico puede ocurrir después de la cirugía cardíaca; sin embargo, su causa no ha sido ampliamente investigada con electrofisiología. El propósito de este estudio fue determinar por medios electrofisiológicos la importancia de varios posibles

factores de riesgo en el desarrollo de la disfunción del nervio frénico después de las operaciones quirúrgicas cardíacas.

DISEÑO:

Se realizó un estudio prospectivo.

AJUSTE:

Un hospital de enseñanza terciaria proporcionó los antecedentes para el estudio.

PACIENTES:

Sesenta y tres pacientes de cirugía cardíaca en los que se realizaron operaciones quirúrgicas por el mismo equipo quirúrgico constituyeron el grupo de estudio. La edad media (+/- SD) y la fracción de eyección fueron de 63 +/- 5 años y 50 +/- 10%, respectivamente.

INTERVENCIONES:

Medición del tiempo de latencia de la conducción nerviosa frénica después de la estimulación transcutánea antes de la operación y a las 24 horas y 7 y 30 días después de la operación.

RESULTADOS:

Trece pacientes tuvieron una función quirúrgica anormal del nervio frénico, 12 en el lado izquierdo y uno en forma bilateral. El análisis de regresión logística reveló que, entre los posibles factores de riesgo investigados, el uso de hielo para la conservación del miocardio fue el único factor de riesgo independiente relacionado con la disfunción del nervio frénico ($p = 0,01$), con una incidencia 8 veces mayor para esta complicación. Por el contrario, no se encontró que la edad, la fracción de eyección del ventrículo izquierdo, el tiempo de pinzamiento cruzado quirúrgico / bypass / aórtico, el uso de la arteria mamaria interna izquierda y la diabetes mellitus estén asociados con la neuropatía frénica. El resultado postoperatorio de los pacientes que recibieron slush de hielo en comparación con el de los que tenían solución salina fría no difirió en cuanto a morbilidad y mortalidad tempranas.

CONCLUSIÓN:

Entre los factores de riesgo investigados, solo el uso de hielo slush se asoció significativamente con la disfunción del nervio frénico postoperatorio. Por lo tanto, se debe evitar el hielo en la cirugía cardíaca, ya que no parece proporcionar protección miocárdica adicional'.

4.3.3.- La cuestión es muy clara, se sabía conforme la propia bibliografía que resalta el Dr. Ambroggio, que el enfriamiento tópico no era una práctica recomendable.

Personalmente tuve -dentro de la desgracia que significa la enfermedad cardíaca- la suerte de hacerme una intervención quirúrgica muy similar a la del actor, dos años antes que éste en el Hospital Austral de Pilar. Allí no solo no se siguió esta técnica que alegan como defensa haber utilizado, sino que además se me explicó con lujo de detalle y en varias oportunidades todo lo que iban a hacer, paso por paso, haciéndome saber las distintas alternativas y los riesgos de cada una. Un detalle muy superior incluso al que ha expresado el demandado en lo que he transcripto de su contestación de demanda.

Este conocimiento por experiencia personal sin duda me permite llegar a un grado de convicción de certeza en cuanto a que hubo mala praxis si por hipótesis -como sostienen ahora los demandados- se utilizó enfriamiento tópico con la consecuente lesión acreditada del nervio frénico -más aún si fue por sección o indebida manipulación del nervio-, pero evidentemente soy consciente que no puedo aferrarme a mi experiencia personal para convencer a mis colegas y a las partes sobre ello.

Por tal razón, aun cuando el artículo citado por el Dr. Ambroggio es por demás elocuente, además de muy fácil comprensión para quienes no tenemos formación médica, en los puntos siguientes, he de transcribir los párrafos más salientes de otras publicaciones de centros especializados y rigor científico. Pido reparen en la fecha de éstos, por cuanto permiten ver que no es cierto que como pretende hacer creer el perito de la misma especialidad que el demandado Dr. Quiroga -aunque omitiendo toda precisión y pertinentes citas bibliográficas-, que para el año 2005 se tenía como buena práctica el uso de hielo picado u otras formas de enfriamiento tópico en la zona adyacente a los nervios frénicos. Por otra parte, surge de los artículos otros indicadores que también fueron sospechosamente omitidos por el especialista en su informe y posterior contestación de impugnación, lo que apunto los cuestionamientos que hizo la parte actora.

4.3.4.1.- Muy importante resulta un artículo publicado en la Revista Archivo de Broconeumonología (año 2001), de la Sociedad Española de Neumonología y cirugía torácica, elaborado por varios especialistas, titulado 'Parálisis diafragmática bilateral tras cirugía cardíaca'. En el mismo que con copiosas citas bibliográficas los autores concluyen señalando que en su opinión 'debería evitarse el uso de hielo picado como método de protección miocárdica'. Entre otras cuestiones más de interés se señala 'Existen varios métodos para el diagnóstico de la parálisis frénica, el más sencillo es el hallazgo de una elevación diafragmática en la radiografía de tórax o su falta de motilidad por radioscopia'.

Y como hemos dicho (punto 4.1.4) en el estudio radiográfico hecho el primer día en la UTI se visualizó ello -y precisamente en el sector izquierdo que es aquél en que más se verifica la lesión-, pero sin embargo los profesionales no le dieron ninguna significación al hallazgo, omitiéndose profundizar los estudios para por lo menos realizar un diagnóstico temprano de la lesión del nervio frénico que no habían evitado en la cirugía.

4.3.4.2.- El artículo 'La paresia del nervio frénico asociada con el uso de aguanieve y la chaqueta de enfriamiento para la hipotermia tópica', Rousou JA , Parker T, Engelman RM , Breyer RH, también publicado en el NCBI de la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos, me ha parecido especialmente relevante pues siendo del año 1985, demuestra que nada menos que dos décadas antes de la cirugía, ya se asociaba la lesión del nervio frénico a la utilización de métodos tópicos de enfriamiento, con todo lo que ello va a traer aparejado. Y, además se puede ver que el método tópico que dice haber seguido el demandado era incluso el que porcentualmente mayor porcentual de lesiones aparejaba en comparación con otros que allí se estudiaron. Me remito a la lectura de dicha publicación.

4.3.4.3.- El artículo titulado 'El efecto del aislamiento pericárdico sobre la lesión del nervio frénico hipotérmico durante la cirugía a corazón abierto', Esposito RA , Spencer FC autores, también publicado en el NCBI, y que tiene especial relevancia porque fue publicado en el año 1987 (nada menos que 18 años antes de la cirugía que nos ocupa), entre otros conceptos se consigna el siguiente resumen: "La lesión del nervio frénico se evaluó prospectivamente en 133 pacientes que se sometieron a una cirugía a corazón abierto mediante el uso de solución salina con hielo para la hipotermia tópica. En el grupo de control de 70 pacientes, no se intentó proteger a los nervios frénicos de la exposición directa al hielo. En el 73% de estos pacientes se produjo daño al nervio frénico, según lo evaluado por la parálisis persistente del diafragma evidente en la radiografía de tórax inspiratoria. En 2 pacientes la parálisis fue bilateral. En el segundo grupo de 63 pacientes, se usó una almohadilla de aislamiento pericárdico para evitar el contacto de la aguanieve con el nervio frénico. Se observó parálisis del diafragma en el 17% de estos pacientes. Esta diferencia fue altamente significativa (p menos de .001). La parálisis del diafragma en el grupo de control fue clínicamente significativa; Se desarrollaron complicaciones respiratorias potencialmente mortales en 7 pacientes (14%), frecuentemente resulta en múltiples reintubaciones, traqueotomía y ventilación mecánica prolongada. Además, 4 pacientes con lesión del nervio frénico mostraron un síndrome clínico compatible con íleo gástrico, que posiblemente podría representar una

lesión hipotérmica en la vagina torácica. La probabilidad de lesión del nervio frénico cuando se utiliza la solución salina helada para el enfriamiento del miocardio tóxico y la posibilidad de desarrollar una discapacidad respiratoria grave apoyaría el uso rutinario del aislamiento pericárdico cuando se usa este método de hipotermia”.

Queda claro entonces que dieciocho años antes de practicarse la cirugía por la que aquí se acciona, estudios médicos demostraban que la utilización de almohadillas protectoras del nervio cuando se utilizaba enfriamiento tóxico, reducían muy significativamente el riesgo de lesión del nervio frénico y no solo no surge de la HC que se haya utilizado este mecanismo de protección, sino que ni siquiera fue alegado por los demandados y el perito Quiroga que se supone debería tener conocimiento de información como ésta.

4.3.4.4. En el artículo ‘Parálisis diafragmática en postoperatorio de cirugía cardíaca: manejo ventilatorio’, de la Dra. Karina Alexandra Bello Munar publicado en Umbral Científico, núm. 2, junio 2003 de la Universidad Manuela Beltrán, de Colombia. Además de permitirnos acceder a una mejor comprensión sobre las funciones de estos nervios y otros aspectos vinculados al caso, evidencia también el efecto que producen los distintos métodos de enfriamiento tóxico que se venían utilizando, por la desmielinización del nervio y consecuente lesión. Por su extensión, a su lectura me remito (<http://www.redalyc.org/pdf/304/30400211.pdf>).

4.3.4.5.- Una publicación muy importante, también extraída del NCBI de la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos, de Nikas DJ 1, Ramadan FM, Elefteriades JA, es el artículo titulado ‘Hipotermia tóxica: ineficaz y perjudicial como complemento de la cardioplejía para la protección del miocardio. El título del mismo publicado en 1998, ya de por sí pone en evidencia el cuestionamiento que vengo realizando.

Conforme surge del mismo a cuya lectura in extenso me remito (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9456090>), extraigo como datos más significativos que se revisaron los registros hospitalarios de 505 pacientes consecutivos no aleatorizados que se sometieron a un injerto de derivación coronaria entre 1991 y 1995 en la Universidad del Sur de Alabama para evaluar la efectividad de la hipotermia tóxica y su relación con las complicaciones pulmonares. El grupo A incluyó a 191 pacientes entre 1991 y 1992 que recibieron hipotermia sistémica e hipotermia tóxica con aglomeraciones heladas además de cardioplejía de sangre fría. El grupo B incluyó a 314 pacientes entre 1993 y 1995 que recibieron hipotermia sistémica y cardioplejía intermitente de sangre fría sin aguanieve’.

Obsérvese que los propios registros de estos hospitales están demostrando que el

enfriamiento tópico se utilizó hasta el año 1992 y luego se prescindió del mismo, limitándose a la hipotermia sistémica.

En cuanto a los resultados nos dice: 'hubo una diferencia estadísticamente significativa en la incidencia de parálisis diafragmática entre el grupo A y el grupo B. El grupo A tuvo una incidencia del 25% de parálisis diafragmática en el primer día postoperatorio, 18% el día 15 postoperatorio y 8% a los 6 meses, a diferencia del grupo B, que tuvo una incidencia del 2% en el primer día postoperatorio, 1% en el día 15 postoperatorio y 1% a los 6 meses ($p < 0,001$). Además, hubo una diferencia significativa en la incidencia de derrames pleurales (60% versus 25%) y la tasa de toracocentesis (25% versus 8%) entre los grupos A y B ($p < 0,0001$)'.

Se concluye entonces en que: 'la hipotermia tópica no ofreció ningún beneficio cardioprotector adicional por encima de la hipotermia sistémica y la cardioplejía de sangre fría sola en pacientes con bypass coronario, pero aumentó significativamente la incidencia de parálisis diafragmática y las complicaciones pulmonares asociadas'.

4.3.4.6.- Otro artículo relevante del mismo sitio que el anterior publicado en 1989, corresponde a los autores Curtis JJ 1 , Nawarawong W , Walls JT , Schmaltz RA , Boley T, Madsen R , Anderson SK y se titula 'Hemidiafragma elevado después de operaciones cardíacas: incidencia, pronóstico y relación con el uso de granizado de hielo tópico'. Me remito a su lectura in extenso (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/2596912>), no obstante, resaltaré algunos conceptos allí expuestos.

Nos dicen 'Hemos revisado las radiografías de tórax de 745 pacientes antes del alta hospitalaria después de las operaciones cardíacas y en serie para determinar la incidencia y el pronóstico de hemidiafragma elevado y cualquier relación con el uso de hielo tópico (TIS) en la preservación del miocardio... Concluimos que la TIS predispone a un diafragma elevado y que la incidencia aumenta cuando se extrae la arteria mamaria interna'.

4.3.4.7.- de otra publicación aún mucho más vieja que todas las que hemos venido citando pues es del año 1982 y extraída del mismo sitio, se extrae información en el mismo sentido que la que venimos exponiendo.

Refiero al artículo 'Atelectasia y consolidación del lóbulo inferior izquierdo después de la cirugía cardíaca: el efecto del enfriamiento tópico en el nervio frénico', de autoría de Benjamin JJ, PN en cascada, Rubenfire M, Wajszczuk W, Kerin NZ.

De su resumen se extrae: 'Se realizaron análisis retrospectivos y prospectivos de las

radiografías de tórax de pacientes después de la cirugía de derivación coronaria. El infiltrado pulmonar y / o la atelectasia del lóbulo inferior izquierdo se desarrollaron en 13 de 40 (32.5%) pacientes operados sin enfriamiento tópico del corazón con hielo, y en 77 de 122 (63.1%) pacientes en un grupo y 34 de 40 (85.0%) pacientes en otro grupo que fueron operados con enfriamiento tópico del corazón con hielo. Esta diferencia fue altamente significativa (p menos de 0.001). De los pacientes en un grupo en el que se desarrolló una anomalía del lóbulo inferior izquierdo, el 69,2% tenía parálisis o parálisis del hemidiafragma izquierdo. Es evidente que la aplicación de hielo al nervio frénico puede conducir a una parálisis temporal de la parte izquierda del diafragma, con el desarrollo posterior de infiltrado pulmonar en el lóbulo inferior izquierdo y / o atelectasia´.

4.3.4.8.- De artículo del mismo sitio a cuya lectura me remito (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8769493>), titulado ´Monitorización intraoperatoria del nervio frénico en cirugía cardíaca´, de autoría de Mazzoni M, Solinas C , Sisillo E , Bortone F , Susini G, publicado casi diez años antes de la cirugía que nos ocupa (1996), extraigo además que es posible y aconsejable la realización de un monitoreo que en el caso no surge se hubiere realizado sino lo contrario. Textualmente expresan los autores: ´Este método de monitoreo nos permitió predecir la disfunción diafragmática postoperatoria. Además, se puede advertir a los cirujanos sobre los efectos dañinos del enfriamiento excesivo del pericardio y las estructuras circundantes; Así, se pueden tomar medidas preventivas´.

4.3.4.9.- Otro artículo de distinto sitio, pero indudable rigor científico del año 1996 (casi una década antes de la cirugía que nos ocupa), advierte sobre la problemática y además de aconsejar evitar el enfriamiento tópico, al igual que otro de los que colacionáramos, refiere a la utilización de protectores.

Se trata del artículo titulado ´Parálisis diafragmática en el postoperatorio de cirugía cardíaca en la infancia´ (<https://www.aeped.es/sites/default/files/anales/45-6-7.pdf>) de autoría de P. Vázquez López, C. Medrano López, M. Serrano Madrid, J. López-Herce Cid, A. Alcaraz Romero, I. Zabala Argüelles, R. Arcas Meca.

Extraigo del mismo: ´La prevención de la PD postquirúrgica (13,16) debe centrarse en la manipulación cuidadosa del nervio frénico durante la intervención y evitar, si es posible, la aplicación de hielo sobre el pericardio. Algunos trabajos han demostrado que con la utilización de protectores del nervio frénico de poliprolileno, que se colocan

recubriendo por dentro la membrana pericárdica, disminuyó la incidencia de PD de un 10% a un 3%. También el uso de electrocauterización puede minimizar la incidencia de esta lesión´.

Sobre nada de esto nos ha ilustrado el perito especialista y no surge de la HC que se hubieren adoptado medidas para la protección del nervio frénico, más allá que como venimos viendo, la buena práctica descartaba la implementación de aguanieve, hielo picado o cualquier otro enfriamiento tópico muchos años antes de la realización de la cirugía de marras.

4.4.1.- En otro orden y más allá de lo que ya expuse, he de reiterar mi discrepancia con la Juzgadora en cuanto a la aplicación que realiza de la línea doctrinaria que viene siguiendo esta Cámara y el Superior Tribunal de Justicia a partir del caso ´Gullota´, mantenida por el cimero tribunal de la provincia en su actual integración. Particularmente en lo que respecto a la carga probatoria.

No solo el profesional médico y personal de la Clínica son los que están en mejores condiciones de probar las prácticas hechas e incluso tienen la obligación de registrar las mismas en la Historia Clínica, generando la ausencia de ellas una presunción en su contra, sino que estaría fuera de toda lógica pretender que el paciente pudiera saber y a partir de ello tan siquiera formular un cargo de mala praxis por lo hecho durante la cirugía, cuando estuvo bajo los efectos de una anestesia total.

4.4.2.- En este sentido, entre otros precedentes en ´Mora c/ Clínica Central´ (sentencia de fecha 7/08/2017 correspondiente al Expte. A-2RO-186-C9-13), fallo que en lo que aquí interesa, fue confirmado por el Superior Tribunal de Justicia, dijimos: “3.1.2.- Dicho ello entiendo conveniente en primer término recordar algunos conceptos vinculados a la carga de la prueba, o como bien sostiene Devis Echandia, a la asunción del riesgo de que la prueba falte (Devis Echandia, Hernando, ´Compendio de la prueba judicial´, Rubinzal-Culzoni, pág. 211). Sostiene Peyrano, refiriendo a la regla de las Cargas probatorias dinámicas, que quien está en mejor condición de probar o le resulta más fácil hacerlo, es quien asume la carga (Jorge W. Peyrano, ´Compendio de reglas procesales´, Zeus, 1999, pág. 234)´. Y en esa misma línea ha señalado Claudio Kiper, en conceptos que compartimos y hemos citado en otros precedentes que: ´La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuida por la doctrina de la siguiente forma: ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en

mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien afirme hechos anormales, etc.´ (del voto del Dr. Kiper, en el fallo de la Sala H CNCiv. De fecha 2/02/2006 en autos ´Schoenfeld, Karin Susana c/ Mitsu Car SA y otros s/ daños y perjuicios). Mas vinculado aún a procesos como el que nos ocupa, ha dicho el cimero tribunal de provincia en voto del Dr. Apcarián -sin disidencias- en el caso ´Espeche´ (sentencia de fecha 5/06/2015, correspondiente al Expte. N° 27457/14-STJ), citando fallos de la CSJN, que ´... 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´. Tal es la línea doctrinaria que hemos venido siguiendo en esta Cámara y así puede verse entre otros precedentes en ´Campos´ (sentencia de fecha 21/02/2014, correspondiente al Expte. N° CA-19684) y más recientemente en ´Coliyán´ (Sentencia de fecha 2/08/2016, correspondiente al Expte. N° CA-20865), donde además se agregan otros conceptos vinculados al modo de visualizar la problemática de determinación de la relación causal en el daño emergente de una prestación médica, con oportuna cita de fallos del STJRN. Así en este último, sostuvo en su voto rector la estimada colega, Dra. Mariani, que: ´...era un imperativo del propio interés del médico demostrar que aún con atención médica eficiente, el desenlace no hubiese variado. No lo hizo, y era quien estaba en mejores condiciones de probar. Señala el Superior Tribunal de la Provincia, en el precedente ´Gullota´ que ´Como ha dicho la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, juega aquí lo que se ha denominado carga interactiva de la prueba, porque en el caso particular analizado eran los demandados quienes estaban en mejores condiciones de acreditar -a través de la Historia Clínica y demás elementos que tenían a su alcance- que el enfermo igual habría padecido los daños. (art. 377 y cctes. del Cód. Procesal). Opera en esta situación el ´deber de colaboración´ del galeno, por lo que su actitud en el proceso no puede limitarse a una mera negativa, tiene que ´colaborar´ en el esclarecimiento de la verdad.

(SC Buenos Aires, Ac. 55133, S- 22-08-95, Juez Hitters). Ello, en tanto en la actualidad ya no puede desconocerse la gran difusión y aplicación de lo que se dio en llamar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuya concepción se atribuye a Peyrano (en tal sentido ver Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, 'Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas', La Ley, 1991-B, 1034 [etc...]). (Disidencia parcial del Dr. Soderó Nievas). Número de Texto: 19422; STJRN: SE. <49/08> 'G., N. c/ Clínica Viedma S.A. y Otro s/ Casación' (Expte. N° 21307/06 - STJ-), (14-08-08). Soderó Nievas (disidencia parcial) – Balladini – Lutz – Sumarios Relacionados: 14418 - 14419; Referencias Normativas: cpr art. 377; jur Lex-Doctor). Y en autos 'Canziani, Lucas Luis c/ Clínica Viedma S.A. y Otros s/ Daños Y Perjuicios s/ Casación' (Expte. N° 23018/08-STJ-), dijo el Dr. Soderó Nievas: 'Es que atrás ha quedado aquella vieja concepción gala que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo causal entre una conducta y el resultado nocivo y que vulgarmente se daba en llamar 'doctrina del todo o nada'. Según sus más conspicuos defensores, solamente se tenía por cumplimentado el enlace o vínculo causal si en la representación objetiva retrospectiva de los hechos que realizaba el intérprete surgía de manera irrefutable que la acción u omisión endilgada al agente había sido la causa del resultado dañoso cuya reparación se incoaba (conf. Prevot, 'Consentimiento informado y responsabilidad civil', en LL. del 23/8/2006, p. 7).- [...] salvo contadas excepciones, asistimos actualmente a la consolidación de una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, por sobre todo, reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad, a tal punto que hoy se habla sin añadiduras de 'causa probabilística' (conf. Prevot, 'El Nexos de Causalidad en los Casos de responsabilidad Médica', en LL. del 18.08.2005, p. 2). 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? La cuestión varía según se trate de un ilícito penal o civil. Así, por ejemplo, en el proceso penal, en cuanto persigue el dictado de una sentencia de condena, la exigencia de un porcentual rayano al 100% es considerado como un valor fundamental en los modernos

sistemas jurídicos, especialmente, dada la presunción de inocencia del acusado. [...]. 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 médico 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)".

4.4.3.- La lesión del nervio frénico que los demandados negaron enfáticamente se hubiere producido en el acto quirúrgico, resultó acreditado que sí se produjo y, ni siquiera se esgrimió que no había sido posible evitarla o que fuere un riesgo propio del tipo de práctica quirúrgica aplicada, lo que además como expuse también antes, permite suponer que ni siquiera fue informada al paciente.

Se configura entonces responsabilidad por falta de información previa y consecuentemente privación del derecho a elegir si someterse o no a la cirugía o tratarse de otro modo, e incluso de recurrir al bypass coronario, optar por otras técnicas que no incluyeran la utilización de hielo picado o, solicitar la intervención de otros prestadores para evitar la concreción de dicho riesgo. Máxime cuando como hemos visto resultaba una práctica médica desaconsejada y, en todo caso, se indicaba como buena práctica cuando aún se utilizaba el enfriamiento tópico, la protección y monitoreo del nervio frénico para evitar lo que más de dos décadas antes se sabía que era una complicación seria cuyo riesgo de ocurrencia podía limitarse muy significativamente obrando de un modo distinto al que alegó en la contestación de demandada haber seguido el Dr. Binstein.

Resulta la responsabilidad por la incapacidad derivada de la lesión del nervio frénico, a partir de no haberse probado que le era al galeno imposible impedirlo; más allá que - como también hemos dicho-, producida la lesión hubo mala praxis al no profundizarse en los estudios que hubieren permitido un diagnóstico más temprano de la misma y probablemente mejorar las chances de mitigar sus efectos y hasta tal vez la sanación.

4.4.4.- Había expuesto antes también, que los accionados debían asumir las consecuencias de no haberse conducido con la verdad al negar la existencia de la lesión del nervio frénico que se corroboró que sin duda alguna se había producido e incluso hemos vistos que la radiografía tomada en el postoperatorio en la UTI la evidenciaba,

juntamente con el síntoma de disnea que surge de la HC.

Ni siquiera optaron por negar la lesión neural y subsidiariamente plantear que constituía un riesgo de la práctica médica y que les hubiere resultado imposible evitar. No, se mantuvieron en la negativa rotunda de la lesión no permitiendo la consideración de lo que luego se introduce en dos de los dictámenes periciales como causa probable y riesgo quirúrgico.

Pero insisto, más allá de la imposibilidad de la ponderación de ello como consecuencia del debido respeto al principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio, la falta de verdad en el relato debe necesariamente tener consecuencias negativas para el que así procede. Tanto más cuando asume por la prestación un compromiso profesional que se extiende a lo ético.

Su actuar entonces que llega a la osadía de ingresar como algo que consta en la hoja quirúrgica cuando no es así, es totalmente repudiable y debe necesariamente traer consecuencias negativas para quien así ha procedido.

Al respecto me permito colacionar los siguientes párrafos de nuestro voto en el precedente 'Santos c/ Provincia Seguros' (sentencia de fecha 15/06/2016 correspondiente al Expte. CA-21521) que hemos reafirmado recientemente en voto al que adhiriera el Dr. Maugeri (refiero a 'Guiretti', sentencia de fecha 5/04/2019 correspondiente al Expte. N° 24949/16): "Ante todo he de recordar algunos conceptos que expresáramos recientemente en el Expte. CA.21560 (Sentencia del 18/03/20116), que me permitiré transcribir en sus partes pertinentes: '...más allá de lo expuesto, reitero que el factor que en mi opinión nos lleva fundamentalmente a tener por cierta la versión de la actora y reafirmada en los elementos de prueba señalados y que la sentenciante ha considerado insuficientes, es la conducta seguida en el proceso por la demandada. Máxime cuando se trata de una gran empresa, que por tal y por la índole de los hechos, era quien estaba en mejores condiciones de allegar al proceso los elementos de convicción para conocer la verdad. Parto por recordar que como señalara el maestro Calmandrei, el proceso tiene una finalidad, una finalidad altísima, que no es otra que la realización de la justicia (Calmandrei, Piero, 'Proceso y Justicia', Revista del Derecho Procesal, año X, N° 1, Primer trimestre 1952, pág. 13). Y en esa inteligencia es que el cimero tribunal de la Nación ha dicho: '...cabe finalmente señalar que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito específico, tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor

justicia en cada uno y salvaguardar la garantía de defensa en juicio; todo lo cual no puede lograrse si se rehúye atender la verdad objetiva de los hechos que de alguna manera aparecen en la causa como de decisiva relevancia para la justa decisión del litigio'. (conf. CSJN, fallo del 24-04-03, autos: 'Superintendencia de Seguros de la Nación c. ITT Hartford Seguros de Retiros S.A. y Otros', Publicado en La Ley Online). A tal cometido están obligadas tanto la jurisdicción como de algún modo también las partes, quienes deben actuar con lealtad y buena fe, no pudiéndose dejar de ponderar su contribución con el esclarecimiento de la verdad, así como la actitud contraria. En tal orden de ideas hemos dicho en sentencia del 15/11/2013 correspondiente al Expte. 734-11 y lo reafirmo en el presente que 'El deber de decir verdad existe, por cuanto configura un deber de conducta humana, que no puede aparecernos distinta o amenguada porque se realiza en el proceso... La buena fe, como principio moral, lejos de cuestionarse en su sanción expresa, parece por demás obvia y siempre presente en las relaciones humanas. La tendencia hacia lo verdadero está dentro de nuestro espíritu, no es un simple dato psicológico y gnoseológico: también constituye un principio ético, esto es, una exigencia moral... En el proceso las partes tienen el deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y a colaborar con el juez para asegurar los resultados inherentes a su función, razón por la cual debe soslayar cualquier actitud que pueda resultar reticente, aun cuando se cobije en principios y presupuestos formales' (Osvaldo Alfredo Gozaíni, 'La conducta en el Proceso'). La constitución autoriza a abstenerse de declarar, pero no a mentir; y repugnaría elementales principios tratar por igual al litigante que miente ostensiblemente de aquél que no procede de igual modo. No se trata de apelar al instituto del perjurio castigando al actor con la pérdida del juicio, pero sí cuanto menos, considero que debe extraerse de tal conducta procesal sancionable, una presunción favorable al relato de su opositor que aun cuando no se considere absolutamente acreditado con la prueba producida, por lo menos no ha podido ser desmentido. (punto 9.3 sentencia de 20/05/2014 correspondiente al Expte. CA-21129). En la misma línea y con suma claridad expresa Heñin: '...en una época donde la sociedad está cada vez más alejada de los valores éticos y morales, la vigencia del principio de moralidad en el proceso judicial se debe acentuar aún más, ejerciendo una función docente y moralizadora. Es que si estamos convencidos de que el proceso es algo muy serio, en donde el fin es encontrar la verdad para determinar a cuál de las pretensiones de los justiciables le asiste la razón y como consecuencia de ello debe triunfar quien la tiene de su lado y no el más vivo, el más chicanero o el que está

dispuesto a hacer cualquier cosa para ganar el pleito, debiendo este, por el contrario, pagar el precio de su obrar indebido ¿qué mejor forma de cumplir ese ideario que determinar que aplicar todas las consecuencias desfavorables al sujeto que se comportó incorrectamente?. Un principio lógico nos indica que si una persona tiene algo para esconder, es porque la verdad lo perjudica. Y, además, ¿qué mejor forma de hacer honor al postulado de una sociedad en la que en todos sus órdenes existan verdaderos premios y castigos a las conductas de sus habitantes?. (Fernando Adrián Heñin, 'El proceso de moralidad en el Proceso Civil actual', publicado por El Ateneo de Estudios del derecho Procesal Civil de Rosario, ateneo.org)...”.

4.5.- Ninguna duda tengo en cuanto a la existencia de mala praxis médica por parte del Dr. Binstein, extendiéndose la responsabilidad al instituto médico al que fue derivado el actor por Salud Pública y se realizaron las prestaciones médicas cuestionadas.

Hemos dicho entre otros precedentes en el citado 'Campos' y reiterado en 'Tomé' (sentencia de fecha 16/04/2015 correspondiente al Expte. 334-I-98), siguiendo a 'Gullota': “Cuando la clínica toma a su cargo el cumplimiento de la prestación de salud, contratando con el enfermo, es directamente responsable por los acontecimientos dañosos que ocurran en el tramo de la prestación. Cuando tales sucesos provengan del hecho de sus dependientes, sustitutos o auxiliares queda obligada también directamente en razón de la estructura del vínculo obligatorio. Igualmente ocurre cuando los autores son miembros de un equipo estable de la entidad sanatorial, o bien enfermeras dependientes' (Lorenzetti, Ricardo L., op. cit., tº I, pág. 434). Y en el citado precedente 'Gullota', que como dijimos resulta jurisprudencia de consideración obligatoria, sostuvo el cintero tribunal rionegrino que 'dicha responsabilidad del médico determina a su vez la responsabilidad de la Clínica Viedma. Ello, por cuanto independientemente de la responsabilidad directa del médico, existe la obligación de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesorio en ciertos contratos que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. 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)'. Agregando que '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); 'Las responsabilidades del galeno y del ente asistencial son directas y de naturaleza contractual frente al reclamo del paciente, por lo que al encontrarse vinculados contractualmente, éste tiene acción contractual contra el sanatorio y contra el médico, asumiendo el primero una obligación de seguridad frente al paciente' (Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Sala A, 27/03/2002, 'A., M. c. Clínica Modelo S.A. y otros', DJ 2002-3, 442); 'Los institutos de atención médica tienen hacia el paciente, una obligación tácita de seguridad, que funciona como accesoria de la prestación principal, consistente en una correcta y eficiente atención médica -en el caso, se tuvo por probada la mala praxis en que incurrió un anestesista por la cual falleció su paciente luego del parto- y esa responsabilidad funciona, sin interesar que el incumplimiento provenga de un profesional directamente vinculado con la institución o por sustitutos de que se valga la institución o actúen en ella por cuestiones directamente imputables a la misma' (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, del 21/03/2002, 'V., H. R. y otros c. Municipalidad de Esteban Echeverría y otro', LLBA 2002, 676); 'La responsabilidad médica derivada de la mala praxis cometida por el cirujano demandado debe extenderse a la clínica donde se realizó el acto quirúrgico, cualquiera sea el fundamento de su responsabilidad 'obligación de garantía, deber de vigilancia u obligación tácita de seguridad' (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 07/06/2006, 'B. de L., A. N. c. C., M. y otros', La Ley 05/09/2006, 5)'. Se sostuvo también en 'Gullota' que: 'La responsabilidad de los médicos debe encuadrarse en las reglas del incumplimiento de las obligaciones y no en la de los hechos ilícitos, salvo la hipótesis de delito de derecho criminal, como que se encuentra sometida a los principios generales de las obligaciones que enuncian los arts. 499 y ss. y especialmente 512, 519, 520 y 521 del Código Civil...', afirmándose: 'Es que la responsabilidad médica se genera en la medida que el desempeño de su actividad haya provocado lesión al interés de cumplimiento que tiene el paciente, que es el acreedor de la prestación', y que, '...el punto de partida no está constituido por el análisis de la prestación médica en abstracto o a priori, sino por la constatación objetiva de que ha quedado frustrado en concreto el fin al que esa

prestación debió orientarse: restablecer la salud (en sentido amplio) del paciente´.

Y desde tal perspectiva tenemos que a la luz de la prueba producida y de modo particular los dictámenes periciales, existe claramente una relación de causalidad entre la prestación médica quirúrgica y la lesión del nervio frénico.

Como hemos dicho la prestación médica debía cumplirse en condiciones tales que el actor no sufriera daño injustificado. Y se tiene que sufrió una lesión que no fue informada como un riesgo inevitable de la práctica médica, y ni siquiera así señalada al contestar la demanda y delimitarse los términos fácticos de la relación procesal -antes denominada litis contestatio-, con lo que no es posible ponderar ello como un factor de exculpación, más allá que no pudo probarse efectivamente que la lesión fuere por efecto de hielo y no por un seccionamiento o maniobra indebida del nervio mismo durante la cirugía, lo que sin duda es aún más reprochable ya que como el propio demandado expuso en la audiencia no debía hacer cortes cerca del mismo.

Por otra parte, si por caso se admitiere la utilización del enfriamiento tópico con hielo picado, los artículos que hemos colacionado, advierten que no es cierto que se hubiere seguido las reglas del buen arte médico sino todo lo contrario.

La responsabilidad de las aseguradoras por su parte deviene de la atribución de responsabilidad a los asegurados, sin que se hayan planteado razones para no atender el riesgo, con lo que se impone una condena solidaria, aunque siempre en la medida del seguro.

4.6.- Ahora bien, si entiendo que cabe excluir de responsabilidad a Instituto del Corazón de General Roca S.R.L., en tanto no hay legitimación pasiva a su respecto.

El actor ni fue derivado a tal institución, ni tampoco fue operado en instalaciones que le pertenezcan, sino que pertenecen a Clínica Roca S.A., habiéndose limitado la participación de tal demandada a la facilitación de consultorio al Dr. Binstein.

Propongo entonces que se haga lugar a la demanda solo en relación con el Dr. Javier Binstein y Clínica Roca S.A. junto a sus respectivas aseguradoras a quienes se les condena solidariamente al pago de la indemnización integral derivada de la lesión del nervio frénico del actor por la que se interpusiera la demanda, rechazándose respecto a Instituto del Corazón de General Roca S.R.L.

Con relación a las costas derivadas de este rechazo de la demanda, entiendo que la actora pudo creerse razonablemente con derecho a accionar, motivo por el que propongo se establezcan a su respecto en el orden causado.

4.7.- Capítulo especial he de destinar al informe pericial del Dr. José María Quiroga.

Aun cuando coincido con él en cuanto a que la parte actora pudo ser más precisa en su impugnación, en mi opinión queda demostrado que objetivamente ha sido muy parcial y no ha cumplido acabadamente con su labor.

Se extiende en consideraciones sobre la patología del actor previa a la cirugía, cuando lo que sin duda alguna interesaba era lo atinente a la lesión del nervio frénico y sus consecuencias.

Sostuvo que no cabe duda de que el Dr. Binstein procedió conforme a las normas del buen arte médico al intervenir quirúrgicamente, y en como lo hizo, al Sr. Fantini, refiriendo a 'toda la bibliografía médica', sin las más mínimas precisiones. Realiza una cita final de bibliografía en su casi totalidad en idioma extranjero que no es el que debemos utilizar en el proceso -incluidos los peritos-, sin colacionar las pertinentes citas, ni indicar páginas o datos que eventualmente pudieren permitir una verificación.

Por cierto, que los artículos médicos que hemos visto muestran algo absolutamente distinto a lo informado por el perito inscripto como especialista, más allá que también le es reprochable que no haya visto que en la hoja quirúrgica no surge la utilización del hielo picado y haya omitido ponderar elementos relevantes de la HC como la radiografía que evidenciaba la alteración del diafragma.

Toda la pericia indudablemente va en ayuda del colega demandado omitiendo aquello que podría perjudicarlo.

Pese a los cuestionamientos que como dije se puede hacer a la impugnación, siendo esta una oportunidad para demostrar que lo que había consignado era avalado bibliográficamente u otros medios, omitió como también abundar en mayores precisiones, optando por descalificar a los letrados de la parte actora negándoles toda autoridad para cuestionar sus opiniones.

Sin hesitación, está mal informado el perito respecto de lo que debe ser un informe pericial.

Dispone el art. 472 del CPCyC que el informe pericial 'Contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde'.

Expresan Colombo y Kiper que 'El perito debe producir su informe con plena ciencia y honrada conciencia. Debe agotar la investigación y sobre la base objetiva de los hechos como son, sin prejuicios, suministrar al juez los elementos necesarios para ilustrarlo, no para confundirlo'. Agregan luego citando a Witthaus que los dictámenes periciales, 'deben suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen su convicción sobre

la materia en que se expiden, en tanto su finalidad es prestar asesoramiento al órgano decisor, o a quien corresponda valorar el acierto de las conclusiones a las que se arriba. Y colacionando jurisprudencia afirman que 'la pericia no puede consistir en una mera opinión del perito que prescindiera del necesario sustento científico, el cual, además, no se tiene por sobrentendido, sino que ha de exponerse en detalle suficiente' (Carlos J. Colombo y Claudio M. Kiper, 'Código Procesal Civil y Comercial de la Nación', La Ley, 3ra. Edición, tº IV págs. 426/427).

En la misma línea nos dice Falcón con cita de la Cámara Nacional Civil que 'El experto en su dictamen debe proporcionar al tribunal los elementos conducentes al sustento de las conclusiones a las que arriba. La respectiva omisión implica esterilizar en mayor o menor grado la colaboración e ilustración que se ha querido brindar al órgano jurisdiccional, pues es verdad entendida que la pericia vale tanto como resulta de su fundamentación' (Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial'. Rubinzal-Culzoni, tº III pág.372).

He remarcado cómo introduce el perito cuestiones que no surgen de la HC ni de la causa, así como también omite otras por demás relevante. Y en cuanto a la fundamentación científica, es claro que la misma resulta apenas aparente al nombrarse al pie de los libros sin indicar páginas y mucho menos transcribir las citas pertinentes. Y reitero una vez más, que resulta por demás sospechoso que haya omitido toda consideración respecto de la vasta bibliografía que indicaba que ya varios años antes se había abandonado el enfriamiento tópico en la práctica quirúrgica que se ha cuestionado, y más aún cuando se realiza sin protección ni control alguno.

De seguirse el criterio que pretende justificar el mismo, terminarían los peritos no solo resolviendo ellos las causas, sino además, haciéndolo sin fundamentación, lo que ni siquiera nos es permitido hacer a los jueces a quienes la Constitución nos adjudica en exclusividad la atribución de resolver las causas. ¿O a que otra conclusión podríamos llegar si los jueces debiéramos tomar por cierto las opiniones de éstos aun cuando no demuestren que se corresponde con la bibliografía de la materia?

Los peritos vienen a auxiliar a las partes y los jueces, sobre materias que nos son ajenas -en el caso la medicina-, ilustrándonos al respecto para poder arribar fundamente a una resolución justa del conflicto. No están para dar su opinión sobre si en el caso el médico obró bien o mal, sin precisar los fundamentos de ello, sino por el contrario en acercar la bibliografía y conocimientos para que podamos hacer nuestro propio juicio ponderando ello y los demás elementos de la causa.

Desde ya he de proponer excluirle de regulación arancelaria y realizar un llamado de atención.

5.1.- Establecida la responsabilidad, e ingresando en el tratamiento de los rubros indemnizatorios, en mi opinión resulta imposible en el presente expedirnos al respecto, excepto en lo que concierne al reconocimiento de los gastos por tratamiento psicológico, los que al no haberse probado que fueran realizados, deberán ser abonados por las condenadas de modo de permitir su más pronta realización.

A tal fin, teniendo en cuenta la pericial psicológica en la que se recomienda el número de sesiones, en la instancia de origen se requerirá a la experta que informe sobre el costo actual de las mismas, condenándose al pago de ello, con más los intereses hasta su efectivo pago conforme la tasa activa del Banco de la Nación prevista como doctrina legal en el precedente 'Fleitas' del STJ.

5.1.- Considero y así propongo, que la determinación de los restantes rubros indemnizatorios se realice en la etapa de ejecución de sentencia.

Es que más allá de las diferencias que resultan de los distintos informes médicos - incluido el acompañado con la demanda-, como de lo que hemos podido obtener de la audiencia a la que convocáramos a las partes, no hay claridad respecto a la incapacidad, cuya graduación parece haber ido variando e incluso es probable que en la actualidad haya disminuido de algún modo.

Por otra parte, no es posible atribuir a los demandados responsabilidad por causas preexistentes u otras que pudieren resultar ajenas al obrar quirúrgico y prestación médico-clínica que se reprocha. Corresponde reconocer una indemnización integral tanto de daño moral como material, pero solo al daño que guarda causalidad con la lesión del nervio frénico, junto con su tardío diagnóstico.

Propongo por consiguiente que se difiera para la etapa de ejecución de sentencia la determinación final de los daños, luego de realización de una nueva pericia en la que intervendrá el perito Dr. Ambroggio y otros especialistas de la especialidad que el mismo indique, pudiendo las partes asistirse por consultores. Tal mi voto.

EL SR. JUEZ DR. DINO DANIEL MAUGERI, DIJO: 1.- Adelanto desde el inicio que he de disentir con el estimado colega que lidera la encuesta.

En primer lugar he de transcribir los fundamentos expuestos oportunamente por mi estimado colega Dr. Soto, quien no interviene en esta decisión, en la anterior sentencia de este tribunal obrante a fs. 1373/387, los que comparto.

Allí se lee:

“6.- Habiendo arribado entonces a este estado, y luego de proceder al análisis de los fundamentos del recurso de apelación y sus contestaciones; entiendo prudente anticipar que en mi consideración, el mismo debiera rechazarse; confirmándose la sentencia de primera instancia.-

Resulta así por cuanto los agravios expuestos, en mi criterio no llegan a conmover los cimientos del fallo atacado.-

El primero de Ellos; como antes he expuesto; enfoca la crítica hacia la supuesta incongruencia en que se ha incurrido en el fallo de primera instancia; en el sentido que ni el actor, ni tampoco las codemandadas habrían alegado que la lesión del nervio frénico se encontraba dentro de los riesgos implícitos del tipo de intervenciones quirúrgicas como la que se ha tratado en el caso; de manera tal que concluye en que no ha podido ser incluido como fundamento del fallo.-

En realidad, comparto con la presentación de fs. 1.352/1.354 -antes referenciada- que el alcance del principio de congruencia que propone el apelante, resulta de un rigor extremo.-

Nuestro S.T.J., se ha expedido en los autos “E., M. C. y Otro c/ G., S. y Otro s/ ORDINARIO s/ CASACION” (Expte. N° 27457/14-STJ-), en sentencia N° 38; del 05 de junio de 2.015; con el voto rector del Dr. Ricardo Apcarián; quien refiriéndose al principio de congruencia, ha mencionado que “ ... Tal como surge del relato anterior, la recurrente imputa a la Cámara haber incurrido en la violación del principio de congruencia (artículos 34 inc. 4*, 163 incs. 3* y 6*, del CPCyC., 22 y 200 de la Constitución Provincial, y 17 y 18 de la Constitución Nacional) al mantener la condena impuesta por el Juez de Primera Instancia exclusivamente respecto a su parte. ... la llamada “litis contestatio”, que en la moderna doctrina ha sido reemplazada por la “relación procesal”, es el fundamento y principio del juicio; esto es, la columna del proceso, base y piedra angular del juicio. Dicha relación procesal, con prescindencia de situaciones especiales, se integra con los actos fundamentales de la “demanda” y su “contestación”. En tanto el primero de ellos determina la persona llamada a la causa en calidad de demandado, la naturaleza de la pretensión puesta en movimiento y los hechos en que ésta se funda (art. 330, Código Procesal), el segundo delimita el “thema decidendum” y concreta los hechos sobre los que deberá versar la prueba (art. 356, Código citado), quedando de tal modo precisada la esfera en la que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4* y 163, inc. 6* del mismo cuerpo legal). También en dicha oportunidad manifesté que, integrada la relación procesal, el Juez conserva sin embargo

plenas facultades para determinar el derecho aplicable; porque su pronunciamiento debe decidir la viabilidad de las pretensiones deducidas en el juicio “calificadas según correspondiere por ley” (art. 163 inc. 6*, cit.). Esto es que, en tanto no se alteren los presupuestos de hecho de la causa, al Juez incumbe determinar el derecho aplicable, inclusive con prescindencia de los planteos efectuados por las partes, como lo resume el proloquio latino “iuria curia novit” (conf. Corte Suprema, Fallos: 273:358; 274:192, 459; 276:299; 278:313,346, entre muchos otros). Sin embargo, lo que no puede hacer el juzgador es, so pretexto de suplir el derecho erróneamente invocado, introducir de oficio cuestiones o defensas no planteadas (Fallos: 300:1015; 306:1271, entre otros), o introducidas tardíamente. Bien se ha precisado que la facultad-deber de los Jueces de determinar el régimen pertinente -con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- “ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la oposición” (Fallos: 307:1487, La Ley, 1986-A, 363); principio que se complementa con la doctrina de base constitucional que establece que la sentencia, en materia civil, no puede exceder el alcance de lo reclamado en la demanda (Fallos: 256:363; 258:15; 259:40; 261:193; 262:195; 268:7, y muchos otros). Por su parte este Superior Tribunal de Justicia, en doctrina que comparto, ha sostenido con respecto a la violación del principio de congruencia (arts. 34, inc. 4* y 163, inc. 6*) que “...la selección de la responsabilidad aplicable no depende de la alegación de las normas legales que haga el demandante, sino que resulta de las normas que cuadre aplicar según la máxima “iura novit curia”, aplicada con suma prudencia, a la causa pretendi invocada por aquél. La máxima iura novit curia, en este caso no permite otra solución, porque la acción se individualiza por el hecho y no por la norma abstracta de ley, enseña Chiovenda. Con razón, dice Trigo Represas, que “no es la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico. Por ello, es dable admitir una demanda que se funda en los principios mal invocados de la responsabilidad contractual, si los hechos en que se sustenta aquélla justifican la existencia de una responsabilidad extracontractual o viceversa”;...” (STJRNS1 - Se. N° 93/05, in re: “COYLA”). Y también: “Si bien la selección de la responsabilidad aplicable no depende de la alegación de las normas legales que haga el demandante, sino que resultará de las normas que cuadre aplicar según la máxima “iura novit curia”, aplicado con suma prudencia, a la causa/// ///.- pretendi invocada por aquél, la aplicación de dicha máxima se haya supeditada a que la misma no genere indefensión.” (STJRNS1 - Se. N° 97/10, in re: “HANECK”). A la luz

de dichos preceptos advierto que en el presente caso la recurrente no logra demostrar una cuestión preponderante que acredite la violación del principio de congruencia; esto es, que en la sentencia se hayan alterado los presupuestos de hecho de la causa. En efecto, si bien el Tribunal de Alzada se apartó del derecho invocado por la parte actora en relación a la responsabilidad que se le endilga a la Provincia, como se dijera más arriba, ello no basta para tener por configurado el vicio alegado. En rigor, quien denuncia incongruencia debe demostrar que la decisión recurrida no se ajustó a la petición inicial, que se ha cambiado la acción interpuesta; y/o modificado los términos en que ha quedado trabada la litis. Esto es, se debe acreditar que lo resuelto no se corresponde con los hechos expuestos en la demanda y acreditados luego en la causa, como presupuestos de su pretensión. Más aún en hipótesis como la de autos, donde los hechos fundantes de la pretensión -aspecto éste que a esta altura del proceso no es cuestionado por ninguna de las partes-, describen el contexto en el que se produjo el desenlace fatal de la víctima, explicando el complejo tránsito del menor dentro del servicio hospitalario. Es cierto, como lo afirma la recurrente, que los actores demandaron a la Sra. Susana Raquel Giacomodato por su obrar negligente e imprudente (art. 1109 Cód. Civil), y a la Provincia de Río Negro en cuanto la accionada es su dependiente y habría cometido el hecho dañoso en ejercicio y en ocasión de sus funciones (art. 1113 Cód. Civil). Pero ello no implica que el juzgador -en la medida que no altere los presupuestos de hecho- quede atado a esa calificación jurídica para juzgar la atribución de responsabilidad a esta última; máxime considerando que la hipótesis bajo juzgamiento admite a su respecto diversos factores de atribución. Por otro lado, en el recurso no se precisan cuáles fueron las defensas que se vio privada de oponer y las pruebas se le impidió aportar a raíz de la nueva calificación jurídica formulada por la Cámara a-quo. Ello, agrego, en un caso que ha sido materia de un arduo debate, no solo en las presentes actuaciones, sino también en sede penal; y en donde el conflicto se circunscribió a establecer cuál de las distintas áreas del hospital (consultorio externo o guardia de pediatría), demoró la decisión de internar al menor en pediatría para una mejor///.- ... En definitiva, no está en tela de juicio que la llamada “litis contestatio” o “relación procesal”, es el fundamento y principio del juicio; pero si se alega que el sentenciante ha vulnerado el principio de congruencia, es imperioso demostrar que se han alterado los presupuestos de hecho de la causa, cuestión que ... no se ha acreditado en estos autos. No desconozco que un sector de la doctrina estima que la “causa” de la pretensión procesal debe ser descompuesta en “hecho” e “imputación jurídica”,

entendiendo por esta última los argumentos de imputación o remisión a normas legales que contemplan distintos supuestos de responsabilidad (v. Alvarado Velloso, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera parte, pag. 104, Edit. Rubinzal Culzoni); y desde esta óptica quizás podría ser atendible el agravio de la demandada provincia de Río Negro cuando sostiene que se ha vulnerado el principio de congruencia. Sin embargo, según lo entiendo -siguiendo al profesor Lino Palacio- la causa de la pretensión no debe ser confundida con los argumentos de hecho expuestos por el actor ni, mucho menos, con la norma o normas jurídicas por él invocadas. “El Juez, en efecto, debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para ello le es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión, desde que es consubstancial a la función decisoria la libertad en la elección de la norma o normas que conceptualizan el caso (iura novit curia)... No es por lo tanto la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico. La circunstancia de que una pretensión por indemnización de daños y perjuicios v.gr. se haya fundado en las normas relativas a la culpa aquiliana (art. 1109 del Cód. Civ.), no impide que la sentencia haga lugar a la pretensión con fundamento en el régimen de la responsabilidad contractual (art. 184 del Cód. de Com.), por cuanto, en tal hipótesis, la causa de la pretensión se halla representada por el hecho dañoso y no por el punto de vista jurídico a través del cual el actor lo ha invocado” (Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, Tomo I, pags. 388/389, Edit. Abeledo Perrot). ... De allí que, en mi opinión, no vulnera el principio procesal de congruencia la sentencia que, sobre la misma plataforma fáctica, condena a la responsable del sistema de salud pública adoptando otro fundamento normativo. 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).-

En el contexto aludido de la intervención quirúrgica que ha motivado el presente proceso; implicaría una impropia segmentación entender que el juez debe analizar la

cuestión con tal retaceo; ya que los supuestos riesgos implícitos en la intervención quirúrgica no resultan ajenos al encuadre fáctico del caso.-

No obstante, en el caso no se justifica el planteo, puesto que no comparto que las codemandadas hayan omitido introducir la cuestión en la etapa postulatoria y por caso, basta con reparar en la contestación de la demanda de la Clínica Roca, en el pasaje de fs. 353 vta./354; cuando en el capítulo V, en el cual dicha parte relataba lo que a su juicio se correspondía con la "Realidad de los hechos"; textualmente se sostenía allí que "... En efecto, el día 13/02/2005, el Sr. Fantini y la Sra. ... , quien suponemos es su actual pareja (habitan en el mismo domicilio) fueron informados de la naturaleza de la intervención, los esperados beneficios y complicaciones, así como las molestias concomitantes y riesgos que podían producirse. El Dr. Binstein evacuó todas las dudas del paciente. El paciente reconoció que no se le daban garantías ni seguridades respecto de los resultados de la operación ...".-

Propongo entonces rechazar el agravio.-...

En este expediente, que ha acumulado seis cuerpos; no se advierte que la codemandada se haya abstraído de sus cargas probatorias; como tampoco cabe el reproche al actor.-

En un proceso como el que convoca, en el que se ventila una cuestión relacionada con las pretendidas consecuencias de una intervención quirúrgica compleja; la pericia médica tiene reservado un rol preponderante en cuanto a la dilucidación de la verdad material de la contienda; sin perjuicio del rol complementario que cabe asignar a las testimoniales, entre las demás pruebas que hacen al plexo probatorio obtenido.-

En el caso, y más allá de la documental recopilada, se ha sometido a la valoración un dictamen médico privado, presentado por la actora; y especialmente, se han producido dos pericias médicas -por parte del Dr. Ambroggio y por el Dr. Quiroga-, en cuyo marco hubo lugar para pedidos de explicaciones e impugnaciones; sin perjuicio que a instancia de este cuerpo también se han proporcionado explicaciones en la audiencia del 17 de mayo de 2.017, a fs. 1.370 y vta.-

En la Revista de Derecho de Daños 2016-3-"Responsabilidad de los profesionales", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 20 de enero de 2.017, pág. 337 y siguientes; ha publicado un artículo -"Responsabilidad civil de los médicos"- el doctrinario Rubén Compagnucci de Caso; quien ha expresado que "... En el caso de los profesionales , o en este supuesto concreto de los médicos, la obligación -en la mayoría de los supuestos- tiene como contenido "prestar los servicios sobre la base de los conocimientos científicos que posee o debe tener, poniendo en su actividad todo el cuidado y diligencia que la misma

requiere. De esa forma lo indicaba el artículo 512 del Código Civil y hoy lo reitera el art. 1.724 del nuevo Código Civil y Comercial, todo adecuado y conforme a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar. Por ello y a modo de síntesis, es posible afirmar que la prestación debida por el médico, es de "conducta debida, medios o actividad", salvo los casos excepcionales donde se puede exigir una de "fines o resultado. Y lo más trascendente es que la clasificación refleja su importancia en cuanto a la manera de juzgar el incumplimiento, ya que, como lo entiende la mayoría de la doctrina, en las obligaciones de fines le basta al acreedor demostrar que no se ha logrado el resultado, mientras que en la de medios, cuando se pretenda el resarcimiento, el actor debe acreditar la culpa en la actuación del demandado ...El nuevo Código Civil y Comercial, especialmente en el artículo 774, concordante con lo dispuesto en el artículo 1.768" en su primera parte, determina tres grados en la prestación de un servicio para el cumplimiento de una obligación de hacer. El primer inciso (a) da una significación de las de medios al considerar que se cumple mediante actividad y diligencias apropiadas, independientemente del resultado. En el segundo (b) se ubican las que algunos autores caracterizan como las de obtención de un resultado, sin lograr su eficacia, y por último las de fines plenos o resultado eficaz. Es evidente que, aún en la novedosa clasificación legal que incorpora dos categorías diferentes de obligaciones de resultado, en el caso de la responsabilidad profesional hay que ubicarlo en el inciso a, del artículo 774 ...".-

No obstante siempre vale considerar que como lo hace Jorge Mosset Iturraspe, en el artículo -"De la casualidad a la causalidad en la responsabilidad médica"- publicado en la página 7 y sgtes. de la revista "Responsabilidad de los profesionales de la salud" N° 2.003-3- Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 10 de diciembre de 2.003- que "Los médicos son concientes de la necesidad de convencer sobre la buena praxis: Se ha tomado conciencia acerca de que el proceso judicial es el camino adecuado en la búsqueda de la verdad; que el paciente "tiene derecho" a saber que es lo que ocurrió y que el juez sólo puede absolver o condenar, a la reparación de los daños, a partir del conocimiento del acuerdo celebrado para la prestación del servicio de salud, de la manera como se informó para lograr el consentimiento, y de los actos cumplidos en ejecución del contrato ...".-

Lo que acabo de reseñar, a mi modo de ver se puede amalgamar de manera consecuente con la normativa y posiciones doctrinarias y jurisprudenciales mayoritarias; en el sentido que si bien la carga probatoria, antes con el art. 512 y 902 del Código Civil y hoy con el art. 774, inciso "a" del Código Civil y Comercial; llevan al médico a probar

la actividad y la diligencia; desde la implicancia profesional, se exige la colaboración en la labor probatoria, y no se tolera ya la eventual indolencia ante el esfuerzo de la contraparte, menos posibilitada para tal cometido; más aún en juicios como el presente, de verdadera complejidad científica.-

No obstante reitero, en mi consideración; ninguna de las partes interesadas ha retaceado colaboración en ese sentido.-

Por lo tanto, y desde este aspecto, no considero relevante el agravio.-

8.- Los restantes agravios del actor, tal como antes los he detallado en el segundo capítulo de estos considerandos; apuntan a poner en crisis el fallo de primera instancia; tratando de utilizar en su provecho la interpretación que extrae de las pericias presentadas en autos -en especial la del Dr. Ambroggio-; con lo que pretende discutir aspectos sobre los que ha basado la magistrada su pronunciamiento.-

Esencialmente, no comparte que habiéndose constatado la lesión del nervio frénico, como también la relación de causalidad entre dicho resultado y la intervención quirúrgica; apunta también a que haya pasado desapercibido para la Jueza, que la mala praxis denunciada no solo reside en la lesión del citado nervio frénico -que no era un riesgo previsible en ese tipo de cirugía-; sino también en la inadvertencia a su respecto que no se hubo corregido en tiempo oportuno; relativizando la interrupción de la rehabilitación que le enrostra el grado; la incidencia en el cuadro juzgado, en relación con los factores predisponentes como el tabaquismo constatado y finalmente, lo relacionado con la incapacidad determinada por el Dr. Ambroggio, en relación a la última evaluación hecha por el perito Quiroga; dejando el actor abierta la posibilidad de valorar en subsidio, las secuelas incapacitantes y productoras de daño, con incidencia temporal; generados en todos estos años.-

9.- Tratar todos esos agravios, me llevan a retornar al encabezamiento del sexto considerando; en el que había expresado que a mi juicio el recurso de apelación de la actora debía rechazarse, confirmándose el fallo en cuanto ha determinado el rechazo de la demanda.-

Corresponde entonces que brinde los fundamentos sobre los que descansa mi postura.-

En primer lugar, luego de analizar los seis cuerpos a los que ha dado lugar la tramitación del caso; entiendo que el reclamo no hace justicia al tratamiento que se le ha dispensado por los codemandados al actor.-

El reproche de mala praxis se queda en un segmento, que es el de la lesión del nervio frénico -cuyos efectos actuales se han superado, como más adelante se verá- en el

contexto de una cirugía que permitió superar un cuadro de salud complejo; resultando, entiendo provechosa la prestación del servicio brindado para la salud del actor.-

Cabe recordar que la intervención quirúrgica hecha a comienzos del año 2.005; se contextualiza con un cuadro de salud del actor de mucha complejidad; al que se presentó de urgencia, con tres arterias tapadas y con un cuadro previo de “tabaquismo mórbido”; que hizo imprescindible la cirugía cardíaca con riesgo de vida; y en cuyo marco, existían riesgos implícitos -como entre otros, el de la lesión al nervio frénico;- que finalmente se produjo.-

Sobre el particular, puede extraerse el punto de vista del perito médico interviniente, Dr. Daniel Ambroggio, quien en la respuesta a las explicaciones que le fueron solicitadas, ha respondido inicialmente a fs.1.061, que “... El mecanismo de la lesión del nervio frénico puede ser por sección, tracción o estiramiento del nervio, isquemia por la manipulación de la arteria mamaria interna, electrocauterización, o hipotermia debido al uso de hielo o soluciones frías de lavado pericárdico ... La lesión del nervio frénico es habitualmente detectada en el post operatorio. ”.-

En suma, hay relación de causalidad entre la intervención quirúrgica y la lesión del nervio frénico, más de los dichos del perito desprendo que es un riesgo posible, producido por alguna de las vías resultantes del párrafo precedente, que no se ha determinado con precisión en el caso, puntualmente cual ha sido y que se detecta -por su consecuencia- normalmente en el post operatorio.-

Por otra parte, a fs. 1.069 sostuvo que “... reitero lo ya manifestado en el trabajo pericial, en cuanto a que en todo post operatorio de cirugía cardiovascular, la incidencia de complicaciones oscila entre el 2.6 y el 13 % e incluyen: ..., lesión del nervio frénico ... Sin desmedro de lo expuesto en el trabajo pericial, reitero mi opinión de que la lesión del nervio frénico es un riesgo de la cirugía coronaria de revascularización, las intervenciones de by pass coronario se hacen todos los días en nuestro país y en el mundo y son en general seguras y salvan vidas, sin embargo como otras intervenciones quirúrgicas existen riesgos y son los mencionados en el trabajo pericial oportunamente presentado ... 2.-) ...cabe aclarar que estimo y reitero, la intervención quirúrgica se encontraba indicada, la misma fue realizada con éxito y ello permitió salvar la vida del paciente y el post quirúrgico fue a mi entender correcto; lo sucedido en la persona del actor fue un riesgo posible y que lamentablemente sucedió como en otras tantas cirugías de este tipo ...”.-

Sin perjuicio de la ratificación en torno al porcentaje de incapacidad determinado, no

advierdo entonces reproche posible de mala práctica a partir de este trabajo pericial.- Reitero entonces; no ha quedado determinado en el caso el modo en que se produjo esa lesión; pudiendo haber sido por un corte del bisturí, como también como consecuencia del proceso de enfriamiento aplicable en el caso o del estiramiento o de la tracción; no siendo objetable que se haya detectado en el post operatorio; siendo por lo demás, una consecuencia posible del tipo de intervención; más sin dejar de advertir que su implicancia negativa no debe ser comparada sino con el beneficio resultante de la intervención quirúrgica realizada; que salvó la vida del actor, teniendo en cuenta el delicado cuadro precedente con el que arribó, al año 2.005.-

Si a esto le sumamos, que ninguno de los peritos cuestiona el arte de la intervención médica, ni tampoco su pertinencia para el caso y que el paciente por su propia voluntad decidió interrumpir la rehabilitación en forma abrupta e inconsulta con el equipo que lo había intervenido; se explica en parte el resultado del juicio.-

No cambia la conclusión, si observamos los contenidos de la pericia médica presentada por el perito especializado en cirugía cardiovascular, Dr. José María Quiroga -fs. 1.095/1.114- quien en su transcurso ha sostenido que "... De acuerdo a los datos recabados de la historia clínica tratamos, en ese momento -13/02/05- de un paciente masculino de 47 años de edad, con antecedentes de tabaquismo severo, hipertensión arterial y dislipemia ... Se confirma finalmente el diagnóstico de certeza, cuando se le realiza una cinecoronariografía el 26-01-05. Esta informa que el paciente es portador de una enfermedad cardíaca grave. En este estudio se informa que las tres arterias coronarias tienen estrecheces severas e incluso una de ellas está totalmente obstruida... Es por eso que una vez diagnosticado este tipo de enfermedad ..., es mandatorio su tratamiento quirúrgico a la brevedad, mediante la realización de varios by pass coronarios ... la lesión frénica ... no estaban presentes antes de la cirugía ... -fs. 1.113- En la evaluación de riesgo beneficio previa a la cirugía, si el equipo médico decide que el paciente debe ser operado es porque el beneficio potencial futuro es sustancialmente mayor que el riesgo ... Las complicaciones de la cirugía cardíaca en general y de la cardiovascular en particular pueden ser muchas ... falle respiratoria (entre ellas las causadas por parálisis o paresia del nervio frénico ... -fs. 1.108- Los pacientes críticos como el Sr. Fantini deben realizar rehabilitación de distintas formas de modo continuo y definitivo (de por vida), desde el momento mismo en que se diagnostican las enfermedades que lo aquejan. Mas aún si debió ser sometido a una cirugía coronaria ... Si bien consta que parte de ese plan se cumplió, el paciente relató haber abandonado la

rehabilitación que había realizado en un centro de la ciudad de General Roca, al poco tiempo de iniciada, por su propia voluntad y sin mediar una causa concreta que lo justificara. A la fecha el paciente se encuentra aún con sobrepeso y sin un plan de rehabilitación organizado por profesionales de la salud, aunque en el interrogatorio médico por mí realizado (1-11-12) el Sr. Fantini relató que hacía caminatas de 5.000 metros todos los días. Esto último demuestra que posee un mínimo de buen estado físico y una aceptable capacidad aeróbica ... - fs.1.110- Para completar el análisis de este estudio debemos comprender que si una persona es capaz de caminar 6 minutos en forma ininterrumpida, y recorrer en ese tiempo una distancia de 640 metros, no padece ningún problema circulatorio, ventilatorio, ni respiratorio importante ... -fs. 1.112- ... Para terminar este punto y respondiendo a la última parte de la pregunta es que nos basamos en los últimos estudios hechos al paciente. Sin lugar a dudas los resultados de estos apuntan a que el Sr. Fantini puede realizar prácticamente cualquier tipo de actividad habitual para un paciente de su edad, y teniendo en cuenta sobre todo sus antecedentes previos a la cirugía (hipertensión, dislipemia, sobrepeso y tabaquismo). Desde el punto de vista cardiovascular y basado en el último estudio de función y perfusión cardíaca, se infiere, que no tiene limitantes de importancia, ya que los resultados fueron normales ...”.-

En suma, y sin perjuicio de los cuestionamientos recibidos a tales trabajos periciales, que no ponen en crisis sus contenidos; en lo substancial, dejan a las claras que -en mi convicción-, no hay margen para sustentar una condena.

10.- Por todas estas razones, dejo fundado este voto, que de ser compartido, debiera culminar en la resolución del rechazo del recurso de apelación del actor, con costas a su respecto en función del art. 68 del C.P.C. y C.;...”

2.-No comparto el alegado desvío de la congruencia invocado por la actora en sus agravios compartiendo lo expuesto en el voto antes transcripto y exponiendo mis razones.

Se lee en la sentencia recurrida en lo que entiendo un adecuado desarrollo:

“...II. Que los presentes vienen a mi despacho luego de haber sido declarada nula por la Exma. Cámara, la sentencia dictada por el juzgado antecesor.-

Que en dicho pronunciamiento la Exma. Cámara dispuso la remisión a este juzgado para el dictado de una nueva sentencia "con estricta sujeción al relato fáctico expuesto en la demanda y contestación, así como las defensas articuladas en esta".

Que siguiendo los lineamientos dispuestos por la Exma. Cámara procederé a analizar

los relatos expuestos por los intervinientes, tanto lo requerido por la parte actora, como así también las defensas planteadas en las respectivas presentaciones.-

III. Demanda:

Manifiesta el actor que su vida se desarrollaba normalmente, trabajaba arduamente, realizaba actividades físicas y deportivas en forma constante y programada, tenía una vida social relevante.-

En diciembre de 2004, se realiza un control de rutina y le detectan problemas cardíacos y se le sugiere la consulta a un especialista.-

Por esa situación concurre al Hospital de General Roca, donde se dispone la práctica de estudios específicos y su derivación por la complejidad del mismo.

Es derivado a la Clínica Roca, donde se le efectúa un estudio específico (Coronariografía) el día 26 de enero de 2005 y por el resultado del mismo se aconseja una intervención quirúrgica.

El 13 de febrero de 2005 se interna en a Clínica Roca se realiza los estudios prequirúrgicos sin que se advierta ninguna alteración pulmonar o diafragmática, y al día siguiente se le practica una intervención de By-pass aortocoronario, luego de la cual ingresa a terapia intensiva.

Que encontrándose en terapia intensiva en pos operatorio se observa una elevación del hemidiafragma izquierdo con dilación gástrica.-

Que el 17 de febrero presenta tos y leve disnea, sin que esa situación sea motivo de análisis o preocupación de los profesionales actuante y lo pasan a sala general permaneciendo internado hasta el día 21 de febrero de 2005.

Ya dado de alta, tiene dificultades respiratorias y concurre a los primeros controles con el dr. Binstein, señalándole que se agita y tiene dificultad para respirar, a lo que le manifiestan que los inconvenientes son propios de la evolución post-operatoria.

Pasado algún tiempo y sin mejorías se dirige al hospital y continúa se atención con el cardiólogo que lo trata inicialmente.-

Las dificultades persisten y en el hospital se le indica un tratamiento de rehabilitación que realiza en Adanil.

Ante la subsistencia de los síntomas se le ordenan en el hospital estudios que detectan una parálisis diafragmática.-

En definitiva lo que dice y por lo que reclama el actor:

- Que en ocasión de la cirugía se ha lesionado el nervio frénico.-
- Que la lesión es de importancia y no puede ser reparada.-

- Que a raíz de la práctica quirúrgica tiene una parálisis diafragmática severa, lo que le determina de por vida una insuficiencia respiratoria y ventilatoria que lo limita para deambular y para cualquier actividad física, exponiéndolo a riesgos ante cualquier posible infección o enfermedad futura, al tener un pulmón completamente inactivo.-

Que "ha quedado con secuelas psicofísicas invalidantes a consecuencia de la intervención quirúrgica coronaria efectuada el día 14 de febrero de 2005, tratándose de una lesión del nervio frénico del lado izquierdo con una parálisis del hemidiafragma homolateral ..." (informe médico pericial que adjunta).-

Puntualmente en el punto IV. de su escrito de demanda, bajo el título "Responsabilidad Médica", realiza la imputación de responsabilidad, indicando los puntos específicos sobre los que se sustenta la misma, que resultan los siguientes:

- A raíz del hecho quirúrgico se lesiona el nervio frénico.-
- El hecho que no es ni siquiera advertido por el cirujano.-
- La practica realizada no prevee el riesgo.-

IV. A continuación procederé a tratar las respectivas contestaciones, a modo de resumen, extrayendo los planteos mas relevantes que hacen a la controversia.

IV.b) Clínica Roca S.A.: Al contestar la demanda (fs. 350), luego de la negativa de estilo, formula las siguientes postulaciones:

- No fue lesionado el nervio frénico en la cirugía.
- No hubo el descuido ni la negligencia invocada por el actor.
- Binstein procedió con pericia y prudencia.
- Fantini incumplió el deber complementario de seguir con el tratamiento.
- Culpa de la víctima que irrumpe el nexo de causalidad.
- De poseer fallas el actor se debe a su condición de fumador y no a la cirugía.

IV.c) Noble SA Aseguradora de responsabilidad profesional: Al contestar la demanda (fs. 403), luego de la negativa de estilo, formula las siguientes postulaciones:

- No se dan los requisitos o presupuestos para la responsabilidad: 1. Antijuridicidad, 2. Relación de causalidad, 3. Imputabilidad, 4. Culpa: Imprudencia, impericia, negligencia, incumplimiento de los deberes a su cargo y daño.

IV. d) Binstein Javier: Al contestar la demanda (fs. 455), luego de la negativa de estilo, formula las siguientes postulaciones:

- Inexistencia de nexo causal.
- Obligación de medios del profesional.-
- El tratamiento indicado corresponde a la conducta esperada de un personal médico en

circunstancia de tiempo, persona y espacio en el cumplimiento de su contrato de prestación de servicio para la atención que dispensaba el caso.

- Obró en forma oportuna y con buena praxis médica.
- Para la procedencia de la acción se tiene que probar: Dolo, culpa grave y negligencia o impericia, que niega de su parte.

IV.e) Instituto del Corazón de General Roca : A fs. 500, se presenta y luego de realizar la negativa de estilo, postula:

- Falta de relación sustancial con Binstein y Fantini.
- Falta de responsabilidad médica.
- Obligación de medios del profesional. Carga de la prueba de quien la invoca.

IV.f) Seguros Médicos SA: Al contestar la demanda (fs. 539), luego de la negativa de estilo y cuestiones sobre la cobertura asegurativa, no realiza postulaciones respecto a los hechos, limitándose a formular cuestiones de derecho e interpretación, tales como:

- Responsabilidad Médica es de neto corte contractual
- Obligación de medios.
- Principio de discrecionalidad.
- Limitaciones a la ciencia médica.
- Daño resarcible, concepto de culpa y carga probatoria.

V. Considerando las postulaciones efectuadas por todas las partes intervinientes en el proceso, puedo sintetizar que la litis ha quedado trabada sobre las siguientes postulaciones:

Reclamo por mala praxis médica, en ocasión de una intervención quirúrgica, que le ocasionara una lesión del nervio frénico, que no fuera advertida por el profesional, en una práctica que no posee riesgo; por el otro lado tenemos las distintas defensas que niegan la postulación de la parte actora e invocan principalmente:

- Que no se produjo la lesión del nervio frénico en la cirugía.
- Que no hubo mala praxis médica.-
- Falta de relación de causalidad entre el hecho dañoso que se reclama y el actuar del profesional médico.-
- Falta de presupuestos para la responsabilidad.

Que sobre estas bases, la imputación de responsabilidad del actor y las premisas que se extraen de los distintos planteos efectuados por los demandados y citados en garantía, continuaré con el análisis de la prueba, para luego continuar, si correspondiere, con las demás postulaciones invocadas a fin de poder concluir si se dan los presupuestos para la

responsabilidad médica invocada...

Deberé entonces bajo estas premisas establecer en primer lugar si existió responsabilidad del médico, para continuar luego en su caso por los co-demandados.

Es sabido 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 Cupa 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)."

Como lo resaltara al detallar los puntos por los cuales la parte actora imputa responsabilidad médica, expresamente indica que: "la practica no posee riesgo", circunstancia que he de indagar.

En consecuencia, es necesario, determinar el tipo de intervención quirúrgica, el procedimiento y los riesgos de la misma, para poder entonces determinar si la lesión es producto de una falla en el actuar profesional o una consecuencia posible de la intervención quirúrgica y/o de alguna otra circunstancia.-

A fs. 1023, el perito médico Daniel Ambroggio, luego de explicar el cuadro que padecía el actor, indica que es operado por el dr. Binstein en la Clínica Roca SA, el día 14/02/2005, cirugía en la cual se le realiza un by-pass coronario mas puente venoso aortocoronario; permaneciendo hasta el 21/02/2005 cuando el Dr. Binstein le da el alta médica informando que el paciente se encuentra estable y debe continuar con tratamiento ambulatorio.-

A fs. 1023 vta. este experto, explica en que consiste la operación, indicando lo siguiente: "Las arterias pueden obstruirse...el citado by-pass permite mejorar el flujo sanguíneo al corazón creando una nueva ruta o derivación alrededor de una sección obstruida o dañada de la arteria. Durante la citada intervención quirúrgica, se incide o se divide el esternón, se detiene el corazón y la sangre circula por una máquina de circulación extracorpórea, la circulación se mantiene bajo el control visual directo. El cirujano expone la superficie del corazón parado y sutura el injerto previamente extraído de una pierna del propio paciente (by-pass de vena safena) o del tomas (by-pass de arteria mamaria) a la coronaria.. Una vez realizadas las conexiones, se restablece la circulación y se cierra el torax".

El Dr. Quiroga por su lado, en el informe pericial indica: "Esta cirugía, llamada "cirugía coronaria" o "Cirugía de revascularización miocárdica" fue la que realizó el Dr. Binstein. Durante la misma se utilizó hipotermia (disminución inducida artificialmente de la temperatura corporal). Este método se utiliza con el fin de proteger el tejido muscular cardíaco. Al disminuir la temperatura de este músculo, disminuye el metabolismo y como consecuencia de esto disminuye el consumo de oxígeno por las células. Todo esto se entiende partiendo de la base de que el oxígeno que es transportado por la sangre llegaba en cantidades menores a las normales debido a las múltiples obstrucciones arteriales coronarias. Esta técnica se lleva a cabo de dos formas. Una forma es la hipotermia sistémica (en todo el cuerpo) a través de la infusión de sueros fríos y de la bomba de circulación extracorpórea que es una especie de corazón externo artificial encargado de oxigenar y hacer circular la sangre durante los pasos de la cirugía en que se necesita para mantener el corazón parado. La otra forma de protección del músculo cardíaco por hipotermia, es la local, y se consigue colocando hielo estéril molido alrededor del corazón".

Hasta aquí, sabemos que el actor padeció de una lesión, que la misma fue en ocasión de la cirugía. Tenemos desarrollado por los expertos el tipo de cirugía a la que se sometió el actor, restando determinar si la cirugía era la correcta y si se realizó en forma correcta y como lo postulara la actora "no posee riesgo".-

Al respecto entiendo que ha sido determinante el dr. Quiroga a fs. 1100, cuando manifiesta: "La indicación de la cirugía para el tratamiento de este paciente fue la correcta de acuerdo con a bibliografía mundial. La táctica y la técnica fueron las correctas, para este paciente en particular y en la fecha en que se lo operó. Se le realizaron tres by-pass, o sea uno a cada arteria coronaria enferma, dejando al miocardio

nuevamente bien irrigado. Los estudios posoperatorios para evaluar la perfusión (irrigación del músculo cardíaco son normales a la fecha. Esto indica que los tres by-pass realizados en dicha cirugía permanecen permeables y con adecuado funcionamiento en la actualidad".-

Concluye en este punto el experto diciendo "... no cabe duda que el Dr. Binstein procedió conforme a las normas del buen arte médico al intervenir quirúrgicamente, y en cómo lo hizo, al sr. Fantini".

También el dr. Ambroggio se refirió al respecto a fs. 1026 vta. punto 4 "Estimo que la táctica y la técnica quirúrgica fueron correctas y acordes a la dolencia del actor" y a fs. 1024 quinto párrafo infine, también expresó: "... es mi opinión y sujeta al mejor criterio de V.S. el tratamiento fue el correcto".

En este estado donde claramente se han expedido los expertos sobre el actuar del médico demandado, y que pese a las críticas realizadas a dichos informes no han podido desvirtuarse las fuertes conclusiones, corresponder continuar con otra de las imputaciones efectuadas por la actora, en este caso: "Si la practica posee riesgo".

Al respecto el Dr. José María Quiroga, en su informe pericial refirió concretamente a la cirugía coronaria, describiéndola como una intervención "de gran envergadura" por lo que implica.

Hace referencia a la evaluación previa de riesgo beneficio, y que si se decide que el paciente debe ser operado es porque el beneficio potencial futuro es potencialmente mayor que el riesgo.

Concretamente indica que "las complicaciones de la cirugía cardíaca en general y de la coronaria en particular pueden ser muchas. Dentro de las complicaciones inmediatas se encuentran: sangrado posoperatorio, arritmia, infarto miocárdico, accidente cerebro vascular, falla cardíaca, falla respiratoria (entre ellas las casadas por parálisis o paresia del nervio frénico) falla renal, paro cardiorrespiratorio, paro respiratorio, etc. Incluso derivado de algunas de estas puede ocurrir la muerte del paciente, ya sea dentro de la sala de operaciones, en la unidad de terapia intensiva e incluso con el paciente ya Internado en salas de menor complejidad. También pueden darse complicaciones tardías o mediatas que ocurren con el paciente ya dado de alta".

Este mismo perito al contestar el punto siguiente de su informe pericial (punto 9, fs. 1104) puntualmente se indica "la falla diafragmática, y por ende la alteración respiratoria que esto puede provocar, causada por lesión del nervio frénico se encuentra dentro de las posibles complicaciones de esta cirugía, como se detalló en el punto

previamente desarrollado".

Claramente con lo hasta aquí expresado por el experto se puede concluir que el padecimiento por el cual reclama la actora es producto de un riesgo propio de la intervención quirúrgica llevada a cabo por el médico demandado.-

Refuerza mi convicción al respecto, el informe del perito médico Dr. Daniel Ambroggio, quien a fs. 1061 de su informe expresó: "La técnica operatoria del caso de autos no se encuentra exenta de complicaciones, como la neuropatía frénica que se observa en ocasiones (como en el caso de autos) durante el posoperatorio de este tipo de cirugías".

Asimismo este mismo experto a fs. 1024, indica al respecto "...todo by-pass coronario, es factible de una serie de complicaciones en el pos-operatorio y que se deben por lo general a la circulación extracorpórea, pueden ser las siguientes: disfunción neurológica..., disfunción pulmonar, insuficiencia renal, sangrado..., deterioro temporal de la función cardíaca). Es por todo lo expuesto, que se debe tener muy en claro que las intervenciones de by-pass coronario, ...como con otras intervenciones quirúrgicas, existen riesgos que son los mencionados anteriormente".

Continúa diciendo el experto: "...estimo que el hecho de que el paciente presentara en su pos-operatorio normal un cuadro de derrame pleural izquierdo y atelectasias laminares, era una posible complicación, que estimo fue tratada y estudiada y que podría haberse debido a una disfunción respiratoria propia de la cirugía o bien a una afección del nervio frénico por los factores mencionados, en ambas posibles etiologías...".

Con respecto al hecho imputado al demandado sobre que "no fue advertida la lesión", considero que no resulta pasible de responsabilidad del profesional.-

Tal como lo describieran los profesionales intervinientes en los informes periciales realizados en autos, al actor se le efectuó una cirugía que era la empleada por muchos cirujanos cardiovasculares en nuestro país y en el exterior en la fecha en que el paciente fue operado.

De los respectivos informe, puede claramente extraerse que la lesión por la que reclama el actor no ha sido por una negligencia del profesional interviniente en la intervención.-

Ambos expertos coinciden en el tipo de cirugía que se le practicó "cirugía coronaria de revascularización", procedimiento que se realiza con hilo alrededor y sobre el corazón para proteger el músculo cardíaco.-

Al respecto de esta intervención, ambos especialistas han coincidido en una posible relación entre el procedimiento y la lesión del nervio frénico, pero de lo que surge de

sus informes claramente puede concluirse que tal lesión no pudo ser advertida por el profesional.-

Concluyo en tal afirmación, por lo dicho por el Dr. Ambroggio en su informe pericial al referirse a la lesión del nervio frénico: "...en este caso en particular es una lesión posterior a la cirugía cardíaca practicada y como una complicación posible de la misma" (ver fs. 1024 vta. tercer párr. última parte).

Explicó también el experto el porcentaje de incidencia de complicaciones en todo post-operatorio de cirugía cardiovascular, indicando que: "oscila entre el 2.6 y el 13% e incluyen: plexopatía braquial, neuropatía en el territorio de la safena, neuropatía peronea, mononeuropatía ulnar, lesión del nervio frénico, parálisis del nervio laríngeo recurrente, neuropatía sensitiva radial, neuropatía facial o síndrome de Horne 9, Cabe informar que en todo by-pass coronario, es factible una serie de complicaciones en el post-operatorio y que se deben por lo general a la circulación extracorpórea...".

En este estado considero que puedo asegurar que no ha existido responsabilidad en el actuar profesional de médico demandado, en la forma planteada por la actora.-

Considero que se ha acreditado en debida forma, que:

- Ha cumplido el profesional, con la obligación a su cargo, dado que como lo manifestaran los peritos: "La táctica y la técnica fueron las correctas" (dr. Quiroga); "...la táctica y la técnica quirúrgica fueron correctas y acordes a la dolencia del actor..." y "el tratamiento fue el correcto" (Dr. Ambroggio), consecuentemente con estas afirmaciones quedan corroborados también los siguientes presupuestos de defensa:

- No hubo el descuido ni la negligencia invocada por el actor.
- Obró en forma oportuna y con buena praxis médica.

Y como lo indicaran en uno de los presupuestos planteados en la defensa: "Para la procedencia de la acción se tiene que probar: Dolo, culpa grave y negligencia o impericia", corresponde destacar que, no solo no surge de la prueba aportada dolo, culpa grave y negligencia o impericia, sino que quedó acreditado el actuar médico dentro del marco de las obligaciones a su cargo.-

Que confirmadas las posiciones detalladas de los demandados y reiterando el precepto mencionado en este caso citando a la Cámara de Cipolletti en autos: "ELVAS KATYA ROCÍO C/ MATHUS NESTOR ARTURO Y OTROS S/ ORDINARIO\\\" (Expte. N° 2542-SC-14) (30/12/2014 sentencia: 48) que se expresara de la siguiente manera: "No es ocioso recordar que los jueces no tienen la obligación de expresar en su sentencia una valoración de todas y cada uno de las pruebas producidas, sino únicamente de aquellas

que consideren esenciales y decisivas para decidir en la causa, pudiendo preferir el valor de unas por sobre otras, o descartar las que no le generen la convicción suficiente (vid. SCBA, C. 85.552, sent. del 22.08.2007; id. C. 90.630, sent. del 27.02.2008, entre muchas), conforme lo establece expresamente el art. 386 del CPCC, siendo la regla la apreciación del plexo probatorio conforme al sistema de la sana crítica. Esa máxima corre tanto para el juzgador de grado, como también para esta alzada a la hora de tratar los presentes agravios". Considero que con los elementos valorados, la presente acción ya no puede prosperar.-

Consecuentemente no habiéndose tratado de una negligencia, impericia o imprudencia del médico interviniente y tratándose de una obligación de medios la que se encontraba a su cargo, es que considero que la demanda no puede prosperar..."

Claramente la cuestión debatida acerca de si la operación realizada al actor entrañaba o no riesgos, y en particular el riesgo producido, fue postulada por dicha parte al demandar (ver fs. 173) en donde sostuvo:

"IV.-Responsabilidad médica: La responsabilidad del médico actuante en el caso surge palmaria, a raíz del hecho quirúrgico se lesiona el nervio frénico, hecho que no es siquiera advertido por el cirujano cardiovascular, la práctica realizada no prevé ese riesgo" (el resaltado me pertenece).

A su turno, el médico interviniente al contestar la demanda niega que la practica quirúrgica practicada no tuviera riesgos (ver fs. 456, negación 42).

Por lo demás los demandados al contestar la demanda sostuvieron, respectivamente:

"... En efecto, el día 13/02/2005, el Sr. Fantini y la Sra. ... , quien suponemos es su actual pareja (habitan en el mismo domicilio) fueron informados de la naturaleza de la intervención, los esperados beneficios y complicaciones, así como las molestias concomitantes y riesgos que podían producirse. El Dr. Binstein evacuó todas las dudas del paciente. El paciente reconoció que no se le daban garantías ni seguridades respecto de los resultados de la operación ..." (Clínica Roca S.A. ver fs. 353 vta. y 354, "IV.-Realidad de los hechos".)

"Visto estos antecedentes, se decide revascularización miocárdica quirúrgica (by-pass coronario) debido a la gravedad de las lesiones. Le explico al paciente la importancia conducta sugerida, ya que de lo contrario su vida correría severos riesgos de vida (infarto de miocardio, insuficiencia cardíaca, muerte súbita), más que padecía un sufrimiento cardíaco que databa de tres meses, además de explicarles los riesgos del procedimiento quirúrgico y eventuales complicaciones" (Binstein ver fs. 458, "IV.-

Realidad de los hechos”). . En consecuencia, es claro que la propia actora ha postulado en forma expresa que la operación que se le realizara no preveía como eventual riesgo la lesión del nervio frénico y que las demandadas explicitaron al mismo los riesgos que importaba la operación y sostuvieron la existencia de riesgos. Y precisamente en base a esa postulación -y su negación- es que ofrecen los puntos de pericia médica tanto el actor (fs. 577 y vta., puntos 5 y 22) como el médico demandado (fs. 565 vta., puntos 8 y 9), puntos de pericia que no han sido cuestionados por sus contrincantes precisamente en el entendimiento de que formaban parte de los hechos de la controversia.

Ese es el marco de los hechos invocados por las partes en los escritos de demanda y contestación (arts. 330, inc. 4º y 356, inc. 2º CPCyC), hechos constitutivos, controvertidos y objeto de prueba (art. 364 CPCyC). Asimismo es el marco o límite de la congruencia que debe guardar lo decidido con la materia sujeta a decisión (arts. 34, inc. 4º, 163 y 164 del CPCyC) por las partes.

El autor GUILLERMO JORGE ENDERLE, en su obra "La congruencia procesal", con prólogo de Jorge Peyrano, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, expone con toda claridad acerca del principio dispositivo en la página 23:

"...2.El principio dispositivo

Conceptualmente, el principio dispositivo pivota alrededor de las partes, como verdaderos actores dentro del proceso, proporcionando el material y fundamento para llegar a la sentencia poseyendo, en consecuencia, facultades para iniciarlo, fijar los hechos concernientes al objeto, desarrollarlo y poder renunciar a distintos actos, limitando las funciones del juez a la dirección y decisión del conflicto, no pudiendo este conceder, negar o alterar algo que no le haya sido solicitado.

Pero no se trata solo del hecho exterior de que el proceso debe ser iniciado por la parte: es la estructura misma de la acción, su esencial bilateralidad, por la cual, al decir de Satta, la exigencia de juicio se plantea en términos de contradicción, entre dos posiciones jurídicas, y por ende entre dos sujetos, lo que hace dispositivo al proceso..."

Dentro del principio dispositivo formal o procedimental, encontramos lo que el autor antes citado denomina en la obra cita, páginas 31 y 33, aporte del sustrato fáctico:

"c) Aporte del sustrato fáctico

En este enclave advertimos otro de los soportes estructurales de la regla dispositiva y que se halla dada por ser las partes las que proporcionan los hechos esenciales o constitutivos de la causa petendi -fundamento de la pretensión u oposición- y, consecuentemente, del thema decidendum.

Esta carga de afirmación de parte comprende el desarrollo de una alegación fáctica, o sea la afirmación o negación de la existencia de un hecho o hechos sustanciales que sirven de apoyatura a una determinada petición, y de la que se pretende extraer una consecuencia jurídica. Vinculado a ello, surgen en orden a la exposición de los hechos las llamadas en doctrina "teoría de la sustanciación" -con presencia en los procesos de conocimiento- y de la "individualización", gravitando en los de ejecución.

La propia Corte Suprema ha señalado que: ...no resulta necesaria en esta etapa introductoria del proceso la descripción de todos los hechos, pero ese deber procesal es inequívocamente exigible respecto de aquellos presupuestos fácticos que constituyen los elementos esenciales de la relación jurídica invocada, respecto de los cuales el juez no puede sustituir la actividad de la parte, ni resultar de la prueba a producirse (Carlos Carli, La demanda civil, Lex, La Plata, 1980, p. 83; Díaz, Clemente A., La exposición de los hechos en la demanda, en La Ley, t. 83, p. 839). Estos hechos deben ser afirmados y narrados en forma total, íntegra, sin retaceos ni reticencias. Para los sistemas procesales que, como el nuestro, en el proceso escrito de cognición siguen la teoría de la sustanciación, no es admisible la "integración del hecho" en otro momento procesal que no sea la demanda. Caso contrario, el proceso se constituirá en un "juego de sorpresas" y se lesionaría el titulado deber de probidad (CSJN, 29-8-2006, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA y otros", en L.L. 2006-F-415 y L.L. Online)...

En consecuencia, por regla, la iniciativa en el ingreso de los presupuestos fácticos incumbe a las partes, por lo que el juez no podrá hacer mérito en su decisión de hechos esenciales no afirmados..."

En la pag. 34 de la obra ya citada se lee:

"...d) Delimitación del tema a decidir ("thema decidendum")

Esta exteriorización se halla íntimamente vinculada con el aspecto anterior, en orden a la facultad que tienen las partes de contornear la materia sobre la que ha de versar la materia litigiosa. Ella estará dada por la pretensión del demandante, con los hechos que fundamenta la misma, como objeto del proceso contencioso y los hechos que pueda alegar el demandado, sustentando defensas de mérito, y que definirán el objeto del debate..."

La autora GLADIS E. de MIDON, en su obra "La casación" (control del juicio de hecho), Editorial Rubinzal Culzoni Editores, pag. 471, dice:

"1.Hemos visto que el principio de congruencia impone la estricta correspondencia que

debe existir entre el contenido de las resoluciones judiciales y las peticiones - pretensiones y defensas- que conforman el *thema decidendum*. De suerte que un pronunciamiento jurisdiccional será congruente si emite juicio sobre todas, y nada más que sobre todas, las peticiones, y respetando los elementos de ellas (sujeto, objeto y causa).

Así; son decisorios incongruentes no solo los *citra* o *infra petitos* y los *ultra petitos*, sino también los *extra petitos* o salidos del tema. Denominación esta última que damos a las resoluciones que por modificar lo pretendido, haciendo sustituciones en su causa *petendi*, o en la persona que deduce o contra quien se deduce, o en su objeto inmediato o mediato, termina juzgando una pretensión distinta a la sometida a decisión. Por ello puede afirmarse que si el demandante modifica, altera o transforma todos, alguno o algunos de los elementos de la pretensión, hay mutación en la demanda, y si esa modificación, transformación o alteración la hace el juez, hay incongruencia *extra petita*."

Por último en lo que constituye doctrina legal obligatoria para este Tribunal (art. 42 Ley 5090), el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro ha dicho con toda claridad:

"La llamada "*litis contestatio*" que en la moderna doctrina ha sido reemplazada por la "*relación procesal*", es el fundamento y principio del juicio; esto es, la columna del proceso, base y piedra angular del juicio. Dicha relación procesal, con prescindencia de situaciones especiales, se integra con los actos fundamentales de la "*demanda*" y su "*contestación*". En tanto el primero de ellos determina la persona llamada a la causa en calidad de demandado, la naturaleza de la pretensión puesta en movimiento y los hechos en que ésta se funda (art. 330, Código Procesal), el segundo delimita el "*thema decidendum*" y concreta los hechos sobre los que deberá versar la prueba (art. 356, Código citado), quedando de tal modo precisada la esfera en la que ha de moverse la sentencia (arts. 34, inc. 4* y 163, inc. 6* del mismo cuerpo legal). Integrada la relación procesal, el Juez conserva sin embargo plenas facultades para determinar el derecho aplicable; porque su pronunciamiento debe decidir la viabilidad de las pretensiones deducidas en el juicio "*calificadas según correspondiere por ley*" (art. 163 inc. 6*, cit.). Esto es que, en tanto no se alteren los presupuestos de hecho de la causa, al Juez incumbe determinar el derecho aplicable, inclusive con prescindencia de los planteos efectuados por las partes, como lo resume el proloquio latino "*iuria curia novit*" (conf. Corte Suprema, Fallos: 273:358; 274:192, 459; 276:299; 278:313,346, entre muchos otros). Sin embargo, lo que no puede hacer el juzgador es, so pretexto de suplir el

derecho erróneamente invocado, introducir de oficio cuestiones o defensas no planteadas (Fallos: 300:1015; 306:1271, entre otros), o introducidas tardíamente. Bien se ha precisado que la facultad-deber de los Jueces de determinar el régimen pertinente - con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- “ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la oposición” (Fallos: 307:1487, La Ley, 1986-A, 363); principio que se complementa con la doctrina de base constitucional que establece que la sentencia, en materia civil, no puede exceder el alcance de lo reclamado en la demanda (Fallos: 256:363; 258:15; 259:40; 261:193; 262:195; 268:7, y muchos otros). Es por ello que si la demandada (y la citada en garantía) pretenden ampliar y/o modificar en el alegato y en la expresión de agravios los hechos argumentados en la contestación de la demanda como defensa al progreso de la acción, los Jueces no pueden, aún cuando considerasen que tales hechos tardíamente alegados reflejan la realidad de los acontecimientos sucedidos, alterar los límites de los presupuestos en la causa, pues de tal modo se violaría el principio de congruencia y la garantía constitucional de la defensa en juicio de la contraparte. Esto último es lo que ha ocurrido en autos, pues como esgrimiera la recurrente, la sentencia de Cámara, al fundar su decisión en los hechos recién invocados en el alegato y en la expresión de agravios, convalidó el intento de la demandada y la citada en garantía de trocar el verdadero alcance de las defensas introducidas por ellas en la contestación de demanda; olvidando que ya se había determinado el “*thema decidendum*”. La violación del principio de congruencia surge evidente del cotejo de la sentencia impugnada con la “*litis contestatio*”; esto es, con la relación procesal trabada en función de la pretensión de la actora (volcada en el escrito de demanda) que constituye el objeto del proceso, más la oposición de la demandada (contestación de la demanda) en cuanto delimitan ese objeto (ESCANCIANO Y RODRIGUEZ, Rubén Darío c/FELLEY, Carlos Alberto y Otra s/ORDINARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS) s/CASACION” Expte. N° 27014/14-STJ-, Sentencia N1 43 del 29/07/2014).-

Dicho criterio ha sido ratificado en un precedente más reciente:

“Lo que no puede hacer el juzgador es, so pretexto de suplir el derecho erróneamente invocado, introducir de oficio cuestiones o defensas no planteadas (Fallos:300:1015; 306:1271, entre otros), o introducidas tardíamente. Bien se ha precisado que la facultad/deber de los Jueces de determinar el régimen legal pertinente -con prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes- “ha sido reconocida en tanto no se modifiquen los elementos del objeto de la demanda o de la

oposición” (Fallos:307:1487, La Ley, 1986-A, 363); principio que se complementa con la doctrina de base constitucional que establece que la sentencia, en materia civil, no puede exceder el alcance de lo reclamado en la demanda (Fallos: 256:363; 258:15; 259:40; 261:193; 262:195; 268:7, y muchos otros).\n Es por ello que si cualquiera de las partes pretende ampliar y/o modificar los hechos argumentados en la demanda y/o en su contestación como sustento de sus posiciones, los Jueces no pueden alterar los límites de los presupuestos fácticos en la causa, pues de tal modo se violaría el principio de congruencia y la garantía constitucional de la defensa en juicio de la contraparte. Y claro está, mucho menos pueden los Jueces de oficio, considerar hechos no invocados ni probados por las partes como fundamentos de la sentencia.\n Y esto último es lo que ha ocurrido en autos, pues como esgrimieran los recurrentes, la sentencia de Cámara fundó su decisión en hechos o circunstancias no invocadas por ninguna de las partes, alterando las bases de hechos de la causa y con ello, el verdadero alcance tanto de las defensas introducidas en la contestación de la demanda del Sr. Painevil y su aseguradora, como la posición de la actora en sustento de su acción, soslayando el -thema decidendum- ya establecido.\n La violación del principio de congruencia surge evidente del cotejo de la sentencia impugnada con la relación procesal trabada en función de la pretensión de la actora (volcada en el escrito de demanda) que constituye el objeto del proceso, más la oposición de los demandados (contestación de la demanda), en cuanto delimitaron ese objeto” (“COMPARINI, Liliana Graciela c/PAINEVIL, Hugo Mario y Otros s/DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) s/CASACION”, Expte. N° 29763/18-STJ).

A mi juicio, evaluadas las postulaciones de las partes al demandar y contestar la demanda, en modo alguno resulta un pronunciamiento incongruente el recurrido.

3.-Del informe de radiología obrante a fs. 27 (Informe N° 166908) de fecha 14/02/2005 al que se refiere el Dr. Martinez surge una “Marcada dilatación gástrica que produce elevación del hemidiafragma izquierdo” .Es decir, en ese informe, esa elevación es atribuida a la dilatación gástrica.

Respecto de la insinceridad que el vocal que me precede atribuye al demandado Binstein he de hacer notar que el mismo, como bien consigna mi colega, en su contestación de demanda dice:

“Para una mayor comprensión se procede a una explicación acorde al lenguaje común de lo realizado y anotado en la HC”.

En esa tarea advierto que la explicación excede lógicamente lo asentado de modo sintético -y ciertamente por momentos ilegible- en la historia clínica, aportando el

facultativo la explicación en detalle de todas las operaciones realizadas durante ese acto. Siguiendo el mismo razonamiento y de acuerdo a la postura adoptada por el nombrado en el pleito desde el inicio no logro advertir con que motivo introduciría una operación no realizada durante el acto quirúrgico, si y tal como se expone en la sentencia negó haber producido lesión en el nervio frénico, sin perjuicio de sostener asimismo que dicho acto preveía riesgos.

Por caso y a modo de ejemplo en la HC se consigna “hipotermia” sin precisarse a que temperatura luego si consignada en la explicación aportada por el galeno (30 °).

Con referencia al derrame pleural izquierdo con atelectasias laminares detectado luego de la operación el perito Ambroggio indica “que podría haberse debido a una disfunción respiratoria propia de la cirugía o bien de una afectación del nervio frénico por los factores mencionados”. Es decir, que ese derrame pleural no hacía presumir de por sí la lesión luego comprobada del nervio frénico.

4.-Es claro que no comparto que la responsabilidad del médico demandado pueda fundarse en la omisión del deber de informar al actor sobre los riesgos que la operación importaba. Ello en primer lugar porque ha sido afirmado tanto en el responde del facultativo como de la Clínica Roca que el mismo fue debidamente informado, circunstancia que no ha sido desconocida en modo alguno. Es más obra a fs. 301 (y a fs. 274) un consentimiento informado suscripto por Viviana Andrea Nuñez quien suscribe como familiar del paciente, quien además es quien suscribió la ficha de admisión a la clínica del actor como paciente, la que obra a fs. 273 y 300.

Pero además, la actora no ha fundado la atribución de responsabilidad que atribuye al médico demandado en esa eventual omisión informativa por lo que la congruencia que se dice defender por un lado se vería violentada por otro, de receptarse esa postura.

Por seguir y toda vez que el actor ha afirmado expresamente en su demanda que la lesión en el nervio frénico no formaba parte del riesgo atinente a la cirugía realizada, no advierto eventualmente que virtualidad adquiriría la omisión ahora oficiosamente imputada.

En este contexto cobra mayor relevancia aún lo afirmado por el Dr. Soto en su voto antes transcrito:

“Reitero entonces; no ha quedado determinado en el caso el modo en que se produjo esa lesión; pudiendo haber sido por un corte del bisturí, como también como consecuencia del proceso de enfriamiento aplicable en el caso o del estiramiento o de la tracción; no siendo objetable que se haya detectado en el post operatorio; siendo por lo demás, una

consecuencia posible del tipo de intervención; más sin dejar de advertir que su implicancia negativa no debe ser comparada sino con el beneficio resultante de la intervención quirúrgica realizada; que salvó la vida del actor, teniendo en cuenta el delicado cuadro precedente con el que arribó, al año 2.005”.

5.-Es claro que en la materia en análisis resulta a mi juicio imposible apartarnos de las conclusiones periciales obrantes en autos, por dos razones: en principio, por tratarse de una prueba esencial en este tipo de juicios y de una ciencia que nos es ajena (“Cuando se trata de indemnización de daños originados en mala praxis, la prueba pericial médica tiene una importancia prácticamente decisiva. El dictamen pericial es relevante, en tanto el experto asesora al magistrado sobre temas que normalmente escapan a su formación profesional” CNacFed. Civ. y Com. , Sala II, 6/11/96 LA LEY, 1997-B, 802; Cam. Civ. Com. Fam. y Trab. Río Tercero, 11/10/95 LLCba, 1996-505); y por seguir por extraerse de ambas pericia médicas conclusiones concordantes y categóricas acerca de la adecuada conducta del médico demandado en el presente, las que han sido cuidadosamente transcriptas tanto en la sentencia dictada como en el voto del Dr. Soto que he citado en el punto 1. Se ha dicho que la pericia médica constituye la ‘probatio probatissima’, de cuyas conclusiones no es posible apartarse salvo aduciendo razones muy fundadas de entidad suficiente para desvirtuar la labor profesional (SCBA. Ac. C 116.964, sentencia del 29/05/2013).

“En diversos precedentes esta Sala, ha señalado el valor de la prueba pericial en los juicios de mala praxis médica. Así, en sentencias registradas en LS: 312-75, 334-231, 348-119, 373-239 y 411-119 (criterio mantenido en L.S.: 386-047, 432-126 y 441-25) la preopinante Dra. Kemelmajer, sostuvo que, normalmente, los juicios de mala praxis médica versan sobre aspectos científicos y técnicos sobre los cuales el juez no está en condiciones de opinar pues se trata de aplicar conocimientos ajenos a su saber. Por eso, hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial en que, como regla, resulta indispensable recurrir a la prueba de peritos. En el mismo sentido, en L.S.: 323-196, se ha dicho que el campo de la responsabilidad médica, más que en ningún otro, el tribunal debe apoyarse, fundamentalmente, en la prueba pericial rendida” (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, SALA I, Triunfo Coop. de Seguros Ltda. Rodríguez, Luis c. Hospital Central y ots. p/ d. y p., 13/11/2012, Cita Online: AR/JUR/64301/2012).

Máxime cuando las conclusiones de esas pericias médicas y su resultado, a la luz de la sana crítica, no se halla en pugna con las leyes de la lógica, el raciocinio y la común

experiencia universal.

De esas conclusiones periciales surge acreditado que el médico demandado ha obrado con buena praxis médica en el marco de una cirugía sumamente compleja y con riesgo cierto y concreto, no acreditándose en modo alguno la negligencia, imprudencia o impericia que se le atribuyera al demandar.

Es claro que no resulta adecuado juzgar tal conducta ex post facto y a la luz de los resultados adversos, que son justamente los que motivan el reclamo. Por el contrario, debe colocarse el juez en la situación del paciente y del médico en el momento en que los hechos ocurrían y valorar si el profesional actuó a través de uno de los caminos posibles y científicamente válidos, de acuerdo con los elementos y circunstancias del caso (art. 512 del CC).

No conmueve mi convicción acerca del valor probatorio de las pericias médicas presentadas en autos, el hallazgo bibliográfico obtenido por el Dr. Martinez, toda vez que por un lado entiendo que la evolución y actualización de la ciencia médica en nuestro país pudiera no ser contemporánea con la de los países desarrollados y los recursos tampoco son los mismos, desconociendo por lo demás el alcance y eventual consenso, científicamente hablando, de las conclusiones que allí se obtienen. Se ha sostenido que no existirá culpa médica cuando el método o procedimiento aconsejable en un caso determinado resulta ser materia opinable (se suele decir que la culpa médica comienza donde terminan las discusiones científicas). Entiendo que eventualmente esa tarea probatoria le correspondía a las partes.

Surge acreditado asimismo del informe de la neumóloga Dra. Minardi de fs. 14, fecha 06/11/2016 paciente de 49 años, fumador sí, años 21, cant/día 60, fs. 22 vta., fecha 14/02/2005, Centro Clínico Cardiológico Unidad Terapia Intensiva paciente antecedentes tabaquismo, que el médico demandado operó al actor el 15/02/2005 otorgándose el alta de la operación realizada con fecha 21/02/2005, no teniendo en apariencia más contacto con el mismo con la salvedad de una consulta, que el actor abandonó voluntariamente la rehabilitación en Adanil.

Por último y con referencia al daño endilgado, presupuesto necesario de la eventual responsabilidad, al parecer y a la luz de los diversos estudios ordenados por el perito Dr. Quiroga (radiografía de tórax, radioscopia de tórax, test de marcha y espirometría) y de lo relatado por el actor a este experto el impacto físico de la lesión no le ha impedido al actor realizar una vida normal, en el marco de las limitaciones que imponen su previo estado de salud.

5.-Por todas estas razones, dejo fundado mi voto el que, de ser compartido, debiera culminar en la resolución del rechazo del recurso de apelación del actor, con costas a su respecto en función del art. 68 del C.P.C. y C.

Por las tareas en esta instancia regular los honorarios de los letrados intervinientes, por la actora, como patrocinante, de la Dres. Graciela M. Tempone y Hernán Mones, en conjunto, en el 25 % de los regulados a la representación de la actora en la sentencia de primera instancia, a los Dres. Gabriel Savini y Sebastián Tronelli Cosentino, en conjunto, apoderados de la Clínica Roca S.A., en el 30 % de los atribuidos a esa representación en la instancia anterior, al Dr. Sebastián Caldiero, apoderado de Seguros Médicos S.A., en el 30 % de los regulados a la representación de esa citada en garantía en la sentencia de primera instancia y a la Dra. Ana Rosa Lamela, apoderada del demandado Javier Binstein, en el 30 % de los asignados a esa representación en la instancia anterior (arts. 6, 7 y 15 L.A.). Así lo voto.

EL DR. NELSON WALTER PEÑA, DIJO: Llamado a dirimir, considero que son dos las cuestiones centrales en la que discrepan los colegas preopinantes: la existencia o no de violación del principio de congruencia en la sentencia de primera instancia y si se verificó en el caso mala praxis por parte del Dr. Binstein.

En cuanto a la primera cuestión, desde mi punto de vista, surge claramente que el actor reclamó daños y perjuicios basado en la responsabilidad del médico cuando en la intervención quirúrgica lesionó el nervio frénico por negligencia de su parte, toda vez, que no era un riesgo propio de esa práctica. Dicho hecho pasó inadvertido para el médico cirujano en la intervención, lo que le ocasionó un daño real y efectivo, cuando debió haberlo advertirlo y reparado o en todo caso minimizar sus consecuencias.

La demanda dice expresamente: "...La responsabilidad del médico actuante en el caso surge palmaria, a raíz del hecho quirúrgico se lesiona el nervio frénico, hecho que no es ni siquiera advertido por el cirujano cardiovascular, la práctica no prevé ese riesgo...", "...De hecho es necesario considerar que la práctica solicitada Bypass aortocoronario, fue eficaz y brindó solución en lo que a ese aspecto se refiere a la afección del paciente, pero durante la intervención, ya sea por descuido o negligencia se lesionó un nervio vital para el funcionamiento de los pulmones, hecho o circunstancia que pasa totalmente inadvertido al médico cirujano, por lo que la mala práctica médica ocasionó una daño real e efectivo a la salud del actor configurado en la parálisis de diafragma y la consecuente inactividad del pulmón izquierdo. Cabe mencionar que el cirujano debió haber advertido la lesión realizada en el acto quirúrgico y disponer de los actos

necesarios para minimizar el daño producido, o en su caso repararlo...” (fs. 173 y 173 vta.).

Por su parte, el Dr. Binstein en la constestación de demanda niega la existencia de la lesión del nervio frénico izquierdo, que dicha lesión se haya producido en la intervención quirúrgica, que la práctica quirúrgica no fuera riesgosa y que haya actuado con descuido o negligencia. Asimismo, en el capítulo IV titulado inexistencia del nexo causal, en uno de sus párrafos sostiene que el actor debe demostrar el nexo entre el acto médico y el daño y además la culpa del profesional a quien se le atribuye la autoría, pues en la actividad médica el daño no es de suyo en todos los casos revelador de culpa o de acusabilidad jurídica adecuada.

En el ofrecimiento de prueba que hace a fs. 565, concretamente en los puntos 7 y 8 de la pericial médica se le pide al experto que describa cuál es la lesión concreta que se le atribuye haber realizado a su parte y que describa y enumere los riesgos de la operación coronaria y complicaciones de la misma.

Con lo que no comparto lo sostenido por la recurrente cuando se agravia en que era un punto no propuesto por las demandadas y que no integró la litis lo resuelto por el a quo en cuanto a que la lesión del nervio frénico fue un riesgo propio de la intervención quirúrgica llevada a cabo por el Dr. Binstein.

Por el contrario, era una cuestión controvertida. Y además, a todo evento, fue una cuestión que necesariamente debía tratarse a fin de resolver si existió o no responsabilidad por mala praxis por parte del Dr. Binstein, pues uno de los factores a considerar es la imputación de la conducta antijurídica.

Con respecto a la segunda cuestión, lo primero que avizoro es que de las pericias médicas practicadas en autos no surge cuál fue el error del médico en la intervención quirúrgica llevaba a delante ni que la técnica aplicada no fuera de aquellas que habitualmente se utilizan en casos semejantes.

Es que como se ha señalado “...La existencia de culpa médica, obra como prerequisite esencial para imputarle responsabilidad civil al demandado. Esta debe ser siempre apreciada en concreto, siendo necesario preguntarse que es lo que habría hecho un médico prudente, colocado en igual de condiciones externas a las que se encontró el autor del hecho dañoso, teniendo en cuenta el ‘ estándar ’ objetivo, correspondiente a la categoría de médico prudente, común, genérico, ajustado sobre las bases de los arts. 512, 902 y 909 del Código Civil...” (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “Bernabo Adriana y Ferreyra Daniel En J° 12.309/8141 Villar Américo y Ot. C/Adriana Bernabo

y Ots. S/Ordinario s/Inc.” Expte. N° 85383, sentencia del 12 de junio de 2.007).

La mala praxis o mala práctica se define como la omisión por parte del médico de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con el paciente, omisión que da por resultado cierto perjuicio a éste. La mala práctica está causada por la negligencia, la impericia o la temeridad. Estos tres conceptos han sido caracterizados acertadamente del siguiente modo: hacer de menos es negligencia, hacer de más es imprudencia o temeridad, hacer mal es impericia. La gran circunspección con que se habrá de juzgar al médico obligará a no condenarlo sino en casos de culpa evidente, y la evidencia estará en relación directa con su gravedad (Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, “Tolaba, Ana María y Rodríguez, Jorge Luis c/Estado Provincial”, sentencia de fecha 30 de agosto de 2.011).

Cabe señalar, que ambos peritos señalaron a la lesión del nervio frénico como uno de los riesgos posibles de la cirugía practicada, de manera que la responsabilidad del galeno no se visualiza, toda vez que aún actuando con la debida diligencia y de acuerdo a las reglas del buen arte era una posibilidad que igual ocurriera la lesión de marras.

Se ha resuelto que “...Solamente puede existir culpa del médico cuando su proceder no está justificado por la *lex artis*, sin duda alguna y más de allá de polémicas u opiniones. En la duda, debe absolverse de responsabilidad al médico, pues sólo su negligencia incontestable -no necesariamente grave-, indudable o patente lo responsabiliza...” (M.C. C/T., D y otros s/Daños y Perjuicios, Cámara Civil, Comercial, Laboral y Minería, Sala A de Trelew Chubut, sentencia de fecha 7 de octubre de 2.010).

Cabe destacar, que el Dr. Daniel Ambroggio en su dictamen pericial señaló que: “...La lesión del nervio frénico se asocia con frecuencia a la cirugía coronaria de revascularización, la hipotermia se considera su causa principal y aunque los modernos avances en cirugía han logrado minimizar el riesgo, se siguen describiendo nuevos casos de lesión. Varios estudios han valorado su incidencia y relevancia clínica con resultados muy diversos en función de las características de diseño del estudio y la metodología diagnóstica empleada. Otros han investigado la etiología de la lesión, considerando a la disección de la arteria mamaria interna, la isquemia sistémica o incluso la diabetes, frecuente en estos pacientes, como factores predisponentes, independientemente de la hipotermia. En todo pos-operatorio de cirugía cardiovascular, la incidencia de complicaciones oscila entre el 2.6 y el 13% e incluyen: plexopatía braquial, neuropatía en el territorio de la safena, neuropatía peronea, mononeuropatía ulnar, lesión del nervio frénico, parálisis del nervio laríngeo recurrente, neuropatía

sensitiva radial, neuropatía facial o síndrome de Horne. Cabe informar que en todo by-pass coronario, es factible una serie de complicaciones en el post-operatorio y que se deben por lo general a la circulación extracorpórea, pueden ser las siguientes: - Disfunción neurológica, ya sea pasajera o definitiva, por edema cerebral y en el peor de los casos por embolismo; -Disfunción pulmonar; -Insuficiencia renal; -Sangrado, ya sea por alteraciones de la coagulación o de las plaquetas; -Deterioro temporal de la función cardíaca. Es por lo expuesto, que se debe tener muy en claro que las intervenciones de by-pass coronario se hacen todos los días en el mundo y son en general seguras, aunque como con otras intervenciones, existen riesgos y son los mencionados anteriormente. En referencia a la pregunta puntual de la parte, estimo que el hecho de que el paciente presentara en su post-operatorio normal un cuadro de derrame pleural izquierdo y atelectasias laminares, era una posible complicación, que estimo fue tratada y estudiada y que podría haberse debido a una disfunción respiratoria propia de la cirugía o bien de una afectación del nervio frénico por los factores mencionados; en ambas posibles etiologías, es mi opinión y sujeta al mejor criterio de V.S., el tratamiento fue el correcto...” -el subrayado es mio- (fs. 1.023 vta. y 1024).

El experto agregó que: “...No existe una lesión “espontánea” por si sola del nervio frénico, el daño del mismo se debe a un traumatismo en la columna cervical, un accidente quirúrgico, problemas en el tejido circundante, u otra fuente de trauma y en este caso en particular es una lesión posterior a la cirugía cardíaca practicada y como una complicación posible de la misma...” (fs. 1024 vta.), y luego al responder el punto 14 de los solicitados por la parte actora destacó que: “...Si bien estimo y reitero, que el seguimiento post-operatorio del paciente internado en la Clínica Roca fue el correcto, cabe aclarar que la lesión del nervio frénico en frío durante la cirugía cardíaca en general, se resuelve con la conducta expectante y el tratamiento de rehabilitación. El tratamiento quirúrgico debe ser considerado cuando la disnea es desproporcionada en relación con el esfuerzo físico, que estimo no es el caso de autos...” (fs. 1025). Finalmente, al responde el punto 23 de los solicitados por la parte actora, sostuvo que: “...Lo cierto desde mi opinión, es que la complicación padecida a nivel del nervio frénico en la persona del actor, fue una consecuencia posible en toda cirugía de by-pass coronario y así se encuentra ampliamente descripto en la literatura al respecto, sin embargo dicha cirugía practicada y con éxito desde el punto de vista de la hemodinamia cardiovascular, ha permitido salvarle la vida al señor Fantini...” (fs. 1026).

Por su parte, el perito médico José María Quiroga dictaminó que la cirugía coronaria o

cirugía de revascularización miocardia indicada por el Dr. Binstein para el actor fue correcta de acuerdo con la bibliografía mundial, “...La táctica y la técnica utilizada también fueron las correctas, para este paciente en particular, y en la fecha en que se lo operó”...”...no cabe duda de que el Dr. Binstein procedió conforme a las normas del buen arte médico al intervenir quirúrgicamente, y en como lo hizo, al Sr. Fantini...” (fs. 1100).

Si bien coinciden en ello ambos peritos, discrepan en el diagnóstico de la lesión que padece el actor. En efecto, mientras que el Dr. Ambroggio sostiene que el actor padece de un cuadro de parálisis diafragmática, el Dr. Quiroga afirma que en la actualidad el actor sufre una paresia frénica. Este último agrega que: “...La diferencia es que en la parálisis la falta de función (motilidad) del músculo es completa y casi siempre irreversible, y en la paresia el músculo mantiene su función pero disminuida y con chances de recuperación. Pruebas de esto son los estudios complementarios actuales, la revisión física y el interrogatorio por mi realizado en la entrevista con el Sr. Fantini...” (fs. 1102). El galeno refuerza su diagnóstico al contestar los puntos 11, 12 y 13 en base a los estudios y pruebas físicas practicadas y los resultados obtenidos, a los que me remito.

Sin perjuicio de la diferencia apuntada, el Dr. Quiroga también apunta como un riesgo de este tipo de intervenciones quirúrgicas la lesión del nervio frénico. En efecto, señala que: “...Las complicaciones de la cirugía cardíaca en general y de la coronaria en particular pueden ser muchas. Dentro de las complicaciones inmediatas se encuentran: sangrado pos-operatorio, arritmias, infarto miocárdico, accidente cerebro vascular, falla cardíaca, falla respiratoria (entre ellas las causadas por parálisis o paresia del nervio frénico), falla renal, paro cardiorespiratorio, paro respiratorio, etc. Incluso derivado de algunas de éstas puede ocurrir la muerte del paciente, ya sea dentro de la sala de operaciones, en la unidad de terapia intensiva e incluso con el paciente ya internado en salas de menor complejidad. También pueden darse complicaciones tardías o mediatas que ocurren con el paciente ya dado de alta...” (fs. 1103).

Y en cuanto específicamente a la lesión del nervio frénico, dijo que esta complicación se observa en el 5%, en promedio, en este tipo de cirugías. Agregó, que son múltiples las causas que pueden generar lesiones del nervio frénico durante una cirugía cardíaca. Así, una “...de las causas más frecuentes de lesión de este nervio durante una cirugía de revascularización miocárdica es el trauma término directo por uso de hielo alrededor y sobre el corazón con el fin de proteger el músculo cardíaco. Esta táctica quirúrgica, que

fue la empleada en la cirugía por el Dr. Binstein, era rutinariamente utilizada por muchos cirujanos cardiovasculares en nuestro país y en el exterior en la fecha en que este paciente fue operado. No por esto, se debe inducir linealmente, que esta modalidad quirúrgica provocó obligadamente algún daño estructural neurológico. Cabe aclarar que con el desarrollo de nuevas técnicas y tácticas en cirugía cardíaca, el uso de hielo local e hipotermia sistémica, que eran de uso habitual hace algunos años, prácticamente no se usan hoy en día en cirugía coronaria. Otras causas posibles de daño al nervio frénico, son el trauma quirúrgico directo por corte, quemadura por uso de electro bisturí, tracción, estiramiento, desgarro, etc....”.

Asimismo, ilustró que en la cirugía, una vez seccionado el esternón, los dos bordes se separan por un aparato metálico -separador esternal- que mantiene la herida abierta y la vía de acceso al corazón, y que esta acción de abrir -que es indispensable para poder acceder a las estructuras cardíacas- es una de las potenciales e infrecuentes causas de lesión del nervio frénico.

En conclusión, de acuerdo a las pericias practicadas en autos se descarta la existencia de negligencia, impericia o imprudencia del Dr. Binstein, toda vez que, por un lado, la táctica y técnica utilizada en la cirugía coronaria fueron las habituales y aconsejables en el tiempo en que fue practicada la intervención quirúrgica, y por el otro, la lesión del nervio frénico era riesgo posible, aún actuando con la debida diligencia en este tipo de operaciones.

En cuanto al pos-operatorio, cabe destacar, que ambos peritos coinciden que el tratamiento indicado fue el correcto. Respecto del Dr. Ambroggio me remito a los párrafos que extracté de su dictamen y que subraye ut-supra. Y en cuanto al Dr. Quiroga, sostuvo que: “...Luego de una cirugía cardíaca de este tipo, lo habitual es encontrar que los pacientes son dados de alta aproximadamente al séptimo día de pos-operatorio...Este esquema promedio fue el que se siguió con este paciente, lo que demuestra que no sufrió ninguna complicación pos-operatoria de magnitud. Si así hubiera ocurrido se hubiese postergado su alta médica hasta la completa recuperación...”(fs. 1.101). Asimismo, descartó que durante la cirugía se hubiera provocado una lesión completa del nervio frénico izquierdo, señalando que el diagnóstico correcto es paresia frénica y agregó que: “...En los casos de alteraciones diafragmáticas por lesión del nervio frénico, aparte de la magnitud de ésta, un elemento de peso a tener presente es el estado previo del parénquima pulmonar. Éste puede padecer patologías ya instaladas, como en este caso el tabaquismo severo y crónico, que

gatillan o potencian la disfunción respiratoria. Cabe aclarar que en el análisis de los informes de los estudios funcionales, radioscópicos y radiográficos encontrados en el expediente se encuentran contradicciones o al menos falta de concordancia, lo que motiva la dificultad en su interpretación. Si bien todos los estudios radiológicos coinciden con la existencia de una elevación del hemidiafragma izquierdo, los resultados de las pruebas funcionales respiratorias y de las radioscópicas difieren en cuanto al grado cuantitativo de la alteración...” (fs. 102), “...Durante el post-operatorio y según las constancias en la historia clínica de los facultativos que lo atendieron, la evolución fue en general buena. No existen datos de que hubiese existido alguna complicación de jerarquía, tratándose de una cirugía mayor. De hecho el paciente fue dado de alta al séptimo día de post-operatorio, en buenas condiciones clínicas generales, lo que sustenta aún más el hecho de que su evolución fue buena y de acuerdo al promedio habitual...” (fs. 1.107). Finalmente destacó que: “...Ahora bien, enfocando el punto de su disfunción diafragmática post-operatoria, el tratamiento ideal que debió haber recibido en ese momento es una rehabilitación multidisciplinaria, tendiente a mejorar sus factores de riesgos previos a la cirugía, tanto como a su problema respiratorio pos-operatorio. La base de este plan de rehabilitación debió puntualizarse en un tratamiento médico-farmacológico y dietas especiales para su hipertensión arterial y dislipemias, cese absoluto y definitivo del hábito tabáquico, disminución del peso corporal, y un esquema de técnicas y ejercicios para el tratamiento de su dificultad respiratoria por la paresia frénica que sufría. Si bien consta que parte de ese plan se cumplió, el paciente relató haber abandonado la rehabilitación que había realizado en un Centro de la Ciudad de General Roca, al poco tiempo de iniciarla, por su propia voluntad y sin mediar una causa concreta que lo justificase...” (fs. 1.108).

Con lo que también en esta etapa, y aún cuando no se haya advertido que durante la intervención quirúrgica fue lesionado el nervio frénico, no encuentro responsabilidad en el médico, pues tal como lo sostuvieron los peritos el tratamiento de rehabilitación indicado fue el correcto, sin perjuicio de que el actor lo haya abandonado.

No pasa desapercibido a consideración de este votante lo señalado en el punto 12 de la pericia del Dr. Quiroga, cuando después de distintos estudios practicados al actor a su pedido, dice que: “...Tanto la radiografía como la radioscopia de tórax mostraron algún grado no crítico de disfunción en la mecánica diafragmática. Se evidenció que el diafragma izquierdo estaba algo sobrelevado de su posición habitual, y que su movimiento durante la respiración eran menores que lo normal. Pese a esto se contrae

en cada inspiración, colaborando con la respiración. No se encuentra adelgazado, no realiza movimientos paradójales, no causa bamboleo del mediastino, y no se evidencian movimientos anormales de la pared abdominal, como sería esperable encontrar en una lesión crítica del nervio frénico con parálisis diafragmática. Referente al Test de marcha (caminata de 6 minutos) el resultado fue normal. El paciente logró caminar ininterrumpidamente los 6 minutos que duró la prueba y durante la misma recorrió una distancia de 640 metros. Siempre mantuvo niveles óptimos de oxigenación en sangre con cifras de saturación de oxígeno del 95% o superiores, Cabe aclarar que las cifras de saturación sanguínea tomadas como aceptables y en condiciones de ejercicio, son de por lo menos de 90%”...”...Para completar el análisis de este estudio debemos comprender que si una persona es capaz de caminar durante 6 minutos en forma ininterrumpida y recorrer en este tiempo una distancia de 640 metros, no padece ningún problema circulatorio, ventilatorio, ni respiratorio importante. Por otro lado, y bajo una análisis matemático básico, explicamos que el hecho de ser capaz de recorrer en 6 minutos 640 metros, es hacerlo a una velocidad de 6,4 kilómetros por hora. Lo que supone que este paciente sostuvo una velocidad superior a la de trote (6 km) por seis minutos. Lo cual, una vez más, es reñido con patologías del aparato respiratorio y circulatorio. Por último y referente al análisis de la prueba de función respiratoria, los resultados informados hablan de una restricción pulmonar que es no solo leve sino también probable. Se debe aclarar que en la fase en posición de decúbito dorsal (acostado), se registró una disminución del 15% en los valores de flujo/volumen respiratorios, respecto a la fase en posición sentada. Los valores que hubiese marcado clara anormalidad, deberían haber estado por encima del 20%. Esto demuestra una vez más la falta de alteraciones respiratorias severas, más aún, ni siquiera de grado moderadas. Todos estos datos recabados de los distintos estudios complementarios, podrían corresponder a una persona cualquiera que fuese fumadora, sin problemas cardíacos, ni antecedentes de cirugías torácicas o cardíacas...” (fs.1110/1111).

En consecuencia, conforme a los fundamentos expuestos, adhiero a la solución propuesta por el segundo voto.

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, por Mayoría

RESUELVE: 1.- Rechazar el recurso de apelación del actor, con costas a su respecto en función del art. 68 del C.P.C. y C. 2.- Por las tareas en esta instancia regular los honorarios de los letrados intervinientes, por la actora, como patrocinante, de la Dres.

Graciela M. Tempone y Hernán Mones, en conjunto, en el 25 % de los regulados a la representación de la actora en la sentencia de primera instancia, a los Dres. Gabriel Savini y Sebastián Tronelli Cosentino, en conjunto, apoderados de la Clínica Roca S.A., en el 30 % de los atribuidos a esa representación en la instancia anterior, al Dr. Sebastián Caldiero, apoderado de Seguros Médicos S.A., en el 30 % de los regulados a la representación de esa citada en garantía en la sentencia de primera instancia y a la Dra. Ana Rosa Lamela, apoderada del demandado Javier Binstein, en el 30 % de los asignados a esa representación en la instancia anterior (arts. 6, 7 y 15 L.A.)

Regístrese, notifíquese y vuelvan.-

GUSTAVO ADRIAN MARTINEZ
JUEZ DE CÁMARA
DINO DANIEL MAUGERI
PRESIDENTE

NELSON WALTER PEÑA
JUEZ DE CÁMARA

Ante mí:
PAULA CHIESA
SECRETARIA

gem