

**Voces:** MALA PRAXIS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - DAÑOS Y PERJUICIOS - INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - DIAGNÓSTICO MÉDICO - DIAGNÓSTICO ERRÓNEO - PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

**Partes:** C. D. c/ J. G. | daños y perjuicios

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

**Sala/Juzgado:** C

**Fecha:** 30-sep-2021

**Cita:** MJ-JU-M-134743-AR | MJJ134743

**Producto:** MJ,SYD

Responsabilidad médica por los daños padecidos por una paciente a raíz de perforaciones en la aorta causadas por uno de los tornillos de la prótesis colocada en una intervención quirúrgica.

**Sumario:**

1.-Corresponde admitir la demanda de mala praxis, ya que la cirugía de artrodesis de columna a la que se sometió la actora, fue la causa inmediata o mediata, previsible, de la migración del tornillo de fijación y laceración de la arteria aorta, así como las consiguientes secuelas; además, el cuadro probatorio evidencia que la operación no ha sido desarrollada de acuerdo a las reglas del arte y que tal secuela fue consecuencia de una negligente práctica imputable al cirujano.

2.-La actitud del médico en la operación realizada a la actora no fue la esperada para un profesional especialista en neurocirugía, pues, a la ausencia de estudios de radioscopia, tanto en la operación como en el postoperatorio para confirmar la correcta colocación de los tornillos, se suma como indicio relevante las deficiencias en el parte quirúrgico anotadas por el perito cirujano; de haberse efectuado los pertinentes controles, tal anomalía hubiese podido ser detectada y corregida en la misma cirugía.

3.-La culpa galénica en la que incurrió el médico demandado reposó concomitantemente en un error objetivamente injustificable para un profesional de su especialidad, que lo condujo -frente a importantes indicios- a que se la diera el alta prematura, cuando la conducta que se imponía era descartar un desprendimiento de los tornillos en la cirugía de artrodesis de columna, y no un equivocado plan de egreso.

4.-El médico demandado, al disponer el alta de internación de un paciente instrumentado recientemente y con signos analíticos que podían sugerir pérdida de sangre, es responsable en virtud de la falta de tratamiento adecuado que podría haber llevado a su detección y evitar las secuelas en su salud que presenta actualmente la aquí accionante. 5.-No resulta procesalmente válido expedirse sobre el diagnóstico y el tratamiento propuesto por médico demandado para atender la patología de la columna de la actora, es que esta cuestión no fue planteada por esta en el momento procesal oportuno -en la demanda-, de modo que su tratamiento implicó violentar el principio de congruencia.

6.-Cuando se trata de pretensiones de libre disponibilidad legal, la voluntad de las partes domina y delimita el marco del proceso, acotando los temas sometidos a decisión del juez; los jueces no deben incorporar temas no introducidos por las partes en el pleito, pues ello quebranta el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio.

7.-Es menester probar la culpa del médico o del cirujano, ya que la responsabilidad del médico, y las responsabilidades concurrentes del caso, se generan 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, en el caso.

8.-La responsabilidad del establecimiento, típicamente contractual, descansa en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia por medio de los facultativos del cuerpo médico.

9.-Corresponde atribuir al agente la causación directa del perjuicio final sufrido por la paciente, toda vez que el desprendimiento de los tornillos obedeció a una mala práctica ocurrida en el acto operatorio, la que en definitiva se erigió en causa adecuada de los detrimentos físicos presentes en la actora, que no guardan vinculación con su patología preexistente ni tampoco ha sido demostrado por los accionados que pudieran corresponder al devenir propio de dicha enfermedad.

10.-La afiliación a una obra social que invoca la demandada no es un elemento a computar para fijar la indemnización por el costo del tratamiento psicológico, pues es bien sabido que las obras sociales no se hacen cargo de este tipo de gastos en su totalidad y además la damnificada goza del derecho de elegir al terapeuta privado, dentro de ciertos parámetros razonables de onerosidad.

---

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 30 días del mes de septiembre de 2021, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "C" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer de los recursos interpuestos en los autos "C., D. C/ J., G. S/ DANOS Y PERJUICIOS",

Respecto de la sentencia que luce en formato digital, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, resulto que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: Sres. Jueces de Cámara Dres. Converset, Tripoli y Diaz Solimine.- Sobre la cuestión propuesta el Dr. Converset dijo:

## I. Antecedentes de la causa.

1.- D. C., promovió demanda por danos y perjuicios contra G. J., Obra Social de la Unión de Trabajadores del Turismo Hotelero Gastronómicos de la República Argentina (OSUTHGRA) y German Tarde S.A. (Clínica de los Virreyes), por la mala praxis que sostuvo haber sufrido. Pidió se cite en garantía a SMG Compañía de Seguros SA y Seguros médicos SA.

Dijo que el 29 de junio de 2011, en un examen pre ocupacional, le diagnostican una escoliosis dorso lumbar de doble curva de 20° a nivel dorsal de T7 a 12 y lumbar de L1a L4, con pinzamientos en los dos últimos espacios lumbares, por lo cual a través de su obra social OSUTHGRA, el Dr. Claudio H., le diagnostico "escoliosis lumbar de 43° y dorsal de 32°.

Por tal motivo el 9 de agosto, el Dr. H. solicito derivación urgente a un centro de mayor complejidad, para evaluar y realizar cirugía especializada.

Manifestó que el 29 de agosto de 2011, desde la seccional de Buenos Aires de la obra social, le dan turno para ser atendida el 22 de septiembre con el Dr.J., en la Clínica de los Virreyes.

Continuo relatando que entre los días 6 y 11 de octubre se realizó estudios pre quirúrgico y el 27 de octubre de 2011 ingreso a la Clínica de los Virreyes, realizándosele el procedimiento quirúrgico de reducción y artrodesis T5-L4 con tornillos y placa, el día 28 del mismo mes.

Señalo que, encontrándose ya en sala común, la autorizan para ir al baño y es en ese momento cuando siente por primera vez algo suelto en la espalda. No obstante ello, el 3 de noviembre le dan el alta hospitalaria y la trasladan en ambulancia hasta el hotel donde se hospedaba.

Expreso que el 10 de noviembre quedo inconsciente en el hotel, siendo trasladada hasta el Sanatorio Güemes, ingresando cerca de las 6.30 has., donde quedó internada en terapia intensiva con un diagnostico presuntivo de neumonía. Añadió que alrededor de las 18 has. De ese día entro a quirófano para realizársele una cirugía en conjunto de tórax, cardiovascular y traumatología de columna, constatando laceración en aorta torácica secundaria a tornillo de fijación, realizando rafia de la misma y retiro de tornillos.

Detalle que al realizarle la cirugía le encuentran varias perforaciones en la aorta causadas por uno de los tornillos de la prótesis, efectuándole la extracción de dos de ellos, y durante la saturación de la aorta entro en paro respiratorio, padeciendo dos paros cardiacos por cinco minutos, la reanimaron con masajes cardiacos, para luego ser trasladada a unidad coronaria, permaneciendo 13 días en coma.

Señalo que el 21 de noviembre entro nuevamente a quirófano, ya que le descubren en una tomografía, que tiene sangre en un pulmón, siendo el cirujano, el Dr. V.El 24 de noviembre desperto del coma, pasando luego a terapia intensiva y luego a sala comun.

Explico que como consecuencia de los paros cardiorrespiratorios, tuvo un problema grave en las piernas, no pudiendo caminar durante un mes y medio, contagiándose una infección intrahospitalaria en el Sanatorio Güemes, que le provoco daño en los riñones.

Añadió que fue dada de alta el 21 de diciembre del año 2011 y que luego dejo de contar con

cobertura por su obra social.

Agrego que el 2 de febrero de 2012, la Dra. M. P. Y. (integrante del equipo de cirugía del Dr. J.), en el hospital de Clínicas José de San Martín, le da el alta definitiva, sin realizarle ningún tipo de estudio, constando que fue operada de la columna y que la paciente tenía buena evolución.

Manifestó que en febrero de 2012, fue informada que la prótesis se encontraba suelta y que había que retirarla, por lo cual el 28 de octubre de 2012 le retiran parte de la varilla izquierda, la cual a raíz de faltarle dos tornillos se deslizo y le perforo la espalda, y acomodan la columna lo mejor posible.

Finalmente agrego que, en agosto de 2013, en el Hospital de Clínicas José de San Martín, ingreso a cirugía para que finalmente le retiren todo el material de la prótesis que le quedaba en la columna, informándole los médicos que la prótesis se encontraba encarnada, la columna muy dañada y que ya no era posible la colocación de una nueva prótesis.

Sostuvo que padeció un daño irreparable en su columna que le provocó una importante incapacidad física y psíquica, cuya responsabilidad imputa al Dr. J., en su condición de cirujano, a la Clínica de los Virreyes y a la Obra Social, estos últimos en su carácter de responsables solidarios por el daño producido como consecuencia de una relación de consumo en la cual los mismos fueron parte.

2.- Al replicar la demanda, el médico demandado, Dr. J., negó la responsabilidad que se le atribuyo, sosteniendo que se presentó una complicación posterior a la cirugía, que no le fue imputable y que la accionante no acepto el tratamiento propuesto, haciendo abandono del mismo. Preciso que el hemitórax sufrido el 10.11 por la migración de un tornillo que produjo una efracción vascular, resulta una complicación descrita en este tipo de cirugías. Su compañía aseguradora, Seguros Médicos S.A., reconoció el contrato de seguro instrumentado por póliza 801052 que lo unía a la asociación de médicos municipales como tomador, siendo su asegurado el Dr. J., por un monto de \$250.000 y franquicia del 5%.

Atinente a la cuestión de fondo adhirió al responde formulado por su asegurado.

La clínica accionada, German Tarde S.A., de su lado, desconoció la responsabilidad que se le imputa, adhiriendo al responder efectuado por su compañía aseguradora, SMG Compañía Argentina de Seguros S.A.

Esta última reconoció el contrato de seguro -con un límite \$1.000.000 por acontecimiento- que la unía con la sociedad demandada, explotadora de la "Clínica de los Virreyes", donde se le efectuó a la accionante la primera intervención quirúrgica, negando la responsabilidad que se le endilgo a su asegurada, invocando que esta, en el caso, puso a disposición de la actora todos los recursos técnicos y humanos disponibles en la atención de la paciente.

Adujo que la garantía de seguridad que puede exigírsele no comprende circunstancias ajenas a su esfera de actuación como el caso de autos, sino al genio de la propia patología y necesidad del tratamiento quirúrgico. Remitió al consentimiento informado de la cirugía e indico que la intervención no está exenta de complicaciones. Añadió que la ruptura del tornillo pudo deberse a un acontecimiento traumático. Por último, indico que la actora fue atendida en otras instituciones, por lo cual no existe responsabilidad. La obra social, OSUTHGRA, también negó

los hechos invocados por la accionante y la responsabilidad que se le atribuyo, esgrimiendo en lo sustancial, que su obligación como prestadora de salud se cumplió al poner a disposición de la actora el servicio médico, entendiendo que no debe responder por el resultado de las practicas que se le efectuaron. Asi es que sostiene que su deber es garantizar la prestación de servicios medico asistenciales pero no la forma de realización profesional del servicio médico asistencial.

3.- En la anterior instancia, la Sra. Juez de grado, preciso en primer término que resultaba reconocido por las emplazados: el carácter de médico cirujano del Dr. J.; que la intervención se llevó a cabo en la Clínica de los Virreyes, cuya explotación se encuentra a cargo de la codemandada German Tarde SA; y que la prestación medica fue realizada a través de la cobertura médica asistencial de la Obra Social de la Unión de Trabajadores del Turismo Hoteleros Gastronómicos de la República Argentina, a la que se encontraba afiliada la actora.

Señalo que el conflicto debía analizarse bajo la óptica del código civil velezano y que, para este supuesto de responsabilidad médica, son aplicables tanto las normas de la responsabilidad contractual, asi como las consagradas por el derecho del consumidor.

Tras valorar la prueba producida y ponderar especialmente los peritajes médicos, concluyo la magistrada que en el caso se fundían dos errores médicos en los que incurrió el cirujano, Dr. J.: error de diagnóstico y consecuente error en la elección del tratamiento aplicado. A ello debía agregarse su impericia en el acto operatorio, la omisión de datos muy relevantes en el parte quirúrgico y ausencia de una adecuada evaluación post quirúrgica de la paciente.

Concluyo en que esta conducta médica tuvo estricta relación causal con el desenlace posterior padecido por la actora y su estado de salud en la actualidad. De tal forma, ante la ausencia de prueba en contrario, hizo lugar a la pretensión deducida por las consecuencias danosas contra el medico cirujano, Dr. G. J., Germany Trade y OSUTHGRA (conf. arts. 512, 901, 902, 909 y ccs. del Codigo Civil).

Fue asi que hizo lugar a la demanda entablada por D. C. y condeno a los accionados a pagar la suma de \$ 5.800.000 con mas sus intereses y costas del proceso. Hizo extensiva la sentencia a SMG Compañía Argentina de Seguros SA, en su carácter de aseguradora de German Tarde S.A. y a Seguros Médicos S.A., en su condición de aseguradora del Dr. G. J., en los términos del art. 118 de la ley 17.418 y de acuerdo con las condiciones convenidas en las pólizas respectivas, en tanto la actora no cuestiono en tiempo oportuno las clausulas invocadas.

El fallo fue apelado por los emplazados J. y German Tarde SA y por sus respectivas aseguradoras, en soporte digital, por presentaciones que merecieran réplica de la accionante. Corresponde entonces tratar los agravios.

A tal fin desoie el pedido de deserción requerido por la actora, en tanto la concepción amplia de este Tribunal permite verificar que el escrito de la queja formulado por al accionado J. -al que se adhiere la recurrente Seguros Médicos SA supera el umbral mínimo para poder ser considerado como expresión de agravios en los términos del artículo 265 del Código Procesal. Corresponde entonces tratar los agravios.

II.- Aclaraciones preliminares.

1) En primer lugar, es menester senalar que los jueces no estan obligados a analizar todas y

cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fallos: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 276:132, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros).

Asimismo en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611), por lo tanto me inclinare por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. En otras palabras, se consideraran los hechos que Aragonese Alonso llama "jurídicamente relevantes" (su ob. Proceso y Derecho Procesal, Aguilar, Madrid, 1960, pag 971, párrafo 1527) o "singularmente trascendentes" como los denomina Calamandrei (su trab., La génesis lógica de la sentencia civil, en "Estudios sobre el proceso civil", pags. 369 y ss.).

2) No obstante ello, la decisión será razonablemente fundada tal como lo prescribe el art. 3 del Código Civil y Comercial. Y " la decisión es un juicio de concretización, en el sentido de que obliga a quien decide a examinar el ordenamiento jurídico, sus diversas fuentes, identificar la coherencia; y con base en las pruebas producidas, resolver el caso, de modo que se establezca una regla aplicable a otros supuestos similares y cuyas consecuencias económico sociales sean sustentables" (Ricardo Luis Lorenzetti, La ley, 31 de agosto de 2021).

Y el requerimiento de una decisión razonablemente fundada es una regla que tiene relación con la seguridad jurídica, porque da estabilidad a las decisiones y permite el control sobre la base de los argumentos (pub. cit.).

3) dicho esto, procederé al análisis conforme los agravios expuestos.

III.- De la responsabilidad del Dr. G.J.

1.- Como fuera expuesto precedentemente, la anterior magistrada -con sustento en los peritajes médicos en especialidad de cirugía y neurología-, considero acreditada la mala práctica médica atribuida al Dr. J., configurada por diversas causales.

En cuanto al error de diagnóstico, sostuvo que el estado de la columna y la escoliosis, la magnitud de la curvatura, la ausencia de gravedad de compromiso neurológico y la falta de evaluación de la evolución de la enfermedad .evidenciada por el escaso tiempo transcurrido desde el diagnóstico hasta la cirugía-, denotaban que el cuadro clínico no fue correctamente ponderado por el cirujano que realizó en definitiva la intervención.

Indico que podía calificarse al diagnóstico efectuado por el Dr. J., sin tomar todos los recaudos de estilo, en cuanto a su evaluación en el tiempo, estudios necesarios e incidencia de la enfermedad en la vida de la víctima, al menos como apresurado y prematuro, máxime si se tiene en cuenta las características e índole de la operación a practicar como lo es una intervención de columna, con los riesgos propios de ese tipo de práctica, con la aplicación de elementos de soporte, lo cual profundiza tales riesgos, mas allá de los comunes a toda intervención quirúrgica.

Expuso que, como lógica consecuencia de ello, el tratamiento implementado resulto inadecuado ante la dolencia evaluada, pues se aplicó una terapia altamente invasiva, de alto riesgo quirúrgico y con posibles graves complicaciones post quirúrgicas a fin de atacar un cuadro que no lo ameritaba y que no resulta ser una de las practicas aconsejadas por la

conducta medica acorde con la lex artis en el estado evolutivo en que se encontraba la paciente.

Señalo que a ello debía tenerse presente, las anomalías descriptas en la pericia respecto de la historia clínica de la accionante; concretamente hojas invertidas cronológicamente por horario de extracción, tachaduras e ilegibilidad de algunos sectores, Atinente al acto quirúrgico en sí, destaco que ambos peritos indicaron que los danos se produjeron durante la intervención quirúrgica - se produjo el aflojamiento de la prótesis y la migración de los tornillos-, y guardan nexo de causalidad con el estado de la columna actual que presenta la actora, Señalo respecto al control postoperatorio, que el médico cirujano y su equipo no observaron con exactitud, las pautas de alarma que estaban arrojando los análisis de sangre post quirúrgicos efectuados a la actora, lo cual de haberse sopesado adecuadamente, podrían haber arrojado luz acerca del cuadro que estaba transitando la actora.

Agrego que una conducta medica diligente en el caso, hubiera permitido .al menos- que antes del alta otorgada a la paciente, se advirtiera el cuadro clínico por el que se encontraba transcurriendo, lo cual a su vez, hubiera permitido aplicar un tratamiento adecuado e inmediato.

Prosiguió señalando que tampoco surgía de las constancias de la causa que el Dr. J. le haya indicado a la accionante un tratamiento específico con posterioridad a la operación y que ella se haya negado a realizarlo, conforme lo invocara al contestar la acción; extremo este que en virtud de las cargas dinámicas que rigen la materia, su prueba estaba a su cargo.

Por otra parte, frente a las complicaciones quirúrgicas sufridas por la actora y el riesgo mortal por el que atravesó su salud, aun de haberse probado el hecho presupuesto de su defensa, añadió que no hubiera parecido censurable su decision de cambiar de medico y/o de establecimiento, por lo que mal podría en tal supuesto, catalogarse de inmotivada o caprichosa una decision en este sentido.

2. Frente a lo decidido alzan sus quejas el galeno y clínica de los Virreyes -asi como sus respectivas aseguradoras solicitando la revocación del fallo.

En primer término critican lo afirmado por la a quo, ya que contrariamente a lo decidido en la sentencia, no hubo un error de diagnóstico ni de tratamiento por parte del Dr. J. Sobre el punto expresan que no existe controversia por la actora acerca del diagnóstico que padecía, sino que ella misma lo refirió y no lo cuestiono en su demanda, por lo que mal puede sostenerse que hubiera habido un "error" de diagnóstico y un presunto "error de tratamiento" derivado de ese presunto "error de diagnóstico", que no fue tal.

Aducen que la paciente poseía una severa escoliosis dorso lumbar, progresiva y que le generaba parestesias y dolor incapacitante. Además, al llegar a Buenos Aires, derivada por su obra social, ya venía con indicación de cirugía efectuada por un profesional idóneo en la materia -Dr. H.- y previa realización de estudios. Tal diagnostico no fue controvertido, mientras que la resolución quirúrgica del cuadro fue sostenida por dos médicos especialistas en traumatología y refrendados como una alternativa válida por la perito médico.

Sostienen que tampoco se ha tenido en cuenta que la actora no ha cuestionado en su demanda la indicación de cirugía y que fue ella misma quien presto su consentimiento informado para su realización.

Por esta razón, aduce J., el decisorio violenta el principio de congruencia, por alteración de la "causa pretendí", ya que los reproches endilgados -error de diagnóstico y de tratamiento- se fundan en imputaciones no formuladas por la actora en su demanda, que solo refieren a cuestionamientos genéricos de su actuación en la intervención quirúrgica y en el tratamiento posterior. Concluye que la juzgadora ha fallado extra patita, colocado al demandado en un estado de indefensión total, frente a imputaciones que no pudo replicar.

Desde otro lado, expresan que el hecho de que existieran complicaciones post quirúrgicas no dan aval para sostener que hubo error médico ni culpa medica de parte del galeno. Sobre el punto señalan que la cirugía transcurrió sin complicaciones y que la migración de tornillo que padeció C. con posterioridad a la cirugía, resulta una complicación posible descrita en la bibliografía medica, que puede tener por causa la cirugía o puede producirse por una causa ajena a la misma.

Expresa J. que la a quo ha efectuado una incorrecta valoración de los peritajes médicos, informes del cuerpo médico forense y declaración de un testigo calificado, en tanto no tuvo en cuenta que la tórpida complicación de la paciente se debió a una contingencia propia del procedimiento -cuya elección no fuera cuestionada por la actora - descrita en la bibliografía especializada, conforme explicaran ambos peritos.

Desde otro lado, señala que no hay relación causal actual entre las secuelas que presenta la actora en la actualidad y la practica quirúrgica, debido a que -la actora fue sometida a dos procedimientos quirúrgicos con posterioridad a la práctica cuestionada y también sufrió infección intrahospitalaria a foco respiratorio y urinaria e insuficiencia renal aguda que requirió hemodiálisis. Sobre el punto señala que el informe médico elaborado por el cuerpo médico forense en sede penal concluyo que C. no sufrió lesiones sino complicaciones de una práctica quirúrgica. En idéntico sentido, se expidió el testigo Dr. Agrasso. Aduce que la sentencia de grado dejo de lado tal conclusión, en favor del dictamen de una perito neuróloga no especialista en la técnica quirúrgica.

3.- Por una cuestión metodológica, corresponde indagar la transgresión al principio de congruencia invocada por el accionado J.

Al replicar los agravios, la accionante señalo que el principio de congruencia no se afectó, atento a que la imputación de la responsabilidad al médico se fundó en su actuar desde la primera consulta con la Sra. C. hasta su alta médica, periodo en el cual se cometieron errores de diagnóstico lo que llevo a que hubiera errores en el tratamiento. Desde otro lado, adujo que, la pretensión debe integrarse con lo que surge de la prueba, más en un caso tan técnico como el de autos, donde los errores, impericias, negligencias y culpas de los galenos surgen exclusivamente de las pruebas periciales y el estudio de las historias clínicas.

Recuerdo que el juez puede suplir en la sentencia el silencio de las partes o calificar la acción si fue erróneamente invocada, pero no puede alterar la demanda o modificarla, a fin de no incurrir en la violación del principio de congruencia, según el cual la sentencia solo puede pronunciarse sobre aquellas materias planteadas en los escritos constitutivos del proceso.

En efecto, el art. 34 inc. 4 del Código Procesal, impone al juez respetar en la sentencia el principio de congruencia y el art. 163 inc. 6 establece que debe contener la decisión expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en juicio. La ley exige una



rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualiza a la pretensión y a la oposición. El juez puede omitir analizar los argumentos de las partes que a su juicio no sean decisivos, pero no puede fallar otorgando más de lo que actor pidió -ultra petito-, ni dar una cosa distinta a la pedida, modificando las pretensiones formuladas por las partes -extra petición-. Dicha conformidad lógica resulta ineludible en vista al respeto de los principios de igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal que fijan los límites a las facultades decisorias del tribunal (CNCiv, Sala "D", D.C., V. c/ YAHOO DE ARGENTINA SRL, 11/08/2010, sumario N° 20796 de la Base de Datos de la Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

A tal efecto debe analizarse la traba de la litis y el objeto del litigio. Veamos:

En su demanda, la actora expuso que se sometió a una cirugía de columna para mejorar su escoliosis y mejorar notablemente su calidad de vida, lo que no sucedió sino que contribuyo a empeorarla categóricamente.

Expuso que a raíz de la cirugía realizada por el Dr. J. y la desastrosa colocación de los tornillos, sufrió una perforación de aorta (fs. 8). Agregó también que recibió el alta médica, indicando que tenía buena evolución, cuando le faltaban dos tornillos de la prótesis colocada (fs. 8 vta.).

Cesan allí los reproches efectuados al galeno, que como resulta evidente, no incluyen cuestionamientos al diagnóstico del profesional ni tampoco su decisión de someterla a una práctica quirúrgica ni, por lógica, el periodo anterior a la operación de columna.

Tal como fuera expuesto ut-supra, el profesional adujo que la cirugía transcurrió sin complicaciones, recibió al alta sanatorial el 3.11.2011 con evolución favorable, y el 10.11.2011 le fue diagnosticado un hemotorax por la migración de un tornillo que le produjo una efracción vascular, siendo una complicación descrita para este tipo de cirugías. Agregó que la paciente decidió no someterse a la nueva cirugía y abandono el tratamiento (fs. 66).

Tales fueron los extremos que cimentaron el reclamo y concitaron, en lo sustancial, la defensa argüida por los demandados. Sentadas tales premisas emerge con claridad que la juzgadora de grado incurrió en los vicios que se le atribuyen en la impugnación, si se advierte que efectuó el análisis de la pretensión deducida a partir de un esquema factico que incluyó reproches no efectuados en la demanda, dando lugar a la decisión que causa agravio. Abona tal conclusión, la postura asumida por la parte actora al replicar los agravios, al señalar que la pretensión debía complementarse con lo que resultara de la prueba rendida, lo que tácitamente implica reconocer que las imputaciones al galeno respecto al diagnóstico y tratamiento elegido no se encontraban incluidos en su demanda.

Máxime cuando la alternativa quirúrgica -para la que presto el pertinente consentimiento informado (conf. historia clínica n 16.953.177 obrante al sobre n 8845 que en este acto tengo a la vista)-, surgió a partir de una evaluación pre ocupacional en que le fue sugerida y fuera consentida por la actora ante la posibilidad de que su escoliosis mejorara en un 100% y, de tal modo, ser aceptada en el trabajo (según manifestara ante la perito médico a fs. 425).

Cuando se trata de pretensiones de libre disponibilidad legal, la voluntad de las partes domina y delimita el marco del proceso, acotando los temas sometidos a decisión del juez. Los jueces no deben incorporar temas no introducidos por las partes en el pleito pues ello quebranta el principio de congruencia y la garantía de defensa en juicio.

Cobra virtualidad la doctrina que establece que el principio de congruencia se vincula, básicamente, con la forma en que los órganos jurisdiccionales deben resolver las cuestiones sometidas a su decisión, teniendo en cuenta los términos en que quedó articulada la relación procesal, esto es, sin incurrir en omisiones o demasías decisorias.

El destino de dicha directriz es conducir el proceso en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio, imponiendo que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa (SCBA, causas L. 94.807, "Iasevoli", sent. de 01/12/2010; L. 103.000, "Boyer", sent. de 21/03/2012; L. 102.237, "Villate", sent. de 05/04/2013 y L. 117.223, "Santore", sent. de 19/02/2015).

Por lo expuesto, considero que no resulta procesalmente válido expedirse sobre el diagnóstico y el tratamiento propuesto por el Dr. J. para atender la patología de la columna por lo que abre de estimar los agravios. Es que esta cuestión no fue planteada por el actor en el momento procesal oportuno (en la demanda), de modo que su tratamiento implicó violentar el principio de congruencia.

En efecto, este principio -de indudable rango constitucional, y reflejado también en los artículos 34 inc. 4ª y 163 inc. 3ª del Código Procesal- exige que exista concordancia entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, el objeto y la causa, de modo que las partes, al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida, delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión de la actora y la oposición de los demandados (esta sala, 8/4/2013, "Bazo, Alicia Haydee c/ Navarro, Mario y otros s/ Nulidad de acto jurídico", L. n 611.653). Por tal motivo, esta cámara se encuentra impedida de tratar cuestiones no propuestas oportunamente al tribunal de grado (art. 277 Código Procesal).

Empero el análisis no concluye aquí, ya que subsisten los cuestionamientos al acto quirúrgico en sí, así como el alta otorgada a la paciente, análisis que procederé a realizar a continuación.

4.- No resulta controvertido a esta altura, que la accionante padecía de escoliosis dorso lumbar y que, con posterioridad a la cirugía, sufrió un aflojamiento de la artrodesis con lesión aórtica, hemitórax masivo, complicaciones infecciosas, insuficiencia renal aguda, paro cardiorrespiratorio intraoperatorio, necesidad de múltiples intervenciones para retirar el material de fijación.

En casos como el presente resulta de cardinal trascendencia para la dilucidación del irte la pericial en la especialidad, en conjunción con el debate que se genera en torno a ella, documentos médicos y demás elementos probatorios coadyuvantes que determinen la admisibilidad de los asertos a los que pudiera arribar el experto. Así se hace necesario evaluar las conclusiones y demás consideraciones exhibidas en el peritaje, desandando los diversos presupuestos que propone la teoría de la responsabilidad civil.

Piedra basal para la determinación de imputabilidad, resulta el análisis de los peritajes rendidos en autos por la perito neuróloga, la Dra. Graciela Talone (fs. 420/431), y el peritaje en neurocirugía, realizado por el Dr. Roberto Oscar Gonzalez (fs. 527/532).

La operación de la Sra. C. consistió en la colocación de barras de fijación de T5 a L4 mas 14 tornillos con dos conectores transversales. Afirmo la experta, que aparentemente, según lo descrito en la evolución diaria, la cirugía resultó sin complicaciones (fs. 423 vta.). No

obstante, agrega la perito que ese mismo día, el Dr. J. concurre a visitarla y le explica que debían transfundirla pues además de haber perdido sangre estaban bajas las plaquetas, tratamiento que se completó dos días después, oportunidad en que la pasan a sala por indicación del equipo del neurocirujano que la opero y cuatro días más tarde le indican el alta (fs. 423 vta.).

Expuso la auxiliar que existieron indicios que podrían sugerir pérdida de sangre, mas allá de haber sido la intervención efectuada, un tipo de cirugía sangrante: a los dos días presentaba un descenso de: a) hematocritos de un valor de 44% -valor normal en mujeres y presente en C. al momento de la operación- a un 18%; b) plaquetas de hasta 105.000, siendo el valor normal de 150.000 a 450.000 (fs. 423 vta.).

Agrego que los días posteriores continuo con balance negativo y que a los 4 días de transfusión mostraba un hematocrito de 29.2, dándosele el alta al día siguiente con consulta posterior por consultorios externos, 8 días más tarde (fs.423 vta.). El mismo día de la consulta de control, la paciente comienza con sensación de falta de aire con desvanecimiento posterior, por lo cual es trasladada de urgencia al Sanatorio Güemes donde se sospecha en una primera instancia, una neumonía que es punzada por probable derrame pleural constatándose liquido ser hemático abundante (fs. 423 vta.).

Ante la gravedad de la descompensación y la caída franca del hematocrito observada por el cirujano general llamado a consulta, se realiza avenamiento pleural donde se constata hemitórax masivo secundario a migración de tornillo de fijación (fs. 423 vta .), siendo la paciente intervenida de urgencia por un cirujano de columna y cirujano vascular, procediéndose a la extracción de tornillo y sutura de laceración aortica en cuatro puntos distintos (fs. 424).

Indico que, en esa operación, la paciente sufre dos paros cardiacos que requirieron masaje cardiaco. Intercurre con infeccion intrahospitalaria a foco respiratorio y urinario y con insuficiencia en sala. A partir de entonces presento dificultad en la marcha y trastornos esfinterianos (fs. 424).

Explico que la perdida de la reducción y migración de un tornillo, es una complicación descripta en estos casos (fs. 428 vta.).

Al prestar declaración testimonial el Dr. Edgardo Héctor Agrazo (fs. 323/ 326), médico que colaboro como ayudante en la operación llevada a cabo por el Dr. J. a la Sra. C. en la Clínica de los Virreyes, dijo que la intervención quirúrgica consistió en un abordaje posterior de la columna, es decir desde atrás, una corrección con implante protésico que consiste en tornillos con lo cual se busca corregir una desviación de columna, tratando de lograr que la paciente compense el desvío de su columna.

Manifestó que no hubo ningun tipo de complicación durante el procedimiento.No obstante, detallo que las complicaciones pueden ser intraoperatorios (reiterando que no las hubo) y post operatorias, que pueden ser infecciones, neurológicas, anestésicas, cardiológicas y/o vasculares; o bien pseudoartrosis, que es una falta de consolidación de la fijación que puede llevar al aflojamiento de los implantes colocados.

Por último, preciso que las complicaciones vasculares en este tipo de intervenciones alcanzan un 0,3 a 0,5% estadísticamente.

Ante la manifestación efectuada por la perito neuróloga, respecto a que no se iba a expedir en relación a la práctica quirúrgica, por no resultar resorte de su especialidad (fs. 423), la magistrada de grado designo un perito neurocirujano, en los términos del art. 36 del CPCC (fs. 511/512).

Expreso el auxiliar González que la migración de tornillos es una de las complicaciones posibles (fs. 528) y respecto a una de sus causas, resulta ser que no estuvieran bien colocadas (fs. 529). La otra causa frecuente es que, al realizar la distracción para reducir la curvatura escoli tica del paciente, puedan sufrir mucha carga y aflojarse. Otra causa, mucho menos frecuente, es que los pacientes no sigan las indicaciones postquirúrgicas, y al no tener sintomatología exageren la movilidad de la columna en el postoperatorio (fs. 529).

Señalo que existe una relación estadísticamente negativa entre experiencia del cirujano y mal posición de tornillos intrapediculares (fs. 531).

Preciso que la descripción del parte quirúrgico es escueta y no aporta datos fundamentales para reconocer si el auxiliar respeto las reglas del arte (fs. 529).

Explico que en este tipo de cirugía se recomienda realizar controles radioscópicos intraoperatorios, control neurofisiológico con potenciales evocados somato-sensoriales y motores, y por ultimo un control radioscópico post-operatorio (fs. 529) para confirmar la correcta posición de los tornillos (fs. 530). Asimismo, previo al alta debe efectuarse una tomografía computada (fs. 531).

Resalto que nada de ello consta en el parte quirúrgico ni tampoco la utilización de radioscopia intra-operatoria (fs.530).

Asimismo, refirió que el parte del monitoreo neurofisiológico solamente refiere que se informó al equipo médico sobre los hallazgos durante toda la cirugía, no señalando si se presentaron anomalías durante el procedimiento quirúrgico o no (fs. 530).

Dijo que los danos referidos por los médicos intervinientes en el sanatorio Güemes tienen relación directa con la practica realizada en la Clínica de los Virreyes (fs. 530). Por último, acompaño imágenes que, según sostuvo, ilustran la mal posición de algunos tornillos intrapediculares torácicos (fs. 532).

5.- Al evacuar las impugnaciones formuladas por los empleados (fs. 534, 536/538 y 540) el auxiliar reitero que la exploración radiológica no consta en el protocolo quirúrgico y que resulta práctica habitual en este tipo de cirugías asentar en tal documento expresamente, si se presentaron o no complicaciones, si se realizaron o no transfusiones sanguíneas, si se realizaron o no alteraciones neurofisiológicas, si se realizó o no radioscopia intraoperatoria (fs. 549).

Advierto también que las impugnaciones carecen del aval de un consultor técnico de parte.

Es preciso recordar que una pericia importa para la dilucidación del caso, la información prima facie veraz emitida por un auxiliar de la justicia, sobre cuestiones de orden científico o técnico, debidamente apreciado conforme a la profesionalidad y aptitudes de quien formula el dictamen.

Este, para ser considerado tal, debe reunir los requisitos de forma y de fondo que hacen a su idoneidad, derivada de la explicación detallada de los presupuestos técnicos tenidos en cuenta para lograr la conclusión a la que en definitiva se arribe, como así también de los principios científicos en los que se funde (cfr. arg. art. 472 del Código Procesal).

Sentadas tales premisas, no hallo en el informe antes reseñado el mas mínimo argumento para separarme de las conclusiones del perito designado, y como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "cabe conceder validez a las conclusiones del experto para la decisión de aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que solo cabría apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos" (Conf. CSJN, 25/03/1997, DT 1997-A, 1004; id. 23/04/1996, Fallos, 319:469, entre otros).

6.- La responsabilidad medica se asienta sobre la idea de culpa, la que debe ser mostrada a través del hecho que la prestación a cargo del profesional ha sido cumplida de modo deficiente, imperito, desajustado de las reglas del arte, en fin, con omisión de las diligencias que la naturaleza de su desempeño impone (arts. 512, 902, Código Civil).

Al encarar cuestiones de cierta complejidad que atañen a la práctica de la medicina y, en particular, de la cirugía, es oportuno recordar que la causa de un hecho dañoso es la condición que se reputa adecuada entre todas las que pueden haber concurrido, para producir el daño como resultado. Por ello se alude a la causa adecuada que el Código Civil (arts. 902 y 904) ha vinculado estrechamente a la previsión del autor o responsable. Es menester verificar con precisión autoría y causalidad, determinar la relación causal, no como vinculo meramente posible, sino mediante la efectiva comprobación de la atribución del daño al hecho, cuya demostración incumbe a la parte actora en todos los casos (conf., Trigo Represas-López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, Bs. As., La Ley, 2004, t. I, pag.627 y sus citas en notas 1030 y sigtes.).

Por otra parte, y la cuestión no es menor, es menester probar la culpa del médico o del cirujano, ya que la responsabilidad del médico, y las responsabilidades concurrentes del caso, se generan 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, en el caso.

La existencia de la relación causal esta necesariamente vinculada a la imputación que se hace al autor de las consecuencias de su hecho (arg. arts. 901 y sigtes., Cód. Civil) y es, necesariamente, cuestión previa a la determinación de la culpabilidad (conf. Bribia, Roberto H., La relación de causalidad en el derecho civil, Rosario, Juris, 1973, n.º 6; Goldenberg, Isidoro H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil, 2.ª ed., La Ley, 2000, pag. 39 y sigtes., p. 17).

Probada la relación causal, cuando alguien imputa al médico su negligente desempeño o atención soporta la carga de probar no solo el daño que ha padecido o padece sino la culpa de aquel, la mala praxis en cuanto ha sido causa de ese daño, el factor de atribución de su responsabilidad.

Es decir, la carga probatoria corresponde a quien la invoca, con mayor razón si quien pretende una reparación se basa específicamente en el mal desempeño del facultativo (Sala A, 8/7/97, JA, 2000-I-187, secc. Índice n 44).

Ello así, adelanto, que de una valoración conjunta y de conformidad con las reglas de la sana crítica, encuentro que la cirugía de artrodesis de columna a la que se sometió la Sra. C., fue la causa inmediata o mediata, previsible, de la migración del tornillo de fijación y laceración de la arteria aorta, así como las consiguientes secuelas. Además, el cuadro probatorio evidencia que la operación no ha sido desarrollada de acuerdo a las reglas del arte y que tal secuela fue consecuencia de una negligente práctica imputable al cirujano.

En el presente, cabe destacar, por un lado, que el perito González precisó que los daños referidos por los médicos intervinientes en el sanatorio Güemes tienen relación directa con la práctica realizada en la Clínica de los Virreyes; por otra parte, resalto que el mismo día de la cirugía la Sra. C. se vio en la necesidad de recibir transfusiones sanguíneas para compensar la pérdida de hematocritos y plaquetas, circunstancia que se mantuvo por 2 días y que, dado el escaso tiempo transcurrido desde la intervención, me convencen que el aflojamiento de los tornillos y la laceración aortica se produjo mientras se desarrollaba la cirugía.

Sentada, entonces, la existencia del nexo causal, consistente en que la laceración aortica tuvo su origen en la cirugía, corresponde seguidamente ponderar la atribución de responsabilidad al doctor J.

De las constancias obrantes, se advierte que la actitud del médico en la operación realizada a la actora no fue la esperada para un profesional especialista en neurocirugía. A la ausencia de estudios de radioscopia, tanto en la operación como en el postoperatorio para confirmar la correcta colocación de los tornillos, se suma como indicio relevante las deficiencias en el parte quirúrgico anotadas por el perito cirujano. A lo expuesto debe resaltarse que, de haberse efectuado los pertinentes controles, tal anomalía hubiese podido ser detectada y corregida en la misma cirugía.

Por otra parte, tengo también presente que ambos peritos -neuróloga y cirujano- señalaron que la deficiente colocación del material ortopédico resulta una de las causas en el aflojamiento y su posterior migración (fs. 424 vta. y 529).

Encuentro que el cirujano tampoco acreditó que ello se hubiera producido por causa ajena a su actuación y que, aun siendo una complicación previsible, ello fuera inevitable.

Retomo lo expuesto por la perito neuróloga quien sostuvo que una prótesis colocada correctamente no se desprende a menos de 10 días de su colocación (fs. 446 vta.) y lo afirmó por el perito médico cirujano respecto a que existe una relación estadísticamente negativa entre experiencia del cirujano y mal posición de tornillos intrapediculares, inexperiencia que, en el caso, queda descartada teniendo en cuenta que el galeno demandado es cirujano acreditado en la sociedad argentina de patología de la columna vertebral desde el año 1998 (fs. 323 vta.). A ello cabe agregar, según informara el testigo Dr. Agrazo, que la complicación vascular se presenta en el 0,3 al 0,5% de los pacientes operados para este tipo de deformidad espinal (fs. 324).

Al igual que la colega de grado, prescindiré del testimonio del Dr. Agrazo, en tanto no solo participo de la cirugía como colaborador y ostenta un vínculo profesional con el aquí demandado -lo que genera serias dudas sobre su imparcialidad-, sino porque su afirmación tocante a que no hubo complicaciones en el operatorio, resulta desvirtuada por las constancias probatorias antes reseñadas.

De tal forma, si bien la migración de los tornillos puede contemplarse una contingencia en este tipo de procedimientos, el reducido porcentaje de intervenciones que presentan como complicación secundaria una laceración aortica, sumado a la especialidad y experiencia del Dr. J., lo vacían de contenido para ser esgrimido como argumento para deslindar la culpa (art. 902 Cid).

No enerva lo expuesto el informe médico producido por el cuerpo médico forense ni el sobreseimiento fundado en que la actora no sufrió lesiones sino complicaciones de una cirugía compleja (folios 178/180) dispuesto en la causa penal CCC n.º 48439/2014 "J.s/ Lesiones culposas", ya que lo decidido en sede penal (de no recaer condena en esa sede) no obliga al juez civil, ni aun las apreciaciones efectuadas por el juez en lo criminal, ya que en razón de los diversos fines perseguidos por uno u otro juicio varia el alcance que puede atribuírsele a la misma prueba.

Todo lo expuesto me persuade que el accionar galeno no fue acorde a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y que, en consecuencia, produjo el daño en la actora por impericia en la colocación de los tornillos.

7.- Desde otro lado, de acuerdo a los términos en los que se expidiera el especialista designado en la causa encuentro que la culpa galénica en la que incurrió el Dr. J. reposo concomitantemente en un error objetivamente injustificable para un profesional de su especialidad (cfr. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, p. 569), que lo condujo -frente a importantes indicios- a que se la diera el alta prematura, cuando la conducta que se imponía era descartar un desprendimiento de los tornillos en la cirugía de artrodesis de columna, y no un equivocado plan de egreso. No se desprende en tal sentido de la experticia que el descenso en el nivel de hematocritos y de plaquetas fueran equivocados (que pudieran responder a más de una causa), o que pudieran inducir a confusión (cfr.

Calvo Costa, C. A., "Danos ocasionados por la prestación médico-asistencial", Ed. Hammurabi, p. 247), para deslindar de responsabilidad al profesional actuante.

Sobre el punto es de destacar que al cirujano general del Sanatorio Güemes que concurrió a la interconsulta a su ingreso, no le pasó desapercibido la caída de más de 15 puntos del hematocrito como un factor de descompensación hemodinámica (fs. 430).

Máxime considerando que la laceración de la arteria aorta resultaba una contingencia previsible (fs. 424 y folio 170 del informe del cuerpo médico forense glosado a la causa penal) y, por otra parte, que la ausencia de controles radioscópicos intraoperatorios, obligaba a extremar los recaudos.

De modo que el Dr. J. -en rigor la Dra. Y., integrante de su equipo- al disponer el alta de internación de un paciente instrumentado recientemente y con signos analíticos que podían sugerir pérdida de sangre, es responsable en virtud de la falta de tratamiento adecuado que podría haber llevado a su detección y evitar las secuelas en su salud que presenta actualmente la aquí accionante.

Existiendo cabal prueba de que en instancias en que, ante las señales de alarma y de haberse sopesado adecuadamente y adoptado las medidas del caso, existían serias posibilidades de evitarse el daño producido, la conducta médica cobra virtualidad en este contexto para imputar responsabilidad profesional.

Por último, es de señalar que, conforme al régimen de los arts. 901, 903 a 906 del Código Civil, son imputables al autor del hecho las consecuencias inmediatas de los hechos libres, esto es, las consecuencias de un hecho que acostumbre suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas. En el caso que nos ocupa, las posteriores prácticas quirúrgicas y complicaciones respiratorias, urinarias y renales padecidas por la actora, son una consecuencia indemnizable de la mala praxis que sufrió, pues no obstante la presencia de hechos intermedios (hemotorax e infección intrahospitalaria), la relación causal es directa e inmediata, porque fue el primer hecho el que, habiendo generado los posteriores, hizo posible la situación dañosa.

Solo hay interrupción del nexo causal si el efecto ha sido determinado por el suceso posterior, que no deriva del precedente, es decir, que posee una operatividad completamente autónoma de la primera causa, situación que no se configura en autos si se tiene en cuenta que las posteriores complicaciones en la actora reconocen como antecedente necesario la intervención quirúrgica de la Sra. C. en la Clínica de los Virreyes.

8.- En definitiva, cabe razonar que la sentencia puesta en crisis examino adecuadamente los elementos de pruebas anexados a la causa para terminar concluyendo fundadamente en razones de derecho que existió mala praxis médica en la atención dispensada por el Dr. J. a la paciente Sra. C.

Por lo expuesto propiciare al Acuerdo, confirmar la responsabilidad atribuida en el decisorio de grado.

IV.- De la extensión de la condena a German Tarde SA.

1.- En la sentencia, la colega de grado concluyo que la responsabilidad de la Clínica de los Virreyes .German Tarde SA deriva de la circunstancia de que entre el establecimiento asistencial y el medico que presta sus servicios se establece un verdadero contrato en favor de terceros: el eventual hospitalizado (art. 504 del Codigo Civil).

Con cita autoral y precedentes jurisprudenciales, explico que, 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 tacita de seguridad.

Cuando la entidad se obliga a la prestación de un 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.

Sostuvo que, encontrándose dentro del ámbito de la responsabilidad contractual, el deber de seguridad que pesa sobre el establecimiento de salud es de resultado. El sanatorio no solo debe responder porque se preste el servicio, sino porque se lo preste de manera tal que el paciente no sufra danos por deficiencias en la prestación prometida, la cual en el caso se ha visto configurada no solo en el deficiente procedimiento quirúrgico llevado a cabo, sino también, por las conductas medicas erróneas, al valorar los parámetros clínicos post quirúrgicos de la actora. En síntesis, juzgo que la obligación de responder nace del incumplimiento del deber de seguridad.



2.- Frente a lo decidido se alzan German Tarde SA y su aseguradora. A la par de que el sanatorio demandado y su citada en garantía cuestionaran la sentencia de anterior instancia por la inexistencia de mala praxis, se agravan de la ausencia de responsabilidad de su parte por los hechos cometidos por el Dr. J. Insisten en que la obligación de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica fue cabalmente cumplida y por ende no merece reproche ni condena alguna. De allí, prosiguen, que el estado de salud actual de la actora no resulta una consecuencia de una prestación deficiente del servicio médico asistencial prestado por la Clínica de los Virreyes. Por otra parte, aducen que no puede válidamente exigírsele a la Institución donde se realizó la cirugía, que brinde una carta de indemnidad al paciente que se ha de someter a una intervención quirúrgica, siendo ilógico pensar en una obligación más gravosa para la clínica que presto sus instalaciones para que se realice una cirugía que la obligación que recae sobre el médico. Así, constituye un avasallamiento de derechos imponer a la clínica una obligación de resultado por una cuestión de presunta mala praxis, cuando al principal imputado le cabe una obligación de medios.

3.- Al igual que la colega de grado, soy de la opinión de que la responsabilidad del establecimiento, típicamente contractual, descansa en la existencia de una obligación tacita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia por medio de los facultativos del cuerpo médico (conf. Felix A. Trigo Represas, Reparación de danos por mala praxis médica, pag. 361). La responsabilidad de la institución aparece, entonces, subordinada al cumplimiento previo de la obligación asumida por el galeno frente al paciente (cf. Calvo Costa, C. A., "Danos ocasionados por la prestación medico asistencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 59).

Como el establecimiento asistencial se vale de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento de sus obligaciones, habrá de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o coparticipes, en razón de la irrelevancia jurídica que para el acreedor reviste tal sustitución; ya que a él, en definitiva, no le interesa que el cumplimiento se logre mediante el propio obrar del deudor o el de un tercero o terceros a quienes utilice o emplee a esos fines (Garay, Oscar Ernesto, "Tratado de la Responsabilidad Civil en las Especialidades Médicas", T. III, Ed. Errepar, p. 1615). La dependencia o no del médico, entonces, no juega ningún rol apreciable en el campo contractual (Picasso, Sebastian, "Interesantes cuestiones de responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS, 2006-548).

Reitero que la obligación de seguridad es preservar a la persona del paciente de eventuales fallas del servicio médico o de elementos auxiliares, sin que ello signifique que la obligación de seguridad sea una garantía de resultado de la actividad médica. Es también una obligación de medios, y como tal, la entidad responderá en la medida en que .como en el caso- el médico incurra en culpa, negligencia, imprudencia, o impericia (Garay, Oscar Ernesto, ob. cit., p. 1896).

Así, desde esta perspectiva no puede sostenerse válidamente que la responsabilidad quede limitada al haber puesto a disposición de la actora todos los recursos técnicos y humanos disponibles en la atención de la paciente. De tal forma, acreditada en la especie la culpa del médico, resulta configurada la transgresión de la obligación de seguridad por parte del ente asistencial.

4.- Por estas razones, abre de confirmar este aspecto del pronunciamiento de grado, en cuanto extiende la responsabilidad a Clínica de los Virreyes.

V.- Danos.a) Nexo de causalidad.

Acreditada la antijuridicidad del acto, impone la lógica de la responsabilidad civil que se analicen los danos que se dicen padecidos y su nexo de causalidad con el hecho ilícito en cuestión, premisa insoslayable a los fines de determinar la extensión de sus consecuencias jurídicas, cabe señalar que solo abre de indemnizar los debidamente probados y que resulten ciertos y no la mera posibilidad o hipótesis de daño.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que el monto estimado por el actor no marca el límite de la pretensión y conceder más de lo pedido no importa incongruencia por ultra patita, ya que la utilización, como ha ocurrido en el caso de la formula "y/o lo que en mas o en menos surja de las probanzas de autos" habilita al magistrado a estimar el quantum indemnizatorio en atención a la índole de la afección sufrida, pues no se encuentra obligado por la suma requerida tanto para el caso de que aquella resulte ser mayor o menor a la reconocida (conf. CNCiv., esta Sala, mi voto en libres n° 56345 del 24/7/20, n.º 83702 del 25/8/20, n° 44013 del 2/9/20, n.º 23540 del 21/9/20, n° 94328 del 30/12/20, n° 81136 del 23/2/21, entre muchos otros). b) Ahora, tal como lo sostuvo en su voto el Dr Lorenzetti del 2 de septiembre de 2021, (CIV 80458/2006/1/RH1 G, G. O.; C. P.

A. y otros c/ C., E. O. y otros s/ danos y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte), el principio de la reparacion plena, en virtud de las diversas funciones que desempeña actualmente el sistema de la responsabilidad civil, esto es la función preventiva, la resarcitoria y la sancionatoria, se debe cumplir con dos estándares que conviene destacó.

Por un lado, y en virtud de las diversas características de los derechos que pueden ser lesionados (v.gr.patrimonial, extrapatrimonial, de incidencia colectiva), la reparacion -lato sensu- del dano debe procurar una "tutela efectiva" mediante el otorgamiento de un remedio apropiado no solo a la naturaleza del derecho afectado, sino además, a la concreta situacion en la que este se encuentra en virtud de la lesion (v.gr. Fallos: 239:459, "Siri"; Fallos: 241:291, "Kot"; Fallos: 320:1633, "Camacho Acosta"; Fallos: 315:1492, "Ekmekdjian"; Fallos: 331:1622, "Mendoza"; Fallos: 332:111, "Halabi"; Fallos: 337:1361, "Kersich", entre otros).

En segundo lugar, cuando por las circunstancias del caso, la reparacion del dano tiene que cenirse al otorgamiento de una indemnizacion sustitutiva del bien juridico lesionado, es preciso que el quantum que se establezca para tal fin, ostente una extension congruente y acorde con la entidad del perjuicio acreditado (doctrina de Fallos: 314:729, considerando 4; 316:1949, considerando 4; 335:2333, considerando 20; Fallos: 340:1038, voto del juez Lorenzetti, considerando 5, entre otros).

Asi, siguiendo estos argumentos, analizare los rubros motivo de agravio.

1.- Incapacidad sobreviniente.

Tratamiento futuro.

i.- En la anterior instancia el juzgador acordó la suma de \$ 3.000.000 en concepto de incapacidad psicofísica sobreviniente -comprensiva del daño estético-, la de \$150.000 por tratamiento psicoterapéutico y la de \$800.000 por tratamiento y futuras cirugías.

Los emplazados se agravian de los montos otorgados que tildan de excesivos.

Aducen que no se ha tenido en cuenta que la actora padecía una enfermedad de larga data, con una columna vertebral dañada por la escoliosis, con forma de S, que la dificultaba para su quehacer laboral y que ello debió haber sido tenido en cuenta al momento de determinar el monto indemnizatorio y detracer de dicho monto la importante incapacidad preexistente mencionada. Destacan que, como indicio de la improductividad previa de la actora, ya al momento de la cirugía contaba con 47 años de edad y no podía acceder a un empleo remunerado formal.

Agregan que las cicatrices generadas por ulteriores cirugías realizadas a la actora por otros galenos y en otras instituciones médicas, no pueden ser tenidas en cuenta en la condena indemnizatoria puesto que no pueden serle achacadas a los aquí demandados.

Asimismo, en relación a la "marcha claudicante, curvatura de su columna y dificultades de desplazamiento" estas son consecuencias que se derivan de su patología originaria, o que no guardan relación con la cirugía efectuada por el Dr. J.

Respecto a la incapacidad psíquica, señalan que se encuentra comprendido dentro del daño moral y tampoco se tuvo en cuenta el antecedente por depresión de la actora, previo a los hechos que motivan el presente juicio. Atinente al tratamiento psicoterapéutico alegan que el rubro es a todas luces improcedente, en tanto la actora tiene obra social y por ende cuenta con la cobertura necesaria para realizar el tratamiento psicológico o psiquiátrico sin necesidad de desembolso de dinero. Por último, en lo atinente al rubro por cirugías futuras, dicen que se basa solo en la posibilidad de que la actora deba recibir tratamientos a futuro y no existe certeza alguna que habilite la procedencia de las sumas reclamadas. Ello, mas allá de que eventualmente serán cubiertos por su empresa de medicina prepaga y/u obra social. ii.- Es menester destacar que la incapacidad consiste en la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales (ver Zavala de González, M. Danos a las personas-Integridad psicofísica, Tomo 2°E, página 289).- Así, la incapacidad sobreviniente "se traduce en una disminución de las aptitudes físicas de la víctima para sus actividades no solo roborativas sino también en todo su ámbito de relación y se verifica cuando las secuelas no son corregibles luego de realizados los tratamientos médicos respectivos, es decir cuando no existe posibilidad de lograr recuperación del estado de salud del que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso. Así es que, para que esta indemnización prospere debe contemplarse una pérdida o aminoración de las potencialidades del sujeto que lo afectan no solo en su vida presente sino también en sus posibilidades futuras" (C.N.Civ, esta Sala, mi voto en libres n° 44555/2015 del 23/9/20; n° 81136/14 del 23/2/21; n° 9094/2015 del 3/3/21, n° 114443/2008 del 11/3/21, n° 17811/2009 del 11/3/21; n° 28104/2018 del 16/3/21; n° 22760/2017 del 25/3/21, entre muchos otros) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando el perjudicado resulta disminuido en sus facultades físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues tal integridad tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la existencia (Fallos. 308:1109; 312:2412).

Así, expondré .en concreto- el marco bajo el cual emprenderé la tarea cuantificadora cuestionada.

Específicamente en relación con el principio de resarcimiento integral, sin perjuicio de las

pautas generales que analizaba antes de la reforma del Código Civil y Comercial, es aconsejable tener en cuenta como indicio, lo que el nuevo código nos dice al respecto. Así, el art.1740 Código Civil y Comercial establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. Asimismo, el art. 1746 del mencionado código, establece pautas para la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, total o parcial, admitiendo la presunción de la existencia de los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

Ahora, no debe soslayarse que este art. 1746 hace referenci a a la adopción de determinadas pautas que parecen dar cuenta que debe emplearse un criterio matemático para calcular la indemnización. En efecto, establece como directiva que la indemnización debe consistir en una suma de capital que, debidamente invertido, produzca una renta que permita al damnificado continuar percibiendo durante su vida útil una ganancia que cubra la disminución de su aptitud para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Como se advierte, esta fórmula, prevista para el caso de incapacidad permanente, en base a la función resarcitoria (arts. 1708 y 1716), al principio de inviolabilidad de la persona humana (art. 51) y al de la reparación plena (art. 1740), todos ellos objetivos de la responsabilidad civil, en conjunto con el deber de prevención (arts. 1708 y 1710) podrá ser un elemento a seguir para cuantificar también el perjuicio producido (conf. Galdos, en Lorenzetti (dir) "Codigo Civil y Comercial de la Nación comentado", 1° ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p.294).

Se trata de una herramienta, de una verdadera pauta orientadora para lograr acercarse en forma objetiva a la reparación adecuada, pero que no descarta la aplicación de las particularidades del caso que son, justamente, las que permiten a los jueces resolver con justicia cada situación individual.

Es decir, a ese fin, es prudente acudir como pauta orientativa a criterios matemáticos para su determinación, si bien tomando los valores que arrojan esos cálculos finales como indicativos, sin resignar las facultades que asisten al órgano judicial para adecuarlos a las circunstancias y condiciones personales del damnificado, de modo de arribar a una solución que concilie lo mejor posible los intereses en juego. Criterios semejantes, aunque resistidos por muchos, distan de ser novedosos (cfr. Iribarne, Héctor en "Derecho de Danos", primera parte, Directores Trigo Represas, Stiglitz, Ed. La Roca, Bs. As,1996, pag. 191 y sgtes.). iii.- En este contexto, tendré en cuenta además y a los fines de cuantificar el monto indemnizatorio: 1) que la mala práctica tuvo lugar el día 28.10.2011, cuando la actora tenía 47 años de edad -fecha de nacimiento 25.5.1964-; 2) que se encuentra acreditado que al momento de la cirugía la Sra. C. se desempeñaba como personal de limpieza en una casa particular (fs. 345 y 403/407) sin que consten los ingresos percibidos a tal fecha, por lo que habre de estar al salario mínimo, vital y móvil. Es decir que, contrariamente a lo sostenido por las emplazadas, la actora se encontraba trabajando al tiempo de efectuarse el examen pre ocupacional a fin de acceder a laborar en la cooperativa de un hospital (fs. 348) y que derivara en la posterior cirugía de columna, lo que se evidencia tanto con las testimoniales incorporadas 303/306, 307/308, 310/313, 317/318), como con la cobertura médica con la que contaba -OSUTHGRA (fs. 343 y 403/407), a lo que cabe añadir que, según informara la perito Talone no contaba con déficit neurológico ni presentaba un cuadro invalidante (fs.425). De allí que mal pueda predicarse que la accionante se encontrara impedida o no ejerciera una actividad laboral remunerada con anterioridad a la intervención, con independencia de que se trate de un empleo formal o no; 3) una tasa de descuento del 5% anual que representaría el adelanto por las sumas futuras,

equivalente a la que se podría obtener de una inversión a largo plazo; 4) el periodo a computar que estaría dado hasta la edad productiva de la víctima que se estima en 75 años, 5) finalmente, la incapacidad estimada por los peritos designados en autos.

Veamos. Se anoto en el peritaje neurologico efectuado por la Dra. Talone que la accionante sufrio un aflojamiento de la artrodesis con lesion aortica, hemotorax masivo, complicaciones infecciosas, insuficiencia renal aguda, paro cardiorrespiratorio intraoperatorio, necesidad de múltiples intervenciones para retirar el material de fijación. Desde el punto de vista del diagnostico neurologico, la paciente presenta una paraparesia espastica con nivel sensitivo T4 con compromiso esfinteriano, que le impide autovalerse; siendo su pronostico reservado (fs. 426 vta.).

Explico la auxiliar que se encuentra limitada para trabajar y ser autovalida.

Presenta: a) dificultad para movilizarse por paraparesia -debilidad en miembros inferiores- de nivel alto que tambien involucra el sosten del tronco; b) disestesias dolorosas -alteracion de la sensibilidad- en ambos miembros inferiores; c) marcada limitacion en la marcha -requiere de alguien que la acompañe por inestabilidad postural y tendencia a las caidas-, limitacion para agacharse, no puede estar en cuclillas, requiere ayuda para levantarse de la cama o silla, no puede subir ni bajar escaleras; d) rigidez no solo por su escoliosis, sino tambien por la fibrosis cicatrizal de las diversas cirugias; e) compromiso esfinteriano (fs. 427) con infecciones urinarias frecuentes (fs. 430 vta.); f) necesidad de realizar maniobras manuales para poder evacuar su intestino y apositos para incontinencia; g) imposibilidad de disfrutar de su vida sexual; h) dolor tipo descarga electrica y calambres en miembros inferiores, además de las adherencias pleurales motivadas por el hemotorax masivo (fs.444).

Concluyo la experta que la clínica de la actora, consistente en paraparesia espastica con nivel sensitivo alto, compromiso esfinteriano, secuelas estructurales cicatrizales (fs. 431), dano estetico, infecciones urinarias a repeticion y englobando el cuadro de manera holistica, la accionante presenta una incapacidad del 80% permanente y de la total vida y laborativa, conforme baremos de Altube y Rinaldi (fs. 428).

Atinente al costo de los futuros tratamientos, indico que dependerá de las complicaciones que vayan surgiendo, de la necesidad de soporte para la movilidad, terapia ocupacional, acompañante terapéutico, terapia psicológica, mas todas las respectivas a las complicaciones padecidas (fs. 428), cuyo costo no estimo. iv.- El porcentaje asignado fue cuestionado por los emplazados (fs. 433/434, 436/437 y 439/442), ya que, según alegaron, la experta no discrimino que parte de la incapacidad es preexistente y en qué porcentaje puede ser considerada evolución natural de la enfermedad. Al evacuar el traslado, la perito ratifico el porcentaje, poniendo de relieve que aun con todas las limitaciones a su vida personal y de relación puede caminar aunque con marcada dificultad, caso contrario, la incapacidad seria del 100% (fs. 444 vta.).

Debo recordar que los jueces no somos, en principio, especialistas en ciencia alguna que no sea la aplicación del derecho y que por ello, en otras cuestiones técnicas, nos resulta necesario acudir a la prueba pericial. La experticia nos permite elaborar nuestra convicción. Pero ello bajo la óptica de los principios de la sana critica, porque si no bastaría con someter la cuestión a un perito y adherir, sin más, a sus conclusiones.

Corresponde señalar que el dictamen se encuentra debidamente fundado en tanto las

secuelas constatadas encuentran sustento en el examen físico, estudios complementarios y constancias de atención médica que emergen de la historia clínica. Ello así, en la medida que no advierto que se hayan demostrado errores que autoricen a desmerecer el informe y atento que sus conclusiones resultan robustecidas por el apoyo de otros elementos probatorios, admito el dictamen pericial referido en los términos del art.477 del CPCC. Máxime cuando las piezas de impugnación carecen del aval de un consultor técnico de parte.

Sentadas tales premisas corresponde reiterar que el desprendimiento de los tornillos obedeció a una mala práctica ocurrida en el acto operatorio, la que en definitiva se erigió en causa adecuada de los detrimentos físicos presentes en la actora, que no guardan vinculación con su patología preexistente ni tampoco ha sido demostrado por los accionados que pudieran corresponder al devenir propio de dicha enfermedad. Por el contrario, las secuelas antes reseñadas han sido atribuidas por la perito neuróloga en su totalidad el acto quirúrgico, quien destaco que se trataba de una mujer asintomática y auto valida aun con su escoliosis de grado moderado, circunstancia que no le impedía llevar una vida normal y tener 3 trabajos (fs. 444/444vta), descartando cualquier incidencia causal de la patología preexistente. Así las cosas, encuentro valido atribuir al agente la acusación directa del perjuicio final sufrido por la paciente. v-. El daño psíquico reposa predominantemente en la subjetividad de la persona, trasciende en actitudes y comportamientos, y a veces tiene también manifestaciones somáticas. La lesión psíquica implica un desequilibrio patológico, diagnosticable por la ciencia médica, que se traduce en disturbios que disminuyen en la persona, sus aptitudes laborales e inciden en su vida de relación.

El daño psicológico debe ser considerado una especie del daño patrimonial, que produce un menoscabo a la integridad psicofísica de la persona y a su estructura vital; que importa una merma o disminución de su capacidad psíquica. Para que esta sea indemnizable en forma independiente del daño moral, debe ser consecuencia del accidente por el que se reclama y ser coherente con este, además de configurarse en forma permanente.

En este sentido, como ya he sostenido en otros fallos, el daño psíquico configura un detrimento a la integridad personal, por lo que para que este sea indemnizado independientemente del moral, debe producirse como consecuencia del siniestro de autos y por causas que no sean preexistentes al mismo. Ello se da en una persona que presente luego de producido el hecho, una disfunción, un disturbio de carácter psíquico. En conclusión, que muestre una modificación definitiva en la personalidad que la diferenciaba de las demás personas antes del hecho; una patología psíquica originada en este que permita que se la reconozca como un efectivo daño a la integridad psicofísica y no simplemente una sintomatología que solo aparezca como una modificación desvalidos del espíritu, o de los sentimientos, que lo haría encuadrable tan solo en el concepto de daño moral.

De los elementos probatorios obrantes en autos, encuentro pertinente tratar la pericia psicológica efectuado por la licenciada en psicología Teresa Esparza Baigorri (fs. 345/347), con sustento en la entrevista y técnicas administradas Explico la auxiliar que la conflictiva sufrida ha producido en su subjetividad, un impacto de tal intensidad que le ha traído como consecuencias síntomas desadaptativos anímicos y aumento en sus dolencias físicas, procesos que han impactado en su calidad de vida (fs. 353).

Indico que aparecen manifestaciones relacionadas con situaciones cotidianas totalmente ajenas al conflicto generador de la reacción, hay alteración de las relaciones laborales y de la vida familiar, presenta acentuación de los rasgos más característicos de la personalidad de

base, no hay trastornos de la memoria ni de la concentración y requiere terapias prolongadas (fs.354).

Agrego que la peritada refirió antecedentes de enfermedad psiquiátrica e hizo tratamiento psicológico en varias ocasiones por "deprimirse y tener ganas de morir", la primera por la separación con su ex marido y las siguientes relacionadas con la muerte de su padre y su problema de espalda tras la operación (fs. 347) Señalo que el cuadro psíquico que en la actualidad presenta la peritada obedece a la existencia de un trauma que guarda un nexo concausa indirecto con el suceso traído a estudio (fs. 353).

Concluyo que la actora presenta un cuadro de trastorno adaptativo moderado que le ocasiona un porcentaje de incapacidad psíquica del 20% conforme baremo General del Fuero Civil de Altive & Rinaldi. Asimismo recomendó la realización de un tratamiento psicológico con el objetivo de paliar los efectos del trauma, con una duración de 1 año, una frecuencia semanal y un costo por sesión de \$400 (fs. 354) El informe fue cuestionado por las emplazadas (fs. 390 y 391/392) en tanto en el porcentaje no fue contemplado las experiencias traumáticas preexistentes vividas por la actora. La auxiliar ratifico su dictamen y expuso que los trastornos previos no han generado previamente consecuencias tan limitantes en su calidad de vida, ni han interferido de forma tan intensa en su capacidad laboral, social y/o relacionada a su esquema corporal ni han generado el impacto psicológico emocional como los posteriores al hecho de autos que le impiden trabajar, limitan su movilidad, interfiere en su sueño, impacta en su esquema corporal, sexualidad y relaciones sociales, unido a los dolores crónicos que presenta y el miedo a la muerte manifestado entre otros síntomas (fs. 398).

Se sabe que el dictamen del experto no ata ni vincula al juzgador, y si aquel se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, los magistrados pueden apartarse de las conclusiones volcadas en el informe aduciendo razones de entidad suficientes. Sin embargo, en este litigio concreto no se encuentran razones para apartarse de lo informado por el experto, al ponderar sus conclusiones en el marco de las facultades que confieren los artículos 386 y 477 del Código Procesal. Toda vez que, la pericia y las posteriores explicaciones formuladas han sido sólidamente fundadas en consideraciones y principios propios de su disciplina. El hecho de que el dictamen no tenga carácter de prueba legal, no implicara que el juez pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del idóneo. Antes bien, la desestimación de las conclusiones a las que arribara ha de ser razonable y motivada, resultando imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponerse, extremos que no han sido acreditados en autos. Vi.- Los accionados entienden que no existe autonomía del daño moral y el psíquico, y en que resulta improcedente la indemnización el monto concedido para tratamiento.

En primer término diré que participo de la corriente que encuentra que el daño psicológico, no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza. Así, corresponde resarcirlo en la medida que significa una disminución en las aptitudes psíquicas, que representan una alteración y afectación del cuerpo en lo anímico y psíquico, con el consiguiente quebranto espiritual, toda vez que este importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral.

Desde otro lado, es bien sabido que la afiliación a una obra social que invoca la demandada no es un elemento a computar para fijar la indemnización por el costo del tratamiento psicológico, pues es bien sabido que las obras sociales no se hacen cargo de este tipo de gastos en su

totalidad y además la damnificada goza del derecho de elegir al terapeuta privado, dentro de ciertos parámetros razonables de onerosidad. Pero en el caso particular se advierte que la Sra.

C.dejo de ser afiliada a OSUTHGRA con fecha 31.10.2011 (fs. 343) y carece ahora de obra social según testimonio prestado por sus hermanas (fs. 312 vta.).

Atinente al monto concedido por tratamiento y futuras cirugías, encuentro que no resulta óbice para su reconocimiento la circunstancia de que no haya sido estimado su monto por el perito, por lo que su fijación será establecida en equidad, conforme lo previsto por el art. 165 del CPCC, teniendo en cuenta que debió ser materia de prueba concreta por parte de la reclamante el monto pretendido.

Así corresponde ponderar que tanto el tratamiento kinésico por rehabilitación así como la presencia de acompañante terapéutico y soporte para movilidad fueron recomendadas en el dictamen (fs. 428), que la prótesis fue retirada en su totalidad en el año 2013 (fs. 424), que la auxiliar no refirió la necesidad de futuras cirugías y que el costo por tratamiento psicológico ya ha sido ponderado en la respectiva partida por la licenciada en psicología. Asimismo ha de considerarse, como expusiera la colega de grado, que la accionante seguramente habrá de recurrir a tratamientos paliativos del dolor, como ser kinésicos, sesiones de terapia alternativas como natación, ejercicios posturales, como asimismo, al uso de analgésicos por el resto de su vida.

Finalmente resulta incierto si la actora podrá acceder a los beneficios por discapacidad previstos en la Ley 24901, en tanto no luce acreditado su acogimiento en tal régimen (art. 377 CPCC).

Si la víctima padece incapacidades múltiples, la obtención del total de la minusvalía sufrida no se obtiene mediante la sumatoria de cada una de ellas, sino que en orden decreciente, se calcula la mayor y solo sobre el porcentaje de incapacidad residual se continúa con las demás. Por ende, siendo la informada por la perito médico del 80% y por la psicóloga entre el 20% correspondería tomar la mayor y de allí calcular cuánto es sobre la capacidad restante la menor. Empero, en el caso se advierte que la perito médico tuvo en cuenta el cuadro holístico, razón por la cual tomare como porcentaje final el 80% ponderado por la auxiliar Talonee. Sobre el punto recuerdo que los peritos califican la incapacidad de manera genérica y abstracta, y los jueces el modo e intensidad con que aquella trasciende en la existencia productiva y total del damnificado viii.- Expuesto ello, en esas pautas orientativas que se viene haciendo referencia, hay distintas fórmulas, que a su vez arrojan distintos valores, conforme se podrá observar infra. En primer lugar se verá la fórmula de Bahía Blanca y es así conocida pues en el Departamento Judicial de Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, se ha difundido la aplicación de la misma que, en términos generales comparte las mismas variables y relaciones que la de Vuotto y Mendez.

Respecto a las dos últimas fórmulas mencionadas, la expresión es la siguiente:

La diferencia sustancial entre Vuotto y Mendez es que el primero había tomado en cuenta el fin de la 'vida útil' de la víctima, estimable en 65 años y en Mendez se modifica y eleva la edad tope a 75 años.

Asimismo, en Mendez se considero que cuanto menor es la edad de la víctima, son más probables en su conjunto las eventualidades favorables que las desfavorables. Se entendió que



es posible estimar que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se halla estabilizado hacia el futuro, teniendo en cuenta los factores aleatorios (perspectivas de mejora y riesgo de desempleo).

Otro aspecto es en relación a la tasa de interes, donde se sostuvo que la estimacion de una tasa de interes de 6% fue empleada en el momento original porque a esa tasa era aproximadamente posible hacer un deposito bancario tal que mantuviese el poder adquisitivo original. Esta situacion ha cambiado a lo largo de los años, por lo que parecio prudente reducir dicha tasa a la de 4%, que es la estimada por la propia Corte Suprema, para depositos en divisas, en el fallo "Massa, Juan Agustin c. PEN", del 27/12/2002".

En este contexto, a fin de realizar algunos de los calculos matematicos, sobre la base del promedio del haber mensual estimado, la edad del actor al momento del accidente y poniendo como limite la edad jubilatoria (65 años) en un caso y la de 75 años en el otro, con la "tasa de descuento" que se explicara en cada formula, el monto que se desprende, sea aplicando Vuotto y Mendez resulta ser distinto.

Lo mismo sucede aplicando la formula de Bahia Blanca con la tasa de descuento del 5%.

En el Fuero Civil de la Capital Federal, en voto minoritario de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el Dr. Sebastian Picasso ha recurrido a los calculos actuariales a fin de cuantificar la indemnizacion por incapacidad sobreviniente, siguiendo en lo sustancial, la formula del Departamento de Bahia Blanca.

En los autos "L., S. G. c/ A., M. G. y otros s/ Danos y perjuicios" expte. n.º 82.803/2010, del 29/08/2017 (entre otros) sostuvo que: "Resulta aconsejable, entonces, la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del periodo de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 521). Si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (formulas "Vuotto", "Marshall", "Las Heras Requena", etc.), se trata en realidad, en todos los casos, de la misma formula, que es la conocida y usual ecuacion para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo Testa, Matias I. "La utilidad, significado y componentes de las formulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", LL, 9/2/2011, p. 2). -

Y utiliza la formula:

Ahora bien, sin soslayar los numeros que el uso de las formulas arroja, como ya fuera mencionado, aquello no conlleva a prescindir de otras circunstancias que rodean el caso. Por lo demás no debe perderse de vista la proyeccion de tal incapacidad sobre su personalidad integral y la incidencia en la vida de relación y su seguridad personal.

De tal forma y teniendo en cuenta que las consecuencias físicas detalladas sin dudas

complejizaron el cuadro de vida de referencia, lo cierto es que, en mi opinión, las sumas justipreciadas por el anterior sentenciante por incapacidad psicofísica, tratamiento psicoterapéutico y tratamiento futuro resultan equitativas a la luz de las restantes pautas objetivas especificadas. - Basta remitirse, para el caso, a lo que los resultados del uso de las formulas ponen en evidencia.

viii.- Por ello, si mi voto fuese compartido, propiciare al Acuerdo confirmar el monto otorgado por incapacidad psicofísica.

#### V. 2.- Gastos de asistencia medica y traslados.

i.- La indemnización fue fijada en la instancia anterior en la suma de \$50.000. El monto es cuestionado por los emplazados que sostienen que la actora no acredito haber efectuado ninguna erogación.

En el presente reclamo cabe aplicar un concepto amplio, y no exigirle necesariamente al reclamante la prueba acabada de la existencia y extensión del perjuicio que invoca. En este sentido la jurisprudencia ha entendido que en estos gastos no se requiere prueba de las erogaciones, toda vez que los mismos pueden presumirse cuando de acuerdo a la índole de las lesiones se infiere que la víctima debió realizar.

Asi se estima procedente el reintegro de este tipo de erogaciones si se determina que son consecuencia del hecho ilícito. Y ello es así aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente el respectivo pago, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento (Converset Juan Manuel, Incidencias del Codigo Civil y Comercial. Procesos Civiles, ed H.murabi, pag. 164, 2015).

Lo mismo acontece cuando el damnificado haya sido atendido en hospitales publicos, aun cuando cuente con cobertura de alguna obra social o medicina prepaga o cuando se encuentre amparado por una Aseguradora de Riesgos de Trabajo, toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas (ob. cit).

En síntesis, la prueba de los gastos farmacéuticos, radiografías, asistencia médica no debe exigirse con un criterio riguroso, y el juez se halla facultado a fijarlos razonablemente. Lógicamente se han de fijar siempre que haya una relación lógica con las lesiones que contribuyeron a curar.

En la especie resulta que la actora, luego de la operación y al quedar sin obra social, debió afrontar gastos por viajes hacia Buenos Aires desde su domicilio en El Calafate, Provincia de Santa Cruz; así como también abonar los costos por traslados desde su alojamiento hasta las instituciones médicas. A ello corresponde tener presente las características de las lesiones que sufrió la parte actora, los distintos lugares en los cuales fue intervenida quirúrgicamente, los procedimientos médicos a fin de tratar las afecciones que se fueron presentando, los diversos tratamientos y el tiempo que debió ser internada

ii.- Por todo lo expuesto; la información concreta que se desprende de las constancias medicas antes referenciadas, los datos de conocimiento general, el criterio jurisprudencial previsto en el art.165, tercer párrafo del Codigo Procesal, propiciare confirmar el monto otorgado en la instancia anterior.

### V. 3. Daño moral.

El Sr. Juez a-quo acordó por el presente concepto resarcitorio el monto de \$1.800.000. Sostienen los emplazados que debe existir un mínimo justificativo para el otorgamiento de una suma tan exorbitante El daño moral -en su concepto genérico- importa la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptible de apreciación pecuniaria (cfr. Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, n° 557).- Se caracteriza como el que no menoscaba el patrimonio pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley. Este particular daño -de naturaleza extramatrimonial- no supone la existencia de un propósito determinado o malicia en el autor del hecho ilícito, resultando en consecuencia indiferente que provenga de dolo o culpa.- Se da cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (CNCiv, Sala E Servin, Daniel Anibal c. Alonso, Hugo Omar y otros del 13/03/2008) provocando una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y animicamente prejudicial (CNCiv, Sala L, B., F. J. c. Empresa de Transporte Tte. Gral.

Roca S.A. y otros del 31/03/2008).- Para fijar su cuantía, corresponde considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la culpa, las condiciones personales del autor del hecho y las de la víctima, así como la extensión de los daños materiales, si existieren, factores todos que quedan librados a la prudente apreciación judicial (conf. CNCiv, Sala E en c. 49.115 del 10/8/89; id. en c. 61.197 del 5/2/90; id. cc.59.284 del 21/2/90, 61.903 del 12/3/90, 56.566 del 28/2/90, 67.464 del 22/6/90, CNCiv, Sala J, c. 67.533/98, de agosto del 2000, Sala F 30/08/2007; CNCiv, Sala L, 31/03/2008; Sala E, 1303/2008 entre muchos otros).

Sobre el punto corresponde señalar que los enormes padecimientos de la Sra.

C. y la necesidad de asistencia permanente, resultan elocuentemente ilustrados con las testimoniales (fs. 303/306, 307/308, 310/313, 315/316, 317/318 y 323/326).

En virtud de ello, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas precedentemente; las constancias y circunstancias aludidas a lo largo de las presentes actuaciones; las lesiones y sufrimientos padecidos por el accionante, particularmente las importantes y limitadas secuelas originadas por el siniestro (descriptas amplia y precedentemente), y de atención médica brindadas luego del accidente .que incluyó internación y múltiples intervenciones quirúrgicas-; y el criterio jurisprudencial previsto en el art. 165, tercer párrafo del Código Procesal, propondo al Acuerdo confirmar el monto del presente rubro.

### VI.- Del cómputo de los intereses.

1.- Dispuso la anterior juzgadora que las sumas que se mandaran a pagar - fijadas a valores actuales- devengarían intereses al 8% anual desde la fecha del hecho, momento en el que se cristaliza el daño, y hasta la sentencia; y de allí en adelante y hasta el efectivo pago se liquidaran según la tasa activa cartera general (prestamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, conforme doctrina plenaria sentada en el plenario Samudio.

Las accionadas sostienen que:a) al tratarse de un supuesto de responsabilidad contractual, la

aplicación de intereses debía realizarse desde la mora del deudor; esto es desde que se ha notificado el traslado de la demanda; b) los intereses sobre el rubro por gastos futuros -tratamiento psicológico y rehabilitación- debieran correr solo desde que quede firme la sentencia, toda vez que se trata de un gasto no realizado.

2.- Aunque no se me escapa la existencia de criterios jurisprudenciales que avalan la postura propuesta por las emplazadas, desoiré sus agravios al respecto.

Es que, tratándose de juicios de mala praxis, la mora se produce en el momento del acto médico desencadenante del perjuicio. Ello por cuanto las consecuencias dañosas sufridas se produjeron en forma simultánea ha dicho evento y carece de sentido intimar al médico, para constituirlo en mora, por el cumplimiento de una obligación que no es factible. Por lo tanto los intereses deberán devengarse desde la fecha de la intervención quirúrgica llevada a cabo por el medico (CNCiv., Sala K, 13/07/11, "Cenicola, Ana Amelia c/ Snaidas, Lazaro s/ danos y perjuicios").

A igual solucion se ha arribado, sosteniendose que los intereses por la indemnizacion por un hecho ilícito se deben a partir del mismo, siendo esta tesis la que mejor se compadece con la idea de indemnizacion integral que inspira en esta materia a nuestra legislacion (SCBA, Ac 40669, sent. del 12/IX/89 en AyS, 1989-III- 325; SCBA, Ac 45272, sent. del 11/VIII/92 en AyS, 1992 III, 10; SCBA, AC 73594, sent. del 19/II/2002).

Atinente al restante agravio, considerado por tratarse de erogaciones futuras las que se indemnizan bajo el titulo "tratamiento psicologico" y "tratamiento y futuras cirugias", los accesorios deben correr por aquellos unicos conceptos desde la fecha de la sentencia de grado. Lo que asi propongo.

3.- Por lo expuesto corresponde hacer lugar en forma parcial a las quejas y modificar el pronunciamiento en los terminos anteriormente referidos.

VII.- Conclusión.

En razón de lo expuesto, si el sentido de mi voto resulta compartido, propongo al Acuerdo:1) Confirmar la sentencia dictada en la instancia anterior en todo lo que constituyo materia de agravios con la salvedad atinente al cómputo de la tasa de interés por "tratamiento psicológico" y "tratamiento y futuras cirugías". 2) Imponer las costas de Alzada a los accionados en su condición de sustancialmente vencidos (art. 68 del CPCC).

Los Dres. Trípoli y Díaz Solimine por razones analogas adhieren al voto que antecede. Con lo que termino el acto. JUAN MANUEL CONVERSE

PABLO TRIPOLI

OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE.

Buenos Aires, 30 de Diciembre de 2020.-

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia dictada en la instancia anterior en todo lo que constituyo materia de agravios con la salvedad atinente al cómputo de la tasa de interés por

"tratamiento psicológico" y "tratamiento y futuras cirugías". 2) Imponer las costas de Alzada a los accionados en su condición de sustancialmente vencidos (art. 68 del CPCC). 3) Ante todo, cabe señalar que toda vez que los trabajos profesionales fueron desarrollados en parte durante la vigencia de la ley 21.839 -es decir antes de la entrada en vigencia de la ley 27.423 (B.O. 22/12/17)- y otra parte después que entro en vigor la ley 27.423, y considerando que la observación del PEN efectuada al art. 64 y otros concordantes de dicha ley (ver De. 1077/17 del 21/12/17) invita al análisis de cada caso concreto, para evitar la afectación del normal funcionamiento de la administración de justicia y el ejercicio de la abogacía, la Sala examinara las actuaciones desarrolladas por cada uno de los profesionales de acuerdo a la ley vigente en que cada trabajo fue efectuado (conf. Art. 7, Cód.Civil y Comercial).

En consecuencia, en atención al mérito, valor, extensión y complejidad de las tareas realizadas, etapas cumplidas, proporcionalidad que deben guardar los emolumentos de los auxiliares de la justicia con los de los profesionales del derecho, monto en juego y lo prescripto por los arts. 6, 7, 9, 10, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 modif. por la ley 24.432, arts. 1, 3, 16, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 30, 51, 54 y 57 de la ley 27.423, arts. 279 y 478 del Código Procesal, se regulan los honorarios del Dr. Roberto M. Filippa Taliercio en la suma de \$. por las tareas realizadas bajo la vigencia de la ley 21.839- y la de . UMA (\$) por las efectuadas al amparo de la ley 27.423; los del Dr. Julio R. Albamonte en la suma de \$.; los de la Dr. Vanina Duffy en la suma de \$.; los del Dr. Gabino Garcia Pintos en la cantidad de . UMA (\$) y los de la Dra. Ma. Azul Wulff Derbes en . UMA (.); los del Dr. Marco Aurelio Real en la suma de \$.; los del Dr. Pedro O. A. Bancoff en la cantidad de . UMA (.); los de la Dra. Florencia E. Garcia; Dr. Ignacio Paseyro y Dra. Marina B. Archuluaga en la suma de \$. para cada uno de ellos; los de la Dra. Ma. Cristina Garcia Merida en la suma de \$.; los de la Dra. Ma. Laura Castro en la de \$. y . UMA (.); y los del Dr. Jonathan Girson en la cantidad de . UMA (.).

Se regulan los honorarios de la perito psicologa Teresa Esparza Baigorri y los del perito medico neurocirujano Roberto O. Gonzalez, en la cantidad de . UMA (\$) para cada uno de ellos y los de la perito medica G.a B. Talione en la suma de \$.

De conformidad con lo dispuesto en el Anexo C: Anexo III, art.1del decreto 1467/2011 reglamentario de la ley 26.589 con la modificacion establecida en el decreto 2536/2015, Anexo I, art. 2, G .vigente a la fecha de la sentencia apelada- se fijan los honorarios de la mediadora Dra. Ma. Victoria G.Ramirez Fasoli, en la suma de \$. (.UHOM), en tanto deriva de expresa disposicion legal.

Por la labor en Alzada, se regulan los honorarios del Dr. Roberto M. Filippa Taliercio en . UMA (.); los de la Dra. Ma. Azul Wulff Derbes en . UMA (.); los del Dr. Marco A. Real en . UMA (.); los de la Dra. Florencia E. Garcia y los del Dr. Ignacio Paseyro en la de . UMA (.); y los de la Dra. Magdalena Prieto Astigarraga en . UMA (.), los que deberan ser abonados en el plazo de diez días (arts. 30 y 54 de la ley 27.423).

El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electronicamente de conformidad con lo dispuesto en los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion.

Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Publica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/2013) y devuélvase.

JUAN MANUEL CONVERSE

PABLO TRIPOLI

OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE