

NEUQUEN, 8 de noviembre de 2023

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CAMPOS WALTER HUGO Y OTROS C/ CENTRO DE MEDICINA INTEGRAL DEL COMAHUE S.A. Y OTROS S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS)**", (JNQC13 EXP N° 528208/2019), venidos en apelación a esta **Sala III**, integrada por los vocales Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia de la secretaria actuante Dania **FUENTES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **juez Ghisini** dijo:

I. La sentencia de primera instancia de fecha 22/11/2022 (h. 502/517 y vta.), hizo lugar a la demanda interpuesta por Walter Hugo Campos, Ayrton Elias Campos y Walter Martín Campos y en su mérito condenó a Centro de Medicina Integral del Comahue S.A. (CMICO), a Nicolás Alejandro Entrena, a Juan Manuel Violi y a Noble Compañía de Seguros S.A., a abonarle a los actores la suma de \$5.248.000, con más los intereses establecidos en los considerandos, y les impuso las costas en atención a su carácter de vencidos (art. 68 del CPCC).

Para así resolver, el juez en función de las pruebas que analiza, principalmente la pericial médica en cirugía, concluyó que existió relación causal entre la conducta de los Dres. Violi (anestesista) y Entrena con la muerte de la Sra. Gladys Morales (55 años), al no valorar adecuadamente los antecedentes médicos (Diabetes grado II, hipertensión arterial, varices grado II), estudios pre quirúrgicos que demostraban que se trataba de una paciente de riesgo, que se encontraba con falla renal y que en esa oportunidad y ante tal cuadro de salud, no debía ser intervenida quirúrgicamente en su hombro (fractura del húmero) producto de un accidente doméstico.

Sostuvo que los galenos demandados actuaron con imprudencia, precipitadamente, sin prever cabalmente las consecuencias que pueden derivar de ese obrar, pero además lo hicieron negligentemente porque omitieron actos que hubieran

evitado el resultado dañoso. Efectúa algunas consideraciones sobre el consentimiento informado, y sobre la historia clínica, que califica de deficiente.

En cuanto a la responsabilidad de CMICO S.A. dijo que se obligó a prestar un servicio de salud por intermedio de médicos, laboratorios, personal paramédico, etc., ello a cambio de una paga en dinero. Por lo que el ente asistencial asume una obligación "tácita" de "seguridad," que funciona con carácter accesorio de la prestación principal de suministrar asistencia galénica.

Consideró, que se trata de un contrato estipulado a favor de terceros (art. 504 del Código de Vélez, actual 732 CCC), en donde el ente asistencial es el estipulante o promisorio; el facultativo, promitente; y el paciente, el receptor del beneficio. De donde, éste último tendrá dos acciones "contractuales" y "directas", una contra la persona jurídica y otra contra los galenos.

Finalmente, extendió la obligación a Noble Compañía de Seguros S.A., en la medida del seguro contratado.

II. Esa sentencia es apelada por el apoderado de los actores a h. 521 -presentación web 384290, con cargo del 24/11/2022-; por CMICO S.A. a h. 523 -presentación web n° 387243, con cargo del 29/11/2022-; por el médico traumatólogo Nicolás Alejandro Entrena a h. 525 -presentación web 388327, con cargo del 30/11/2022-; y por el médico anesthesiólogo Juan Manuel Violi y Noble Compañía de Seguros S.A. a h. 532 -presentación web 388330, con cargo del 30/11/2022-.

Por su parte, la perito psicóloga Roxana Borsani a h. 522 -presentación web 386916, con cargo del 29/11/2022-, apela la regulación de sus honorarios por bajos.

II. a) Agravios de la parte actora (h. 539/547 vta., presentación web 7567, con cargo del 27/02/2023).

Se agravia por el rechazo del daño punitivo reclamado (art. 52 bis de la Ley 24.240), al considerar que el razonamiento expuesto en la sentencia resulta erróneo, contradice el



ordenamiento jurídico aplicable y valora inadecuadamente la prueba colectada en autos.

En relación a la conducta de los demandados, señala que se caracteriza por una serie concatenada de hechos dolosos, por la gravedad del daño causado y por la malicia procesal desplegada a lo largo de todo este proceso, en donde se ha acusado a los hijos de la fallecida de robar la historia clínica de la paciente.

Aduce, que en la especie la conducta desplegada por los accionados, no solo implicó un incumplimiento de sus obligaciones consumeriles sino que tuvo como resultado la muerte de la paciente Gladys Morales.

Califica de dolosa la conducta asumida por los médicos, ya que intervinieron quirúrgicamente a Morales despreciando los estudios pre quirúrgicos que evidenciaban la necesidad de postergar la cirugía, eliminándolos de la historia clínica. Manifiesta que ante tal evidencia, CMICO al contestar la demanda, acusó a los hijos de la fallecida de robárselos, y que ello ocurrió en oportunidad de comunicarles la muerte de su madre.

Expresa, que la corporación médica solo estaba interesada en facturar una intervención quirúrgica que no podía hacerse y cuando salió mal, intentó borrar las pruebas, acusar a la familia de ello y desentenderse del reclamo.

Afirma que ante semejante afección al valor vida, la indemnización solicitada en los términos del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, debe ser calculada aplicando la fórmula ideada por el Dr. Matías Irigoyen Testa.

Sostiene, que en la sentencia se ha valorado erróneamente la prueba, ya que, conforme surge de la historia clínica secuestrada y de la pericia médica, los incumplimientos contractuales dolosos de los demandados provocaron el fallecimiento de la paciente Morales, lo cual se encuentra debidamente acreditado con la historia clínica, porque al ser la misma incompleta debe ser valorada negativamente en relación al accionar de los galenos.



Relata que de la HC se advierte que todos los consentimientos informados fueron firmados en blanco, es decir, nada se le informó a la paciente sobre sus preexistencias, riesgos y posibles complicaciones, por lo que concluye que los accionados intencionalmente decidieron ocultar los riesgos a los que se sometía la paciente.

Afirma, que la valoración efectuada por los accionados respecto del cuadro pre quirúrgico de Morales es doloso en los términos del art. 1724 del CCC. Eso se debe a que la decisión de intervenir quirúrgicamente a la paciente fue tomada con manifiesta indiferencia, sin tener en cuenta el verdadero cuadro de salud que la afectaba y que imponía postergar la intervención.

Induce, que la evidencia de ello se basa en que no obra en la historia clínica ninguna constancia de evaluación, la misma no se hizo o se hizo defectuosamente y por ello posteriormente los informes de laboratorio "desaparecieron" evidenciando la desaprensión, indiferencia, y en definitiva el dolo de los demandados.

Añade, que no existe ningún estudio médico pre quirúrgico de laboratorio, ni cardiológico, ni evaluación clínica ni anamnesis, ni ningún otro previo a la intervención quirúrgica, y que este faltante no es casual, ni inocente, ya que claramente estos estudios -que fueron acompañados con la demanda- o nunca fueron evaluados o fueron eliminados por los demandados ante el fatal desenlace del caso.

Estas conductas muestran desprecio por el consumidor del sistema de salud, ya que a los demandados no tuvieron en cuenta sus antecedentes, ni el riesgo al que la sometían y cuando pudieron manipularon la HC haciendo desaparecer estudios médicos que ellos mismos habían encargado.

Expresa, que la realización de estos estudios ha resultado probada mediante la prueba informativa al ISSN y al laboratorio Bioquímico que efectuó los pre quirúrgicos, de los que se extrae que la paciente Morales estaba afectada de graves



patologías renales, hemolíticas, (anemia y diabetes) y esas patologías claramente desaconsejaban la operación efectuada conforme dictamina el perito cirujano.

Menciona que existen inconductas procesales que evidencian el desprecio por el consumidor, en ese sentido dicen que CMICO S.A. en la contestación de demanda acusó falsamente a los actores de haber robado la historia clínica de su madre, extremo que no fue probado. Y que la misma actitud de soberbia y desprecio se observa en el testimonio brindado Sepúlveda, médica terapeuta empleada de CMICO, donde dice que la paciente en función de las patologías, no estaba en condiciones de ser operada, pero le atribuye la intervención a una inexistente, improbadada y falaz insistencia de Morales.

Agrega que, ello demuestra que cualquier médico sabía que no debía ser intervenida y tal circunstancia no puede ser desvirtuada ante la falsa insistencia como así tampoco se le hizo saber a la paciente que su intervención era riesgosa en relación a su estado de salud previo.

Refiere que esta serie concatenada de hechos solo demuestran el dolo de los demandados quienes intencionalmente intervinieron quirúrgicamente a una paciente que no era apta para ello, conforme surge de los estudios pre quirúrgicos que ellos mismos solicitaron y luego ante la muerte de la señora Morales, intencionalmente hicieron desaparecer esos estudios de la historia clínica y luego acusaron a los hijos de la fallecida de ladrones.

Sostiene, que existe una imperiosa necesidad de que estos hechos no vuelvan a repetirse, ya que la vida es un valor supremo que debe protegerse ante los meros intereses económicos de los centros médicos, que privilegiaron facturar una intervención quirúrgica por sobre el riesgo de la paciente.

Expone, que nada cambió, ya que ni CMICO, ni los médicos demandados, ni las aseguradoras intervinientes, se han expresado sobre la forma de confeccionar correctamente una historia clínica o de evaluar un paciente. Prueba de ello, lo constituye la



indiferencia de los médicos ofrecidos por la demandada sobre la gravedad de realizar una incorrecta evaluación de un paciente quirúrgico. Ya que los mismos no mencionan siquiera una medida que se haya tomado para evitar la reiteración de casos como el de autos.

Destaca que del testimonio de Sepúlveda, se desprende la existencia de cuadros clínicos, biológicos y de laboratorio que ella dice "haber percibido" pero que no constan en la historia clínica e incluso contradicen abiertamente la misma y los partes de enfermería. Así, la testigo respecto de la causa de muerte de la paciente, expuso que sospecha que el deceso se debió a un "Tromboembolismo de pulmón masivo", siendo ello falso, pues en el certificado de defunción, la testigo escribió: "CAUSA DE DEFUNCIÓN: ASISTOLIA - DEBIDO A: SME UREMICO/SOSPECHA DE TEP MASIVO". Es decir, en su testimonio pretende ignorar el SÍNDROME UREMICO como causa de muerte.

Alega que al testigo Dra. Valle declaró con total desfachatez sobre hechos que no presenció, describió sobre cuadros médicos que no existen en la historia clínica o incluso resulta contradicho por ésta.

Menciona que el testimonio de la médica SVAMPA también muestra el desprecio de CMICO por los pacientes, ya que reconoce haber diagnosticado a la paciente sin haberla visto, por Whatsapp, al tiempo que su pretendida intervención remota no aparece documentada en ninguna de las fojas de la historia clínica, estudio de resonancia magnética nuclear o tomografía.

A h. 548, se ordenó correr traslado de los agravios, los que fueron contestados por CMICO S.A. a h. 594/597, - presentación web 7690, con cargo del 15/03/2023- quién solicita su rechazo con costas.

II. b) Agravios de CMIC S.A. (h. 549/555).

Considera que la sentencia no ha valorado correctamente la prueba en base a la sana crítica, y ello la torna



arbitraria y violatoria del derecho de defensa y del debido proceso.

Expone que la sentencia se funda en una sola prueba que no fue analizada en forma conjunta con las restantes producidas: pericial en anestesiología y traumatología, como así no se tuvieron en cuenta los testimonios brindados por las Dras. Sepúlveda y Svampa.

Señala que es de vital importancia que en juicios de mala praxis como el presente, examinar la totalidad del plexo probatorio, ya que son muchas las acciones y personas que brindaron prestaciones. Y existen diversas contradicciones entre el perito cirujano y las restantes pruebas, que rebaten el informe pericial de cirugía, y por lo tanto la sentencia.

Argumenta que la sentencia se remite a lo expuesto por el perito cirujano, en donde se menciona que previo a la operación no se realizó una evaluación del estado de salud del paciente, impidiendo saber su real estado y tomar de esa forma los recaudos necesarios para llevar adelante la cirugía.

Indica, que del testimonio de Sepúlveda, se desprende que ella atendió y conoció a la paciente, así mencionó que nunca estuvo urémica, anurica, ni tuvo indicación de diálisis, es decir, ningún síntoma que indicase la necesidad de estabilización. Además, que decidió operarse pese a tener los valores de laboratorios alterados. Y, que la testigo Valle, expresa que tenía conocimiento de los antecedentes médicos y enfermedades crónicas de la Sra. Morales, quién en una charla mantenida con el esposo de esta última, él le manifestó que ella era rebelde con respecto al cuidado de su diabetes y presión. Además, expuso que la cronicidad de las enfermedades de la paciente no contraindicaba la cirugía realizada.

Aduce, que en las pericias de anestesiología y médica traumatológica se expuso que los estudios pre quirúrgicos fueron tenidos en cuenta por los demandados. Y que la sentencia no realiza



ningún análisis en relación a la confrontación de estas pruebas, ni explica por qué motivo otorga mayor valor a una pericia sobre otra.

Añade, que la pericia médica traumatológica fue coincidente con los testimonios citados. Expone que se estaba ante una urgencia, que la paciente debió ser operada, que la cirugía no estaba contraindicada y que los antecedentes de la paciente no impedían la intervención y que la misma fue oportuna.

Entiende que la cirugía se realizó en un momento oportuno, ya que no existían parámetros objetivos que indicaran la necesidad de estabilización del paciente. Y que, no realizar la misma acarrearía serios riesgos.

Sin embargo el juez eligió guiarse por la pericia en cirugía sin ponderar las restantes pruebas, que evidenciaban el oportuno obrar médico y contradecían el razonamiento del perito en cirugía.

Subraya que las pericias médicas en anestesia y en traumatología dictaminaron que previo a la cirugía la Sra. Morales no tenía síntomas de insuficiencia renal, ni los valores de laboratorio alterados. Acota, que el juez analiza de manera parcial la pericia médica en anestesia para así arribar a una conclusión distinta de la que surge de dicho informe.

Cuestiona la sentencia porque se fundamenta en lo expuesto por el perito en cirugía, en cuanto menciona: *"De haberse evaluado correctamente la condición clínica previamente al procedimiento es posible que la cirugía no se realizara."* Expone que tal conclusión no se condice con lo vertido en las pruebas mencionadas anteriormente. Agrega que, si bien en el fallo se expresó que este perito consideró que existió relación de causalidad entre la intervención quirúrgica y la muerte de la paciente, considera que ello no es así, ya que no existe un enlace material entre la intervención quirúrgica y la causa de la muerte de Morales, que fue producto de un TEP masivo.

Aduce que el *A quo* denegó que la causa de la muerte corresponde a un TEP, sin dar razones que permitan alejarse de las



demás pruebas rendidas. Se inclina a tomar como causa del fallecimiento al síndrome urémico a raíz del certificado de defunción, el que fuera confeccionado por la Dra. Sepúlveda, quién a pesar de ello, luego declaró en la causa, mencionando que la misma se debía al TEP.

Dice que dicha conclusión fue avalada con el testimonio de la Dra. Valle, quién aclaró que la encefalopatía urémica fue descartada, y que la paciente recibió un buen tratamiento por los terapeutas. Y que, paralelamente la pericia del anestesista consideró como causa probable el TEP, mencionando que el tratamiento de la encefalopatía urémica fue correcto, del cual se recuperó la paciente.

Afirma, que todas las pruebas colectadas a excepción de la pericia en cirugía, descartaron la existencia de una relación directa entre la causa de muerte TEP y la cirugía realizada. Y que, conforme surge del plexo probatorio, es probable que el deceso de la Sra. Morales se haya debido a su sedentarismo, el que se agravó previo a la cirugía en el momento de reposo. Tal como lo avalan los testimonios de las Dras. Svampa y Sepúlveda.

Relata, que la sentencia no tiene en cuenta pruebas esenciales y, en consecuencia, se transgrede el art. 386 del CPCC, al no valorar de manera integral las pruebas producidas. Además, expone que violenta el principio de congruencia, ya que no se limita a decidir sobre lo pretendido por las partes en su demanda y contestación, sino que realiza una valoración sesgada y absurda de las pruebas aportadas en el desarrollo del proceso.

Acota, que el magistrado para construir su argumentación, ha seleccionado la información que defiende su postura, ignorando la información que confirma otra teoría del caso.

Informa que la verdad de lo acontecido puede verse en los peritajes realizados por los expertos en anestesiología y traumatología y los testimonios rendidos por las Dras. Sepúlveda, Valle y Svampa. Concluye, que de haberse analizado la prueba en su

conjunto, la falta de responsabilidad civil estaría patentizada en la sentencia, porque las pruebas rendidas demuestran, que no hay relación de causalidad entre la cirugía y el deceso de la Sra. Morales, mucho menos culpa o dolo de los demandados.

A h. 579/593 y vta. -presentación web 7685, con cargo del 14/03/2023-, la actora contesta el traslado de los agravios, y solicita en primer lugar, que se declare desierto el recurso por no reunir los requisitos del art. 265 del Código Procesal. Subsidiariamente, solicita su rechazo con costas.

II. c) Agravios de Nicolás Alejandro Entrena, Juan Manuel Violi, y Noble Compañía De Seguros S.A. (h. 557/565, presentación web 7644, con cargo del 08/03/2023).

En primer lugar, exponen que hubo una incorrecta atribución de responsabilidad a la luz de una arbitraria valoración de la prueba rendida en autos, ya que se responsabiliza a los codemandados de manera arbitraria y parcial, valorándose la prueba rendida en franca violación del principio de sana crítica.

Dicen que sin valorar todo el material probatorio existente en autos, el a quo toma una sola pericia médica y sobre esa base fundamenta su condena.

Critican, que el juez de grado haya dado mayor valor a una pericia que va en contra de dos pericias médicas (anestesiología y traumatología), las cuales han establecido que el accionar médico de los Dres. Violi y Entrena han sido correctos.

Sostienen, que las tres pericias realizadas determinan que la paciente Morales falleció de un TEP masivo, patología que no tiene ningún tipo de relación de causalidad con el accionar de los médicos.

Cuestionan la decisión del juez de grado de no considerar los testimonios rendidos en la causa por Sepúlveda (médica de UTI), Valle (anestesióloga) y Svampa (especialista en terapia intensiva y neurología), los cuales denotan al igual que las pericias médicas de Jablonsky y Ginobilli, que el accionar de Entrena y Violi fue correcto y ajustado a la lex artis.



Mencionan, que la sentencia consideró que no se dio cumplimiento con el deber de información, ni con la correcta confección de la historia clínica de la paciente, cuando ello no surge de la prueba pericial y se contradice con la prueba producida y con los consentimientos informados que obran como prueba documental.

Exponen que se acreditó que la cirugía de osteosíntesis de húmero izquierdo fue consentida por la paciente y su esposo. Y que tenían un hijo estudiante de medicina que conocía los antecedentes crónicos de su madre y también la acompañó en la cirugía. A la vez, se probó que la paciente sufría dolores de enorme magnitud que la llevaron a solicitar la realización de su cirugía no obstante conocer sus comorbilidades.

Resaltan que el consentimiento informado fue libremente prestado por la Sra. Morales y su esposo, y que también existe coincidencia en que la paciente tenía una fractura de húmero absolutamente dolorosa que requería solución quirúrgica. Es por tal motivo, que se decidió la realización de la intervención quirúrgica a cargo de los Dres. Entrena y Violi, la cual estuvo ajustada a la *lex artis*.

Indican, que se ha acreditado a través de las pericias médicas de Jablonsky, Ginobilli y Pergolini, que el fallecimiento de la Sra. Morales obedeció a un TEP masivo, que no tuvo relación de causalidad con el accionar del médico, ni con las prestaciones médico hospitalarias brindadas.

Controvierten la procedencia de la concesión de los rubros indemnizatorios indicados en la sentencia, toda vez que entienden que no existe daño resarcible ya que la arbitraria concesión de los mismos por parte del juez tiene su basamento en premisas falsas y en una valoración y razonamiento errado que no se condice con la prueba rendida en autos.

Por último, cuestionan la imposición de costas efectuada en la sentencia.

A h. 567/578 vta. -presentaciones web 7682 y 7683, ambas con cargo del 14/03/2023- la actora solicita en primer lugar la deserción del recurso de apelación, por no reunir los requisitos del art. 265 del CPCC. Luego, contesta y pide su rechazo con costas.

III. 1. En forma preliminar debo recordar que los Jueces de Cámara, como tribunal de revisión, se encuentran limitados por los términos de la sentencia en crisis y por los agravios de las partes; y son los litigantes quienes delimitan con sus quejas, como regla general, el alcance del conocimiento de la Alzada.

Consecuentemente, la competencia de la Cámara se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del tribunal inferior (art. 277 del Código Procesal), y es en ese marco que corresponde analizar el recurso.

Además, los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. art. 386 del Código Procesal).

Frente a los planteos de la parte actora referido a que los recursos articulados por los accionados no cumplen con los requisitos del art. 265 del Código Procesal, considero que satisfacen adecuadamente las pautas que fija la norma citada, por tanto el recurso resulta formalmente admisible.

III.2. Por una cuestión metodológica comenzaré con el tratamiento de los agravios de los demandados -los que serán tratados de manera conjunta-, para luego en función de lo que se decida, ingresar al agravio expresado por la parte actora.

Considero oportuno señalar que__la controversia derivada de lo que constituye motivo de agravios, que en el caso se circunscribe a la pretensión resarcitoria fundada en la atribución



de responsabilidad de los profesionales médicos (el traumatólogo Nicolás Alejandro Entrena y el anestesista Juan Manuel Violi), habré de analizar aquellos hechos y argumentos conducentes con relevancia para decidir el caso (art. 3 CCC) y con ese fin ponderar las pruebas que estimo apropiadas para su resolución, en función del principio de sana critica (art. 386, del CPCC).

Cabe recordar que, para que se configure la responsabilidad médica se debe probar el daño, la relación de causalidad adecuada entre éste y la conducta imputada y el carácter antijurídico de dicha conducta, que consiste en el incumplimiento de las obligaciones asumidas, ya sea a título de dolo o culpa.

En el caso, es fundamental tener en cuenta que la responsabilidad de los médicos que intervinieron quirúrgicamente a la Sra. Morales, se asienta principalmente en no haber postergado la operación, en función de las circunstancias médicas particulares que presentaba la paciente, ya que, conforme lo acreditan los estudios médicos efectuados, ésta se encontraba anémica, con fallo renal y tenía antecedentes de hipertensión y diabetes grado II.

El reproche de la conducta de los médicos se circunscribe en no haber tomado las medidas previas a la intervención quirúrgica que el caso requería, teniendo para ello en cuenta las circunstancias de persona, tiempo y lugar, y así posponer la operación hasta tanto se lograra estabilizar a la paciente para llevar adelante la intervención quirúrgica, minimizando los riesgos.

De manera que, la responsabilidad médica, habrá de ser analizada en función del factor subjetivo de atribución, en el caso la culpa, conforme el ordenamiento vigente al momento de los hechos -art. 7 CCC- (08/12/2018), es decir, es de aplicación lo dispuesto por los arts. 59, 774 inc. a), 1721, 1724, 1725, 1726, 1728, 1751, 1768, s.s. y c.c. del Código Civil y Comercial, y Ley N° 26.529.

Es importante tener en cuenta que en la responsabilidad médica, la culpa carece de autonomía, y consiste en la omisión de las diligencias exigidas que caracterizan a la



obligación asumida, en el caso de los médicos: la aplicación de las reglas del arte de curar, que no se circunscribe solo a la técnica empleada, sino a todo el procedimiento llevado a cabo antes, durante y con posterioridad a la intervención.

En las obligaciones de medios, el incumplimiento de la obligación, se caracteriza cuando existe cierto desvío de la conducta o cuando se omite tomar ciertas precauciones, que de haberlas adoptado se hubiera evitado o aminorado el impacto negativo que dicha conducta u omisión ha provocado en la salud o vida del paciente.

De allí que, la falta del logro de un resultado o fin pretendido, no implica un incumplimiento por parte del médico, sino que el mismo se configura cuando éste ha omitido realizar la conducta que le correspondía según la *lex arte médica*, y con lo cual se ha provocado un resultado desfavorable.

Es cardinal mencionar que en las obligaciones de medios, el factor de responsabilidad es subjetivo, de allí que a los fines de la indemnización no solo debe probarse el daño sufrido, sino también la culpa del deudor -en el caso, de los médicos- y la incidencia que ésta ha tenido en la obtención de dicho resultado.

Cabe recordar, que en materia de responsabilidad médica es muy importante la discriminación de lo que produce el actuar del galénico y lo que causa la enfermedad a fin de determinar la autoría causal...El paciente llega enfermo y su enfermedad tiene su propio curso causal; llega dañado y puede empeorar si la enfermedad continua o curarse. Hay entonces un curso causal determinado por la enfermedad. El médico se obliga a prestar los medios tendientes a la curación. Lo que se debe analizar en el plano de la causalidad es este "plus causal que agrega el médico al acontecer la enfermedad. Deben discriminarse las siguientes situaciones: -El médico puede desarrollar correctamente su prestación y el enfermo puede curarse; no hay enfermo. -Puede también desarrollar correctamente su prestación y el enfermo



agravarse, ya que la enfermedad no es curable. En este caso el galeno también cumple correctamente puesto que no se obliga a curar. Hay daño en el sentido de que el paciente sufre, pero es causado por la enfermedad y no por el médico. -El médico puede desarrollar una prestación culposa y agravar la enfermedad. En ese caso es responsable por lo que su obrar causa al paciente y no por el que causa la enfermedad. Si el paciente se hubiera curado con una buena prestación médica, el galeno responde de todo el daño; si en cambio no se hubiera curado, pero habría mejorado o curado parcialmente, el médico responde por ese plus de mejora parcial que no se logró. -El médico puede no desarrollar ninguna prestación, debiendo hacerlo. En este caso no causó directamente ningún daño, ya que no hay un obrar comisivo sino una abstención. Esta omisión resulta dañosa porque priva al paciente de la chance de la curación..." (Ricardo Luis Lorenzetti, Responsabilidad Civil de los Médicos, Tomo II, Pág. 124/125, ed. Rubinzal - Culzoni).

Bajo el prisma de los conceptos desarrollados, cabe analizar si ha mediado o no responsabilidad directa de los médicos Entrena y Violi, extensible a CMICO, y a la citada en garantía, Noble Compañía de Seguros S.A., esta última en la medida del seguro.

Veamos.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que: 1. Gladys Morales, de 55 años, oriunda de la ciudad de Zapala, al sufrir una caída doméstica concurre al Hospital de Zapala, donde es atendida por el médico traumatólogo Nicolás Rubbi, quien constata una fractura en el cuello quirúrgico del húmero derecho; 2. La paciente al momento de lesionarse registraba antecedentes de diabetes grado II e hipertensión arterial. 3. Los estudios de laboratorio realizados el 22/11/2018 y el 4/12/2018, determinan que la paciente se encontraba anémica y presentaba enfermedad renal crónica. 4. El día 7/12/2018 la Sra. Morales ingresa al quirófano de CMICO, en donde fue intervenida quirúrgicamente por el médico traumatólogo Nicolás Alejandro Entrena, y el anestesiólogo Juan Manuel Violi. 5.



Luego de la operación (7/12/2018), al día siguiente (8/12/2018) la Sra. Morales fallece (certificado defunción h. 11).

A partir de los hechos expuestos, corresponde evaluar en función de la prueba incorporada a la causa, cual ha sido el motivo determinante que ha provocado el deceso de la paciente y en su caso, que rol han tenido los médicos involucrados en el desarrollo de este fatal resultado.

Para ello, en primer lugar tendré en cuenta la pericia médica en cirugía (h. 264/267), que establece: "De la evaluación de la foja quirúrgica y anestésica surgen las siguientes observaciones: 1- Solo en la foja Anestésica, que se realiza durante la cirugía (no antes) se deja constancia que la paciente es hipertensa y diabética; que fue evaluada por cardiología con un riesgo quirúrgico Normal (Esta evaluación no consta en la historia clínica y se desconoce de dónde se obtiene ese dato, ya que ni siquiera consta que se haya solicitado un electrocardiograma) y la paciente tiene una hemoglobina de 8.5 MG/L. Dato que no podía conocer el anestesiólogo con tal precisión si no hubiera tenido a la vista el resultado de análisis complementario realizado previamente al ingreso a la institución (el único que consta en el expediente u otro); análisis que también evidenciaba que la paciente presentaba una franca alteración de los valores de glucemia y una insuficiencia renal. 2- No consta que a la paciente se le realizara balance hídrico: es decir un control de los ingresos de líquidos aportados durante la cirugía y los líquidos eliminados durante la misma (no se le coloca sonda vesical ni consta registro alguno de diuresis), lo cual es fundamental para una paciente, como la Sra. Morales, que se encuentra en insuficiencia renal. 3- No consta que a la paciente se le realizaran controles del medio interno (ácido base e ionograma) o controles de glucemia (parámetros que se debían controlar en un paciente con insuficiencia renal como la Sra. Morales); sino hasta que se presenta la complicación postoperatoria. 4- Que la paciente es operada en posición de "silla de playa" es decir semi sentada



con los miembros inferiores flexionados durante 90 minutos. No consta que a la misma se le realizaran medidas preventivas para trombosis, como anticoagulación. La anticoagulación no consta indicada ni en foja quirúrgica ni en la foja anestésica. Tampoco consta el uso de anticoagulantes o antiagregantes de ningún tipo en la hoja de gastos de la cirugía (fojas que se utiliza para registrar los insumos /medicamentos usados para luego facturarlos a la obra social)."

Del informe médico surge que efectivamente no se llevaron a cabo ciertas diligencias médicas que son de fundamental importancia para llevar adelante y minimizar los riesgos de una operación para una paciente con el cuadro de salud que presentaba la actora.

Así, podemos mencionar:

1) No consta en la Historia Clínica, sino recién en la foja quirúrgica que se trata de una paciente diabética e hipertensa. Ello denota cierta imprudencia, pues precisamente es de fundamental importancia llevar de manera ordenada la HC, para tomar los recaudos pertinentes para decidir si es el momento oportuno para realizar la operación, y en caso de llevar a cabo la misma, tomar todos los recaudos médicos necesarios para minimizar los riesgos quirúrgicos, máxime en una paciente con hipertensión y diabetes.

2) La paciente presenta una hemoglobina de 8.5 mg/l, que a criterio del galeno, ello "evidencia" una alteración de los valores de glucemia y una insuficiencia renal. Este dato no es menor, pues ello indica que al no tratarse de una operación de urgencia -donde corre peligro la vida del paciente-, la cirugía presentaba un riesgo desproporcionado (peligro de vida), con el beneficio que se pretendía obtener.

3) Es importante destacar que del informe surge que la paciente fue operada en posición "silla de playa" (semi sentada, con miembros inferiores flexionados a 90 grados), a pesar de ello, y tratándose de una paciente diabética, no consta ni en la foja



quirúrgica, ni anestésica que se le haya realizado previamente medida preventiva para evitar una trombosis, como "anticoagulación".

Lo expuesto guarda lógica relación con lo que acontece después de realizada la operación: fallecimiento de la paciente en menos de 24 horas de efectuada la misma.

En el sentido expuesto, de la pericia se desprende: "Que posterior a la cirugía la paciente no se recupera de la anestesia correctamente: sufre episodio de apnea (dejar de respirar) sufre una depresión del sensorio (no recupera la conciencia) y presenta náuseas. Que ante ese cuadro de NO recuperación adecuada se solicita su ingreso en Unidad de Terapia Intensiva para atención postoperatoria y post anestésica. Que ingresa a la Unidad de terapia intensiva el mismo día 7-12-2018 registrando un horario que no parece real: 8:00 hs. El diagnóstico de ingreso es: Encefalopatía de múltiples causas con antecedentes de ser DIABÉTICA INSULINO REQUIRIENTE e HIPERTENSA GRADO II. Luego de la realización de una Tomografía de cráneo el diagnóstico de internación cambia a: ENCEFALOPATÍA URÉMICA ASOCIADA A ANEMIA DE 6,6 mg/l y HEMATROCITO DE 19 mg/l. Recién en Terapia se coloca sonda vesical para control de diuresis (paciente no registra diuresis en volúmenes adecuados) y se inicia tratamiento con la realización de hemodiálisis y transfusiones de sangre (dos unidades). En la evolución de la terapia intensiva del día 8-12-2020 (el día posterior al ingreso) se completa el diagnóstico de la paciente: INSUFICIENCIA RENAL REAGUDIZADA POR NECROSIS TUBULAR AGUDA COMO CONSECUENCIA DE CAUSA PRE-RENAL (insuficiente aporte de líquido / disminución presión de filtrado por baja de la tensión arterial) - ENCEFALOPATÍA UREMICA POR INSUFICIENCIA RENAL - SÍNDROME METABÓLICO/ENCEFÁLICO DE ORIGEN URÉMICO. La paciente presenta severas alteraciones del medio interno que se manifiestan por: 1. Acidosis metabólica. 2. hiperposatemia (aumento del potasio en sangre). 3. hiponatremia (descenso del sodio en sangre). La paciente fallece al día siguiente de la cirugía a las 18:02 hs.



(menos de 24 hs. luego de finalizada la cirugía). Causa directa de muerte ASISTOLIA. Debido a: SMC (síndrome metabólico/encefálico de origen urémico) como causa certera: TEPA (trombo embolismo pulmonar agudo) masivo, como causa sospechada. "

Luego de efectuada dicha descripción y conexión causal de los motivos que provocaron el desenlace fatal de la paciente y su inmediata vinculación espacio - temporal con la cirugía realizada, arriba a la siguiente conclusión: "Paciente femenina de 55 años con antecedentes de diabetes insulino requirente, hipertensa y anémica que fue intervenida quirúrgicamente para realizar osteosíntesis programada de húmero izquierdo (sin que conste urgencia para la realización de la misma), encontrándose la misma en insuficiencia renal, anémica e hiperglicemia. Que existen evidencias que la paciente presentó un cuadro de encefalopatía urémica por insuficiencia renal aguda (que agrava la insuficiencia renal crónica que la paciente poseía y se desconocía al momento de ser intervenida) de origen pre renal con severa alteración del medio interno; y en vista que no existe evidencia médica que la paciente sufriera un Trombo embolico masivo: es de considerar que el deceso se produce por la causa que consta en la historia clínica y se registra por el médico terapeuta en el certificado de defunción: La encefalopatía (SME) urémica y la alteración del medio interno consecuente de la cirugía realizada en un momento inoportuno (por el estado de salud de la paciente) y de un deficiente manejo pre e intraoperatorio. Que igualmente no consta que se tomaran medidas preventivas efectivas para evitar la complicación de trombosis pulmonar; diagnostico que es presuntivo, secundario y no tiene sustento en documentación médica que conste en autos."

En cuanto a las respuestas brindadas por el experto en relación a los puntos de pericia ofrecidos por las partes, cabe destacar: "2. Por la documentación obrante en el expediente surge que la paciente era diabética insulino-dependiente- hipertensa y que se encontraba en **insuficiencia renal crónica 3 días antes de**



ser operada (el estudio de laboratorio del 22/11/2018 arroja resultados de uremia 1.62 g/l y creatina sérica de 4.21 mg/dl y el estudio del 04/12/2018 expone resultados de uremia 1.44 g/l y creatina sérica de 3.47 mg/dl, cuando los rangos de normalidad son del 0,10 a 0,50 g/l para la uremia y de 0,40 a 1,40 mg/dl para la creatinina). 4. Esta fractura de por sí, no implica riesgo para la vida de la paciente. 5 bis. El profesional citó para cirugía programada de osteosíntesis de fractura de húmero a la paciente y posteriormente en fecha 7-12-2018 realiza la cirugía de osteosíntesis de fractura humeral. Los estudios que constan en el expediente y que fueron solicitados por el profesional traumatólogo (previo a la cirugía) son indicativos de que la misma presentaba anemia, hiperglucemia e insuficiencia renal crónica. 6 bis. Si se evidencia anemia e insuficiencia renal crónica. 7. Indican que la paciente sufría un daño de los riñones a nivel glomerular (unidad de filtración de los riñones) que disminuye el proceso de filtración de la sangre. Que esto altera o anula 1) la eliminación de productos tóxicos acumulados en la misma como proceso natural de la función orgánica y 2) el balance de electrolitos como cloro, sodio y potasio. Que la acumulación de estos metabolitos tóxicos (urea creatina principalmente) y la falta de retención de sodio y la acumulación de potasio, derivados de incorrecta filtración de sangre, producen daños severos del medio interno que culminan con alteraciones orgánicas que pueden llevar a la muerte. 8. Por los parámetros de laboratorio y antecedentes médicos registrados debía considerarse a esa paciente como una persona de riesgo y la indicación formal es la de compensar el estado de salud (mejorando los parámetros clínicos y de laboratorio) previamente a una cirugía programada como la de autos; excluyéndose de esa indicación los casos donde la vida de la paciente corre riesgo inmediato por la patología que indica la intervención quirúrgica; siendo el riesgo para la vida mayores por no intervenir quirúrgicamente de forma inmediata; que los derivados de intervenir quirúrgicamente a la paciente en la condición en que se encuentre (lo que no es el caso



de la cirugía planteada en autos). Los riesgos de intervenir a una paciente que se encuentra en insuficiencia renal es la falla renal con acumulación de metabolitos tóxicos (urea y creatina) y alteración de los electrolitos: sodio, potasio y cloro que pueden concluir en la encefalopatía urémica, la arritmia cardíaca, insuficiencia respiratoria, edema de tejidos, acidosis metabólica, incremento de osmoralidad de plasma, acidosis metabólica, hiponatremia, hiperfosfatemia e hipermagnesemia; entre otros. 1. Los estudios de laboratorio efectuados a la paciente el 07/12/2018 mientras la paciente se encontraba en Terapia Intensiva muestran: a) urea fuera de valores de referencia (nefropatía); b) creatinina fuera de valores de referencia (nefropatía); c) potasio fuera del valor de referencia (hiperpostasemia); d) cloro fuera del valor de referencia; e) magnesio fuera de escala. 2. La historia clínica muestra a fs. 13 que la paciente registra: fallo renal, hiperuricemia, hipercalcemia, acidosis metabólica (ph 7.19): sospecha de encefalopatía urémica y síndrome anémico asociado con hemoglobina de 6.6 y Hematrocito de 19." (el resaltado me pertenece).

De manera que, en lo que respecta a cuál ha sido la causa directa de la muerte de Gladys Morales, la pericia médica es concluyente al señalar que es por asistolia, debido a SMC (síndrome metabólico/encefálico de origen urémico), como causa certera, y como causa sospechada, TEPA (Trombo embólico pulmonar agudo) masivo.

Cabe resaltar que, ello no deriva de una opinión o análisis aislado del experto, sino que guarda sustento en la historia clínica, antecedentes médicos de la paciente, evolución observada en períodos pre y pos operatorio, como así en el lapso de tiempo inmediato entre la intervención quirúrgica, su internación directa en la UTI y el resultado muerte. Esto avalado por el registro realizado por la propia médica terapeuta, Dra. Mariana Sepúlveda, quien al confeccionar el certificado de defunción (h. 11), describió que la causa del fallecimiento de Gladys Morales fue



consecuencia de: *"SME urémico / sospecha de TEP masivo"* y como causa básica describió: *"Post quirúrgico osteosíntesis de húmero"*.

Es decir, que el estado de salud de la paciente, en base a los análisis realizados con anterioridad a la práctica quirúrgica, presentaba parámetros deficitarios compatibles con el desenlace fatal que finalmente experimentó, en menos de 24 horas de haber sido intervenida quirúrgicamente. Es más, cabe destacar que no fue dada de alta, sino que el mismo día, luego de la operación fue ingresada a la UTI (Unidad de Terapia Intensiva), donde falleció al día siguiente.

Siguiendo con el análisis de la pericia, en cuanto a la actuación de los profesionales (traumatólogo y anestesista), se desprende: *"son responsables de verificar el estado de salud de la paciente previo a realizar el procedimiento quirúrgico: 1) su condición clínica y la aptitud para ser sometido a la misma; 2) La corrección de parámetros clínicos y de laboratorio; 3) La suspensión del acto quirúrgico o anestésico de requerirse."* (Punto 18- h. 267).

En función de cómo se fueron desencadenando los acontecimientos, y sobre todo el cuadro que presentaba Gladys Morales con anterioridad (3 días antes de la intervención quirúrgica), en donde tenía valores alterados, los galenos debieron abstenerse de llevar adelante una operación que podía postergarse por lo menos hasta tanto los valores de laboratorio y clínicos estuviesen estabilizados, procurando con ello disminuir los riesgos de una intervención__que tuvo como resultado la muerte de la paciente en menos de 24 horas de haberse practicado la misma.

En ese sentido, al responder el punto 20) (h. 267), el experto dijo: *"El riesgo de muerte o de una complicación que culmine con el fallecimiento de un paciente a consecuencia de un acto quirúrgico existe siempre. Los riesgos de complicaciones o de fallecimiento aumentan exponencial y notoriamente cuando la persona a intervenir quirúrgicamente presenta alteraciones previas de sus funciones fisiológicas normales (en el caso de Morales la función*



renal y la función circulatoria). En pacientes con alteraciones y si la urgencia lo permite es normal que previamente a una intervención se intente compensar esas alteraciones para disminuir el riesgo de complicaciones y muerte; básicamente por ese motivo se solicitan los estudios preoperatorios y las consultas a especialistas antes de la cirugía. Esto sumado al correcto y adecuado manejo intra operatorio (en el caso de la paciente Morales: el control de volúmenes aportados, el control de la diuresis, el aporte de Glóbulos Rojos, el control del medio interno y el eventual uso de diuréticos) hubiesen evitado la alteración del medio interno, la correcta circulación sanguínea a nivel renal, buena oxigenación cerebral, el acúmulo de urea y creatina; que finalmente determinan el cuadro de Encefalopatía Urémica que está indicada en la historia clínica como causa principal del fallecimiento de la paciente. El organismo sometido a estrés requiere aumentar todas sus funciones. Si esto acontece sobre un organismo cuyas funciones ya están alteradas, acontece el fallo orgánico. Si a este organismo se lo somete a una cirugía con anestesia general (donde de por sí las funciones vitales disminuyen) el fallo se profundiza; más si no se toman las acciones para revertir la situación."

De modo que resulta clara y contundente la explicación brindada por el experto, pues a mi entender logra conectar la secuela lógica de cómo ocurrieron los acontecimientos, al señalar clara y concretamente cual debía ser el obrar diligente de los médicos, antes de tomar la decisión de someter a la paciente a una cirugía que pudo (pues no se corría el riesgo de vida) y que debió (evaluando riesgo/beneficio) haberse postergado hasta tanto se logre estabilizarla, para disminuir en la medida de lo medicamente posible el riesgo de vida.

Y como se hace esto? es decir, cual es la conducta médica debida? El mismo informe pericial se encarga de explicarlo al responder la pregunta n° 23 (h. 267) "De haberse conocido y manejado adecuadamente la condición de la paciente nefrótico se



podría haber realizado controles y acciones tendientes a corregir la disfunción renal. Para ello se debía haber realizado un control de la diuresis (que no se hizo), se podría haber utilizado diuréticos (cuyo uso no consta en la HC). Se debería haber realizado un manejo eficiente de volúmenes de líquidos aportados, control y corrección del estado acido-base, control y corrección de glucemia, control y corrección de los valores de sodio, cloro y potasio, etc. (no existen constancias en la HC de que se hubiesen realizado)".

Todo lo cual, demuestra que no se han realizado los procedimientos previos y necesarios para evaluar la posibilidad de llevar adelante la operación y en su caso, cuando los parámetros médicos lo permitieran, tomar los recaudos médico quirúrgicos necesarios para evitar en la medida de lo posible, las complicaciones que en el caso, con posterioridad a la realización de la cirugía experimentó la paciente provocando su fallecimiento.

Si bien es elogiable el esfuerzo argumentativo que ensayan los apelantes para lograr revertir la responsabilidad que se les achaca, y así tratan de forzar una interpretación de los hechos a través de la pericia en anestesiología y traumatología practicada en estas actuaciones, comparto la valoración de la pericia que se realiza en la sentencia, pues entiendo que la misma no presenta fisuras y resulta desde un punto de vista jurídico - legal, contundente para la resolución de esta causa.

Sin perjuicio de ello, a fin de dar respuesta a los agravios respecto de la falta de consideración de la pericia en anestesiología y traumatología, debo realizar algunas consideraciones, pero manteniéndome en los fundamentos anteriormente expresados.

Así, si bien del informe realizado por el perito anestesiólogo (h. 280/291), surge que la paciente tenía antecedentes de diabetes e hipertensión arterial, explica el procedimiento anestésico y la clasificación del estado físico de los pacientes, en sus 6 grandes categorías (ASA I, II, III, IV, V,



VI) con los distintos grados de complejidad en función del estado de salud y antecedentes médicos que presentan los pacientes. También señala que la categoría ASA3 otorgada a la paciente Morales es correcta, ya que era portadora de diabetes insulino requirentes sumado a un cuadro de hipertensión arterial y anemia, son una sumatoria de enfermedades importantes, agregando *"en ese momento no presentaban una amenaza constante para la vida"*.

Continuando con el análisis de dicha pericia, el experto expuso que no era necesaria la colocación a la paciente de una sonda vesical para el control de diuresis durante la cirugía, porque es una operación de corta duración (menor a 3 horas) (h. 282). Ahora bien, en este aspecto, ello no se condice con lo expuesto por el perito cirujano (h. 267), al sostener: *"De haberse conocido y manejado adecuadamente la condición de la paciente nefrótico se podría haber realizado controles y acciones tendientes a corregir la disfunción renal, para ello se debía haber realizado un control de diuresis (que no se hizo), se podría haber utilizado diuréticos (cuyo uso no consta en HC). Se debería haber realizado un manejo eficiente de volúmenes de líquidos aportados, control y corrección del estado acido-base, control y corrección de glucemia, control y corrección de los valores de sodio, cloro y potasio, etc. (no existen constancias en la HC que se hubiesen realizado)."*

Es importante destacar que si bien la pericia presentada por el anesthesiologo describe prolija y detalladamente el procedimiento anestésico, dando precisiones certeras en ese aspecto, el foco de la responsabilidad de los galenos se centra en haber programado y realizado una operación cuando los parámetros de laboratorio de la paciente Morales se encontraban alterados y producto de ello, no se daban las condiciones para llevar a cabo la misma, sino que, conforme pericia de cirugía, se debió primero corregir dichos valores para luego minimizar tales riesgos, cosa que no ocurrió en el caso.

El informe anesthesiologo no logra a mi entender desvirtuar los claros fundamentos explicados en la pericia en



cirugía analizada en los puntos anteriores, ni se condice con el resultado arribado, ya que si bien el perito anestesiólogo manifestó que la paciente no presentaba riesgo de vida, la realidad indica que en menos de 24 horas de haberse practicado una operación la Sra. Morales falleció.

En cuanto a la pericia en traumatología (h. 293/297), luego de describir que la paciente ingresa a la Clínica CMICO S.A. para reducción y osteosíntesis de fractura de húmero proximal del miembro superior izquierdo, y explicar las características técnicas de la operación en detalle, responde el interrogatorio efectuado por la actora y demandada (h. 295/296 y vta.).

En esa oportunidad, expresó que este tipo de fractura se trata como una urgencia y no como "emergencia", ya que no corre riesgo la vida de la paciente. Y si bien, expuso que la paciente no presenta síntomas ni signos de insuficiencia renal (solo creatinina y urea elevada), ello no se condice con lo informado por el perito médico a h. (266-5 bis), en donde se expresa: *"Los estudios que constan en el expediente y que fueron solicitados por el profesional traumatólogo (previo a la cirugía) son indicativos de que la misma presentaba anemia, hiperglucemia e insuficiencia renal crónica."*

Renglón aparte, merece la conclusión arribada por el traumatólogo (h. 295, punto H y 18), cuando afirma que: *"La cirugía fue oportuna"*, y que: *"Los antecedentes de la paciente no impedían la intervención quirúrgica"*, cuando en función de lo hasta aquí analizado, la misma debió ser postergada hasta tanto se mejore el estado de salud de la paciente y se minimicen los riesgos de la cirugía.

Por otra parte, si la cirugía no estaba contraindicada y los antecedentes de la paciente no impedían la intervención, como afirman los apelantes, como es posible que la complicación en la salud de la Sra. Morales haya derivado en que, con posterioridad a su intervención, de manera casi inmediata, haya tenido que ser derivada a la Unidad de Terapia Intensiva y que en menos de 24



horas de su realización haya fallecido. Realmente ello no logra explicarse con las dos restantes pericias (anestesiología y traumatología).

En cuanto al argumento esbozado por los demandados, sobre la falta de parámetros objetivos que indicaran la necesidad de estabilización de la paciente, me remito, para no ser reiterativo, a lo claramente expresado en oportunidad de analizar la pericia en cirugía, ya que resulta evidente que los valores que arrojan los análisis practicados a la Sra. Morales no aconsejaban - en función de la clara explicación brindada por el experto- llevar adelante una cirugía hasta tanto no se lograra estabilizar dichos parámetros y de esa forma minimizar los riesgos de una operación como la que se llevó a cabo.

Cabe resaltar que los apelantes si bien mencionan, apoyados en las pericias en anestesiología y traumatología, que previo a la cirugía la paciente no presentaba síntomas de insuficiencia renal, ni valores de laboratorio alterados, ello no es así, pues en este aspecto los análisis referenciados en la pericia en cirugía son elocuentes en cuanto a que los valores estaban alterados, siendo este un dato objetivo que no debió ser obviado por los galenos para evaluar con mayor precisión la oportunidad de llevar adelante la operación.

En lo que respecta a la causa de muerte de la Sra. Morales, ya emití mi opinión al estudiar la pericia en cirugía, argumentos a los cuales me remito en honor a la brevedad, sin perjuicio de lo cual, debo agregar que la prueba aportada en la causa (certificado de defunción y pericia en cirugía), indica que la principal causa de muerte de la paciente fue el síndrome urémico, y no el TEP masivo. Y que si bien la testigo Sepúlveda (quien emitió el certificado de defunción), en su declaración testimonial pareciera indicar lo contrario, por aplicación del principio de sana crítica, ello a mi entender, además de ser poco serio, no genera convicción suficiente para desvirtuar lo

claramente certificado por la testigo en oportunidad de confeccionar el certificado de defunción.

En otro orden, el testimonio de Mariana Elizabeth Sepúlveda debe ser apreciado con criterio restrictivo, en función de su vinculación con CMICO S.A. En su declaración la testigo dijo que empezó a atender a Morales "al día siguiente", por lo que no declaró sobre hechos acaecidos en su presencia antes de la operación, de manera que no logra explicar cómo es que tuvo conocimiento que: *"la paciente estaba estable cuando entró al quirófano"* y que *"no tuviera ningún síntoma que indicase que necesitase una estabilización"*.

Pero también dijo que Morales ingresó a la UTI, como consecuencia de Síndrome Urémico e insuficiencia renal y que no estaba reaccionando ante estímulos, por lo que se interpreta que estaba "encefalopática". Luego si bien en su testimonio, exagera sobre el estado lúcido de la paciente, finalmente menciona que ésta ese mismo día a las 16:00 hs. aproximadamente, hizo un paro.

Además de su testimonio, surge que ella misma reconoce que se toma la decisión de realizar la cirugía a pesar de que tenía el laboratorio alterado. Pero traslada la responsabilidad a la propia paciente, a su marido y al hijo, haciendo referencia que éste último es estudiante de Medicina, como si el hecho de que ellos insistan en la operación hubiera sido un factor determinante para llevar adelante la misma, cuando en estos casos debe priorizarse el criterio médico, máxime cuando la realización de una intervención quirúrgica en esas condiciones (laboratorio con valores alterados en paciente hipertensa y diabética), resulta sumamente riesgosa para su vida. Es más, la propia testigo refirió que le manifestó a Gladys que como se iba a operar con esos valores de laboratorio. Reconoció que el resultado de laboratorio estaba alterado, y que la diabetes estaba descontrolada. Sumado a todo ello, fue la Dra. Sepúlveda la que, como dije al principio, confeccionó el certificado de defunción de la Sra. Gladys, y expuso

como causa principal de fallecimiento: "SME UREMICO" SOSPECHA: "TEP MASIVO".

A través de dicho testimonio, y analizada la prueba en su conjunto, considero que se ha logrado demostrar que no estaban dadas las condiciones para llevar adelante la intervención quirúrgica de Gladys Morales, pues además de sus comorbilidades (hipertensión arterial y diabetes), sus valores de laboratorio estaban alterados. Todo lo cual implicaba una combinación peligrosa para realizar una operación satisfactoria. Muestra de ello es que en menos de 24 horas de realizada la misma la paciente fallece.

El testimonio de la Anestesióloga Marisol Lucía Valle, debe ser contemplado restrictivamente, pues ella misma reconoce que trabaja en CMICO S.A. y que es socia de uno de los médicos implicados en este juicio -Dr. Violi (anestesiólogo)-.

Ella relata que el Dr. Violi realizó una lectura de los antecedentes de la Sra. Morales, antes de realizar el procedimiento anestésico. Es decir, que el médico tenía conocimiento no solo de las comorbilidades de la paciente, sino de los resultados de laboratorio. Si bien manifestó que no hizo falta el suministro de diuréticos, ni la realización de control de diuresis porque era un procedimiento quirúrgico muy corto (menor a 3 horas), la evolución de la paciente, complicaciones posteriores y los motivos por los que ingresó a la UTI, teniendo además en cuenta el informe pericial en cirugía, indican que dicho control era necesario para evitar o al menos minimizar las complicaciones de salud que experimentó con posterioridad a la cirugía Gladys Morales y que la llevaron a su fallecimiento.

Además si bien refirió que la enfermedad que padecía Gladys no contraindicaba la intervención quirúrgica, ya que muchas personas con hipertensión y diabetes son sometidas a operaciones, advierto que ello no implica que no deban tomarse todos los recaudos, como postergar la operación, si junto a la comorbilidades que presentaba la paciente, sus valores de laboratorio estaban alterados. No hace falta ser un profesional de la medicina para



arribar a dicho razonamiento, basta simplemente analizar los informes médicos, principalmente el obrante a h. 264/268, por ser el más completo, preciso y detallado, y por guardar correlación con la evolución que tuvo la paciente.

De todo ello se desprende que si bien la paciente ya presentaba dos enfermedades de base (hipertensión arterial y diabetes), sus análisis clínicos no resultaban óptimos aun teniendo en cuenta dichas patologías preexistentes, para someterla a una operación, pues ello implicó asumir un riesgo mucho mayor, por lo que debieron nivelarse de manera previa dichos valores para minimizar el factor de riesgo inherente a toda intervención quirúrgica.

Obviamente, no pongo en tela de juicio que toda cirugía presenta un riesgo, pero ese riesgo debe ser ponderado con los beneficios que puede aportar a la paciente la intervención quirúrgica. Y cuando el riesgo es mayor que el beneficio que a mediano plazo pueda aportar la cirugía, es deber y obligación de los médicos -quiénes están preparados para ello- evaluar, más allá de la intención de la paciente de someterse a una operación quirúrgica inmediata, los riesgos que conlleva realizar ese tipo de operación. Máxime cuando la misma si bien puede ser una cuestión de "urgencia", no constituye una "emergencia" en donde este en juego la vida de la paciente.

Por lo tanto, habiendo mediado una adecuada relación de causalidad entre la operación llevada a cabo y las complicaciones y fallecimiento de Gladys Morales, corresponde rechazar las apelaciones interpuestas por los demandados.

En otro orden, y respecto al único agravio de la parte actora relacionado con el rechazo del daño punitivo, cabe recordar que la reforma introducida a la Ley de Defensa del Consumidor, a través de su art. 52 bis, nos ha traído la figura de los daños punitivos de neto corte Anglosajón. El mencionado artículo (según Ley de Reforma 26.361, 27266) establece: "*Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales*



con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Al efectuar un análisis de la norma transcripta, advierto que no cualquier incumplimiento contractual o legal, puede servir de sustento para imponer una pena pecuniaria de índole civil que condene al incumplidor a reparar fuera de los límites del perjuicio efectivamente sufrido.

Ahora bien, cabe destacar que el artículo no obliga a los jueces a sancionar pecuniariamente cualquier incumplimiento legal o contractual, pues el mismo dispositivo dice expresamente que: "el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor...", es decir que, a pesar de verificar el incumplimiento, puede no aplicarla.

De allí, que corresponde a los jueces en primer lugar verificar la existencia de un incumplimiento de índole legal o contractual y luego evaluar si corresponde sancionar o no al responsable de esa inobservancia fuera de los límites de la reparación del perjuicio ocasionado.

Esta tarea no resulta fácil, máxime cuando la misma norma que consagra la sanción no brinda un marco de referencia -más allá del mero incumplimiento legal o convencional- al que atenerse en lo que hace a la procedencia o improcedencia de los daños punitivos.

En honor a la prudencia, no cualquier incumplimiento debe ser sancionado con una multa de carácter pecuniario, sino que cada caso en particular debe ser evaluado con suma mesura, para verificar si en los hechos la inobservancia aludida, amerita, más



allá de la reparación de los perjuicios ocasionados, sancionar al incumplidor.

De allí que, para que resulte procedente la sanción pecuniaria del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, se requiere no sólo la existencia del aspecto objetivo, entendiéndose por tal al incumplimiento legal o contractual, sino también junto con él, un elemento subjetivo que sirva para calificar a dicha conducta, la que no necesariamente debe traducirse en una conducta dolosa o gravemente culposa, sino también en un manifiesto desinterés frente al reclamo genuino del consumidor.

Ello así, porque una de las funciones del daño punitivo es la de evitar la repetición de conductas que menoscaben los derechos de los consumidores, y entre estas, no puede dejar de mencionarse aquellas que se traducen en desidia por parte de la firma proveedora de ese bien o servicio frente al reclamo genuino de un consumidor, aun cuando la culpa no sea grave, siempre que dicha conducta haya provocado una dilación innecesaria en el reconocimiento del derecho reclamado.

La finalidad del daño punitivo se perfila no sólo a sancionar la conducta del infractor, en cuanto ha demostrado desinterés pleno y manifiesto, en brindar una solución de corto o mediano plazo a su cliente, sino que también se enfoca en prevenir la reiteración de hechos similares en el futuro. Máxime, cuando muchas veces las vías de reparación habituales resultan insuficientes para evitar la repetición de una conducta similar.

En el presente caso, la parte actora solicita la aplicación del daño punitivo, y se funda en que las conductas asumidas por los demandados se circunscriben a una serie concatenada de "hechos dolosos", la "gravedad del daño causado" y "la malicia procesal desplegada a lo largo del juicio", citando como ejemplo de esto último que se ha acusado a los hijos de la Sra. Morales de haber sustraído la HC de la paciente. Añade que la conducta ha sido dolosa ya que intervinieron quirúrgicamente a la Sra. Morales despreciando los estudios prequirúrgicos.



A poco que de observar los hechos tal como fueron expuestos al tratar los agravios sobre la responsabilidad médica de los demandados, como consecuencia de haber llevado adelante una operación cuando los estudios médicos, sobre todo los de laboratorio, indicaban que hubiera sido más cauto asumir un menor riesgo y postergar la intervención hasta tanto estos últimos se hubieran logrado estabilizar, entiendo que, si bien ello ha sido suficiente para consagrar su responsabilidad por mala praxis, no resulta lo mismo para achacarle a los demandados una conducta dolosa, indiferente, y así justificar la aplicación de este daño.

En honor a la brevedad, advierto que los galenos si bien se han apresurado en la realización de la intervención quirúrgica, no lo han hecho con decidía o desinterés en el resultado que finalmente ocurrió a consecuencia de las complicaciones previas y posteriores que culminaron con la vida de la Sra. Morales.

Es evidente que tienen responsabilidad médica por los motivos ya desarrollados, pero esto no amerita extender más allá de dicha responsabilidad la conducta que pretende endilgarle la actora. Máxime, cuando cada caso clínico es particular, y no se puede estandarizar una conducta o resultado previo para todos los casos, pues que se lleve adelante una operación en un momento determinado depende pura y exclusivamente del criterio de los profesionales a cargo.

De manera que, a mi modo de ver, el razonamiento expresado en la sentencia es correcto, en cuanto a que los médicos actuaron con imprudencia y negligencia, en la lectura u omisión de la lectura de los antecedentes del paciente, a fin de postergar la cirugía que era de urgencia, pero no de emergencia.

Por los motivos expuestos, rechazaré el agravio de la parte demandante.

En cuanto a la apelación de honorarios de la psicóloga Roxana Borsani (3%), quien presentó su dictamen a h. 257/261, cabe señalar que esta Sala, reiteradamente ha sostenido que, si bien no

existen pautas aplicables a los honorarios de los peritos, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa.

Así, se efectúan los cálculos pertinentes, de conformidad con las pautas que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, al tener en cuenta los criterios aplicados por las tres Salas (3%/4%), de lo que se concluye que el porcentaje regulado en favor de la Licenciada Roxana Borsani, no resulta bajo y se encuentra dentro de la escala prevista, por lo que propiciaré su confirmación.

IV. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y los demandados, y el recurso arancelario de la perita Roxana Borsani. En consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia del 22/11/2022 (h. 502/517 vta.).

En cuanto a las costas de esta Segunda Instancia, en función del resultado arribado en donde se confirma la demanda en su mayor extensión, las mismas se impondrán de la siguiente forma: 90 % a cargo de los demandados y en un 10% a cargo de la parte actora (art. 68 y 71 del CPCC).

En cuando a los honorarios correspondientes a esta instancia, los mismos se regularan en el 30% de los fijados en la instancia de grado conforme art. 15 L.A.

Tal mi voto.

El juez **Medori** dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia del 22/11/2022 (h. 502/517 vta.), en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.



2.- Las costas de segunda instancia se imponen en un 90% a cargo de los demandados y en un 10% a cargo del actor.

3.- Regular los honorarios de los profesionales que intervinieron en esta instancia en el 30% de los fijados en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y oportunamente, vuelvan a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini Juez

Dr. Marcelo Juan Medori Juez

Dra. Dania Fuentes Secretaria