NEUQUEN, 14 de Septiembre del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"AREVALO ANDREA FERNANDA C/ VIDONDO GONZALO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD POR EL EJERCICIO PROFESIONAL (MALA PRAXIS)" (JNQCI5 EXP 503134/2014)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. Contra la sentencia que desestima la demanda en todas sus partes, apela la parte actora.

Sostiene que la magistrada ha resuelto en base a las consideraciones efectuadas por el perito médico que ha intervenido en autos, dándole valor probatorio único.

Indica que se ha prescindido de prueba esencial, tal la informativa al Policlínico Modelo, de la cual surge el diagnóstico efectuado por el Dr. ..., quien señaló con detalle el error en la técnica utilizada por el demandado.

Expone que de estos informes surge con claridad la mala práctica llevada a cabo por Vidondo, en tanto se detalla que la deformidad que presenta, ha sido adquirida.

Sostiene que el perito no se expide sobre la ejecución de la cirugía, limitándose a decir que la opinión del Dr. ... es sólo eso: una opinión.

Critica que la sentenciante haya desoído estos elementos de prueba; que no haya analizado la debilidad del trabajo del perito quien, finalmente, admite que la dolencia de Arévalo si tiene relación con las cirugías

previas, complicaciones y que en ocasiones, no se tiene éxito.

Insiste en la omisión de la valoración de las restantes pruebas, lo que determina que el pronunciamiento sea arbitrario.

Se refiere a las contradicciones en que incurrieron los médicos ofrecidos como testigos, más no detalla en que consistieron las mismas.

El segundo agravio, que se finca en la vulneración del principio de congruencia, nuevamente se justifica en que la decisión no derivó de las pruebas colectadas, valoradas según las reglas de la sana crítica.

Dice que tanto de la informativa, como de las respuestas del Dr. ..., resulta la existencia de errores cometidos por Vidondo en la ejecución de la operación.

Indica que la interpretación debe ser efectuada a favor de la víctima. Critica que, en los términos del pronunciamiento, el médico siempre se podría excusar en que la intervención quirúrgica salga mal.

Concluye en que, si la distinción entre una intervención bien hecha y mal hecha es opinable, la víctima quedaría sin respuesta frente a los errores cometidos por el médico.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 486/491.

2. He efectuado un profundo análisis de las posiciones asumidas por las partes en esta causa y de las pruebas que se han reunido.

Y, en este contexto, como lo señalara nuestra Corte Suprema, debo aquí decir que "...aún en el doloroso marco de la desgraciada y lamentable situación por la que atraviesa el actor, no puede dejarse de resaltar el grado de delicadeza y precisión con que deben valorarse las pruebas y circunstancias del caso para determinar la mala praxis…" (cfr. CSJN "Lapido, Eduardo R. c. Sanatorio Privado Figueroa Paredes S.A. y Otros", 05/09/2002).

Desde esta perspectiva, ponderando la totalidad de las constancias arrimadas, a las que se debe ajustar la decisión judicial, la sentencia dictada por la Jueza de Primera Instancia debe ser confirmada. Explicaré las razones que me conducen a adoptar esta solución.

3. Para que un Juez pueda condenar a un médico por mala praxis, éste debe ser responsable del daño que ha sufrido la víctima.

Esta responsabilidad supone que ha actuado con culpa, esto es, con negligencia o impericia, cometiendo en su hacer errores que no pueden ser excusados u omitiendo realizar las acciones que debían –también inexcusablemente- ser llevadas a cabo.

3.1. En materia de diagnósticos, el médico será responsable, entonces, "si comete una falta grave en el diagnóstico, de evidente y grosera infracción, pues se trataría, en definitiva, de una falla en un campo en el

cual el error excusable no genera la consiguiente culpa profesional (conf. mi voto en causa 179.618 del 31-5-96 y sus citas: Vázquez Ferreyra, "Responsabilidad civil por error de diagnóstico médico", en J.A. 1992-II-740, en especial, pág. 745 y doctrina de los fallos de la CNCiv. Sala "C" en E.D. 73-493, votos de los Dres. Cifuentes y Belluscio; en E.D. 98-576, voto del Dr. Durañona y Vedia y sus citas; y en causa 137.349 del 8-11-94, voto del Dr. Galmarini).

Se trata, en suma, de no imponerle al profesional el deber de acertar, pues estamos en un terreno en el cual muchas veces la decisión que debe adoptar no pasa de un juicio conjetural. Si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter opinable del tema o bien si los síntomas pueden orientar el diagnóstico en otro rumbo que el correcto, el juzgador no tendrá suficientes elementos para inferir una culpa en los términos que informa el art. 512 del Cód. Civil (conf. Vázquez Ferreyra, "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", pág. 92 n° 9; Bueres, op. cit., t. 2 pág. 151 n° 54)…” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “P. de M., C. del C. c. Ciudad de Buenos Aires y otros 05/04/2006, Publicado en LA LEY 2006-D, 71 con nota de Carlos A. Calvo Costa).

En este caso, la magistrada consigna:

“…Resulta de fundamental importancia el informe pericial médico traumatológico efectuado a fs. 272/287. En dicho informe el perito sostiene que el demandado Dr. Vidondo diagnosticó a la actora con: una deformidad

adquirida de ambos pies con pie cavo bilateral, hallux valgus bilateral moderados con metatarsianos centrales largos y dedos en garra, que padecía como enfermedad de base hallux valgus moderados en forma bilateral, dolorosos a la marcha y con sufrimiento en uso de calzado incorrecto. No se encuentra discutido que luego de los estudios indicados, el demandado indicó y ejecutó dos operaciones por cada pie. El perito explica extensamente y en forma genérica la patología que presenta la actora, señalando que se han descripto más de 150 procedimientos quirúrgicos diferentes para el tratamiento del hallux valgus, indicando que la decisión del procedimiento quirúrgico será consecuencia del análisis de diferentes factores que ejemplifica (ver "Consideraciones médico legales- Hallux Valgus", fs. 277).

La actora plantea error de diagnóstico. No obstante, conforme lo expuesto, ninguna constancia del expediente indica que el médico demandado haya errado al diagnosticar la patología de la actora. El demandado diagnosticó a la actora con: pie plano o pie cavo, Hallux valgus y dedo en garren martillo, para lo que dispuso tratamiento quirúrgico. Ello surge de las historias clínicas acompañadas por la propia actora y de la pericial médica traumatológica obrante a fs. 272/286 y de las declaraciones de los testigos Juan Manuel Fisser (fs. 257259) y Daniel Enrique Gutiérrez (fs. 263/264 vta.)…."

Ninguna crítica o queja se presenta frente a la afirmación de que en el caso, medió un correcto diagnóstico, por lo cual, debe descartarse la existencia de mala praxis fundada en este extremo.

4. Ahora bien, decía más arriba que, para fundar una sentencia por responsabilidad civil de los médicos, se requiere la existencia de “la culpa del profesional”. Esta se concreta, a partir de una acción contraria a las reglas consagradas por la práctica médica -de acuerdo al estado de los conocimientos al tiempo de cumplida la prestación- considerando su adecuación a las particularidades del paciente y la manifestación de su enfermedad (lex artis ad hoc).

El estándar de diligencia exigible es el que razonablemente permite la aplicación de la evidencia científica a la oportunidad terapéutica de cada paciente y a las circunstancias que lo rodean, en un todo de acuerdo a lo estatuido por el art. 512 de nuestro Código Civil (régimen aplicable en el caso).

Ello así por cuanto ni la medicina es geometría ni la naturaleza humana es una máquina absolutamente previsible. Dicho de otro modo, la práctica médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad, criterio que fijara nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en un antiguo e importante fallo en materia de responsabilidad profesional de los médicos.

El primer requisito entonces de la responsabilidad médica es la culpa del profesional en la ejecución de sus obligaciones para con el paciente, las cuales generalmente son aquellas relativas al contrato de

asistencia médica que lo liga con el enfermo, en virtud del cual el paciente tiene como débito principal el de colaboración terapéutica -traducido en informar acabadamente sobre sus antecedentes y síntomas, y en cumplir el tratamiento, controles y pautas de alarma indicadas por el profesional-; mientras este último, el de llevar adelante un obrar de acuerdo a la lex artis.

El criterio de valoración es el de la culpa in concreto y, en ese orden, las circunstancias de tiempo, persona y lugar resultan decisivas al momento de juzgar la actividad galénica.

El estado de salud del paciente, su propia condición mórbida, eventualmente su inespecífica sintomatología para arribar a un diagnóstico certero, las características de su patología de base y, en definitiva, su propia idiosincrasia, constituyen circunstancias personales que deben contemplarse al momento de juzgar al médico. Al mismo tiempo, los avances científicos, como así también situaciones de urgencia o emergencia médica, resultan -entre otros- factores de tiempo que deben ponderarse al momento de valorar si hubo o no error inexcusable. Y por su parte los medios que el galeno tuvo a su alcance y la infraestructura prestacional del centro donde brindó su atención, muy diversa según se trate de una institución de alta complejidad o de un establecimiento de atención primaria, constituyen circunstancias de lugar en las que debe repararse a la hora de ponderar el acto médico…” (cfr. Acevedo Rafael, “El valor probatorio de la historia clínica a la luz de dos recientes pronunciamientos y la relación adecuada de

causalidad como presupuesto infranqueable” RC y S 2012-IV-211).

Es que el análisis que corresponde efectuar en esta causa, debe partir de una premisa, cual es que la responsabilidad médica se rige, al igual que el resto de las profesionales, por los mismos principios de la responsabilidad civil en general.

De allí que para su configuración se exijan idénticos presupuestos, esto es: antijuridicidad, existencia del daño, relación de causalidad y el factor de imputación (conf. Trigo Represas, Félix, “El carácter algo conjetural de la medicina y la configuración de la mala praxis médica”, LA LEY, 1997-C, 590, entre otros).

4.1. También es trascendente, tal como afirma la magistrada, que en estos casos, estamos frente a una obligación de medios y no de resultado: si bien el interés final y que da sentido a la obligación es la curación o mejoría del paciente, el interés primario lo constituye la actividad profesional diligente del galeno, que la cumplirá actuando con la pericia, la ciencia y la técnica requeridas para el caso en cuestión (conf. Calvo Costa, Carlos A., “Daños ocasionados por la prestación médico asistencial”, p. 132; Alterini, Jorge H., “Obligaciones de resultado y de medio”, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. IX, p. 706, punto XI; Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil Obligaciones”, t. I, p. 211, n° 171; Acevedo, Rafael A., “El valor probatorio de la historia clínica a la luz de dos recientes pronunciamientos, y la relación adecuada

de causalidad como presupuesto infranqueable", Publicado en: RCyS 2012-IV, 211).

Desde aquí también que, en principio, sea la actora quien deba probar la culpa del médico en el accionar que provocó el perjuicio sufrido en el desarrollo de su tratamiento o en la realización de una operación determinada. Y esto es indispensable, en tanto demostrará el incumplimiento de la obligación de prestar una asistencia adecuada.

Sin embargo, esto no ha acontecido en el caso.

5. En efecto, en los juicios en los que se debate la responsabilidad médica, la prueba debe versar no sólo sobre el resultado negativo del tratamiento o de la intervención quirúrgica, sino también y, fundamentalmente, sobre los actos u omisiones del profesional que demuestran una actividad negligente, imprudente o falta de la pericia necesaria.

En este caso, tal como lo indica la magistrada la prueba pericial practicada no ha arribado a tal conclusión.

Dice al respecto: *"…El perito concluye en la existencia de una incapacidad permanente, parcial y definitiva, pero al responder los puntos de pericia formulados por las partes sostiene: que las intervenciones y técnicas utilizadas por Vidondo fueron las adecuadas para corregir las lesiones que presentaba la actora; que dicha técnica fue realizada correctamente; que los procedimientos utilizados son adecuados y válidos para la*

patología de la actora; que son los que se propusieron inicialmente por el Dr. Vidondo; que son compartidos por el perito (respuestas a los ptos. de pericia f y g de la actora indicadas a fs. 120 de la demanda, conforme lo indica el perito y respuestas a ptos. de pericia d, e, g, h, i propuestos por la demandada, fs. 196 y 197, conforme lo indica el perito) e indica que "pasado el tiempo postoperatorio, la actora alega haber hecho otra consulta con otro traumatólogo por continuar con dolor y recidiva de la deformidad…", conf. fs. 273 (el subrayado me pertenece).

El informe pericial mereció pedido de explicaciones por ambas partes y el perito las brinda a fs. 304. Allí sostiene: "Se debe llegar a la segunda cirugía debido a la RECIDIVA de la patología como se explica en autos… Considero que tanto los profesionales que intervinieron en la primera como en la segunda cirugía hicieron todos los tratamientos correctos y ejecutaron las técnicas quirúrgicas correctamente, no obteniendo resultados garantizados en satisfacción completa. En la pericia médica se explica la patología en sí, sus posibles tratamientos y sus potenciales complicaciones…" Las técnicas quirúrgicas realizadas por el especialista están avaladas por literatura mundial y correcta para indicación quirúrgica de hallux valgus… La incapacidad tiene relación directa con la patología en sí, las cirugías previas y sus posibles complicaciones, la primer cirugía tiene validez científica, no obstante en ciertas ocasiones no se obtiene el éxito en su totalidad".

Estas conclusiones no merecieron impugnaciones de ninguna de las partes, por lo que habré de atribuirle indiscutible valor probatorio…"

Y, como lo hemos sostenido en reiteradas oportunidades, la prueba pericial médica es de suma relevancia en los casos de mala praxis médica: *"El experto reúne las características de asesor, colaborador y hasta consejero del juez, de ahí que la pericia en los casos de mala praxis sea un elemento de juicio de vital importancia para él, pues se trata de temas complejos y específicos, respecto de cuestiones de hecho en las cuales hasta los propios especialistas discrepan. La pericia médica tiene indudable importancia en situaciones de esta especie, mas debe ser apreciada en función de la competencia de los peritos, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados conforme a los artículos 473 y 474 del Código Procesal y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca", (Highton de Nolasco, Elena Inés, Revista de Derecho de Daños - Tomo: 1999 - 5. La prueba del daño – II, La prueba del daño por mala praxis médica),* ("MENDEZ SILVINA BEATRIZ C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. y P. - MALA PRAXIS", EXP Nº 395618/2009).

5.1. De la prueba pericial médica llevada a cabo en esta causa, no surge impericia en la práctica quirúrgica llevada a cabo por el demandado.

Las críticas que en este punto realiza el recurrente son insuficientes, en tanto pretende que se tenga por acreditada la deficiencia a partir de la prueba informativa, brindada por el médico que la tratara con posterioridad, esto es, el Dr. ...

Y esto no puede ser admitido por varias razones:

a) En primer lugar, por cuanto nuestro código, no contempla expresamente la figura del testigo técnico, tercero que, en rigor, parecería reunir la calidad de testigo y de perito.

“Alsina enseña que "si el testigo, por razón de su profesión, tiene conocimientos especiales en la materia, sus observaciones constituyen para el juez elementos de juicio de singular importancia y sus deducciones técnicas deben ser tenidas en cuenta para la apreciación de los hechos".

Carnelutti, por su parte, señala la fungibilidad que existe "entre pericia y testimonio, ya que para conocer un hecho técnico el juez puede servirse de un testigo que lo ha deducido ya o bien de un perito para que lo deduzca... el testimonio es perfecto por la sola narración del hecho, y la indagación acerca de la fuente de ésta sirve tan sólo para su apreciación".

Ahora bien, en vista de la fungibilidad mentada y de la vigencia del principio general que contiene el art. 397 CPCCN. en cuanto no autoriza la sustitución de un medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos, se hace

necesario establecer cuáles son los caracteres que permiten separar el testimonio técnico de la prueba pericial.

En este orden de ideas, para Guasp el perito se distingue del testigo técnico por la forma en que uno y otro entran en contacto con el hecho y la deducción técnica que del mismo se extrae, el primero a raíz de un requerimiento judicial, el segundo libremente y sin connotaciones procesales.

Ésta es sustancialmente la posición de Calamandrei, quien distingue al testigo del perito, en cuanto a que "al testigo se lo llama a deponer acerca de circunstancias cuyo conocimiento histórico ha adquirido él ya, como particular, fuera del proceso, y no recibe del juez, como el consultor, el encargo de realizar en el proceso indagaciones técnicas en lugar de él".

Si bien es exacto que el testigo, a diferencia del perito, no es un auxiliar de la justicia ni está vinculado funcionalmente con ésta, entendemos que la distinción sustancial radica también, no ya en la persona o la función que desempeña, sino en el propio objeto de la prueba en uno y otro caso, toda vez que el hecho técnico ha sido deducido por el testigo con anterioridad al proceso o a su declaración, mientras que al perito se lo cita, antes bien, para que lo deduzca .

Las apreciaciones técnicas del testigo, en este contexto, parten de un conocimiento de los hechos que es inmediato, original o de primera mano; mientras que el del perito es mediato, derivado o de segunda mano, por lo que

sus conclusiones se estructuran a partir de una hipótesis que se desarrolla sobre la base de hechos que se asumen como sucedidos o se los tiene por tales.

El testigo técnico así aporta deducciones de esa naturaleza, extraídas en mérito a sus conocimientos especializados, respecto de hechos que él ha podido conocer en forma directa y personal.

Así, por ejemplo, el testigo médico que estuvo presente en la intervención quirúrgica que se discute en el proceso, cuya declaración podrá por ello contener juicios técnicos, vgr., relativos a si la misma se realizó de acuerdo con las reglas del arte y ciencia.

En cambio, ese testimonio no procedería si el médico no estuvo presente en la operación.

Llamar a declarar a ese "testigo" respecto de tales hechos o acordarle alguna eficacia a ese "testimonio", importaría la sorpresiva transformación o conversión de la prueba testimonial en pericial, "conversión" que no sólo se encuentra prohibida por el ordenamiento procesal civil nacional (art. 397, 457 y concs. CPCCN.; art. 2, decreto 1813/1992), sino que se produciría en pugna con los procedimientos y los resguardos previstos para la práctica de la prueba pericial, llamados a asegurar la igualdad y derecho de defensa en juicio de las partes….” (cfr. Kielmanovich, Jorge L. EL TESTIGO TÉCNICO, Publicado en: Informaciónlegal.com, Cita Online: 0003/011939).

b) Por otra parte, aún soslayando que la ley no contempla expresamente la figura del testigo técnico y que no se puede suplantar con éste a la prueba pericial, lo cierto es que el referido profesional no sólo no presenció las intervenciones cuestionadas, sino que siquiera fue traído como testigo, lo cual afecta aún más el derecho de defensa, por la imposibilidad de controlar la prueba y de repreguntar.

Es que, justamente, *"…Una garantía de credibilidad puede obtenerse en tanto se exija al testigo que dé la razón de sus dichos o sea que precise las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, la distancia desde la cual los observó, el motivo de su presencia en el sitio, el porqué de sus deducciones y hasta la forma en que fue solicitado para testimoniar.*

Estas explicaciones enriquecen o deterioran la credibilidad acerca del testigo y su relato y son un importante e ineludible auxiliar para el examen del valor del testimonio…" (cfr. EL VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO EN EL PROCESO CIVIL, Eisner, Isidoro, Publicado en: LA LEY 1994-E, 1185).

Insisto en que era la actora la que debía probar la culpa médica y que el medio para hacerlo era la prueba pericial.

Pretender suplantarla por el informe dado por su médico tratante no es procedente; no sólo porque esta sustitución se encuentra prohibida, sino porque al no haber comparecido a la causa, siquiera como testigo, la

imposibilidad de contralor y la ausencia de razón de sus dichos, afecta gravemente el derecho de defensa de la contraria.

Es que, en rigor, lo que la recurrente alega es la insuficiencia del valor probatorio de la pericia; sin embargo, frente a tal posicionamiento, debió haber efectuado ante esta Alzada algún planteamiento idóneo a los efectos de lograr su replanteo. Y nada ha hecho, lo que lleva al fracaso de su crítica recursiva.

Estas razones que determinan la insuficiencia de las críticas vertidas en esta instancia determinan que el recurso no pueda prosperar. Así lo propongo al acuerdo, con costas a cargo de la vencida (art. 68 del C.P.C.C).

6. Por último, en cuanto a la apelación arancelaria (hojas 469), debe tenerse en cuenta las etapas en la que intervino el letrado y el mérito y extensión de sus trabajos; no obstante lo cual, efectuados los cálculos pertinentes se advierte que no se ha considerado el doble carácter de su actuación, por lo cual, corresponde que los honorarios del Dr. ... sean elevados al 5.20%. **TAL MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada en hojas 448/458 en lo principal, modificándola solamente con respecto a los

honorarios del Dr. ..., por su intervención en doble carácter por Seguros Médicos SA, los que se elevan al 5.20%.

2.- Imponer las costas de esta instancia a la apelante vencida (art. 68 del C.P.C.C).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA