NEUQUEN, 9 de Noviembre del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ZEBALLOS JORGE ALBERTO C/ SAN MARTIN PABLO DANIEL Y OTRO S/ D. Y P. - MALA PRAXIS BENEFICIO 458682/11" (JNQCI1 EXP 458685/2011)** 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 al Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- El actor apela la sentencia de primera instancia que rechaza la demanda.

En primer lugar, plantea que el médico demandado intervino quirúrgicamente al actor el 29/04/10 por una hernia umbilical y que el 19/07/10 fue operado por el mismo motivo, resultando evidente el accionar negligente dado que no se pueden desconocer las implicancias de una doble cirugía.

Considera con ello probado que el médico demandado no se condujo con la mesura y diligencia debida.

En segundo lugar, destaca que los jueces no están vinculados por prueba alguna, que deben hacer una valoración crítica y que los peritos médicos no son tan decisivos, puesto que los peritos médicos expresan su opinión con base en la denominada causa médica y es el juez sentenciante el que debe apreciar los hechos teniendo en cuenta la causalidad jurídica.

Concluye que la sentencia atacada carece de debida fundamentación, en tanto el caso se resolvió con liviandad y ligereza.

Corrido el traslado de ley, la contraria solicita la confirmación del fallo, con costas.

2.- Luego de efectuar un profundo análisis de las posiciones asumidas por las partes en esta causa y de las

pruebas que se han reunido, concluyo que la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia debe ser confirmada.

Es que, 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).

Explicaré, entonces, las razones que me conducen a adoptar esta solución.

2.2. 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.

Así se ha indicado que para fundar una sentencia por responsabilidad civil de los médicos, se requiere la existencia de "l*a culpa del profesional 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), y su directa relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente… el estándar de diligencia exigible es la aplicación de la evidencia científica a la oportunidad terapéutica que cada paciente y las circunstancias que lo rodean, razonablemente permite, en*

un todo de acuerdo a lo estatuido por el art. 512 de nuestro Código Civil.

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 álea 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).

3.- Como surge de los antecedentes de la causa, al alegar responsabilidad médica, el actor cuestiona puntualmente el hecho de que no se le haya colocado una malla protésica en la primer intervención quirúrgica realizada con motivo de una hernia umbilical previamente diagnosticada, lo cual, a su entender, derivó en la necesidad de realizar una segunda operación para su colocación.

Ahora bien, contrariamente a lo afirmado por el actor en su recurso, no surge de los elementos de prueba, que el médico utilizara una técnica inadecuada en el acto quirúrgico.

De la pericia médica surge que "al examen físico se puede considerar según el tamaño de la hernia, factores de riesgo como obesidad, epoc, tabaquista, debilidad de la pared si es una hernia con indicaciones de colocación de malla, pero es diferente la evaluación intraoperatoria, si al cerrar el anillo de la hernia queda fijo y sin debilidad de la pared que haga sospechar que se puede volver a herniar, porque el paciente no tenía los factores de riesgo antes mencionados, no necesita colocar malla".

"La malla, si bien es resolutiva para grandes hernias, o hernias recidivantes, también hay complicaciones infecciosas o rechazos al material protésico".

Y a renglón seguido, la perito agrega: "...considero que el cirujano aplicó el concepto de evaluar la mínima intervención resolutiva porque a veces con la malla puede llevar a un mal mayor por el riesgo de complicaciones..." (hojas 270/275).

Es decir, según afirmó la perito, la técnica utilizada por el Dr. San Martín fue correcta, según las características de la hernia. Explicó que la hernia tiene indicación quirúrgica cerrando el anillo herniario o colocando malla protésica, esto último, si queda debilidad de la pared o en hernias gigantes o recidivantes. Y señala que, según el informe del Dr. San Martín, se trataba de una hernia umbilical de 3 meses de evolución, al examen físico saco irreductible con anillo de 15cm de diámetro, lo cual hace clasificarla como hernia pequeña (hoja 274).

En cuanto a la técnica llevada a cabo, fue contundente al afirmar que "la técnica que propuso Mayo en 1907 es la reconstrucción clásica; consiste en el cierre simple transversal del defecto y se obtienen buenos resultados. Es raro que se reproduzca una hernia umbilical, de ser así y si son de gran tamaño puede aplicarse una reconstrucción a base de malla de prótesis" (hoja 275).

Estas conclusiones de la pericia médica, no lograron ser puestas en crisis por el actor, tal como se señalara en el decisorio.

Y tampoco se ha alcanzado tal cometido en esta instancia, desde que el recurso no contiene una crítica

concreta y razonada de las partes del fallo que se estiman equivocadas.

Solo se evidencia una discrepancia genérica, pretendiendo atribuir responsabilidad médica por el hecho de que existieron dos operaciones por idéntica dolencia, mas sin considerar ni intentar rebatir, los argumentos del decisorio, sustentados, a su vez, en el informe técnico obrante en autos.

Es que, tal como afirma la magistrada, 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 parte 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.

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.

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).

4.- En resumidas cuentas, según la pericia médica, la práctica médica aplicada al actor era adecuada y, por lo tanto, su elección dentro de varias posibilidades que la ciencia médica acepta, no puede configurar conducta culposa,

pues según dicho informe, la técnica empleada era una alternativa válida para el paciente, teniendo en cuenta su estado clínico.

En esta dirección, “existe consenso general en que la culpa subjetiva que exige el caso no queda configurada por el simple hecho de elección de un tratamiento o práctica elegida de entre varias posibles de acuerdo a la ciencia médica (v.gr. “en el campo de la actividad médica rige el principio de discrecionalidad, que se manifiesta en la libertad del facultativo para adaptar los sistemas terapéuticos a las circunstancias que cada cuadro clínico exhiba” (CNCiv. Sala A, 25¬04¬00 “Chapar de Becerra, María c. Instituto Nac. De Servicios sociales para Jubilados y Pensionados”). En consecuencia, la elección de una u otra opción terapéutica, dentro de las posibilidades que la ciencia médica acepta, no puede configurar conducta culposa en el marco de una mala praxis” (SCMza, SALA I, “Quevedo, Carmen Beatriz c. Abagianos, Emilio y ots. s/ ordinario p/ rec. ext. de inconstitucionalidad, La Ley Online • AR/JUR/38286/201 7).

Y también: “Debe rechazarse la demanda de mala praxis incoada contra el médico cirujano y una empresa de medicina prepaga, ya sea en la técnica operatoria como en el método de inmovilización elegidos eran unos de los viables en ese momento, y la no obtención del resultado esperado no es causal suficiente para responsabilizarlo por cuanto su obligación es de medios, máxime cuando otros métodos de fijación no estaban exentos de potenciales efectos perjudiciales” (Cam Ap. Civil y Comercial de Morón, sala II, 09/03/2010, “Rubio, Osvaldo c. Medic Gem´S S.A. y otros”, LLBA 2010 (agosto), 821 • AR/JUR/9816/2010).

Como se advierte, las críticas efectuadas no logran contrarrestar el razonamiento de la magistrada, debiéndose una

vez más insistir en que “la parte debe seleccionar del discurso aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión. Efectuada la labor de comprensión, le cabe demostrar cual es el punto del desarrollo argumental que muestra un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica –dando las bases del distinto punto de vista- que lleva al desacierto ulterior concretado en el veredicto. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la decisión que recurre…” (CNCont. Adm. Sala 2°, 7-9-04).

Y, en este caso, el recurrente no ha cumplido con este recaudo y, además, la decisión se presenta sólida en punto al sustento probatorio, en el que se funda la decisión sobre los hechos.

Por ello, no surgiendo de la causa que haya mediado culpa médica, en tanto no se ha acreditado que la técnica aplicada fuera inadecuada para el cuadro que presentaba el Sr. Zeballos, o que haya mediado una impericia en la práctica de la cirugía, es claro que la demanda no puede prosperar.

No medió un obrar negligente, imprudente, imperito -en definitiva, culposo- en la práctica del acto quirúrgico, en sí.

Y, “Si no se acreditó que tanto la fractura como las complicaciones habidas en el paciente pudiera atribuirse a los médicos a título de culpa, no cabe atribuir responsabilidad al galeno tampoco si no surge de la pericia médica ni de prueba alguna, el incorrecto o negligente accionar médico. El éxito final de un tratamiento o de una operación no depende enteramente del profesional, sino a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia, u otras circunstancias imposibles de

controlar. Si se encontraba glosada la historia clínica y no estaba en discusión el acto quirúrgico en sí, sumado al riesgo que entraña el procedimiento utilizado, parece claro que el actor debió acreditar el error o negligencia del galeno y la incidencia de esa conducta en el daño que se alega", (CNCiv., Sala E, E584009, CALLA, Marcelo Salvador y otro c/ SPERANZA, Vito y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS, 22/11/11, Sumario N° 21591 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Por estas razones, propongo al Acuerdo, que se rechace el recurso de apelación, confirmándose la sentencia de grado en todo cuanto fuera motivo de agravio. Las costas de esta instancia, estarán a cargo de la parte recurrente vencida. **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.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en todo cuanto fuera motivo de agravio.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda 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