NEUQUEN, 31 de mayo del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"HERRERA MIRTHA DELIA C/ CALDENTEY LUIS DANIEL S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"**, (**JNQCI2 EXP** Nº **368195/2008**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Jorge **PASCUARELLI** en legal subrogancia (conf. Ac. 14/2017), con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra **ANDRADE** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:**

I.- Se dicta sentencia a fs. 424/430 rechazando la demanda interpuesta, decisión que es apelada por la actora expresando sus agravios a fs. 441/442.

Expresa que lo reprochado al profesional no fue la práctica quirúrgica llevada adelante sino su conducta posterior a la intervención, lo cual entiende revestía una importancia de igual magnitud que la propia intervención.

Puntualiza de esa manera que lo reprochado es la negligencia de la conducta post-operatoria.

Se agravia pues entiende que medió una incorrecta valoración de la pericia médica y que por otra parte se aplicó de manera extraordinariamente amplia y difusa el concepto de fuerza mayor pues se sostuvo que la internación del profesional por síndrome meníngeo fue encuadrado en el mencionado criterio, sin haber realizado mayor aporte a esa aseveración dando una resolución simple al tema.

Expresa que una vez que fue dada de alta el día 8 de marzo de 2006 se le prescribió control médico, el cual nunca pudo ser realizado pues se presentó a efectuar las curaciones correspondientes y nunca fue atendida ni derivada a otro profesional sino luego de insistir de manera reiterada y para ese momento, la atención resultó tardía.

Señala que nunca se le informaron los problemas que supuestamente padecía el Dr. Caldentey y que si bien surge

que fue internado el día 12 de marzo, las curaciones debieron realizarse entre el 10 y el 11 de marzo.

Destaca que debe advertirse que la historia clínica quedó en blanco luego del alta, sin constatarse ninguna derivación, habiendo quedado su parte abandonada con una atención deficiente que concluyó en la infección y los daños posteriores.

Afirma que la falta de atención acredita el nexo de causalidad, pues el propio demandado podría haber dado instrucciones de derivación en el tiempo oportuno, lo cual no realizó y ante la gravedad que adquirió el cuadro toma intervención el Dr. Perez Taján, quien le informó que trabajaba de manera coordinada con el demandado derivándose pacientes, pero que en su caso ello fue entre 8 y 10 días después del post operatorio.

Manifiesta que el tiempo que transcurrió es fundamental cuando se trata de operaciones con injertos pues el seguimiento médico es fundamental para captar infecciones y administrar antibióticos pues de lo contrario surgen las complicaciones que dieron origen al presente reclamo.

Expresa que la pericia médica aún cuando se pudo realizar recién 10 años después de la intervención, debido a las excusaciones de diversos profesionales, destaca la importancia del tratamiento postquirúrgico.

En esa senda expresa que la pericia señala como patología la que su parte indicó en la demanda, al igual que la intervención a la que manifestó haberse sometido, como así también la infección posterior que padeciera.

Destaca que aunque el perito no determina concretamente la causa el reagravamiento, al serle preguntado los motivos por los cuales una infección en el oído puede transformarse en crónica y si la demora en recibir antibióticos agrava el pronóstico, el experto manifestó que el tratamiento inadecuado o insuficiente o la intolerancia a

antibióticos pueden generar una infección en el oído, concluyendo que cualquier infección agrava el pronóstico.

Expresa que a partir de esa certeza, es posible concluir que la infección que padeció su parte se debió a un tratamiento inadecuado insuficiente o a la intolerancia al tratamiento con antibióticos.

Expone que si algo ha quedado demostrado claramente es que la tardanza conllevó negligencia y fue ese el tratamiento inadecuado que derivó en la infección ya que al no haber mediado tratamiento en el tiempo oportuno no se puede concluir que la causante haya sido la intolerancia al tratamiento.

Alega que la fuerza mayor debe descartarse pues si existe una estructura médica, esto es, médicos trabajando coordinadamente y sin necesidad que hubiera sido Caldentey quien prescribiera los antibióticos se podría haber alcanzado un tratamiento adecuado, lo cual no se dio en los hechos y habilita el reclamo de la reparación de las consecuencias, derivadas de la falta de proceder adecuado.

Expresa como segundo agravio el tratamiento del factor de atribución subjetiva, pues sostiene que de haberse desempeñado una conducta diligente, derivando a la paciente a tiempo o prescribiendo el tratamiento de antibióticos la infección no se hubiera desarrollado y en caso de haber ocurrido por rechazo a los antibióticos, causal que a su juicio debe rechazarse, no le hubiera sido imputable.

Subraya que el análisis de la prueba llevará a concluir que la demora en el tratamiento de la infección fue la causa adecuada de los daños invocados en la demanda y que la omisión del control post-quirúrgico es el actuar negligente que reclama su parte y que puede ser advertido al comparar con las posteriores intervenciones médicas que realizan los profesionales del Hospital Cosme Argerich donde al acompañar

la historia clínica se hace referencia a la praxis médica previa y a la post intervención.

Solicita se revoque la sentencia y se haga lugar a la acción.

II.- Ingresando al tratamiento de los agravios, la sentencia en crisis rechaza la acción en el entendimiento de que no se ha logrado acreditar que la patología de la accionante tuviera origen o agravamiento en la actividad profesional del demandado.

Al agraviarse, la actora pone en crisis esa afirmación a partir de sostener que, para concluir de ese modo, la sentencia no tuvo en cuenta ni la pericia médica, ni las dificultades que presenta para la actora la posibilidad de producir prueba.

Destaca que lo que se reprochara al demandado no es la conducta desplegada durante la intervención quirúrgica sino la conducta posterior a aquella, circunstancia que a su juicio fue erróneamente evaluada en la sentencia, pues se tuvo en cuenta como caso configurativo de fuerza mayor la internación del Dr. Caldentey a raíz de un cuadro de meningitis.

Analizadas las actuaciones, entiendo que existe un motivo anterior a la fuerza mayor que señala la actora, pues de la lectura de la pericia médica no es posible concluir del modo que lo hace la accionante.

Así, la Sra. Herrera afirma que la pericia médica sustenta sus conclusiones pues, según entiende, la infección que padeció su parte encuentra su origen en el tratamiento inadecuado o insuficiente o en la intolerancia a los antibióticos.

Para concluir en ello la recurrente expresa: *"… si bien es cierto que el perito no determina concretamente la causa del reagravamiento, no es menos cierto que a la respuesta del punto de pericia 3) y 5) donde se le solicita*

explique los motivos por los cuales una infección en el oído puede transformarse en crónica y explique si la demora en la realización de tratamientos antibióticos agrava el pronóstico de las infecciones de oído, responde al punto 3): un tratamiento inadecuado o insuficiente puede generar una infección en el oído y luego afirma que: "La demora en tratar cualquier infección agrava el pronóstico".

Sin embargo, es preciso efectuar una lectura integral de la pieza probatoria pues lo que sostiene el experto es que la actora padece una infección bilateral de oídos en forma crónica desde los 13 años, conclusión que se fortalece con la lectura de la historia clínica de la accionante.

Luego y ante la pregunta *"3) para que el especialista explique los motivos por los cuales una infección en el oído puede transformarse en crónica"* es que el especialista responde: *"Tratamientos inadecuados o insuficientes o predisposición o intolerancia a los antibióticos"*, pudiendo advertirse aquí que la respuesta del perito es en términos generales y no enfocada puntualmente al momento posterior a la intervención.

Adviértase así que de lo transcripto no es posible concluir tal como lo hace la actora que: *"claramente si algo quedó demostrado es la tardanza que conllevó la negligencia en la atención médica, es justamente el tratamiento inadecuado o insuficiente que derivó en la infección, ya que no se puede colegir que haya sido la intolerancia al tratamiento, porque claramente no lo hubo en el tiempo adecuado"*.

De los antecedentes médicos se puede concluir que la infección que padeció la actora se debió a la predisposición que la misma portaba en relación a la patología que venía padeciendo desde hace muchos años y frente a la cual la intervención resultó una de las posibilidades, tal como

expresa el experto al contestar uno de los puntos de pericia de la parte demandada.

Por otra parte, las respuestas del perito a la pregunta 11 de la actora: *"Para que el perito informe si las lesiones que presenta la actora pueden deberse a las patologías descriptas anteriormente"* el experto afirma: *"La incapacidad auditiva se debe a las otitis crónicas con otorrea sufridas durante 43 años"* y luego a la pregunta 14: *"Para que diga si los daños que padece la actora son a causa del tratamiento y la intervención quirúrgica realizada"* señala el Dr. García: *"De ninguna manera, los daños se deben a la cronicidad de sus patologías".*

En ese sentido, entiendo que más allá de la circunstancia concreta de fuerza mayor que efectivamente afectó al Dr. Caldentey a pocos días de transcurrida la intervención, tampoco surge acreditado que los daños que padece la actora en su capacidad auditiva pudieran imputarse a una negligencia en el tratamiento post-operatorio.

Por ello, propiciaré al acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora, y confirmar la sentencia de grado, con costas en la Alzada a la recurrente en su calidad de vencido.

La Dra. Patricia CLERICI, dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 424/430, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 C.P.C.C.).

III.- Regular los honorarios de la letrada interviniente en esta Alzada, Dra. ..., en el 30% de lo

establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JORGE PASCUARELLI

Dra. SANDRA ANDRADE - Secretaria