Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Autos: "**A., N. C. c/ D. S. y otro s/ Daños y Perjuicios**" (Expte. N° 21.190-A-2007).----------

Rawson, 01 de Septiembre de 2.008.-

------ **VISTO:**----------

------ Estos autos caratulados: "**A., N. C. c/ D. S. y otro s/ Daños y Perjuicios**" (Expte. N° 21.190-A-2007).----------

------ **DE LOS QUE RESULTA**:----------

------ Vienen estos autos a consideración del Tribunal en virtud de la casación por arbitrariedad del actor obrante a fs. 1050/1063 vta., en contra de la definitiva de fs. 1004/1039 vta., dictada por la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, por la cual se confirmó, parcialmente, la sentencia de Primera Instancia, elevando el monto de condena y apartando de la condena al C. O. y C. S.R.L..----------

------ 1.- El casacionista relata los hechos relevantes de la causa y sostiene que el fallo se funda en la sola voluntad de los jueces al liberar de responsabilidad al ente asistencial co-demandado, imponiéndole las costas, prescindiendo de la prueba incorporada y sin apego a los hechos comprobados, por lo que por exceso ritual, oculta la verdad jurídica objetiva, conculcando derechos y garantías amparados por la Constitucional Nacional (integridad física, propiedad, debido proceso).----------

------ Asevera, que se modificaron diametralmente los fundamentos del fallo de Primera Instancia el que condenaba al ente asistencial porque éste no fue ajeno a la actividad profesional desarrollada en su ámbito, en un quirófano de su propiedad, en donde intervino un profesional que no le era extraño pues formaba parte de su plantilla de personal cuando lo operó. Opina que lo resuelto por el Juez de origen es indiscutible, pues se comprobó que entre el Dr. D. S. y el C. O. y C. S.R.L., no existió una relación de la naturaleza que expusiera este último al contestar demanda. Asevera que el fallo de la Cámara, estuvo a los dichos de la clínica, consistentes en que el médico se limitó a arrendar las instalaciones del ente asistencial co-demandado para intervenir quirúrgicamente al actor. Refiere que ello no fue así, sino que tal como surge de la confesional del profesional interviniente (posición n° 17 fs. 430 vta.) el mismo formaba parte del staff médico al momento de la intervención quirúrgica; lo que surge incluso de la pericial contable obrante a fs. 763/766, no impugnada por las partes, de la que se desprende, en su opinión, que los servicios médicos de S. fueron facturados por el C. O. y C. S.R.L. a la Obra Social.----------

------ Expone, que lo argumentado en la sentencia en cuanto a que antes y después de la intervención hubiese concurrido al consultorio del Dr. S. y que las declaraciones testimoniales de sus colegas oftalmólogos (Dres. Rolleri, fs. 476; Ontivero, fs. 478; Arcioni, fs. 821 y Capurro, fs. 823) que refieren que los galenos no sustentaban relación de dependencia alguna con la clínica ya que alquilaban la aparatología propiedad de la misma para operar con lo cual esta no resulta responsable de los daños sufridos por el

paciente, es superficial, no es idóneo y poco hace para determinar la naturaleza de las relaciones que vinculaban a las partes.----------

---

------ Sostiene, que las declaraciones testimoniales no tienen mayor entidad frente a la prueba que demuestra la facturación del Centro a la Obra Social en el mes de la intervención y la inexistencia de facturas por el alquiler del quirófano a S.. Circunstancias que, a su juicio, se abordaron superficial y genéricamente, más cuando se comprobó que también concurrió al C. O. y C. S.R.L. donde lo operaron luego de la intervención y a raíz de las complicaciones fue asistido personalmente por el representante legal del centro, Dr. H. C. T., cuando el Dr. S. se encontraba en la Ciudad de Buenos Aires, tal como detalla, que surge de la confesional del Dr. T. y de la testimonial de F. M..----------

------ Argumenta, que se invocó jurisprudencia y doctrina no aplicable al caso desde que la misma contempla al profesional no miembro del staff médico, que alquila la aparatología e interviene con auxiliares que abona el mismo profesional, el que además percibe honorarios del paciente, todo lo que, entiende, no corresponde a la realidad probada en autos.----------

------ Insiste en señalar que se dejó de lado la valoración probatoria efectuada por el Juez de Primera Instancia resaltando la apreciación que el mismo hiciera de la pericial contable y lo que argumentara en cuanto a la responsabilidad de la clínica. Transcribe los argumentos del Juez de origen.----------

------ Afirma que debe distinguirse lo que es la independencia tecno-científica del profesional y la dependencia funcional. El médico, sin duda, tiene siempre la primera, nadie le dice en un nosocomio o centro asistencial como tiene que operar, no así la segunda, desde que forma parte de la organización para la que presta servicios como miembro del staff profesional.----------

------ Está en desacuerdo con que se sostuviese que no probó que el instrumental utilizado o que las instalaciones no se encontraban en condiciones aptas para la operación, es decir, que no demostró el origen de la infección o del daño como factor determinante y requisito fundamental para la atribución de responsabilidad civil a la clínica por cuanto, mas allá de la naturaleza de las relaciones contractuales entabladas entre las partes, exigir que se acredite el origen de una infección post-quirúrgica, es decir dónde se encontraban los gérmenes que infectaron al paciente, es prácticamente imposible. Arguye que en este sentido el perito médico, sostuvo a fs. 613 vta. pto. 13, que los factores pueden ser múltiples, desde bacterianos hasta micóticos y virales.----------

------ Razona que se le exige la producción de una prueba diabólica al requerir certeza en la acreditación de tal extremo -incluso hasta para la ciencia médica- debiéndose conformar como en todos los juicios por mala praxis médica, con arribar a un juicio de probabilidad sobre la causa del daño. Además indica que era precisamente el Centro Médico, el que se encontraba en mejores condiciones de probar que su quirófano, comprendiendo todo el

instrumental quirúrgico y toda la aparatología utilizada, se encontraba en perfectas condiciones de asepsia, higiene y seguridad al momento de la intervención, por el principio de la carga dinámica de la prueba de tanta utilidad en este tipo de juicios, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo. Acota que la clínica podría haber acompañado los controles de laboratorio obligatorios efectuados en el quirófano de haberlos efectuado.----------

------ Considera que es un desacierto decir, en cuanto a la responsabilidad del Dr. S., que no se probó negligencia en el acto operatorio y que el infortunio se produjo como consecuencia de un deficiente seguimiento postoperatorio del paciente, y que con ello se revela que no se comprendieron los hechos ni las pruebas documentales, testimoniales, y fundamentalmente la pericia médica de fs. 611/614 y las explicaciones de fs. 667/668. Ello por cuanto en las cirugías de cataratas es fundamental para evitar la endoftalmitis post-quirúrgica (infección), la etapa de prevención previa a la cirugía mediante la adecuada cobertura antibiótica anterior y la realización de una exploración preoperatoria. Y durante la intervención quirúrgica asegurar el correcto sellado de la herida operatoria es vital para evitar el ingreso de los gérmenes, pues una vez desencadenada la infección es muy complicado detenerla.----------

------ Transcribe conclusiones del perito médico y concluye que resulta claro que fue básicamente en la etapa previa a la

intervención quirúrgica, donde el profesional debió empeñarse en evitar una infección post-quirúrgica, por lo que opina que se efectuaron consideraciones sobre la ausencia de la historia clínica, consecuencias de ello para el demandado, y a darle una connotación jurídica a expresiones que, a su juicio, son muy generales y que se abordaron superficialmente, en lugar de intentar acercarse realmente a las conductas y las causas probables de los daños que padece.----------

------ Extracta conclusiones de los argumentos de la segunda Magistrada votante que califica de temerarias y dice que si bien es cierto que la actuación de S., posterior a la intervención dejó mucho que desear, el problema es anterior a la cirugía y durante ésta, al no efectuarse ninguna actividad preventiva (antibiótico terapia previa a la intervención como aseveró el perito médico en su dictamen) para evitar la posibilidad de una infección, y durante la cirugía, pues el profesional no aseguró el cierre hermético de la herida operatoria (por medio de la aplicación de un punto de sutura), tal como precisó la sentencia de Primera Instancia en función de las pruebas que se individualizaron acabadamente; conducta negligente que permitió el ingreso de los gérmenes (Ver. fs. 667 pto. 7) “Aparentemente la infección ingresó por la herida quirúrgica”, dijo el Perito Médico).----------

------ También expone las razones por las que está en desacuerdo que se afirmase en la sentencia que se lo medicó con anterioridad a la operación.----------

------ Plantea reserva del caso federal.----------

------ **CONSIDERANDO**----------

------ Conforme el art. 292 del C.P.C.C., se examinará si la casación ha sido bien concedida de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 286, 288 inc. "e" y 289 del mismo código, a los que aquél reenvía.---------

------ 1.- Para responsabilizar al Dr. D. S. se sostuvo que no llevó el seguimiento adecuado en el post-operatorio, para ello se tuvo en consideración sus declaraciones al absolver posiciones, la de los testigos –O., A., C.-. También se argumentó que en autos no existía una historia clínica propiamente dicha sino fichas de consultorio en las que no constaban las anotaciones requeridas y día por día las indicaciones que dijo el facultativo haber dado, se aclaró que solo se referían a los días posteriores a la operación, pues más allá de las deficiencias en la ficha en los días previos a la operación y el mismo día ya que sólo se anota técnica utilizada, incisión y medicación, sin establecer los pasos seguidos en la intervención, ni el tamaño de la lente, para poder presumir a partir de allí, si era factible o no la sutura, no se discute en autos la impericia o negligencia en la operación, más cuando no se probó y el informe del perito, si bien se realizó sobre datos que surgen de la ficha, refiere que la salud del actor se complicó en el post-operatorio. Se precisó que no existía elemento alguno que señale la relación de causalidad entre la conducta del médico en la operación y la infección posterior, remarcando que de la pericial médica se desprende que en el post-operatorio inmediato el demandante evolucionó con algunas

complicaciones pero en general en forma favorable, hasta el día 27 en que se manifiesta un proceso infeccioso de gran magnitud. En concreto, luego de abordar la eximición argumentada por el médico -fundada en la conducta del actor-, se dijo que fue la negligencia médica en el control postoperatorio la causa del proceso infeccioso que culminó con la pérdida del ojo.----------

------ 2.- Para liberar de responsabilidad al C. O. y C. S.R.L. también se valoraron la confesional del Dr. D. S., las testimoniales de los oftalmólogos y se aclaró que la posición del médico citado era contraria a la del centro médico. Se indicó que no probó el actor que la infección haya sido provocada por el instrumental utilizado o que las instalaciones no se encontrasen en condiciones aptas para la operación. Se volvió a afirmar que el infortunio había sido consecuencia de un deficiente seguimiento post-operatorio. Siguiendo a la doctrina que se cita se dijo que en caso de desdoblamiento del contrato sanatorial debe determinarse el origen del perjuicio. Si éste tiene su origen en el acto puro médico, no cabe duda de que el profesional deberá responder, más el establecimiento asistencial quedará eximido de responsabilidad. Se fundó la eximición haciendo mención a las oportunidades en las cuales los sanatorios actúan como sanatorios abiertos.----------

------ 3.- Los agravios del casacionista remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba, materia -como regla y por su naturaleza- ajena al recurso extraordinario local, salvo la demostración de arbitrariedad, la que en este caso no se acreditó ya

que no se observa que en el fallo exista un apartamiento de las conclusiones del perito médico, las que se relacionaron con las pruebas confesional y testimonial, valorando incluso la ficha médica aportada por el médico, demostrando un análisis integral y armonizado del material probatorio, contando el fallo con una adecuada fundamentación.----------

------ Para demostrar el desacierto de la valoración probatoria, aduce el recurrente, que la de la pericia médica es incorrecta. Para ello transcribe el recurrente algunos de los párrafos del dictamen. Ya hemos dicho, en oportunidades anteriores, entre otras en S.I. N° 126/S.R.E./06 que la apreciación de la prueba pericial constituye una típica cuestión de hecho, ajena en principio a la casación. Es decir, que no puede cuestionarse por esta vía recursiva salvo absurdo evidente entre las conclusiones del peritaje y la valoración por el juzgador (Conf.: SCBA, Ac. y Sent., 1974, v. I, p. 295; 1976, v. I, p. 232; 1978, v. III, p. 197; 1985, v. I, p. 394, 418; 1985, v. II, p. 22, 382 y 779; DJBA, v. 116, p. 168; v. 121, p. 311; v. 127, p. 137; v. 129, p. 450 y 926, "Código Procesal...", T. III, Morello-Sosa-Berizonce, 1988, pág. 732) y ello no se demuestra en la especie, observándose en cambio una mera discrepancia con el juzgador en punto a la apreciación de la prueba pericial lo que no basta para fundamentar el recurso (Conf.: SCBA, Ac. y Sent., 1976, v. I, p. 242; DJBA, v. 122, p. 320, "Código Procesal...", T. III, Morello-Sosa-Berizonce, 1988, pág. 732). Es que la queja vinculada con la prueba pericial es inatendible si a la interpretación formulada por los jueces de mérito el recurrente se limita a oponer la suya, pero no patentiza la autocontradicción de los Camaristas

(Conf.: S.T.J.CH., S.I. N° 126/S.R.E./06), la que, como se adelantó, se relacionó con otras constancias probatorias de la causa.----------

------ 4.- Expone el casacionista que no puede exigírsele probar que el instrumental utilizado o que las instalaciones no se encontraban en condiciones aptas para la operación, es decir que no demostró el origen de la infección o del daño como factor determinante y requisito fundamental para la atribución de responsabilidad civil a la clínica por cuanto, mas allá de la naturaleza de las relaciones contractuales entabladas entre las partes, exigir que se acredite el origen de una infección post-quirúrgica, es decir dónde se encontraban los gérmenes que infectaron al paciente, es prácticamente imposible.----------

------ 4.1.- No se advierte en el fallo arbitrariedad alguna al exigir que el actor probase el origen de la infección y la relación del médico con el centro asistencial. Ello es así porque ya con anterioridad este Superior Tribunal de Justicia en cuanto al tema de la carga probatoria en juicios por mala praxis ha dicho en S.D. N° 17/S.R.E./99 que: *"...aún a la luz de los principios rectores tradicionales en materia de carga probatoria y que informan que, en las obligaciones de medio o diligencia, aquellas en que el deudor sólo se compromete a desplegar una conducta cuidadosa, tal como la que se configura respecto del médico, su culpa no se presume y es el acreedor (paciente) quien debe probar que el médico no tomó las diligencias debidas quedando a cargo del deudor acreditar los hechos impeditivos, modificativos o extintivos (conf. "Carga de la prueba, conceptos, clásicos y actuales", Jorge W. Peyrano en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 13, Ed.*

Rubinzal Culzoni). Como regla general los médicos asumen obligaciones de medios, en éstas la responsabilidad que surge de su incumplimiento es subjetiva pues debe quedar evidenciada la culpa del solvens. Lo relativo a quien debe probar la culpa del deudor en las obligaciones de medios, es un problema relacionado con la teoría de la carga probatoria. Señala al respecto Atilio Alterini que en la actualidad el Derecho de fondo se ocupa no sólo de los conceptos, sino también de los hechos y de su prueba, aspecto este último esencial para llegar a la protección judicial de los derechos. "Es que una vez que la cuestión es llevada a litigio, la alternativa es probar o sucumbir, por lo cual la teoría del "onus probandi" constituye uno de los problemas vitales en cuanto versa sobre las consecuencias de la falta de prueba.". El problema nos enfrenta a la disyuntiva de quien tiene la carga de probar el factor de atribución en la responsabilidad médica, si el paciente debe probar la culpa del galeno o si éste es quien debe probar que actuó diligentemente y la respuesta a ese interrogante es que ambas partes deben brindar o desplegar en uno u otro sentido su esfuerzo probatorio para que en definitiva el juez decida si hay culpa, no culpa o caso fortuito (Conf. Roberto Vazquez Ferreyra, "Prueba de la culpa médica", Ed. Hammurabi, año 1991, pag. 63 y sgtes.). "Siendo el deber de prudencia (o de medios), -como acontece ordinariamente en la actividad medical-, el paciente deberá probar la culpa del facultativo, pues en ella, precisamente, consiste el incumplimiento (no observar la conducta prudente, diligente, apropiada, tergiversando el plan de prestación que es objeto del deber); en la puja procesal o tentativa de prevalecer procesalmente, el médico demandado podrá anticiparse demostrando la "no culpa" (falta o ausencia de culpa), o bien, si lo prefiere, la causa ajena (novus actus superveniens)...."(C.N.Civ., Sala D, 28-10-82, Mackinson, Jorge c/Wilk, Alfredo, J.A. 1983-II-676; LL. 1983-B-554). "La responsabilidad médica objetiva deriva de la

circunstancia de haber asumido el profesional médico una obligación de medio, es decir del incumplimiento con la utilización de los medios de diagnóstico y tratamiento habituales y adecuados a la enfermedad del paciente. Esta circunstancia conduce a diferencias en el régimen probatorio, cuya carga recae en el accionante. Ello sin embargo no significa que la demandada no deba realizar una conducta procesal activa de colaboración, porque es de su interés la reconstrucción histórica del hecho y destructiva en cuanto a la ligazón -causalidad- de ese hecho con el daño" (C. Civ. 1a, San Isidro, RSD-326-98, 14-7-98).".----------

------ De lo transcripto se desprende que no puede tenerse por arbitrario lo decidido en el fallo cuando exigió al actor la prueba de que la infección hubiese sido consecuencia de la actuación del sanatorio.----------

------ 4.2.- Ocurriendo lo propio con la relación que se pretende existió entre el médico condenado y el centro asistencial porque con fundadas razones, fruto del análisis de las pruebas incorporadas, se explicó que la misma no había existido en el caso. De la prueba que el actor dice omitida no se extrae la conclusión que éste pretende. Por otra parte debe reiterarse que los jueces de grado son soberanos en la selección del material probatorio. Se observa que para descartar la pertenencia del médico al staff del sanatorio se valoró la prueba testimonial y la concurrencia del actor al consultorio del médico condenado.----------

------ Es que, es facultad privativa de la Cámara apreciar la prueba de testigos y el mérito de su habilidad, no siendo posible a este

Cuerpo sustituir a aquel Tribunal si no se demuestra la infracción o errónea aplicación legal, o el vicio que lastre la conclusión de contradicción porque excediendo los límites de lo discutible, objetable, equívoco o poco convincente, la muestre como intolerable por imposible. Ello es así incluso cuando la Alzada con competencia funcional sobre los hechos y el derecho, reexamina los dichos de los testigos e impone una interpretación distinta a la que efectúe el juez de grado (Conf.: S.T.J.CH. en S.I. N° 126/S.R.E./06, donde se citara a la SCBA, Ac. y Sent., 1971, v. II, p. 572; 1976, v. II, p. 141, "Código Procesal...", T. III, Morello-Sosa-Berizonce, 1988, pág. 733). En el caso no demuestra el recurrente ningún desvío en la valoración de la testimonial ni en el resto de la prueba valorada por la Alzada.----------

------ 5.- Por lo expuesto, es que este Cuerpo debe reiterar en la especie, lo que afirmara ya en anteriores pronunciamientos, para el caso, lo decidido en S.I. Nº 52/S.R.E./99; 126/S.R.E./06 y en la S.D. N° 19/S.R.E./05, causa "L., O. H. c/ M., O. y Otra s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 19.881-L-2.004) en el sentido de que: "*Una primer exploración de los agravios del recurrente y las constancias de autos permitiría afirmar que las cuestiones traídas al discernimiento de este Superior Tribunal de Justicia, tales como la responsabilidad derivada de la atención por parte del médico tratante, la existencia de relación causal entre el daño producido, la determinación del grado de incapacidad y el interés que acompañará al capital de condena, son de naturaleza notoriamente ajenas a la función de la casación por tratarse de cuestiones de hecho y prueba reservadas a los jueces de grado, evidenciándose una discrepancia del recurrente con la valoración y selección de la prueba hecha por los Juzgadores*

de Grado y la solución dada al caso, lo cual resulta inadmisible en esta instancia extraordinaria. Ello en consonancia con los criterios de este Tribunal quien en mas de una ocasión sostuvo que: "La valoración de la prueba es potestad exclusiva del Tribunal de Juicio escapando por lo tanto al contralor jurídico de la casación" (S.T.J. Exptes. N° 12.425/89; 12.790/90, 14.972/94, entre otros); que *"las cuestiones planteadas que se vinculan a la valoración de las pruebas incorporadas regularmente al proceso no tienen entidad suficiente para abrir la instancia extraordinaria" (S.T.J. Expte. Nº 14.559/93),* que *"Las discrepancias de los recurrentes con el criterio de solución y ponderación de las pruebas agregadas a la causa, no sustenta la tacha de arbitrariedad..." (Exptes. Nº 11.484, 11.412 y 13732, entre otros).* Y que *"es potestad privativa del juzgador elegir y seleccionar las pruebas que estime relevantes y decidirse con preferencias por unas que por otras" (S.C.B.A. Julio 20-971 - Rep. La Ley 1407, sum. 106 y STJ. Expte. Nº 12.723/90).*----------

------ 6.- Esta Sala en más de una oportunidad ha señalado: "La procedencia de la tacha de arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación" (S.I. N° 72/89, 58, 96, 176, 223/92) "...es de carácter estrictamente excepcional y no autoriza la sustitución del criterio de los jueces de la causa en la interpretación de las normas y preceptos comunes, ni en la apreciación y valoración de los hechos y pruebas del proceso...", "aún cuando se pudiera extraer otra conclusión con fundamento igualmente razonable, no es ello suficiente para impugnar de arbitraria una sentencia, cuando la misma cuenta con fundamentos bastantes que obstan a su descalificación como acto jurisdiccional..." (S.I. N° 124,

200, 211/91; 137/93; 49/S.R.E./97; 85/S.R.E./98 y 45/S.R.E./06; ídem: en S.D. N° 17/94 y 9/S.R.E./06).----------

------ Por ello, la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia:----------

---------- **R E S U E L V E** ----------

------ 1°) **DECLARAR** mal concedido el Recurso de Casación de fs. 1050/1063 vta..----------

------ 2º) **REGÍSTRESE,** notifíquese y devuélvase.----------

Fdo. Dres. José Luis Pasutti – Fernando S.L. Royer – Daniel Luis Caneo.-

Recibida en Secretaria el 04 de Setiembre del año 2008.-

Registrada bajo el N° 62 S.R.E. Conste.-

Fdo. Dra. Carmen Velez - Secretaria