--- En la ciudad de Trelew, a los 18 días de febrero del año dos mil nueve se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Carlos Alberto Velázquez y Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., V. c/ S., J. y otros s/ Daños y Perjuicios”** (Expte. Nº 22.947 - año: 2008) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?, y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 475.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Sr. Juez Dr. Ferrari dijo: ----------

--- I. La actora, en representación de su hijo menor F. M., entabló demanda por daños y perjuicios contra el médico J. M. S., el Sanatorio S. M., la A. D. O. S. (ADOS) y el Sistema Provincial de Salud (SIPROSALUD) por la suma de $ 35.000.- o lo que en más o en mes resulte de la prueba a producir en el proceso, con más sus intereses y costas. Fundó su pretensión alegando un error inexcusable de diagnóstico e inadecuado tratamiento médico de los que fuera víctima su hijo con motivo de haberse pinchado con una espina en su pie derecho el día 22 de enero de 1995. En su demanda relató los hechos, refiriendo las sucesivas atenciones y tratamientos médicos recibidos por el menor hasta que, finalmente, el 22 de mayo de 1995 se le practicó una intervención y le fue extraída la punta de la espina que estaba clavada en el hueso, un ganglión y restos de espina esparcidos en el tobillo. Narró los padecimientos físicos sufridos por el menor, padecimientos físicos, frustración y angustia provocados a raíz de todo ello, la imposibilidad de jugar al fútbol y de iniciar el ciclo escolar, solicitando la reparación del daño moral y material causados.---------- II. Al contestar la demanda, las representaciones de ADOS, del SIPROSALUD y de la Provincia del Chubut niegan toda responsabilidad respecto de los hechos alegados. El codemandado S., por su parte, reconoce haber atendido al menor el 31/01/1995, manifiesta que volvió a verlo los días 8 de febrero y 28 de 1996, refiere las prácticas médicas efectuadas por él en cada oportunidad, afirma que su atención fue diligente e idónea, niega error en el

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

diagnóstico, indica que el llamado “diagnóstico referencial” –que se va formando y completando de a poco– se vio interrumpido por el abandono de la madre a la consulta del demandado y niega asimismo haber diagnosticado un esguince de peroné. En base a todo ello solicita el rechazo de la demanda, con costas.---------- III. Sustanciado el proceso, a fs. 441/447 obra el dictado de la sentencia definitiva de primera instancia que, en síntesis: 1) señala que en principio pesa sobre el pretendiente probar la responsabilidad atribuida a una práctica médica errónea, debiendo acreditar la concurrencia del daño, la culpa del galeno y el nexo de causalidad entre ambos. 2) Remarca la importancia a este efecto del peritaje médico legal y de la historia clínica, calificándolos como elementos valiosísimos para el esclarecimiento de este aspecto, dado que los jueces y abogados carecen de formación en la ciencia médica. 3) Evalúa a continuación el informe pericial agregado a fs. 366/367 y su aclaración de fs. 402/403, el que, en suma, da cuenta de que el tratamiento aplicado al menor por el Dr. S. resultó adecuado para la situación que se le planteaba. Considera la sentenciante que las manifestaciones del perito médico llevan a concluir que tanto el tratamiento dado por el citado profesional como por los médicos tratantes del Hospital de Madryn se adecuaron al momento en que fue examinado el menor y a la evolución que experimentaba, como así también a la inexistencia de un diagnóstico definitivo, hallando dichas prácticas ajustadas a las reglas del arte de curar, de acuerdo a las características del caso. 4) Concluye asimismo que tampoco cabe achacar responsabilidad alguna a la Obra Social ADOST, a la Clínica S. M. ni a la Provincia del Chubut, en tanto no existió incumplimiento de la obligación de garantía, ya que ella es accesoria y está subordinada a la culpa personal del médico actuante, la cual no ha sido demostrada en la especie. 5) Agrega por último que, atento a la pericia médica, tampoco existe un daño que pueda imputarse a los demandados, por lo que están ausentes los presupuestos básicos para configurar una responsabilidad que imponga un deber de resarcir, disponiendo por tanto el rechazo de la demanda entablada, con costas al actor.---------- IV. La representación letrada de la parte vencida apela el fallo sosteniendo su recurso a tenor de la pieza glosada a fs. 467/472 vta., que contiene, en

resumidas cuentas, los siguientes motivos de agravio: 1) el menor tenía poco más de seis años de edad cuando jugando en cercanías de su casa se pinchó con una espina, presuntamente con un espinillo. Su madre consoló su llanto y lavó su herida. Al día siguiente, como el pie se le había hinchado, llevó a su hijo a consulta médica, iniciando así una larga y casi increíble sucesión de visitas médicas, internaciones, radiografías, tratamientos, yesos y operaciones. Durante ese proceso el niño conoció a no menos de veintidós personajes, entre médicos, residentes, especialistas, kinesiólogos y enfermeros, hasta que uno de ellos encontró la causa de la dolencia y extirpó la espina causante de tantos males. Se pregunta luego si era tan difícil prever que la pinchadura de una espina hubiera dejado como saldo una parte de ella en la articulación del pie del menor. 2) Expresa el recurrente que, al adoptar la juzgadora como razón definitoria de su juicio que el diagnóstico inicial o diferencial “se va elaborando o formando de a poco y que impone una conducta médica expectante” –conclusión que, a su decir, deviene del responde del demandado y del señor perito médico–, ello significa en buen romance que “la mamá del menor tuvo la culpa” al extraer la espina a su hijo y no poder justificar que quedaran restos. Afirma que esa forma de resolver deja fuera no sólo la culpa médica, sino la particular a que se refiere el art. 909 C. Civil, porque está referida a un supuesto de confianza especial, caracterizado por la condición de “especialista” del médico consultado. 2) Agrega luego que no siempre la carga probatoria de la culpa médica debe recaer en forma exclusiva sobre el actor, porque el paciente no está en condiciones de saber las reglas de la ciencia médica, las causas y efectos de las enfermedades. Un médico especialista –asevera– a quien se le consulta sobre la pinchadura de una espina, no debe desechar la idea de que algún resto de materia fuera la causa de inflamación del pie. La exploración quirúrgica temprana –añade– hubiera sido en el caso el modo más adecuada para evitar la subsiguiente infección, destacando que, como dijo el perito médico, el retiro del cuerpo extraño determinó la cura del problema. Remarca que la relación causal resulta esencial cuando el tratamiento aplicado ha inferido un perjuicio al paciente y, citando la opinión de Bueres, señala la escasa importancia que se atribuye a la culpa, sosteniendo que ésta será deducida por los jueces. 3) Apunta que tampoco puede sostenerse que el

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

paciente no volvió a la consulta, porque sí lo hizo, recomendado por el Dr. L. C. Destaca de inmediato que por otra parte no se puede obligar a un paciente a que siga atendiéndose con quien se ha dejado de tener confianza por el resultado adverso de su atención. Cita doctrina. Fracasado el propósito del yeso luego de 28 días –dice– no quedaba otra solución que cambiar de médico o exponerse sin justificación a un agravamiento que ningún paciente está obligado a soportar. 4) La conclusión de la sentenciante aceptando que el diagnóstico sea un logro “a pasos” constituye un verdadero despropósito, afirma el apelante, pues no se trataba de una enfermedad extraña y desconocida que ameritara probar soluciones y alternativas diversas. En casos así no puede imputarse el resultado a quien no está en mejores condiciones de probar: debe extremarse la exigencia de las presunciones *hominis*, pues el error de diagnóstico y lo actuado por el médico –asevera– es claro y notable, como también lo es la causalidad adecuada entre esas maniobras suyas y el resultado dañoso acaecido, y no se justifica por el hecho conocido –dice- de que los restos vegetales no sean detectables por los rayos x, pues tanto la culpa como la causalidad exigen un juicio de previsibilidad, y en el caso, el hecho de que una espina pudiera dejar restos vegetales era perfectamente previsible. 5) La conducta desenvuelta por el médico al imponer al niño un yeso por 28 días lo emplaza en la doctrina “de los propios actos”, pues fue impeditiva de otras prácticas que, a la postre y en ausencia del yeso, hubieran permitido por mera observación física observar el desarrollo de una infección (inflamación y coloración del pie). Fue su propia conducta imperita, equivocada, errada –expresa el apelante– la que hizo posible la agravación del daño. Cita doctrina. 6) Es evidentemente injusto –añade– que se haga pesar en la madre y en el menor por quien actúa la prueba de una culpa médica que resulta de la naturaleza de las cosas. Menciona doctrina y jurisprudencia. Remarca que en la caso la responsabilidad se muestra como la omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación, conforme a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, en los términos de los arts. 512, 902 y 909 C.C. El médico –asegura– debió prever como probable, si no cierta, la existencia de una infección en ciernes y esperar vigilante su evolución y no lo hizo, sino que enyesó al menor y lo envió a su casa para que padeciera, sin

control médico, la oculta invasión de la infección, con fuerte agravio sinovial. 7) Reflexiona seguidamente acerca de la peritación efectuada casi diez años después de iniciada la demanda y once contados desde que sucediera el hecho. Recuerda haberse anticipado en ese aspecto al sostener que el carácter permanente de una incapacidad se evidencia por la imposibilidad que arroja durante cierto tiempo ponderable de la existencia humana: una, porque los defectos se disimulan con el correr del tiempo y otra, porque el que los padece aprende a conducirse como si no existieran. El perito –señala–, al brindar explicaciones a su requerimiento, sostiene sin referencia concreta que el paciente ha realizado actividades físicas con posterioridad a sus dolencias. Sin embargo, está acreditado por los testigos y constancias instrumentales del pleito una incapacidad parcial y permanente, a lo mejor disimulada por el tiempo y las ganas de vivir en plenitud, pero que no borra las angustias padecidas, ni el daño material, ni la integridad psicofísica dañada, ni el agravio moral. 8) Efectúa por último una reflexión acerca del daño moral y a su apreciación por parte del juez, solicitando en suma se revoque el fallo apelado, con costas, y manteniendo la reserva del caso federal.---------- V. En el abordaje inicial de la cuestión traída a conocimiento del tribunal, debo decir que a mi criterio y no obstante al encomiable esfuerzo argumental del apelante, la crítica reseñada no consigue revertir los fundamentos y conclusiones del fallo apelado. Daré razones.---------- VI. Sabido es que en nuestro esquema de responsabilidad civil por daños es presupuesto inexcusable la existencia de una relación de causalidad adecuada entre el daño y la acción u omisión atribuibles a su autor (arts. 906, 1068, 1074, 1109, 1111, 1113 y conc., C. Civil – conf. López Mesa, M,.J. – “Tratado de responsabilidad médica” – p. 258 y ss. – Ubijus – Legis, 2007). Presidido por este principio esencial, un examen de las probanzas aportadas a la causa revela que dicho extremo fáctico entre la actuación del médico codemandado y los perjuicios sufridos por el menor L. F. M. no ha podido ser debidamente acreditado en autos.---------- VII. Está fuera de toda duda que el factor que produjo el proceso infeccioso en el pie derecho del menor consistió en la existencia de restos de una espina parcialmente esparcidos en el tobillo y una

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

porción incrustada en el hueso, finalmente extraídos mediante una intervención quirúrgica. También ha quedado de manifiesto que en el transcurso de todo este prolongado proceso patológico el paciente fue atendido por varios profesionales médicos, siendo sometido a diversas prácticas. Sin embargo, a la hora de establecer responsabilidades a partir de ese resultado final, el principio ya señalado –esto es, la necesidad de establecer la existencia de un adecuado nexo causal entre la praxis médica y el resultado dañoso- exige un análisis objetivo, pues no puede reposar en conclusiones apresuradas ni simplistas.---------- VIII. En este cometido, no puede sostenerse a pie juntillas que las diligencias adoptadas por el Dr. S. hayan sido inapropiadas desde el punto de vista médico, a punto de considerarlas como la causa eficiente para la producción del nocivo resultado en la salud del menor. Del propio relato de la parte actora surge que el chico se lastimó el día 22 de enero de 1995; que el 23 fue llevado al hospital, siendo atendido por la Dra. B., quien le prescribió Trifamox 500mg; que el 30 de enero, dado que la infección no cedía, fue llevado al sanatorio “S. M.”, donde lo asistió el médico de guardia, Dr. G., quien ordenó tomar una radiografía y le recetó Ibupirac, recomendándole reposo por una semana; que el 31 de enero fue atendido en el Hospital Subzonal por el Dr. L. C., quien le diagnosticó artritis séptica de tobillo derecho, sugiriéndole internación en el sanatorio “S. M.”; que esa mismo jornada, al mediodía, fue atendido en dicho sanatorio por el Dr. A. y a la tarde lo revisó el Dr. S., diagnosticando un pequeño esguince de peroné producido por torcedura del pie a raíz del mismo dolor de la pinchadura; también le receta Ibupirac y baño de agua con hielo por una semana y usar venda elástica, por imposibilidad de enyesar, dada la infección existente; que el 8 de febrero de 1995 el Dr. S. controla al menor y fija un turno para enyesar al niño el día siguiente; que el 9 de febrero se coloca el yeso; que el 15 del mismo mes se le coloca el taco al yeso existente; que el 28 de febrero se le retira el yeso, continuando el pie con igual aspecto, y el Dr. S. hace constar en la historia clínica: “articulación fría; no flogosis: movilidad articular activa y pasiva indolora”. Esta es la última práctica realizada por el Dr. S., ya que a partir de entonces el menor es atendido por otros profesionales (Dres. S., B., L. C., H., G., S.) realizándose en esta etapa distintos exámenes, diagnósticos y

tratamientos a lo largo de dos meses y medio, hasta que el día 22 de mayo de 1995, al fin, se le retira la punta de la espina que estaba alojada en el hueso, un ganglión y restos de espina esparcidos en el tobillo (conf. demanda, fs. 50/52).---------- IX. Como puede observarse a partir del relato precedente, el Dr. S. no fue el primer médico tratante, ya que tomó contacto con el paciente el 31/01/1995, es decir, nueve días después de ocurrido el episodio, período durante el cual el menor recibió primaria atención de otros cuatro galenos (B., G., L. C., A.). La actuación médica del codemandado se extendió, en definitiva, durante un lapso de 29 días, concluyendo el 28/02/1995. Con posterioridad a dicha intervención, según el propio relato actoral, el menor continuó sometido a varias auscultaciones, sucesivos estudios, diagnósticos y tratamientos a lo largo de más de ochenta días, hasta que finalmente se detectó el origen de la dolencia, procediéndose a retirar el material causante de la infección.---------- X. En primer lugar, a la vista de estas secuencias, debo decir que si en verdad era tan elemental y previsible la determinación de la etiología patológica –tal como lo sostiene con énfasis el apelante– cabe preguntarse entonces por qué razón la misma no fue diagnosticada tempranamente por ninguno de los restantes médicos que atendieron al paciente. Como segundo interrogante, ¿resulta lógico inferir, según las reglas de la sana crítica racional, que el yeso colocado durante 20 días por el Dr. S. obró como factor causal adecuado para prolongar los sufrimientos del chico y las sucesivas fallas de diagnóstico de los restantes profesionales actuantes durante los casi tres meses posteriores? Considero que a través del dictamen pericial médico practicado en la causa, ambas cuestiones han recibido una respuesta técnica adversa a la postura sostenida por la demandante.------- XI. En efecto, al responder a los puntos propuestos por el actor, el perito se pronuncia sobre dos aspectos que en mi opinión resultan relevantes para el esclarecimiento de las incógnitas ya formuladas: a) *ante una articulación con sospecha de infección, la inmovilización es parte del tratamiento de inicio. La misma puede ser desde el reposo estricto o una inmovilización enyesada* (resp. al punto 1 – fs. 368); b) *Primeramente sin un diagnóstico definido, solamente con el relato de la herida punzante, una flogosis se maneja expectante. La aparición de germen de cultivo hubiera*

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

determinado una conducta quirúrgica precoz, pero el mismo fue negativo... (resp. al punto 3 – misma foja). A continuación obra el dictamen destinado a dar respuesta a los puntos propuestos por la parte demandada. De las contestaciones brindadas por el experto, se desprende que: a) *no se observa incapacidad funcional en el pie derecho del menor*; b) *ante el cuadro referido por la madre, el tratamiento indicado combinando antibióticos, hielo, reposo e inmovilización, es de primera elección. La comprobación de restos de un cuerpo extraño se hace difícil según las características del mismo y los métodos de diagnóstico. Las complicaciones más frecuentes son: infección superficial o profunda, celulitis, reacción inflamatoria o granuloma por cuerpo extraño;* c) *los elementos de origen vegetal se mimetizan con las partes blandas del ser humano y son de difícil aparición en los rayos X, debido a que los mismos los atraviesan;* d) *ante un cuadro de flogosis y /o infección, la inmovilización enyesada y la implementación de antibiótico terapia son prácticas adecuadas e indicadas* (conf. pericia, fs. 371). Debo decir que no encuentro motivos para poner en tela de juicio la eficacia probatoria de este dictamen, de conformidad con las pautas de apreciación establecidas en los art. 386, 477 y conc., C.P.C.C.---------- XII. Con estos aspectos en claro, puede constatarse que la práctica realizada a comienzos de febrero de 1995 por el Dr. S. ante el cuadro clínico que presentaba el menor se ajustó a estos parámetros de actuación, ya que aconsejó inmovilidad, prescribió un antiinflamatorio y un antibiótico (conf. doc. traída por la actora y copiada a fs. 35) y posteriormente inmovilizó el pie con yeso, el cual le fue retirado el 28 de febrero. A partir de entonces y en adelante, el paciente fue atendido por otros profesionales, primero en el Hospital Subzonal de Puerto Madryn –desde comienzos de marzo hasta fines de abril– con resultados infructuosos y, en la última etapa, por médicos privados, hasta la extracción quirúrgica del material que había causado la infección, el día 22 de mayo de 1995. También está acreditado conforme a la documental obrante en autos que las sucesivas radiografías y análisis no dieron pistas de la existencia de restos de materia vegetal ni de flora bacteriana en el pie, por lo que no se avizoran razones para apartarnos de las conclusiones formuladas por el perito médico actuante.---------- XIII. En su esfuerzo crítico, el recurrente alude a la falla de diagnóstico en

que habría incurrido el Dr. S., y al argumentar en este sentido, señala que el cuadro clínico que presentaba el menor tornaba previsible la existencia de restos orgánicos en la zona afectada, por lo cual el juez debe valorar debidamente los hechos a fin de elaborar presunciones *hominis*, basándose en los datos aportados a la causa. Esta postura, empero, no es acompañada por la doctrina y la jurisprudencia. Por el contrario, en criterio que comparto, se ha sostenido que la relación causal en materia de praxis médica no puede conjeturarse, sino que debe ser debidamente acreditada por la parte interesada (ver, en este sentido, López Mesa, M.J., ob. cit., p. 262 y ss. y sus citas). Por otra parte, teniendo en cuenta la opinión del perito médico y las probanzas aportadas al proceso, aun si se acudiera al método de la prognosis póstuma, puede observarse que en la etapa temprana en que le tocó intervenir dicho profesional, el tratamiento era el adecuado, conforme al cuadro clínico y a la anamnesis obtenida de la madre del paciente. En consecuencia, si por hipótesis se considerara que hubo una prolongación inadecuada de la expectativa a la respuesta de tratamiento por vía antibiótica y antiinflamatoria, las reglas de la sana crítica racional (art. 386, C.P.C.C.) indican que esta morosidad, en todo caso, no debería achacarse al Dr. S., cuya intervención cesó a fines de febrero de 1995, sino eventualmente a los sucesivos profesionales que persistieron en intentar esa vía durante los casi tres meses siguientes, hasta decidirse por fin la intervención salvadora.---------- XIV. Tampoco hallo posible vincular el resultado dañoso con la regla de estimación de responsabilidad establecida en el art. 909 del Código Civil. Por más que la actora hubiera tenido en consideración una “confianza especial” para la elección del Dr. S., este factor no hace variar la conclusión precedente, puesto que si no se ha acreditado la existencia de un nexo de causalidad adecuada entre la actuación médica y el perjuicio alegado, el factor de atribución de responsabilidad es sencillamente inexistente y, por tanto, insusceptible de apreciación cualitativa.----------
---------- XV. En tanto no ha sido debidamente demostrada la relación de causalidad adecuada entre la conducta del médico codemandado y el resultado dañoso, carece de objeto considerar las argumentaciones del apelante acerca de la entidad de los daños sufridos. Ello así dado que, aun cuando los perjuicios alegados en la demanda

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

se consideraran probados en toda su extensión, no existiría un factor de imputación que tornara jurídicamente posible atribuirle responsabilidad civil al demandado los fines resarcitorios, por lo que el tratamiento de este tópico se ha tornado abstracto.----------

------- XVI. **Conclusiones:** ----------

---------- De compartirse las consideraciones expuestas, opino que corresponderá confirmar el decisorio en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a la parte apelante (art. 68, C.P.C.C.). En tal caso propongo fijar los honorarios profesionales del Dr. G. C. L., atendiendo a la extensión, eficacia, calidad de las tareas cumplidas y el resultado obtenido, en el 3% del monto del proceso debidamente liquidado (arts. 6, 14, 47 y conc., Dec. Ley 2.200).----------

---------- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

---------- --- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo López Mesa expresó: ----------

---------- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Ferrari. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos traídos a revisión de esta Sala.----------

--- Que contra el fallo de grado desestimatorio de su pretensión se alza la actora, promoviendo a fs. 467/472vta. recurso de apelación, propiciando se revierta el fallo en su sustancialidad. Concretamente los agravios vertidos por el actor apelante son: A) Se pregunta el apelante si era tan difícil prever que la pinchadura de una espina, al ser extraída por la madre del menor, hubiera dejado como saldo una parte de ella en la articulación del pie del menor; B) Cuestiona el apelante que se intente veladamente asignar la culpa del daño a la madre del menor, quien extrajera la espina a su hijo, sin poder justificar que quedaran restos. C) Afirma que debió tenerse en cuenta en autos el art. 909 C. Civil, porque está referida a un supuesto de confianza especial, caracterizado por la condición de "especialista" del médico consultado. D) Agrega luego que no siempre la carga probatoria de la culpa médica debe recaer en forma

exclusiva sobre el actor, porque el paciente no está en condiciones de saber las reglas de la ciencia médica, las causas y efectos de las enfermedades. E) Asevera luego que la relación causal resulta esencial cuando el tratamiento aplicado ha inferido un perjuicio al paciente y, citando la opinión de Bueres, señala la escasa importancia que se atribuye a la culpa, sosteniendo que ésta será deducida por los jueces. F) Apontoca que no puede sostenerse que el paciente no volvió a la consulta, porque sí lo hizo. Destaca de inmediato que por otra parte no se puede obligar a un paciente a que siga atendiéndose con quien se ha dejado de tener confianza por el resultado adverso de su atención. G) Tilda de despropósito la conclusión de la sentenciante de que el diagnóstico sea un logro "a pasos", aseverando que no se trataba de una enfermedad extraña y desconocida que ameritara probar soluciones y alternativas diversas. H) Dice que en casos como el de autos no puede imputarse el resultado a quien no está en mejores condiciones de probar: debe extremarse la exigencia de las presunciones hominis, pues el error de diagnóstico y lo actuado por el médico es claro y notable, como también lo es la causalidad adecuada entre esas maniobras suyas y el resultado dañoso acaecido. I) Sigue expresando que el hecho de que los restos vegetales no sean detectables por los rayos x no es trascendente para resolver el caso, pues tanto la culpa como la causalidad exigen un juicio de previsibilidad, y en el caso, el hecho de que una espina pudiera dejar restos vegetales era perfectamente previsible. J) Enfatiza luego que la conducta del médico al imponer al niño un yeso por 28 días lo emplaza en la doctrina "de los propios actos", al impedir otras prácticas que, a la postre y en ausencia del yeso, hubieran permitido por mera observación física observar el desarrollo de una infección (inflamación y coloración del pie). K) Tilda de evidentemente injusto que se haga pesar en la madre y en el menor por quien actúa la prueba de una culpa médica que resulta de la naturaleza de las cosas. L) Dice que el médico debió prever como probable, si no cierta, la existencia de una infección en ciernes y esperar vigilante su evolución y no lo hizo, sino que enyesó al menor y lo envió a su casa para que padeciera un control médico, la oculta invasión de la infección, con fuerte agravio sinovial. LL) Declama después acerca de la peritación efectuada casi diez años después de iniciada la demanda y once contados desde que sucediera el hecho. M)

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

Analiza el daño moral y su apreciación por parte del juez de autos y con pie en todo ello, solicita se revoque el fallo apelado, con costas. Mantiene la reserva del caso federal interpuesta.----------

--- El recurso que analizo vierte una serie amplia y variada de argumentos que es menester ir desbrozando. El variado contenido de los agravios hace que en mi criterio deba analizar primero algunos de aquellos embates recursivos que poseen menos atendibilidad. ----------

--- En esa labor, las palmas se las lleva el agravio identificado supra bajo la letra J) y que versa sobre que la conducta del médico al imponer al niño un yeso por 28 días lo emplaza en la doctrina "de los propios actos", al impedir otras prácticas que, a la postre y en ausencia del yeso, hubieran permitido por mera observación física observar el desarrollo de una infección (inflamación y coloración del pie).

--- Tengo un cierto conocimiento sobre esa doctrina y he leído mucho sobre ella, de todo calibre, de toda profundidad y de todo acierto. Pero nunca había sido testigo de la pretensión de cobijar en ella una situación como la que aquí se intenta.

--- La recurrente evidentemente no ha pensado bien su alegación en este sentido y ella parece obedecer a un exceso de celo recursivo. Me explicaré. La doctrina de los actos propios es una derivación del principio general de la buena fe. En virtud de ella se impide contrariar con actos posteriores las manifestaciones o actos que han suscitados expectativas en cocontratantes o terceros. ----------

--- La doctrina de los actos propios o Nemo licet adversus sua facta venire, es un instituto negocial que impide la volubilidad y la sorpresa en la propia actuación. Y el primero de sus requisitos de aplicabilidad es que a) Los actos expresivos de la voluntad del supuesto sujeto voluble deben ser inequívocos respecto de su alcance y de la intención de crear o modificar un derecho (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, “La doctrina de los actos propios en el derecho argentino y comparado. (Sus caracteres, sus requisitos de utilización y su correcta comprensión)”, publicado recientemente en el-Dial y LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos

propios. (Con particular referencia a la jurisprudencia de la Patagonia)", en revista La Ley Patagonia, número de Diciembre de 2008, pp. 513 y ss.).----------

--- Cabe enfatizar que si no se encuentran reunidos los seis requisitos que identifiqué en los trabajos citados en el párrafo anterior no puede emplearse la doctrina, bastando que sólo uno de ellos falte, para que la misma no resulte de aplicación so riesgo, en caso contrario, de plasmar un sonoro acto de injusticia (LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Presupuestos y requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios. (Con particular referencia a la jurisprudencia de la Patagonia)", en revista La Ley Patagonia, número de Diciembre de 2008, p. 514).--

--- Y con toda claridad en el caso que nos ocupa desde el análisis del primer requisito se aprecia que el mismo no se configura en este caso. Por otra parte, tampoco la doctrina de los actos propios tiene por misión crear obligaciones. La alegación implícita en el desarrollo del recurrente es que el médico que enyesó al menor debe ser responsabilizado por esa acción (que en su particular criterio constituiría un "acto propio") porque ella impidió otras terapéuticas.----------

--- El problema es que los actos materiales como enyesar a una persona o hacer una siembra, etc, no constituyen por lo general "actos propios" en el sentido que esta doctrina les da a aquéllos.----------

--- Además el principio basal de la doctrina es que nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro (cfr. MANS PUIGARNAU, Jaime, "Los principios generales del derecho", Edit. Bosch, Barcelona, l947, p. 25; LÓPEZ MESA, Marcelo, "La doctrina de los actos propios en el derecho argentino y comparado. (Sus caracteres, sus requisitos de utilización y su correcta comprensión)", en el-Dial). Que se aprecie en autos, el médico que enyesó al actor no pretendió luego variar de comportamiento injustificadamente, con lo que no se aprecia siquiera a qué apunta el recurrente con esta alegación. ---------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- El recurrente pretende convertir a la doctrina de los actos propios en una matriz obligacional en sentido propio, con la aptitud para dar nacimiento a obligaciones resarcitorias por actos materiales y no jurídicos de los que, además, no se pretende volver o contrariar. Creo que todas estas razones demuestran la absoluta inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios a este caso.----------

--- En cuanto al particular criterio de que hace gala el recurrente y que lo lleva a denominar incapacidad permanente a un daño que la experticia médica producida en la causa no logra detectar, creo que dicho agravio no logra superar los requisitos establecidos por el art. 265 CPCyC, debiendo tenérselo por una opinión personal del recurrente carente de apoyatura en soportes objetivos, científicos y verificables. Ergo, el mismo debe rechazarse.----------

---

--- Luego cabe tratar una serie de agravios introducidos por el apelante sin relación entre sí, pero que tienen en común un elemento esencial: la previsibilidad del resultado que el actor juzga existente y la pericia y la a quo no.----------

--- En este segmento cabe consignar los agravios identificados supra bajo las letras, A), E), I) y L). ----------

---

--- Bajo el agravio A) el apelante se pregunta si era tan difícil prever que la pinchadura de una espina, al ser extraída por la madre del menor, hubiera dejado como saldo una parte de ella en la articulación del pie del menor. Y bajo L) dice que el médico debió prever como probable, si no cierta, la existencia de una infección en ciernes y esperar vigilante su evolución y no lo hizo, sino que enyesó al menor y lo envió a su casa para que padeciera un control médico, la oculta invasión de la infección, con fuerte agravio sinovial. ----------

---

--- Ninguno de ambos cuestionamientos a la sentencia de grado puede prosperar. La pregunta de A) porque es retórica, y la afirmación de L) porque es incorrecta. --

--- En primer lugar, cabe recordar que en un precedente anterior, a través de mi voto, esta Sala dejó sentado ante un interrogante similar que “…el apelante se

limita en su expresión de agravios a formularse -y al parecer también a formularle a esta Cámara- una serie de preguntas en voz alta, a la manera de cuestionamientos hipotéticos. El caso es que no es esa una buena técnica recursiva. Todo lo contrario. Preguntas son preguntas y no agravios. Cabe indicar al apelante que ese tipo de prácticas posee un nulo valor en un recurso de apelación, dado que, -como dije- interrogantes no son agravios y que, por tanto, por agudos o incisivos que pretendan ser carecen del poder de desvirtuar la sentencia apelada" (cfr. esta Sala, 20/8/08, "A. D. R., A. c/ P., R. C. s/ Sumario" (Expte. Nº 22.728 - año: 2008).----------

--- Pero, además de ello, el apelante hace una pregunta equívoca, dado que todo evento es potencialmente previsible, lo que no implica que deba necesariamente preveerse. Que haya quedado un resto vegetal en una articulación, luego de que la madre extrajo la espina puede ser un extremo de hecho previsible en teoría, pero no necesariamente ello significa que debiera ser previsto como un evento probable ni –menos aún- que el médico estuviera obligado a tomar medidas terapéuticas a su conjuro. Por otra parte el apelante asevera apodícticamente la previsiblidad del evento sin acompañar a sus solitarias y subjetivas manifestaciones ningún elemento objetivo y verificable que las torne comprobables. ----------

--- Por otra parte, si no aparecían restos de la espina en las radiografías ¿puede achacarse al médico que no previera como probables las consecuencias de un acto curativo que no había practicado él? ¿puede afirmarse que el médico –por ejemplo- debió realizar una cirugía exploratoria, cuando no aparecían elementos extraños en las radiografías? ¿la ausencia de elementos radio-opacos (así se llaman técnicamente los contrastes que muestran las radiografías) en el cuerpo del paciente permitía prever en un comienzo de su dolencia que tenía un resto vegetal dentro de una articulación? La pericia médica dice que no y yo también lo creo así.

--- En todo caso, la previsiblidad exigible al médico no constituye un ejercicio de futurología ni de esoterismo, sino que en base a elementos objetivos de comprobación -como sería la existencia de elementos radio-opacos extraños en una radiografía- debe según su formación y posibilidades y de acuerdo al caso

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

prever aquellos cursos de acción normales y más frecuentes. ----------

--- De tal modo, entiendo que no es correcta la afirmación de que el médico demandado en autos no ha previsto lo que era su deber prever en este caso. Y entiendo que la existencia de elementos vegetales radiolúcidos en el pie del menor no permite sostener la tesitura que en base a voluntarismos suyos postula el recurrente. Ergo, los agravios fundados en una afirmación apodíctica de la previsibilidad del evento dañoso deben rechazarse.----------

--- Coincido con el Dr. Ferrari sobre que no resulta lógico inferir, según las reglas de la sana crítica racional, que el yeso colocado durante más de 20 días por el Dr. S. obró como factor causal adecuado para prolongar los sufrimientos del menor y las sucesivas fallas de diagnóstico de los restantes profesionales actuantes durante los casi tres meses posteriores. Por otra parte, el dictamen obrante a fs. 368 de autos da la espalda a esta serie de afirmaciones de la parte recurrente, lo que sumado a la orfandad técnica de éstas lleva a su rechazo.----------

--- No alcanzo a advertir sobre qué base técnica el apelante cuestiona el fallo de autos cuando el dictamen médico en que se basa es clarísimo en sus comprobaciones y la observación de la pericia oportunamente formulada por la actora a fs. 399/400 tampoco suministra elementos de juicio objetivos que permiten tener a la experticia por deficiente o incompleta. ----------

--- El perito médico a fs. 368 ha dejado establecidos una serie de aspectos médicos que resultan relevantes para el esclarecimiento del sub lite. El experto designado en autos concluyó en su informe que: a) ante una articulación con sospecha de infección, la inmovilización es parte del tratamiento de inicio. La misma puede ser desde el reposo estricto o una inmovilización enyesada; b) Primeramente sin un diagnóstico definido, solamente con el relato de la herida punzante, una flogosis se maneja expectante. La aparición de germen de cultivo hubiera determinado una conducta quirúrgica precoz, pero el mismo fue negativo (cfr. pericia médica obrante a fs. 368). ----------

--- Siguió diciendo luego el perito que “b) ante el cuadro referido por la madre, el tratamiento indicado combinando antibióticos, hielo, reposo e inmovilización, es de primera elección. La comprobación de restos de un cuerpo extraño se hace difícil según las características del mismo y los métodos de diagnóstico. Las complicaciones más frecuentes son: infección superficial o profunda, celulitis, reacción inflamatoria o granuloma por cuerpo extraño. c) los elementos de origen vegetal se mimetizan con las partes blandas del ser humano y son de difícil aparición en los rayos X, debido a que los mismos los atraviesan. d) ante un cuadro de flogosis y /o infección, la inmovilización enyesada y la implementación de antibiótico terapia son prácticas adecuadas e indicadas (cfr. pericia médica obrante a fs. 371). ----------

---

--- A la luz de los dictámenes de fs. 366 a 377 surge probado en autos que la práctica realizada a comienzos de febrero de 1995 por el Dr. S. se ajustó a la lex artis del cuadro clínico que presentaba el menor, ya que aconsejó inmovilidad, prescribió un antiinflamatorio y un antibiótico (conf. documentación agregada por la actora y glosada a fs. 35) y posteriormente inmovilizó el pie con yeso, el cual le fue retirado el 28 de febrero. Y no encuentro en el comportamiento galénico del demandado, a la luz de la experticia obrante en autos, ningún motivo para imputarle a éste un resultado dañoso.----------

--- Está debidamente acreditado en autos que las sucesivas radiografías y análisis no dieron pistas de la existencia de restos de materia vegetal ni de flora bacteriana en el pie, por lo que no encuentro fundamentos serios y objetivos para apartarme de las conclusiones formuladas por el perito médico interviniente en autos. ---------

--- El recurrente afirma enfáticamente que el cuadro clínico que presentaba el menor tornaba previsible la existencia de restos orgánicos en la zona afectada, por lo cual el juez debe valorar debidamente los hechos a fin de elaborar presunciones hominis, basándose en los datos aportados a la causa. ----------

---

--- El recurrente pretende echar mano a una serie de conjeturas –ni siquiera llegan al nivel de presunciones, aunque pretende llamarlas de tal modo-

causales y de culpabilidad que no corresponde aplicar en este caso, no sólo porque así lo considero como doctrinario (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo - PASARIN, Carolina A., “El mito de la causalidad adecuada”, en La Ley 2008-B, pp. 861 y ss), sino porque tal pretensión del recurrente contraría la doctrina legal imperante en la materia en esta Provincia. ----------

---

--- No ignorará el apelante que esta Sala, en voto de los mismos jueces que resuelven esta causa, en sentencia del 20/6/08, in re “G., J. G. c/ P. G. S.A. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios” (Expte. n° 19.834 - año: 2008), proscribió las conjeturas de causalidad. En el voto del Dr. Ferrari emitido en la causa citada se dijo que no correspondía aplicar conjeturas en materia causal y que para establecer la relación causal “debe realizarse un análisis preciso y exigente de la prueba aportada al proceso que, superando las construcciones meramente conjeturales o intuitivas y en un proceso intelectivo riguroso, conforme a las reglas de la sana crítica racional (art. 386 C.P.C.C.; su doctrina), permita arribar a un grado de convicción concluyente acerca de la existencia de una relación causal adecuada” entre el daño y la causa creadora de él. ----------

---

--- Y en mi voto emitido en esa causa sostuve que el sistema de causalidad adecuada, que adopta nuestro Código Civil (art. 906), no requiere proximidad, temporal o espacial, entre la causa y el efecto. "La causalidad no requiere simultaneidad en el tiempo, contacto físico o mínima separación de la cosa dañada. Interesa si un hecho es generador de un resultado; así será si es apto para producir la consecuencia dañosa (Cám. 1ª Civ. Com. Córdoba, 26/8/96, "M., J. A. S. y otro c. G. O. H.o y otros. Daños y perjuicios", LLC 1997-425). Por ello, invertir el esquema y deducir (o conjeturar) de la mera cercanía, proximidad o simultaneidad la existencia de relación causal implica un ejercicio de adivinación causal que no se corresponde con los textos legales vigentes y aplicables al caso (arts. 901 y 906 CC) (cfr. mi voto, en sentencia del 20/6/08, in re “G., J. G. c/ P. G. S.A. y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios” (Expte. n° 19.834 - año: 2008). ----------

--- En similar sentido, el Tribunal Supremo de España en un fallo de 2001 resolvió que “la determinación del nexo causal no puede fundarse en conjeturas

o posibilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente (en casos singulares) un juicio de probabilidad cualificada...” (Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 30/11/01, ponente Sr. Jesúis Corbal Fernández, publicado en “Actualidad Civil”, Editorial La Ley (Esp.), Madrid, 2002, Nº 9, p. 635). ----------

--- Y específicamente en una obra mía (LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), en coautoría con los Profesores Philippe le Tourneau, Domingo Bello Janeiro, José D. Cesano y Jorge Santos Ballesteros, “Tratado de responsabilidad médica”, Bogotá-México D.F,, 2007, coedición Editorial Legis de Colombia y Ubijus de México, Bogotá-México, p. 263) sostuve que coincido sin dudarlo con un fallo de la Excma. CNCiv., en que su Sala A resolvió que el análisis que permite establecer los presupuestos de la responsabilidad civil no puede desentenderse de la necesidad de verificar con precisión la autoría y causalidad, así, resulta indispensable determinar la relación causal no como vínculo posible sino la efectiva comprobación de la atribución del daño al hecho, cuya demostración incumbe a la parte actora en todos los casos (con cita del precedente de la CNCiv., Sala A, 4/12/98, “A., M. y otro c. G., H. V.”, LL 1999-C, 375, DJ 1992-2-1058 y RCyS 1999-893).----------

--- Y agregué luego que la dificultad de acreditación de la relación causal en materia médica no debe producir resultados irrazonables; no debe, en primer lugar, frustrar toda y cualquier reclamación contra médicos. En el otro extremo, tampoco debe llevar a concesiones facilistas de reclamos, al flexibilizar al extremo la acreditación de este presupuesto. Ni exceso ni defecto en la exigencia de acreditación de la relación causal, dan buenos frutos en materia de responsabilidad médica. En esta materia, compleja como pocas, el tino, el celo, la inteligencia del juez que deberá analizar con particular detenimiento el dictamen pericial, son herramientas insustituibles, que no pueden ser cambiadas por muletillas, sobreentendidos o generalidades, más aptas para conversaciones de cafetería que para su empleo tribunalicio (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, cit, p. 264).----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- Por otra parte, coincido con lo expuesto por el Dr. Ferrari en su voto sobre que considerando la opinión del perito médico y las probanzas aportadas al proceso, aun si se acudiera al método de la prognosis póstuma, puede observarse que en la etapa temprana en que le tocó intervenir al médico demandado, el tratamiento era el adecuado, conforme al cuadro clínico ya la anamnesis obtenida de la madre del paciente.----------

---

--- Ello así, aún admitiendo hipotéticamente que hubo una prolongación inadecuada de la expectativa a la respuesta de tratamiento por vía antibiótica y antiinflamatoria, por las reglas de la sana crítica racional (art. 386, C.P .C.C.) dicha morosidad no debería achacarse al Dr. S., cuya intervención cesó afines de febrero de 1995, sino eventualmente a los sucesivos profesionales que persistieron en intentar esa vía durante los casi tres meses siguientes, hasta decidirse por fin la toilette quirúrgica.----------

---

--- Ello así, no resulta admisible la postura de la apelante de autos, debiendo rechazarse sus diversos agravios relacionados con este tema.----------

---

--- Las diversas aportaciones del perito que fragmentó su respuesta a los puntos de pericia solicitados por cada parte, emitiendo dictámenes diferenciados pero coherentes entre sí, no han sido rebatidas por el recurrente que ha pretendido oponer a ellas una serie de interrogantes en voz alta y de especulaciones suyas de sesgo subjetivo. Nada técnico las ha contradicho, por lo que no hallo razones objetivas, verificables y técnicas que me habiliten a apartarme del dictamen pericial obrante en autos a fs. 366 y ss. ----------

---

--- No puede soslayar el recurrente que cuando de establecer el nivel de diligencia exigible al profesional se trata, la pericia técnica respectiva adquiere una importancia fundamental. En este sentido ha decidido la Corte Suprema que si bien las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ella se requiere, cuando menos, que se le opongan otros elementos no menos convincentes, salvo que se advierta un apartamiento de esa prueba, apoyado en razones subjetivas que

llevan ínsito un claro voluntarismo sobre el tema, en cuyo caso pueden descalificarse las conclusiones a tenor de la doctrina de la arbitrariedad, en tanto existe relación directa entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (CSJN, 13/8/98, “Soregaroli de Saavedra, María C. c. B., E. C. y otros”, LL 1998-F, 231 y DJ 1999-1-253 (Voto de la mayoría). ---------- --- Me resulta claro que la función del perito se resume en la de colaborador judicial, sin que su dictamen sea vinculante, razón por la cual en ningún supuesto tendrá por efecto producir la subsunción jurídica, pues sólo incumbe al juzgador precisar la esfera en que ha de moverse la sentencia (CNFed. CC, Sala II, 12/5/98, “K-Way International c. Clifa S.A.”, LL 1998-E, 560). Pero, si bien el informe del perito no resulta vinculante para el juez, para apartarse de sus conclusiones, el magistrado debe contar con serios motivos y elementos objetivos y concretos que acrediten la existencia de errores de entidad tal que justifiquen prescindir de sus datos (CNFed. CC, Sala II, 7/10/96, “La Buenos Aires Cía. de seguros c. Capitán y/o Arm. y/o Prop. y/o Transp. Buque Gladiator”, LL 1997-C, 505 y DJ, 1997-2-451).----------

--- Es así que no cabe apartarse de las conclusiones del dictamen del perito si el tribunal carece de una exposición técnica que demuestre que tal dictamen adolece de inexactitudes (CNFed. CC, Sala II, 4/11/97, “Lawsa S.A. c. Sud América Cía. de seguros de Vida y Patrimoniales”, LL 1998-F, 274). Cuando el dictamen del perito está fundado en principios técnicos o científicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar tales conclusiones ante la imposibilidad de oponer argumentos de mayor valor (CNFed. CC, Sala III, 23/10/97, “Araujo, Julio P. c. Obra Social de Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros”, LL 1998-B, 226 y DJ 1998-3-41).---------- Dado que en autos el apelante no ha brindado un solo argumento que salga de lo subjetivo y parcial ni ha contrapuesto los datos objetivos y científicos dados por el perito con otros de similar o superior calado, no queda más que el rechazo de los agravios que contravengan las determinaciones periciales realizadas en autos.-------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- Luego bajo E) asevera la recurrente que la relación causal resulta esencial cuando el tratamiento aplicado ha inferido un perjuicio al paciente y, citando la opinión de Bueres, señala la escasa importancia que se atribuye a la culpa, sosteniendo que ésta será deducida por los jueces. I) Sigue expresando que el hecho de que los restos vegetales no sean detectables por los rayos x no es trascendente para resolver el caso, pues tanto la culpa como la causalidad exigen un juicio de previsibilidad, y en el caso, el hecho de que una espina pudiera dejar restos vegetales era perfectamente previsible. ----------

---

--- Volvemos a encontrarnos en estos dos agravios con las mismas manifestaciones apodícticas del recurrente quien, huérfano de razones científicas que validen su postura, pretende revertir sobre la magistratura la acreditación de extremos de hecho médicos y no jurídicos, lo cual no corresponde. Además, no me conmueve ni la comparto a la opinión del Prof. Bueres en este tema, como que tengo mis propias opiniones en la materia, las que he volcado en mi “Tratado de responsabilidad médica” (LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), en coautoría con los Profesores Philippe le Tourneau, Domingo Bello Janeiro, José D. Cesano y Jorge Santos Ballesteros, 868 páginas, Julio de 2007, coedición Editorial Legis de Colombia y Ubijus de México, Bogotá-México, 2007).----------

--- En esta última obra he dejado plasmadas algunas reflexiones de necesaria aplicación a este caso. Dije allí que el grueso de las obligaciones del médico son obligaciones de medios, liberándose éste con el aporte de su ciencia y poniendo todos los medios a su alcance para la curación del paciente, aún cuando ésta no se produzca por factores ajenos a su voluntad o ciencia (LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, cit, p. 118).----------

--- Y proseguí diciendo allí que el médico no puede ser responsabilizado por daños imprevistos o por cursos causales imprevisibles. En materia de responsabilidad médica, como en cualquier supuesto de responsabilidad civil, donde no existe previsibilidad del resultado no puede existir ni culpa ni dolo y por ende, tampoco responsabilidad de índole subjetiva (LÓPEZ MESA,

Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, cit, p. 118).----------
---

--- Y recordé que se resolvió acertadamente en un caso que no corresponde asignar responsabilidad por mala praxis al médico que atendió a una paciente durante una cesárea si la muerte del feto se produjo por un desprendimiento normoplacentario que se produjo en forma súbita y abrupta, sin que nada lo hubiera hecho prever, sin perjuicio de que el control de la madre por medio del monitoreo fetal no hubiera sido intenso y prolongado, si la omisión de dichos controles no guarda directa relación de causalidad con el deceso (CNCiv., Sala K, 19/3/01, “A., E. G. y otro c. Clínica Privada San José Obrero S.R.L. y otros”, RCyS 2001- 853 y JA 2001-IV, 584).----------
---

--- Luego expresé que en las obligaciones de medios –como la que nos ocupa en autos- la simple ausencia del fin pretendido no hace inferir que el deudor incumplió su prestación (TAMAYO LOMBANA, Alberto, “La responsabilidad civil extracontractual y la contractual”, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2005, p. 35). Existe incumplimiento cuando el deudor omite prestar la conducta calificada que le compete, siendo indiferente la real obtención del resultado esperado para generar su responsabilidad contractual (CNCiv., Sala H, 21/6/95, “Gutiérrez, María E. c. Intermedics Inc. y otros”, LL 1997-E, 1007 (39.771-S) y DJ 1997-3-789, SJ. 1429). En las obligaciones de medios, el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo, mientras que en las obligaciones de resultado es objetivo (LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, cit, p. 119; PIZARRO, Ramón Daniel, “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual”, Edit. La Ley, Bs. As., 2006, vol. III, p. 219; CNCiv., Sala F, 15/4/97, “M., R. S. y otro c. A., D. y otro”, LL 1997-F, 796; ídem, 5/2/98, “M.A.N. c. Fernández, Elsa S.”, LL 1998-E, 96).--------

--- Con pie en ello, debe entenderse que cuando el recurrente señala la –en su opinión- escasa importancia que se atribuye a la culpa en estos caos, tal aseveración debe entenderse como un intento larvado de objetivizar una responsabilidad que por regla no es objetiva, sino que necesariamente depende

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

de la prueba de la culpa del galeno. ----------

--- El recurrente pretende echar mano de una cita de un autor para apuntalar sus dichos. A esa cita cabe responder con las agudas comprobaciones de un fallo del Máximo Tribunal de España sobre que “en cuanto a la responsabilidad del médico por los daños causados en su actividad profesional, la jurisprudencia mantiene la exigencia de un elemento intencional o culposo, no admitiendo, por tanto, el criterio de la responsabilidad objetiva” (Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 7/6/94, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa, Rep. La Let (Esp.), t. 1994, Nº 741). -

--- Y también merece recordarse otro precedente del Supremo español que resolvió que “en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada en su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, situándose en el concepto clásico de la culpa en sentido objetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, sin que se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de imputación, … aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica” (Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 13/7/87, ponente: Sr. Santos Briz, La Ley (Esp.), t. 1987-4, p. 142; en similar sentido, ídem, 16/2/95, ponente: Sr. Villagómez Rodil, La Ley (Esp.), t. 1995-1, p. 541; ídem, 12/7/88, ponente: Sr. Serena Velloso, La Ley (Esp.), t. 1988-4, p. 639).----------

--- Echa de verse así que, salvo aquellos contados casos de responsabilidad objetiva –en general en correspondencia con una obligación de resultado a cargo del galeno-, en la mayoría de los supuestos –y el caso que aquí tratamos se ubica dentro de esa mayoría-, la responsabilidad del galeno requiere la demostración de su culpa o dolo como requisito sine qua non de procedencia. ----------

--- En otro segmento del libro mío que he citado, al analizar los factores de atribución de responsabilidad al médico, he sostenido que la responsabilidad civil de los médicos deriva normalmente de la mala ejecución de hechos

personales suyos, antes que del uso de aparatos o sustancias; en tal situación, los factores corrientes de atribución de responsabilidad a galenos serán de esencia subjetiva (LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, cit, p. 182).----------

--- Y agregué luego allí –con cita de prestigiosa doctrina- que será necesario entonces para que se configure un supuesto de responsabilidad que quien con su actuación causó materialmente el daño, pueda además ser tenido como culpable del mismo, por haber mediado de su parte dolo, culpa o negligencia (TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de la responsabilidad civil”, Edit. La Ley, Buenos Aires,2004, T. II, p. 355; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “Derecho de las Obligaciones”, Editora Platense, La Plata, 1996, T. V, p. 562, Nº 2941). Y que si no existiera culpa o dolo del profesional no podría imputarse al médico responsabilidad, salvo que se diera alguno de los supuestos excepcionales de aplicación a éste de factores de atribución de responsabilidad de índole objetiva, como sería el caso del vicio de la cosa, en el supuesto de que el médico se valiese de algún aparato o sustancia viciosa que causare daños al enfermo (LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, cit, p. 182).----------

--- Y después, a fin de evitar malas interpretaciones, aclaré que la responsabilidad objetiva del médico constituye un elenco clauso de supuestos de excepción, que por ende no pueden extenderse a otros casos. De ordinario, la responsabilidad del médico es de naturaleza subjetiva, no objetiva, hallándose enmarcada en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en el caso. Excepcionalmente existen unos pocos casos en que el médico responde a mérito de factores objetivos. Pero esos contados casos no pueden ser tomados como supuestos comunes, ni extenderse interpretativamente a casos diversos (LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, cit, pp. 182/183).----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- Todo lo anteriormente expuesto lleva al rechazo de los agravios identificados supra. ----------

--- Luego el recurrente desgrana –a saltos y entremezclados- una serie de agravios relacionados con la carga de la prueba y sobre quién pesaba en este caso. Se trata de los agravios que yo identificara supra bajo las letras D), H) y K).----------

--- En el agravio identificado como D) el apelante aduce que no siempre la carga probatoria de la culpa médica debe recaer en forma exclusiva sobre el actor, porque el paciente no está en condiciones de saber las reglas de la ciencia médica, las causas y efectos de las enfermedades. En el H) dice que en casos como el de autos no puede imputarse el resultado a quien no está en mejores condiciones de probar: echando mano de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas y en el K) tilda de evidentemente injusto que se haga pesar en la madre y en el menor por quien actúa la prueba de una culpa médica que resulta de la naturaleza de las cosas.----------

--- Ninguno de estos tres agravios pueden merecer acogida, sencillamente porque como la doctrina más prestigiosa se ha encargado de dejar sentado, “en las obligaciones de medios -sean contractuales o extracontractuales- al acreedor, para reclamar indemnización por el incumplimiento, no le basta demostrar el daño sufrido, sino que debe probar además la culpa del deudor en la falta del resultado, o sea que no puso en práctica los medios que normalmente conducen a la obtención del efecto perseguido, o que en el empleo de estos medios se ha incurrido en negligencia, imprudencia, desidia, etcétera” (CAZEAUX – TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, cit., T. I, pp. 357/358, Nº 227).----------

--- Por otra parte, el art. 377 C.P.C.C. coloca en cabeza de la actora la prueba de la culpa del galeno, siendo la doctrina de las cargas probatorias dinámicas una doctrina de aplicación acotada, si no excepcional (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, “La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil)” en www.eft.com.ar/doctrina).- Tales agravios deben rechazarse .----------

--- La alegación referente a la aplicación al caso del art. 909 del Código Civil carece de incidencia en la suerte del litigio, por cuanto al no haberse acreditado la existencia de un nexo de causalidad adecuada entre la actuación galénica y el daño invocado, aún aplicando el art. 909 CC igualmente falta uno de los presupuestos esenciales de la responsabilidad –la relación de causalidad adecuada- requisito que la constatación de un factor de atribución de responsabilidad –que en autos tampoco se ha constatado, sino que la actora pretende conjeturar- resulta inane para modificar el destino del pleito.----------

--- Lo propio ocurre con el agravio relativo a los daños sufridos. Faltando dos presupuestos indispensables de la responsabilidad civil, carece de objeto enfocar al daño, pues aún existiendo éste en la magnitud denunciada, igualmente no puede ser imputado al demandado.----------

Así, en cuanto a los agravios que he identificado supra bajo las letras B), C), F), G) y M) las consideraciones hechas supra dan por tierra con los mismos, no siendo menester seguir analizando aspectos que no van a modificar la resolución a dictarse, al carecer de firmeza, entidad y acierto tales alegaciones para conmover la sustancia del fallo de grado que aquí habrá de confirmarse. Ergo, voy a hacerlos a un lado, a mérito de la doctrina inveterada de que el juez no tiene por qué seguir a las partes en todas sus alegaciones, bastando con que analice suficientemente aquellas relevantes para la correcta resolución del sub lite, lo que he hecho supra acabadamente.----------

--- Como coincido con la propuesta del Dr. Ferrari y con la sustancialidad de sus desarrollos, corresponde disponer la confirmación del decisorio apelado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios, con costas en la alzada a la parte apelante (art. 68 CPCyC).----------

--- También coincido con la propuesta del Sr. Juez de primer voto de fijar los emolumentos de alzada del Dr. G. C. L. en el 3% del monto del proceso que se determine, decisión que se corresponde con la extensión, eficacia y calidad de las labores realizadas por éste en esta instancia, así como al resultado obtenido, (arts. 6, 14, 47 y conc., Ley 2.200) .----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- Por los fundamentos expuestos, a la primera cuestión VOTO por la AFIRMATIVA.----------

---- --- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari expresó: ----------

---------- En vista del acuerdo arribado precedentemente, corresponderá por tanto: I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravios. II) Con costas en la alzada a la parte apelante, fijándose los honorarios profesionales del Dr. G. C. L. en el 3% del monto del proceso debidamente liquidado. III) Tener presente la reserva del caso federal efectuada.---------- Así lo voto.----------

---------- --- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo López Mesa expresó: ----------

---------- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Ferrari en su voto a esta cuestión.---------- Tal mi voto.----------

---

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

---------- Trelew, 18 de febrero de 2009.----------

---------- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- ---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravios.----------II) COSTAS en la alzada a la parte apelante, fijándose los honorarios profesionales del Dr. G. C. L. en el 3% del monto del proceso debidamente liquidado. ---------- III) Tener presente la reserva del caso federal efectuada.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--

Fdo: CARLOS DANTE FERRARI – MARCELO J. LOPEZ MESA
REGISTRADA BAJO EL Nº 04 DE 2.009 – SDC.- Conste.-
Ls.