------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de agosto del año dos mil diez, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Günther Enrique Flass y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Subrogantes Dres. Omar H. Magallanes y Mariela González de Vicel, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"G., A. c/ C. M. S.R.L. y otros s/ Daños y Perjuicios"*** (Expte. N° 85/09 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 1421 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico provincial, antes Ley 2203, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FLASS – GONZALEZ de VICEL – MAGALLANES.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 1265/1274? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------A fs.1.265/1.274 el Sr. Juez de la anterior instancia dicta, el 28 de abril de 2009, la sentencia n° 30/2009 mediante la cual rechaza la demanda de daños por mala praxis médica, incoada por el Sr. A. G. (fs. 101/118vta.) contra el Dr. E. C., la C. M. S.R.L. y el I. de S. S. y S. (ISS y S., SEROS Chubut).----------

------El Sr. Juez, al fundamentar su decisión, comienza afirmando que la relación jurídica entre médico y paciente, generó una obligación de medios y que su incumplimiento debe juzgarse conforme a las disposiciones relativas a la responsabilidad contractual. En consecuencia, el paciente no tenía derecho a un resultado, sino sólo a que la atención médica sea realizada con pericia y diligencia, por lo tanto, si demandó inejecución contractual, se colocó en una situación semejante a la de quien demanda por daños derivados de delito o

cuasidelito, ergo, debe demostrar la relación con el médico, el daño, el factor de atribución y la relación de causalidad; aclarando que esta última ha de ser valorada con criterio estricto, verificándola con precisión, es decir *"no como un vínculo posible"*, sino como, *"la efectiva comprobación de la atribución del daño al acto o hecho cuya demostración incumbe a la parte actora"*. También entiende el a quo que la responsabilidad del médico es de carácter subjetiva. Continúa el sentenciante analizando la prueba rendida en autos y se centra exclusivamente en la experticia de la cual extrae como conclusión que la relación de causalidad, entre el actuar médico y el daño, no se encuentra suficientemente acreditada. Rechaza la demanda.----------
------Contra el citado decisorio se alza la parte actora quien apela a fs. 1283 y concedido que le fuera el recurso, expresa agravios a fs. 1313/1341. El recurrente critica que el a quo hubiera fundado el decisorio únicamente en la experticia médica y pasa a refutar las conclusiones del experto señalando falacias, incoherencias y contradicciones con la demás prueba rendida en autos. Coincide con el a quo en que la relación médico paciente fue de naturaleza contractual, pero afirma que la obligación del galeno no era de medios sino de resultado pues no tenía que intentar salvarle la vida o curarle una enfermedad, sino simplemente colocar un catéter sin producir daños, lo cual admite una comprobación de obra apta para averiguar si la operación fue llevada acabo con éxito, todo ello, conforme a un protocolo preestablecido. Continúa su razonamiento diciendo que, tratándose de una obligación contractual, probado el incumplimiento, ha de presumirse el daño, debiendo el deudor demostrar la interrupción del nexo causal. Posteriormente realiza lo que él denomina "reconstrucción histórica del hecho" lo cual será soslayado, ya que no constituye un agravio en sí mismo sino un análisis de bien probando propio de los alegatos. Después analiza las faltas en las que

habría incurrido el Dr. C. sosteniendo que no solo erró en el procedimiento sino que, además, se apartó del protocolo preestablecido, omitiendo constatar el resultado de su actividad. Por último impugna la valoración de la prueba en general señalando todas aquellas que fueron omitidas en la sentencia.----------

------A fs. 1.351 contesta traslado la parte demandada oponiéndose al progreso del recurso por los argumentos allí expuestos, a los que remito en rigor de brevedad.----------

------Dicho lo precedente corresponde analizar los agravios expresados.----------

------1) Los hechos y sus pruebas:----------

------El a quo entendió que la relación de causalidad entre el incumplimiento y la lesión no quedó probada, entiende que era carga del deudor hacerlo y rechaza la demanda. El actor se agravia expresamente de ello, tornando necesario asumir postura respecto a la naturaleza de la relación sub iudice, especialmente en cuanto a la carga probatoria de la relación de causalidad o su interrupción.----------

------La sentencia en crisis acepta de plano la distinción entre obligaciones de medio y de resultados elaborada en Francia por Demogue y que generó –tanto en su país de origen como en el nuestro– corrientes en apariencias irreconciliables.----------

------Adelanto que a mi criterio no existen las tan mentadas obligaciones de medios. En toda obligación hay un objeto y tal objeto sólo puede ser el resultado que el acreedor espera de la conducta de su deudor. También hay una prestación debida que es el medio por el cual aquel objeto esperado se hará presente en el mundo empírico. *"...son dos elementos que están ligados íntimamente dentro de la estructura de toda relación de obligación" (Wayar, Ernesto C. "Derecho Civil. Obligaciones". T.I Depalma. Buenos Aires 1990, pág. 129).* Hablar de obligaciones de medio es un oxímoron, una contradicción de sus

propios términos, pues si decimos que su finalidad es una conducta con potencialidad para producir un efecto, esa conducta se convierte en el objeto o resultado obligacional y la obligación es tan de resultado como cualquier otra, sólo variará su objeto. *Contrario sensu*, si afirmamos que la obligación carece de objeto o resultado, no es obligación porque no obliga. Los sostenedores de la distinción reconocen que ella no tiene existencia ontológica sino "práctica". Ahora bien, lo que no tiene existencia ontológica es una mera entelequia, una creación artificiosa y tan ajena al mundo del derecho como el dragón es ajeno al mundo de la zoología.----------

------No obstante lo dicho, concedamos por un momento la regencia meramente práctica de esta categoría de obligaciones y veamos cuales son sus consecuencias.----------

------Quien acude a un médico lo hace para curarse y no simplemente para presenciar una demostración de habilidad o conocimiento científico, de forma tal que, si no se cura a pesar de haber seguido el tratamiento indicado por el médico *"...bien cabe decir que, como acreedor su interés no ha sido satisfecho y que la prestación cumplida por el médico, con prescindencia de la eficacia o utilidad de los medios empleados, tampoco ha alcanzado su objetivo que era, precisamente, curar al enfermo" (Wayar, Ernesto C. "Derecho Civil. Obligaciones". T. I Depalma. Buenos Aires 1990, pág. 130).* Lo contrario equivaldría a sostener que ni al paciente le interesa curarse, ni al médico le cabe curarlo, lo cual es un dislate.----------

------Se dice que en las obligaciones de medios el resultado es ajeno al deudor (médico). Si tomamos esta afirmación en sentido estricto deberíamos concluir que la medicina es una ciencia inútil pues haga lo que haga el médico, el resultado dependerá de un albur, entonces ¿Para qué le paga el paciente?; ¿Para nada? ¿Podemos admitir esto?. Decididamente no. Ciertamente que en algunas obligaciones el

resultado está sujeto a un grado mayor de incertidumbre que en otras, pero incertidumbre hay en todas, de allí que la norma siempre permite al deudor la invocación y prueba del *casus* a modo de exoneración. La cuestión queda reducida así al mayor o menor rigor con que ha de apreciarse el caso fortuito o la fuerza mayor, pero no alcanza para crear una categoría artificiosa y concluir que es el acreedor quien debe demostrar la existencia de una relación causal, sin ningún basamento en el derecho positivo. Si hay contrato compete al acreedor probar el incumplimiento, mientras que será el deudor quien debe invocar y acreditar una interrupción del nexo causal el cual, *prima facie*, se presume, aunque, claro está, debemos tener un criterio amplio frente a la prueba de tal interrupción, atento a las particularidades del contrato bajo análisis.----------

------Bueres, en un intento por salvar la distinción de Demogue, reconoce que el deudor de las obligaciones de medio persigue un resultado determinado pero sostiene que ese resultado o fin último es aleatorio. Ahora bien, la asunción de riesgo o alea debe constar expresamente en el contrato y si no ¿Por qué habría de ser el acreedor, y no el deudor, quien asuma el alea?. Es más razonable pensar que el paciente que busca un médico pretende ser curado y no limita su interés al hecho de ser atendido *(conf. Wayar, Ernesto C. "Derecho Civil. Obligaciones". T.I Desalma. Buenos Aires 1990, pág. 130).*--------

------Coincido con Belluscio en que *"... la diferencia entre obligaciones de medios y de resultado no sólo carece de sustento ontológico sino que es incapaz de fundar regímenes diversos en relación a la carga de la prueba en el incumplimiento contractual. En todo caso, al acreedor le basta con demostrar el incumplimiento –sea total, sea cumplimiento deficiente– en tanto que el deudor puede, a su vez, acreditar la fuerza mayor que lo exima de culpa" (Belluscio, Augusto*

C. “Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios” LL 1979- C- 19/30). Este es mi criterio.----------
------No obstante lo dicho, los valedores de la distinción demoguiana son muchos y sus argumentos son también de peso.----------
------Felizmente nuestro Superior Tribunal de Justicia encontró una fórmula de consenso razonable y superadora de tan ardua disputa. El cimero tribunal provincial acepta la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, pero sostiene, paralelamente, la necesidad de aplicar a la cuestión la llamada teoría de las cargas dinámicas de la prueba. En efecto se ha dicho *“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, pág. 63 y sgtes.) ...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" (STJ Chubut S.I. 62/2008) El médico demandado por una acción de daños y perjuicios puede argumentar y demostrar para eximirse de responsabilidad que el hecho invocado no configura uno de aquellos*

que puedan ser tipificados como falta médica, o bien que no existe relación causa-efecto entre la falta y el daño causado y en tal sentido deberá orientar su defensa en el sentido de acreditar la existencia de una causa por la cual no debe responder, o sea extraña al proceder del profesional, entre ellas el error excusable, caso fortuito, conducta del enfermo, fracaso del tratamiento, etc." y es que *"Tratándose del ejercicio de la medicina ... toda omisión de los medios que imponen la ciencia y la práctica médica ... entran en el concepto de causalidad adecuada (arts. 901, 902, 903 y 904 del Código Civil), pues exigir la certeza absoluta entre tal omisión como causa o pérdida de esos bienes como efecto, dejaría en la irresponsabilidad todo acto de "mala praxis", ante la imposibilidad material de llegar a la comprobación de esa certeza total. El ordenamiento se maneja en esto con posibilidades reales y no con certezas absolutas."* agrega *"No se interrumpe el nexo de causalidad ... al menos que se pueda acreditar una condición preexistente, concomitante o superviviente apta para romper el nexo causal, a modo de hecho del perjudicado, caso fortuito o hecho del tercero" (STJ Chubut. S.D. nº 17/1999. del voto del Dr Royer).*----------

------En conclusión, ya sea que rechacemos la distinción entre obligaciones de medio y resultado o la admitamos aplicando la teoría de la carga dinámica de las pruebas, el resultado será siempre similar: Corresponde al médico (deudor) demostrar por qué el paciente (acreedor) no vio satisfecha su expectativa de curarse, mejorar su salud, paliar los efectos adversos, etc.----------

------Ahora bien, si aceptáramos la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, en lo mas ortodoxo de tal doctrina, siempre será necesario indagar si la obligación bajo análisis puede ser calificada como de medios, pues no basta que ella surja dentro de una relación médico-paciente para afirmar tal naturaleza. En concreto, es necesario determinar aún si la obligación asumida por el Dr. C. de colocar un

catéter sin daño para la salud del paciente, es de medios o de resultado.----------

------En el caso concreto, la actividad que por contrato debía brindar el Dr. C. a su paciente, no era salvarle la vida ni curarle una enfermedad, sino simplemente colocarle un catéter sin causarle daño. En consecuencia el incumplimiento contractual se configuraría si tal catéter no fue colocado (incumplimiento total) o si se lo colocara mal (incumplimiento parcial). Estamos entonces ante una obligación que, aún los sostenedores de la distinción demoguiana, denominarían de resultado.----------

------Conclusión de todo lo expuesto es que, si el actor logró demostrar el incumplimiento y el demandado no logró acreditar la interrupción del nexo causal entre tal incumplimiento y el daño, la acción resarcitoria debe prosperar.----------

------Dicho lo precedente, cabe abocarme ahora al análisis de la prueba rendida en autos, su valoración y las conclusiones que de ellas pueden extraerse.----------

------El actor recurrente, tal como lo dije *ut supra*, ataca los dichos del perito y se queja de la importancia excluyente que se le dio a dicha prueba.----------

------Nadie puede negar la importancia que reviste la pericial en un juicio de mala praxis. Ella aporta al magistrado conocimientos que naturalmente no tiene, colaborando así en echar luz sobre los asuntos a juzgar. Mas de esto no se ha de derivar en que termine el experto siendo quien condene o absuelva. La labor de juzgar compete siempre al Juez, quien tiene amplias facultades para apartarse del dictamen pericial, siempre que funde acabadamente tal decisión.----------

------He podido observar que en autos, el experto se mostró reticente frente a algunas preguntas, discurriendo sobre las diferencias que, en el lenguaje técnico científico de los médicos, había entre canalización y

cateterismo, cuando ello era irrelevante a los efectos de lo que se le estaba preguntando. Advierto que, formulada de manera similar la cuestión ante la Academia Nacional de Medicina, esta no tuvo reparos en contestar, aun explicando los distintos significados. En cuanto al experto, por el contrario, fue necesario que el actor solicitara sucesivas aclaraciones a fin de obtener al cabo, y trabajosamente, una respuesta concreta. Frente a otras preguntas el experto incurrió en notoria contradicción. Así a modo de ejemplo, el Dr. C. sostuvo en un comienzo la innecesariedad de comprobar mediante "rayos x" la buena colocación del canal subclavio, entrando en contradicción nada menos que con la Academia Nacional de Medicina (fs. 752/753 respuesta nº 4), pero después –inexplicablemente a mi entender– cambia su dictamen y termina por reconocer la procedencia de tal precaución. Invoca una hipótesis alternativa que no se le había ocurrido ni siquiera a la demandada: La preexistencia de una cuerda de violín dejada en una anterior canalización, pero olvida que si ello hubiera sido así dicho cuerpo extraño habría aparecido en las radiografías que se efectuaron con anterioridad a la intervención del Dr. C.. Por último afirma que el H. I. operó innecesariamente al actor pues no se confirmó la endocarditis tricuspídea, pero olvida que el diagnóstico prequirúrgico no se limitaba sólo a este padecimiento. Todo ello me lleva a tomar con reparos la experticia admitiéndola sólo cuando la demás prueba rendida en autos, la lógica y la experiencia común me permitan tenerla por incólume.----------

------Sostiene el experto que al actor le habían practicado con anterioridad otros cateterismos o canalizaciones en vena subclavia. Esto es cierto y puede corroborarse con la demás prueba vertida en autos. En efecto, según la historia clínica el Hospital Zonal de Esquel (fs. ***/***), el día 28-10-98 entre las hs. 03:00 y las 04:00 el Dr. C. realizó tal operación, efectuando comprobación por "rayos x" portátil a

hs. 7:40. También en la historia clínica del H. I. que tengo a la vista aparece un asiento según el cual el día 30-10-98 (carpeta n° 991186 fs. 46), el Sr. G. tenía una vía central venosa, tiempo después el Servicio de Diagnóstico por Imagen del mismo nosocomio informa que el paciente no registraba ninguna particularidad. (H.C.H.I. Carpeta n° 991186 fs. 177). Si la cuerda de violín en cuestión es opaca –tal como lo afirma el propio experto– de haber quedado alojada anteriormente, habría aparecido en las radiografías aludidas.----------

------Quedó probado que si bien, con anterioridad se le habían practicado al Sr. G. canalizaciones en la vena subclavia, en ninguna de dichas oportunidades se dejó alojada una cuerda de violín.----------

------Conforme historia clínica de Clínica M. (fs. 141/144), el 25-11-99 ingresa el actor a dicho nosocomio para colocación de catéter tipo Hickman por el cual se le suministrarían los antibióticos Vancomicina e Imipenen durante 30 días, todo ello por indicación del Dr. M. (fs. 88 y 89). La historia clínica aparece incompleta y oscura. Las omisiones, oscuridades o falta de legibilidad de la historia clínica, sólo pueden perjudicar al médico que la labró, pues suya es la carga de llevarla en forma puntual, clara, pormenorizada y perfectamente legible *(conf. C.N. Sala F ED 92-637; idem; CCiv. Y Com Morón. Sala II 28/2/91. Juris 87-168; idem; CCiv. y Com San Isidro. Sala II 4/5/90 JA, semanario del 25/9/91; idem; CCiv. y Com, junio 15/12/94 "González, Julián y o. c. Centro Médico Chacabuco" JA 12-7-95)*. Ahora bien, de lo poco que puede entenderse y los escasos registros obrantes en el instrumento, es evidente que al 25-11-99, el Dr. C. realizó la canalización, pues dicho día queda internado para "control de catéter" y el día 26-11-99 se inicia curación de heridas, consignándose que a hs. 18:20 presenta dolor abdominal. Lo dicho se ve confirmado por el

testimonio del Dr. F. N. T. B., médico de guardia de la Clínica M. quien fue claro al expresar que al catéter se lo había colocado el Dr. C. por ser médico de cabecera del Sr. G., de allí que sorprende la actitud del citado profesional quien en su absolución de posiciones llamativamente niega (fs. 544 posiciones 18 y 21) los hechos que había asentado de su puño y letra en la historia clínica, firmando y colocando su sello (fs. 142/vta.).----------

------Quedó probado que el Dr. C. realizó a G. una canalización de vena subclavia en Clínica M. aproximadamente entre el 25 de noviembre de 1999 y el 26 del mismo mes y año.----------

------No consta en la historia clínica de Clínica M., al menos en lo poco que puede entenderse de su oscura grafía, que el Dr. C. hubiera realizado estudios con "rayos x", ecografía o cualquier otro medio de diagnóstico por imagen, ni antes, ni después de colocar el catéter al Sr. G.. Tampoco consta que la operación se hubiera llevado a cabo en quirófano o área de terapia intensiva y tendré por no acreditada dicha circunstancia. Ha dicho la jurisprudencia *"Constituye una presunción en contra del profesional la inexistencia de historia clínica o la existencia de irregularidades en la misma" (CCiv. y Com, junio 15/12/94 "González, Julián y o. c. Centro Médico Chacabuco JA 12-7-95).* Por último, conforme a los hechos descriptos, nada me hace deducir que la canalización del Sr. G. fuera urgente.----------

------Quedó probado que la canalización del actor no revestía carácter urgente y presuntivamente debo tener también por probado que la misma no se realizó en área de quirófano ni terapia intensiva y que el demandado no realizó radiografías posteriores ni anteriores.----------

------Inmediatamente después de haberse colocado el catéter, el Sr. G. comienza a padecer molestia precordial con disnea leve asociada y en

las próximas semanas dolor precordial que cede en “posición mahometana”, dolor en hombro izquierdo, disnea grado I –III y ortopnea (H.C.H.I. fs. 49 vta. carpeta 0067540).----------

------Quedó probado que, después de la canalización, el actor comenzó a sentir dolores intensos en la zona.----------

------El actor sostiene que el demandado le colocó un catéter vencido provisto por la Dra. T., mas no logró acreditar esto. En efecto, sólo obran en la causa notas enviadas por ambos profesionales, una solicitándole el catéter, y la otra respondiendo que no tenía tal implemento, contando sólo con uno que estaba vencido y debía ser, por lo mismo, reesterilizado. Nada me convence de que fuera efectivamente ese catéter vencido el que le colocaron a G., pues contra tal hipótesis se erige el testimonio del Sr. M. K. (fs. 592/593).----------

------No quedó probado que el Dr. C. hubiera colocado un catéter vencido, ni que el mismo hubiera sido provisto por la Dra. T..----------

------Según la historia clínica de C. E. SRL, poco tiempo después de que el Dr. C. le hubiera practicado la canalización, el paciente comienza a sentir dolor “con imposibilidad de acostarse y realizar inspiración profunda”, razón por la cual consulta a la Dra. M. quien ordena rayos x de tórax, ecografía, análisis e interconsulta con la Dra. G.. Días después G. comienza con fiebre de hasta 40º. Consulta con profesionales de Trevelin quienes le recetan ibuprofeno pero, ante la persistencia del cuadro, agravamiento de la disnea y deterioro general, el paciente es trasladado a Esquel donde llega pálido, sudoroso, con edemas y ruidos cardíacos. Lo atiende la Dra. M. quien solicita “laboratorio urgente”. Además observa la placa radiográfica y comprueba que persiste imagen de un posible catéter, a pesar de que este había sido teóricamente retirado. Sorprendida la profesional se comunica con el Dr. D. quien

confirma que el catéter había sido retirado (testifical, respuesta 21 fs.589), después llama al Dr. H. W. quien se encuentra tan sorprendido como ella por el hallazgo (testifical, respuesta 23 fs. 589) manifestando que se trataba de un elemento metálico que habría perforado el corazón provocando un derrame importante. También llama al Dr. C. quien dijo que “el no sabía de que se trataba”. El 11-01-89, el Dr. W. realiza un informe más detallado donde explica que el Sr. G. presentaba el pericardio con muy significativo contenido líquido y se pregunta si es un derrame; dice haber encontrado un cuerpo extraño intracardíaco preguntándose si podía ser la guía de un catéter perforante. También observa colapso sistólico leve y taquicardia significativa aconsejando su derivación urgente a un centro de mayor complejidad. El 12-01-2.000 a las 19hs. se confirma la evacuación por avión sanitario para el otro día hacia el H. I. de la ciudad de Buenos Aires.----------

------Quedó probado que poco tiempo después de la canalización realizada por el Dr. C., la Dra. M. descubre, mediante un diagnóstico por imágenes, la existencia de un cuerpo extraño similar a una cuerda de violín y que había perforado el corazón y provocado derrame, disnea y deterioro generalizado siendo el paciente derivado de urgencia al H. I..----------

------Llegado al H. I., la unidad de cuidados intensivos informa que el paciente ingresa por taponamiento cardíaco producido por cuerpo extraño perforante de miocardio que va desde la yugular entra en la aurícula derecha perforándola y se introduce en el pericardio realizando un trayecto en “loop”. Tiene líquido pericárdico del cual se extraen 460 ml, hay fibrosis de pericuerpo en pericardio y trombos en válvula. (H.C.H.I. Carpeta nº 0067540 fs. 52 y vta). El mismo día mediante estudio 46896 se identifica el objeto metálico como una

cuerda de violín localizada en vasos toráxicos y cavidades cardíacas con estrecha proximidad a la pared toráxica (H.C.H.I. Carpeta nº 0067540 fs. 48).----------

------Quedó probado que en el H. I. se confirma la existencia de la cuerda de violín que provocó taponamiento cardíaco, perforación de miocardio, pericardio, fibrosis y trombos.----------

------El 17-01-00 (H.C.H.I. carpeta nº 0067540 fs. 238) el equipo de cirugía del H. I. realiza una incisión cervical derecha supraclavicular. Se diseca la vena yugular. Se realiza jareta. Se abre la vena y con un punzón llegan hasta la cuerda de piano, extrayéndola fácilmente desde la vena yugular, aurícula derecha y espacio pericárdico, dejando un drenaje en el pericardio (historia clínica H. I. carpeta nº 0067540 fs. 55 vta.).----------

------Quedó probado que el 17-01-00 se extrajo la cuerda de violín dejando un drenaje en el pericardio.----------

------El 18-01-00 se analiza el líquido pericárdico extraído y se encuentran levaduras en crecimiento cuya tipificación queda pendiente. Después (el 25-10-00) se determinará que la cándida es "no albicans", por eso, debido a la disfunción renal (H.C.H.I. carpeta nº 0067540 fs. 66) y oliguria (H.C.H.I. carpeta nº 0067540 fs. 66 vta.) que padece el paciente se aconseja cambiar la medicación suministrando Anfotericina.----------

------Quedó probado que en el líquido pericárdico se encontraron levaduras de tipo "no albicans"----------

------En la ECO de fs. 56 y vta (H.C.H.I. carpeta nº 0067540) se observa pericardio con reacción adherida y signos de contricción de aurícula derecha (lo que normalmente se interpreta como síntoma de pericarditis) y se sospecha la existencia de trombos. El 21-10-00 (fs.74) se realiza diagnóstico prequirúrgico de endocarditis triscuspídea,

pericarditis y trombos y se opera con el siguiente resultado: tricuspidea sin aspecto de infección. Adherencias y reacción plastina en epicardio y pericardio. Engrosamiento de pericardio en varias áreas. Además se extrajeron coágulos (H.C.H.I. carpeta nº 0067540 fs. 60 y vta.).---------

------Quedó probado que poco tiempo después el Sr. G. fue operado del corazón en H. I. confirmando parcialmente el diagnóstico prequirúrgico.----------

------2) La culpa médica, incumplimiento contractual o mala praxis:----------

------El Dr. C. contrató con el actor. Su obligación consistía en colocarle un catéter en la vena subclavia para que por él fluyan los antibióticos necesarios. Todo ello sin provocar daños a su salud, salvo los que fueran inevitables o imprevisibles.----------

------Contrariamente a lo que era de esperar, el Sr. G. quedó con una cuerda de piano o violín alojada en su organismo, lo que terminó por perforarle el corazón.----------

------Según dictamen del experto podemos manejar dos hipótesis. La primera de ellas es que el Sr. G. hubiera tenido ya alojada una cuerda de violín de una canalización anterior (sea la realizada en el H. I., sea la efectuada en el Hospital Zonal Esquel) a la cual el Dr. C. empujó provocando el daño. La segunda es que el Dr. C. hubiera omitido extraer la cuerda de violín en la canalización que hiciera a fines de noviembre de 1999.----------

------Contrariamente a lo que propone el experto me voy a inclinar por la segunda hipótesis en base a las siguientes consideraciones.----------

------Tanto en la canalización del Hospital Zonal Esquel como en la del H. I., después de colocado el adminículo se efectuaron pruebas de rayos que hubieran podido determinar el supuesto “olvido”. En efecto en la historia clínica del HZE (fs. 629/642) puede leerse que habiendo colocado el catéter el día 28-10-98 a las 03:00, se realiza prueba de

rayos con “portátil” a hs. 07:00. A su vez la historia clínica del H.I. demuestra que al día 30-10-98 (H.C.H.I. carpeta n° 991186 fs. 46), el Sr. G. tenía una vía central venosa, este dato aparece corroborado por el Servicio de Diagnóstico por Imagen a fs. 177 de la historia clínica (H.C.H.I. carpeta n° 991186 fs. 46) donde puede leerse *“catéter de vía central que se proyecta a AD”,* pero también puedo observar que después de haber analizado mediante imágenes el tórax del Sr. G., el Dr. P. B. no encontró ninguna particularidad. No encontré –aparte de las mencionadas– ninguna otra canalización de subclavia anterior a la del Dr. C. y ni este ni el experto aportan mayores datos al respecto, razón por la cual he de concluir en que fueron las únicas realizadas.----------

------Nos cuenta el experto, en su ampliación de informe de fs. 1.059/1.089, que la cuerda de violín no siempre es opaca a los “rayos x” y que si ello ocurriera permanecería la duda aún después de la exposición a “rayos x”. No obstante, es evidente que la cuerda de violín que nos ocupa sí era opaca y por eso pudo ser percibida por la Dra. M. y el Dr. W. (H.C. C. E. S.R.L. y testimonios de fs. 583/586vta. y 588/591).----------

------Según el experto la cuerda de violín tiene una extensión de 30 cm. La Academia Nacional de Medicina nos informa (fs.752/753) que el catéter Hickman, por su longitud, llega a la cavidad auricular derecha del corazón. Si esos 30 cm. dentro del organismo de G. hubieran sido empujados por otros 30 cm. del nuevo catéter, es de presumir que los daños hubieran sido mucho mayores llegando incluso a atravesar el corazón. El experto no arroja luz sobre esta última cuestión al sostener su hipótesis, razón por la cual sólo me puedo guiar por mi propio sentido común.----------

------Reitero que, tal como lo dije anteriormente, la hipótesis de la existencia de una cuerda de violín “olvidada” en un procedimiento

anterior al de noviembre de 1999 no me resulta convincente. Por el contrario, tengo por cierto que fue el Dr. C. quien olvidó una cuerda de violín al efectuar la canalización. Ha dicho la jurisprudencia *"La negligencia es una de las formas de la culpa médica y el olvido de retirar instrumentos o gasas en las intervenciones quirúrgicas constituye evidentemente un supuesto de negligencia" (CNCiv. Sala G 7/4/83 ED 104-280)* y también que *"Debe responder por las secuelas de una intervención quirúrgica el cirujano que por negligencia o falta de las previsiones necesarias, no retira una gasa del campo operatorio, causando dolores físicos al paciente, al par que sufrimiento espiritual, máxime si ello obliga a una nueva intervención que comprueba la existencia del elemento causante del daño" (CNCiv. Sala D, 6/8/75 ED 87-353).*----------

------Ahora bien, aún aceptando la hipótesis antedicha y que fuera sostenida por el experto, tampoco ello desplazaría la existencia de un obrar negligente.----------

------El experto nos cuenta que el hecho del "olvidar" una cuerda de violín no es tan extraño como parecería, al punto que, con sorprendente diligencia, relata y presenta pruebas de otro caso similar que le tocó tratar a él mismo, y es el de la Sra. J. P. (fs. 059/1060). Si tal como dice el experto, estos olvidos suelen o pueden suceder, el Dr. C. debió asegurarse que la vena subclavia estaba libre antes de colocar un nuevo catéter lo cual hubiera sido fácilmente comprobable mediante un análisis de "rayos x" previo, pues, recordemos, la cuerda de violín en cuestión era radiológicamente opaca. Debe tenerse especialmente en cuenta que la canalización al Sr. G. no revestía urgencia, pues de ser así la habrían colocado directamente en el H. I., ergo, el galeno contaba con tiempo suficiente para realizar los estudios previos pertinentes y que hubieran podido –en la hipótesis del experto– evitar los graves daños padecidos por G.. En nada obsta que la Academia Nacional de

Medicina no haya aludido en su informe a esta precaución preliminar. Conforme las constancias de autos la existencia de una cuerda de violín previa no era imprevisible, ni siquiera rara, al decir del experto. El Dr. C. debió tomar las precauciones necesarias más allá de lo que indiquen los manuales o guías prácticas, debió leer la historia clínica de su paciente, ordenar "rayos x" o cualquier otra medida que le hubiera permitido descubrir lo que después descubrió la Dra. M.. Ha dicho la jurisprudencia *"En función de lo dispuesto en el art. 902 del Cod. Civ., cuando está en juego la vida de una persona, el descuido o la negligencia más leves adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad. No hay posibilidad de aceptar culpas pequeñas, por lo que corresponde ser estricto en la apreciación de la culpa que se atribuye al médico (CNCiv.. Sala F.L. 29.929 "Pérez, Guillermo c. Treombetta, Roberto s/ Daños y perjuicios del 5/5/88)* y es que *"Cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia mas leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad, no hay cabida para culpas pequeñas. El recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales" (CNCiv. Sala A. 29-7-77, ED 74-561). "Revela culpa por omisión la falta de realización del examen preoperatorio adecuado y de los análisis de laboratorio radiológico y cardiológico en el paciente al ser intervenido quirúrgicamente" (CS. Buenos Aires, diciembre 22-992 "Pérez, Milton c. Clínica Central y otros. LL del 7-VIII- 93, pág. 7, fallo 91.431) "En los casos en que se acciona por responsabilidad del médico, lo significativo no es el cumplimiento o no de determinadas reglas del arte médico, sino si ellas pudieron o no tener gravitación en el desenlace fatal (CNCiv. Sala C 23-8-79 LL 1979-D-335).*----------

------Para ir concluyendo. A pesar de las contradicciones del experto no me quedan dudas: Es necesario hacer una radiografía o radioscopia

después de colocar un catéter. ¿Tomó esta precaución el Dr. C.? Decididamente no, pues no consta en la historia clínica de Clínica M. y cuando la Dra. M. le preguntó al respecto, manifestó no tener idea de la cuestión (testimonio de fs. 588/591). Ahora bien, si hubiera actuado con la diligencia mínima que le exige su profesión, hubiera podido comprobar que –según la hipótesis del experto– su canalización había desplazado una cuerda de violín anterior perforando el corazón de su paciente. Pongámonos ahora en la otra hipótesis: Si existe la posibilidad previsible de que hubiera quedado otra cuerda de violín de intervenciones anteriores, el médico debe tener la precaución de comprobar la ausencia de ella mediante estudios de "rayos x" u otros similares. Nada de eso hizo el Dr. C. pues *contrario sensu* habría descubierto el elemento extraño:----------

------El demandado no tomó las precauciones necesarias antes, durante, ni después de la canalización, incurriendo en notorio y grave incumplimiento.----------

------En síntesis la bifurcación de hipótesis planteada por el experto no sirve para exonerar al Dr. C.. Sea cual fuere la real, la mala praxis es evidente.----------

------Por último, quiero destacar que conforme a la historia clínica elaborada por el Dr. C. no consta que la canalización por él efectuada, hubiera sido llevada a cabo en área de quirófano o terapia intensiva, que hubiera tenido equipo de "rayos x" para radiografía y control, o que hubiera contado con personal "entrenado para tal procedimiento" como lo aconseja la Academia Nacional de Medicina (fs. 752/753 respuesta 3ª). Todo ello, al menos conforme a lo que puede entenderse de la oscura y enrevesada grafía empleada, oscuridad y enrevesamiento que solo puede obrar e interpretarse en contra de quien la imprime, tal como lo llevo dicho.----------

------Concluyo en que hubo culpa médica o mala praxis que configura, a su vez, incumplimiento contractual.----------

------3) La relación de causalidad:----------

------Conforme las constancias de autos el actor quedó con una cuerda de violín alojada en su cuerpo, razón por la cual tuvo que ser trasladado a la ciudad del Buenos Aires donde lo intervinieron quirúrgicamente para extraerle dicho cuerpo extraño. Hasta aquí la relación de causalidad aparece indudable.----------

------El experto en su respuesta a la pregunta "i" de la actora (920/940), contesta que en el caso no se dieron ninguna de las complicaciones relacionadas con el catéter, y al responder a la pregunta nº 27 de la demandada dice no encontrar en la historia clínica criterios que justifiquen la cirugía a corazón abierto. Al ampliar su dictamen a fs. 1059/1089 dice que el diagnóstico preoperatorio no se confirma al realizar la operación. Todo ello daría a entender que la cirugía de corazón realizada en el H. I. fue innecesaria. Frente a tal afirmación se yergue el dictamen de la Dra. S. L. M. quien, contrariamente a lo dicho por el Dr. C., encuentra plenamente justificada la intervención quirúrgica llevada a cabo en el H. I.. No se me oculta que la Dra. L. M. es psiquiatra y que su intervención en la causa fue a los efectos de constar las lesiones a la psiquis del actor pero, no obstante no ser especialista en cuestiones cardiológicas, la citada profesional es médica y por ello tiene conocimientos suficientes para avalar sus dichos, sin que la impugnación de la demandada sea suficiente, a mi entender, para descalificarla.----------

------

------La relatividad del valor probatorio de la experticia del Dr. C. –a la que ya me referí anteriormente– sumada a la contradicción con el dictamen de la Dra. L. M., me dejan huérfano de asesoramiento científico concluyente y librado a la sana crítica, la lógica y el común

conocimiento. Adelanto desde ya que no voy a coincidir con el Dr. C. y me voy a apartar de sus conclusiones.----------

------Conforme a la prueba adjuntada a fs. 74 lo único que no se confirmó del diagnóstico prequirúrgico fue la endocarditis tricuspídea. Respecto al pericardio se observó un engrosamiento en varias áreas. El engrosamiento del pericardio constriñe el corazón impidiendo su llenado (pericarditis constrictiva) y demuestra la existencia de una pericaditis crónica *(www. saludalia.com; idem www msd.es; idem es.wikipedia.org.; idem www.dmecicina.com; idem www.mapfe.com; idem www.revespcardiol.com).* Además se diagnosticó la existencia de trombos los cuales fueron extraídos en el acto quirúrgico según consta en fs. 62 vta. de historia clínica H. I. carpeta n° *******, debo agregar que según el informe de la Academia Nacional de Medicina (fs.752/753), la trombosis es una de las consecuencias mas frecuentes de la colocación de catéter y del olvido de una cuerda de violín en el organismo.----------

------Concluyo que la operación de corazón guarda suficiente relación de causalidad con el "olvido" de la cuerda de violín o con su impulsión por una nueva canalización.----------

------Las intervenciones quirúrgicas aludidas implicaron una convalecencia y el retraso en el proceso de reconstrucción facial (conforme testimonio del Dr. M. F. F. de fs. 857/858).----------

---

------Aquí debo recordar lo dicho anteriormente. Ya sea que entendamos al débito médico como una obligación de resultado, o que sostengamos que aún siendo una obligación de medios corresponde aplicar la teoría de la carga dinámica de las pruebas *(criterio del STJ en S.D. n° 17/1999),* era carga del demandado acreditar la interrupción del nexo causal y no lo logró ni siquiera someramente, por el contrario –siguiendo una estrategia procesal que considero errónea– se escudó

tras una cerrada postura, negando un hecho cierto como el de haber efectuado la canalización (absolución de posiciones fs. 547/548). Su responsabilidad es evidente.----------

------4) El daño y su resarcimiento:----------

------En forma previa debo aclarar que, a mi criterio, los daños que puede padecer una persona se distribuyen en dos grandes géneros: El daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. Los distintos rubros que han ido creando tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen autonomía conceptual, pero no constituyen en si mismos un *tertium genus* resarcitorio, en consecuencia servirán para calcular el daño patrimonial o extrapatrimonial con una mas exacta y puntual estimación pero no tendrán, en sí mismos, entidad propia. Este Tribunal dijo *"Tal como se concluyó en las "XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", existen sólo dos tipos genéricos de daños: Los patrimoniales y los extrapatrimoniales generalmente llamados daños morales por afectar al espíritu (tertium non sequitur) el conjunto de otros daños a los que solemos referirnos no revisten el carácter de rubros autónomos sino de especies comprendidas en uno u otro género de forma tal que, o afectan el patrimonio de las personas o afectan su tranquilidad espiritual. Su alusión sólo puede realizarse a fin de justificar el incremento en la indemnización del daño moral o del daño patrimonial mas no como un criterio de resarcimiento independiente y con este norte analizaré la procedencia de cada uno de ellos" (Mi voto en CANO SD nº 69/2007)*:----------

------El actor en su escrito de demanda reclama indemnización por "daño material-gastos sufragados", "daño a la integridad física y a la plenitud de vida", "disminución de la capacidad laboral", "lucro Cesante", "daño estético" y "daño moral". Todos estos rubros serán analizados conforme al parámetro reseñado anteriormente, es decir como factores para calcular el daño patrimonial o extrapatrimonial.----

------**<u>I- Daño Patrimonial</u>**:----------

------*a) Gastos de curación y convalecencia:*----------

------El actor reclama gastos farmacéuticos, fisio-kinesiológicos, viajes suyos y de su madre a la ciudad de Buenos Aires, taxis y remises, contratación de enfermera, etc, todo lo cual valúa en la suma de U$S 8.000.----------

------En forma preliminar voy a referirme a los gastos en que supuestamente incurriera la madre del actor, adelantando que ellos sólo podrían ser resarcidos si se demostrara que fueron pagados por el Sr. G., caso contrario no, pues, tal como lo tengo dicho *"Uno de los requisitos del daño resarcible es su personalidad, es decir debe tratarse de un perjuicio sufrido en la persona de quien reclama y no en otros por mas allegados que sean" (Mi voto en CANO SD nº 69/2007).* Coincidentemente destacada doctrina entendió que *"El principio es que toda persona está facultada para reclamar los daños que ha sufrido, pero no los que padece otra persona" (LOPEZ HERRERA, Edgardo "Teoría General de la Responsabilidad Civil" Lexis Nexis Buenos Aires 2006, pág. 127).* Concluyendo, los gastos oblados por la madre del actor no serán tenidos en cuenta al calcular el resarcimiento por curación y convalecencia.----------

---------Pasando al análisis del resto de gastos invocados por el actor en este rubro, lo cierto es que aportó escasa prueba. No obstante este Tribunal dijo "*Es de común experiencia que frente a un accidente o un problema de salud, las personas realicen gastos cuya acreditación resulta dificultosa pero bien pueden ser presumidos, aún cuando no se hubieran probado puntualmente" (Mi voto en CANO SD nº 69/2007).* También otros Tribunales coincidieron con el criterio expuesto concluyendo en que *"La prueba del accidente y de las lesiones sufridas por la víctima, tornan innecesaria la prueba fehaciente de los gastos médicos, pues su necesidad se presume (CNCiv. Sala B, marzo 15-995,*

Picarelli Carmelo P. C. Bayeto Jorge O., LL 96 A, pág. 814), o *"Los gastos médicos deben ser reembolsados aun cuando no se acredite el monto efectivamente erogado..." (CNCiv. Sala G, febrero 27-995, Insigna de Kors Rosalía c. Bustamante Héctor F., LL. 96 A, pág. 814).-*

------Queda por determinar el monto a resarcir, lo cual, no contando con prueba estricta es siempre difícil debiéndome guiar por la común experiencia y lo resuelto en casos similares. Desde ya considero que los U$S 8.000 solicitados aparecen como excesivos y tendiendo en cuenta la distancia, el tiempo y gravedad de los padecimientos, razonables terapias de rehabilitación y presuntivos gastos farmacéuticos, propongo al pleno estimar el rubro en **$6.000**. Así lo voto.----------

------*b) Incapacidad laboral:*----------

------Dice el actor en su demanda que ha padecido una incapacidad laboral permanente cuyo porcentaje se determinará en la etapa probatoria, no obstante, reclama *ab initio* la suma de U$S 367.200 que resulta de multiplicar un supuesto ingreso mensual de U$S 1.200 por los años que le quedan conforme a la expectativa de vida en la provincia de Chubut.----------

------Por el modo en que ha sido planteada la pretensión actoral es dable deducir que el Sr. G. pretende una indemnización por incapacidad laboral total y permanente.----------

------El principio de resarcimiento pleno hace que la victima deba ser indemnizada por la disminución que padezca en su aptitud para ejercer una actividad lucrativa. Para la procedencia del rubro es necesario acreditar la capacidad que tenía antes del ilícito, la merma que el ilícito produjo y las ganancias potenciales de que se vio privado.----------

------El experto, se ha expedido sobre este tema y nada hay en autos que aconseje apartarse de su dictamen, razón por la cual estaré a lo expresado en la experticia médica. Dice el Dr. C. que el actor tenía ya reconocida con anterioridad una incapacidad laboral del 70% lo cual es

razonable atento al estado en que quedó después de su intento de suicidio, conforme surge de las constancias de autos. Continúa diciendo el experto que dicho porcentaje no se vio incrementado por los padecimientos que motivaron la presente causa y no encuentro prueba alguna que me convenza de lo contrario.----------

------Ahora bien, no se me oculta que el Dr. C. ha estudiado los aspectos eminentemente físicos de la lesión pero la aptitud productiva de una persona depende en importante medida de lo psíquico, pues el trabajo humano rara vez se limita a una actividad mecánica, sino que, por el contrario, involucra en mayor o menor medida lo intelectual, por eso es necesario indagar si las lesiones psicológicas que pudiera padecer la víctima, obstan de forma permanente al desempeño de la profesión u oficio que tenía antes del hecho lesivo y en este sentido es esencial la experticia médico psiquiátrica pues allí la Dra. S. L. M., no obstante reconocer la lesión padecida por el actor en dicho orden, es clara y contundente al decir que *"El Sr. G. no presenta incapacidad parcial permanente"* (fs. 1153). Entiendo que el rubro debe ser rechazado y así lo voto.----------

------*c) Lucro cesante:*----------

------Por lucro cesante entendemos al incremento patrimonial que el damnificado se ha visto privado de percibir a consecuencia del hecho lesivo o como dice López Herrera *"... la ganancia cierta que el damnificado iba a obtener y que ya no podrá hacerlo por la ocurrencia del daño" (LOPEZ HERRERA, Edgardo "Teoría general de la responsabilidad civil" Lexis Nexis. Buenos Aires 2006 pág. 128).*----

------Tratándose de personas que ejercen su profesión u oficio en forma autónoma, sin relación de dependencia, la incapacidad transitoria ha de resarcirse como lucro cesante o como pérdida de chance. Hay entre ambas figuras diferencias sustanciales. El primero implica la pérdida de ganancias ciertas, la segunda, sólo de una mera hipótesis de lucro.

Resulta lógico que la indemnización de lucro cesante sea, por lo general, sustancialmente mayor que la pérdida de chance, pero aquél sólo procede cuando se han probado acabadamente los extremos necesarios. Desde siempre este Tribunal viene sosteniendo, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritaria, que lucro cesante es de prueba estricta y, a diferencia de la pérdida de chance, no cabe deducirlo por indicios, sino que ha de ser suficientemente acreditado. Además, como en todo rubro indemnizable debe existir adecuada relación de causalidad entre el daño y el hecho lesivo. En concreto, la privación del lucro debe ser causa directa del hecho lesivo, por eso es necesario demostrar lo que se percibía hasta ese momento y lo que se dejó de percibir a partir de allí.----------

------Sostiene el actor que, debido a los hechos relatados en la presente demanda, no pudo obtener el ingreso mensual que venía percibiendo (U$S 1.200 mensuales) durante veintidós meses. Reclama por este ítems U$S 26.400.----------

------No hay pruebas en la causa que acrediten con la suficiente certeza de que el Sr. G. ganaba U$S 1.200 mensuales hasta el día en que fue canalizado por el Dr. C.. Por un lado las ganancias –siempre estimativas– que los testigos atribuyen a los guías de pesca, varían de U$S 200 a U$S 1.200. Por el otro, debemos recordar que el Sr. G. no acredita ser guía de pesca sino guía de turismo. Además existen dudas respecto a si el actor habría seguido trabajando como guía después de su intento de suicidio y con que frecuencia habría podido hacerlo según la lesiones derivadas de ese hecho. El Sr. R. O. R. (fs. 927 y vta.) dice que G. no realiza mas “guías” después del “accidente” y me inclino por pensar que por “accidente” se refiere al intento de suicidio.----------

---

------En concreto no se ha producido en la causa prueba suficiente para tener por acreditado el lucro cesante, al menos no con el grado de

certeza necesaria. Quizás haya sí una pérdida de chance, pero el actor no la reclamó y el principio de congruencia nos impide condenarla. Voy a votar por el rechazo del rubro en cuestión.----------

-------d) Daño patrimonial por terapia psiquiátrica futura:----------

------El actor reclama por daño psicológico una suma total de U$S 40.000, mas no discrimina el contenido patrimonial o extrapatrimonial del mismo.----------

------El daño psicológico puede incidir tanto en el patrimonio de la persona como en su esfera espiritual. En el primer caso se incluye la incapacidad y el lucro cesante al que ya me referí, pero también los gastos que pueda implicar una terapia restituyente. En tal sentido ha dicho la jurisprudencia *"Corresponde conceder indemnización por tratamiento psiquiátrico si es aconsejado por el perito en la materia" (CNCiv. Sala M, 22/2/89 LL 1990-C-527 conf. cit de Ghersi, Carlos Alberto "Valuación económica del daño moral y psicológico" Astrea. Buenos Aires 2.000 pág. 178)* y también que *"Debe asegurarse la recuperación psíquica de la víctima de un accidente, para lo cual la condena a cargo de la vencida debe integrarse con la obligación de cancelar los honorarios profesionales correspondientes a los médicos de su preferencia que aquella designe, en base a los habilitados para desempeñarse en la jurisdicción, debiendo la remuneración de los servicios ajustarse a las normas del Colegio Médico local y/o Instituto Nacional de Obras Sociales (CCiv y Com. M. Plata Sala II, 22/8/95 DJ 1978-1-602 conf. cit de Ghersi, Carlos Alberto "Valuación económica del daño moral y psicológico" Astrea. Buenos Aires 2000, pág. 178).*---

------La experta médica psiquiatra dice que el Sr. G. ha sufrido un daño psíquico, al que califica como neurosis depresiva de grado IV, hasta el año 2000 y de grado III hasta el presente.----------

------También estima la experta que el tratamiento necesario para superar la lesión tendrá un costo de **$5.670.** Considero que esa deberá ser la indemnización que en tal concepto habrá que abonar al actor.----

------*e) Daño a la integridad física y a la plenitud de vida:*----------

------Sostiene el actor que, a partir de los hechos objetos de la presente demanda, no se le pueden realizar nuevas canalizaciones. Además dice que ha visto disminuida su posibilidad de esparcimiento en actividades al aire libre privándoselo de *"la posibilidad de compartir con su hijo, sus vivencias en la montaña que es su gran pasión"*. Reclama por este item la suma de U$S 34.500.----------

------La integridad física es un bien jurídico de contenido patrimonial resarcible *in se* mas allá de la disminución, o no, que ello provoque en la aptitud para generar riquezas. El físico de una persona, su propio cuerpo, integra el patrimonio.----------

------A su vez el demérito físico, suele mermar las posibilidades de esparcimiento con que cuenta una persona, su posibilidad de gozo y disfrute, es lo que en la doctrina francesa se llama *"préjudice d agrément"* o *"joie de vivre*" y que en nuestro país suele denominarse plenitud de vida. Suele discutirse si la plenitud de vida es de contenido patrimonial o extramatrimonial sin embargo, aunque desde el punto de vista exclusivamente científico pueda tener relevancia el debate, carece de interés práctico en la presente causa pues, cualquiera sea la solución, producido el daño habrá de ser indemnizado.----------

------Lo cierto es que los hechos objetos de la presente acción –daños por mala praxis médica– son sólo un episodio en el padecimiento físico sufrido por el Sr. G.. Ya desde antes tenía los inconvenientes y limitaciones derivados tanto de su afección epiléptica como de su intento de suicidio. Sólo una pequeña parte de la merma a la integridad física y a la plenitud de vida puede ser imputada a la mala praxis

médica, mas no la totalidad de ellas, por eso considero excesiva la suma reclamada.----------

------No obstante algún tipo de afectación a la integridad física y a la plenitud de vida se produjo con el olvido de la cuerda de violín y las posteriores intervenciones quirúrgicas que fueron su consecuencia.-----

------Ahora bien, resta determinar el *quantum* resarcitorio lo cual no es tarea fácil pues dada la naturaleza del rubro, no hay parámetros claros para valuar con precisión matemática, quedando ello librado a la sana crítica y a la común experiencia.----------

------En atención a los hechos probados en la causa, entiendo procedente ordenar un resarcimiento de **$5.000**.----------

------En conclusión, el daño patrimonial padecido por el Sr. G. asciende a la suma de **$16.670**.----------

------**II- Daño extrapatrimonial**:----------

------*a) Daño estético:*----------

------Ha dicho la jurisprudencia *"La lesión estética es una alteración de entidad perceptible en el aspecto normal o habitual de una persona. Lo que se vulnera es el aspecto normal o habitual, donde el rostro exhibe un lugar preeminente. Pero esa vulneración resulta extensible a otras partes corporales que pueden advertirse en las observaciones usuales, frecuentes, normales" (CNEsp. Civ. y Com.. Sala I "Vidal Cavero Irene S. c/ Empresa de Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios, 11/7/86 conf. cit de Daray, Hernán "Accidentes de tránsito". Astrea. Buenos Aires 1994, pág. 282).* En la concepción social actual la estética alcanzó una sobrevaloración sorprendente y de allí que su demérito sea sentido como un verdadero padecimiento a resarcir. Conforme a las circunstancias de cada persona, el daño estético puede tener entidad patrimonial, extrapatrimonial o ambas a al vez, lo que si debo dejar en claro es que *"...solo se requiere que exista una alteración del aspecto habitual que tenía la persona con*

anterioridad al hecho generador, sin que la ausencia de implicancias económicas de la deformación (que por otro lado sí pueden ser tenidas en cuenta para la estimación del quantum de la indemnización) sean definitorias para rechazar el reclamo" (CNEsp. Civ. y Com, Sala I "Mussin, Belia Blanca c/ Apeelbaum, José y otros s/ daños y perjuicios" 12/6/81 conf. cit de Daray, Hernán "Accidentes de tránsito". Astrea. Buenos Aires 1994, pág. 279).----------

------Dice el actor recurrente que ha quedado con una cicatriz que le surca el pecho hasta la garganta y que se ha retrazado la mejoría de su aspecto facial afirmando que su rostro se recuperará en un 98%. Estima el rubro en la suma U$S 35.000.----------

------La cicatriz en el pecho del actor, producto de toda operación de corazón a cielo abierto es, según común experiencia, un daño estético considerable pero se inscribe dentro de un deterioro aun mayor producido por el intento de suicidio con su secuela de deformación facial, aunque no caben dudas que ha producido un incremento lesivo.-

------También surge de autos que las dos intervenciones quirúrgicas retrasaron el proceso de restauración facial produciendo paralelo demérito anímico.----------

------No obstante lo dicho, el monto reclamado por la actora aparece a todas luces excesivo dada la entidad del daño a resarcir y que tal como dije no es todo el deterioro estético sino solamente el derivado de la mala praxis médica.----------

------Teniendo en cuenta el grado del padecimiento sufrido por la cicatriz y, principalmente, el tiempo en que se retrasó la restauración estética del rostro, estimo procedente una indemnización de **$10.000**.----------

------*b) El daño psicológico estricto sensu*:----------

------Daray define al daño psicológico como *"la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de*

carecer patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder por ella" (Daray, Hernán "Daño psicológico". Astrea, IIª ed. Buenos Aires 2000, pág. 16), justamente es ese carácter patológico lo que lo distingue del daño moral en general. En si mismo considerado el daño psicológico puede tener entidad tanto patrimonial como extrapatrimonial. Ya me referí anteriormente a las disminuciones que para el patrimonio del actor tuvo el padecimiento psicológico y en consecuencia, aquí solo trataré la afectación espiritual o extrapatrimonial que pudo haber provocado.----------

------La experta describe el padecimiento psicológico de carácter patológico que ha sufrido el actor. El haber padecido una neurosis depresiva de grado IV hasta el año 2000 y de grado III hasta el presente, con todo lo que ello conlleva, tanto para la vida de relación como para la propia apreciación personal de la víctima implica una lesión de importante entidad cuyo resarcimiento se ha de calcular procurando proveer a la víctima una suma apta para compensar el demérito.----------

------Considero procedente un resarcimiento de **$30.000**.----------

------*c) Daño moral propiamente dicho*:----------

------Sostiene el actor recurrente que ha debido padecer dolores en el tórax, estados febriles intensos, molestias, permanentes consultas médicas, una derivación en estado de coma, la angustia de dos operaciones quirúrgicas, 60 días de internación. Solicita por el rubro la suma de U$S 180.000.----------

------Debo acotar que el actor no logró probar haber sido derivado en estado de coma desde Esquel a Bs. As. No obstante es evidente que padeció dolores intensos, molestias y sobre todo la angustia de tener

que someterse a dos intervenciones quirúrgicas, una de ellas de gran gravedad e importante riesgo conforme nos relata el Dr. C..--------

------A ello debo sumar el hecho de que por la gravedad de su estado debió ser trasladado lejos de su hogar, de su pueblo y de su gente lo cual sin dudas también agravó la intranquilidad de espíritu.----------

------Entiendo que una situación como la descripta causa una profunda lesión afectiva debiendo ser su resarcimiento igualmente importante.--

------Estimo adecuada una indemnización de **$40.000**.----------

------Por lo expuesto considero que la indemnización por daño extrapatrimonial debe ascender a la suma de **$80.000**.----------

------5) La responsabilidad de la codemandada C. M.:----------

----

------La C. M. S.R.L., codemandada en autos, impugna su responsabilidad arguyendo que ella sólo respondería por las deficiencias en al atención sanatorial y no por las que se atribuyeran a los médicos actuantes, ya que estos últimos no pueden ser considerados sus dependientes pues, siendo profesionales, gozan de autonomía.----------

------La cuestión ha sido ampliamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país.----------

------Dice Bustamente Alsina *"Se considera a las clínicas y sanatorios responsables porque asumen respecto del paciente una obligación tácita de seguridad, que actúa como secundaria de la principal de brindar asistencia médica, y no porque los médicos sean dependientes pues se supone que por su autonomía científica no reciben instrucciones" (Bustamente Alsina, Jorge "Teoría general de la responsabilidad civil", 8ª ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1993, pág. 518).* Otros autores fundamentan la responsabilidad de la clínica por el desempeño de los médicos en el provecho que obtienen de su actuación, lo que torna totalmente justo que carguen con las

consecuencias. Dice López Herrera *"...cualquiera sea la teoría, la doctrina mayoritaria llega a las siguientes conclusiones: A) La clínica responde de modo irrefragable, no puede liberarse acreditando que eligió o vigiló bien a los médicos. B) El deber de la clínica alcanza a los actos dolosos de los médicos y hasta aquellos en que el daño sea adjudicable a estos en base a un criterio legal de imputación de tipo objetivo. C) Los médicos también responden" (López Herrera, Edgardo "Teoría general de la responsabilidad civil". Lexis Nexis. Bs. As. 2006 pag. 592).* En igual sentido la jurisprudencia ha dicho *"el establecimiento médico es responsable si el personal médico omitió interpretar los síntomas y signos que padecía el actor, en ese caso endocarditis bacteriana, pues de haber sido diagnosticada correctamente hubiera habido posibilidades de evitar daños mayores" (CNac.Civ. Sala I 17/2/2005 "F.J.C. v. Sanatorio San Lucas" LL 2005-C-25-4-2005 conf. Cit de López Herrera, Edgardo "Teoría general de la responsabilidad civil". Lexis Nexis. Bs. As. 2006, pág. 592).*----------

------A todo lo dicho debo agregar que la relación entre el paciente y la clínica a la cual concurre, es un vínculo de consumo regulado por la Ley 24.240 ya que no rige respecto al centro asistencial la exclusión del art. 2º, la cual sólo se limita a los médicos. En consecuencia, la responsabilidad de las clínicas y sanatorios respecto al paciente, resulta alcanzada por las disposiciones del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor y por ello responden objetiva y solidariamente del hecho de los médicos que en ella prestan asistencia, aún cuando el contrato entre médico y paciente quede excluido del ámbito consumerista.-------

------Conforme a lo dicho concluyo que la responsabilidad del Dr. C. debe hacerse extensiva a la C. M. S.R.L.----------

------6) La responsabilidad del Instituto de Seguridad Social y Seguros:----------

------El ISSyS al contestar la demanda impugna su legitimación pasiva como responsable del daño padecido por G.. Dice que el actor tenía una amplia gama de prestadores médicos y clínicas en las cuales internarse, y si eligió al Dr. C. y a la C. M., no puede responsabilizar por su elección al ISSyS quien no tiene ninguna posibilidad de vigilar la calidad o eficiencia de los galenos y de los establecimientos médicos. Invoca culpa de la víctima la cual habría consistido en adquirir un catéter vencido y distinto al ordenado por los médicos del H. I..----------

------En primer lugar debo decir que la hipótesis actoral según la cual al Sr. G. se le habría colocado un catéter vencido provisto por la Dra. T. no resulta probada en autos, en consecuencia queda desvirtuada la exoneración por hecho de la víctima o de tercero pretendida por el ISSyS.----------

------En cuanto a la responsabilidad de las obras sociales, dice López Herrera *"Los establecimientos médicos no son los únicos que responden por los daños que sufra el paciente, sino que la jurisprudencia también ha extendido la obligación de seguridad a las obras sociales, las que responden tanto por los actos culposos de los médicos ... como también por los daños que sufra el paciente causados por los sanatorios" (López Herrera, Edgardo "Teoría general de la responsabilidad civil". Lexis Nexis. Bs. As. 2006, pág. 594).* También es profusa la jurisprudencia en este sentido (basta citar a modo de ejemplo *CNCiv. Sala A, 14/09/2004 "Feulien, Juan R. v. Obra Social Para el Personal de Edificios de Renta y Horizontal LL2005-B-659; CNac.Civ. y Com. Fed., sala 2° 4/11/2003 "Serrizuela Josefa v. Obra Social de Tintoreros, Sombrereros, Lavaderos y o." JA 2004-II-994 etc.).*----------

------Difícilmente una obra social tenga un solo prestador. Siempre el afiliado tendrá una posibilidad de elegir y la mayor o menor amplitud

de opciones no pueden exonerarla de responsabilidad. El ISSyS suscribe con cada profesional un contrato particular y debe tomar los recaudos necesarios respecto a la calidad y eficiencia de ellos, sin que el amplio número de afiliados y prestadores sea motivo de excusa. Por su parte, el afiliado confía en que el profesional al que su obra social le ha encomendado la atención, cuenta con la suficiente experiencia capacidad y eficiencia. Esta confianza no debe ser defraudada.----------

------Dice el codemandado ISSyS que no tiene posibilidad técnica de controlar a los profesionales prestadores, sin embargo ha tomado estado público, hace unos días, que el ISSyS ha decidido rescindir el contrato a dos médicos de la provincia por cobrar sobreprecio a las consultas. Es evidente que el ISSyS no sólo tiene la plena posibilidad técnica de controlar a los profesionales sino que, en otras oportunidades, la ejerció de forma efectiva. Ha dicho la jurisprudencia *"No puede imponerse al enfermo la carga –imposible a su alcance– de verificar las condiciones en que presta el servicio médico-asistencial y la aptitud profesional de los médicos que se desempeñan en cada uno de los establecimientos que fueron contratados por la obra social. Cualquiera sea el elegido subsiste la responsabilidad de la obra social, porque dada la modalidad del cumplimiento de la obligación de prestar cobertura al afiliado ninguna duda cabe de la responsabilidad de la obra social por el incumplimiento de las obligaciones que incumben a los sanatorios en la atención de los enfermos" (CNCiv. Sala G, junio 25-981 "Abalo, Omar U. c. Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor y otros) LL XLII. A-I 717, sum. 182).*-

------Al igual que en caso de los establecimientos sanatoriales, el asociado a una obra social contrata con la misma la prestación de un servicio para su consumo personal o de su grupo familiar o social. Surge entre ambos una relación de consumo tipificada por el art. 1° de la Ley 24.240 sin que la exclusión del art. 2° resulte aplicable al caso.

La responsabilidad de ISSyS es objetiva y solidaria a la de los médicos y sanatorios, tal como lo manda el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor. La codemandada no logró probar ninguno de los factores de interrupción del nexo causal y debe responder. ----------
------Asimismo, corresponde hacer extensiva la condena a la citada en garantía **L. C. D. S. S.A.** hasta el límite de la cobertura pactada.--------
---

------7) Costas y honorarios:----------

------Conforme a la solución que propongo deben adecuarse, atento lo dispuesto por el art. 282 de la Ley XIII N° 5 DJP (antes Ley 2203, en adelante CPCC), las costas y los honorarios fijados en la anterior instancia, entendiendo que deberán ser soportadas las costas en un 90% por el actor y en un 10% por el demandado, pues a pesar de haber resultado vencedor aquél, la demanda prosperará por un monto muy inferior al reclamado. Respecto a la posibilidad de distribuir parcialmente las costas, ha dicho la jurisprudencia *"Esta norma no sujeta al juez a una solución estrictamente matemática en lo concerniente a las costas en caso de vencimiento parcial y mutuo. Por el contrario, si bien indica una pauta al sentenciante, la consideración del éxito obtenido, no predetermina rigurosamente su criterio sino que brinda al juzgador la alternativa de compensar las costas o de distribuirlas entre los litigantes y aun en este último supuesto, el reparto no habrá de ser aritmético, sino prudencial y, va de suyo, acorde con las peculiaridades de la causa" (CNCiv. Sala D 5/10/82 LL1983-A-297 conf. cit de Giangrasso, Antonio José. Depalma. Buenos Aires 1989, pág. 92)* pues *"No se trata, como se ha visto, de efectuar una comparación puramente aritmética entre lo que se admite y lo que se desestima, sino de valorar los respectivos comportamientos (CNCiv. Sala G, 11/10/84. ED 116-612 conf. cit de Giangrasso, Antonio José. Depalma. Buenos Aires 1989, pág. 92).* Fijar, en definitiva, los

emolumentos por la labor desarrollada en la anterior instancia, teniendo en cuenta para ello el monto del proceso y la efectiva labor desarrollada y resultado obtenido, merituada en base a las disposiciones de los arts. 5, 6, 7, 8, 18, 36, 38, 46 y 60 de la Ley XIII N° 4 DJP (antes Dto. Ley 2200) un 28% para el Dr. O. S. G., en un 12% para los Dres. H. A. S., R. L. y C. M., en conjunto y como apoderados de C. M. S.R.L. y Sr. E. C., en un 6% para el Dr. R. M. M., en un 6% para los Dres. R. A. V. y V. E. R., en conjunto, en un 3% para el Perito Médico Dr. C. R. C., en un 3% para la Perito Farmacéutica L. V. W., en un 4% Perito Médico en Psiquiatría Dra. S. L. M., en un 1% para la Perito Calígrafo M. R. B. y en un 1% para el Perito Médico en Cirugía Estética Dr. M. Á. D., todos los porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso que se determine. Asimismo y atento a como ha quedo resuelta la cuestión, corresponde imponer las costas de la presente instancia a las demandadas, conforme al principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCC) y regular los emolumentos correspondientes a la tarea efectuada en esta Alzada. (art. 13 de la Ley XIII N° 4 DJP (antes Dto. Ley 2200).----------

------A la MISMA CUESTIÓN, la Dra. GONZALEZ de VICEL dijo:----------

------Que vienen estos autos para resolver la apelación planteada contra la sentencia que luce en las páginas 1265/1274 y por la cual el Juez de Primera Instancia resolvió rechazar la demanda de daños y perjuicios interpuesta por A. G. contra “C. M. S.R.L”, E. C., “Instituto de Seguridad Social y Seguros (SEROS CHUBUT) y “L. C. D. S.” S.A., citada en garantía, e imponer las costas del pleito al actor, regulando honorarios a todos los profesionales actuantes.----------

------El perdidoso presentó sus quejas en el memorial que se glosó en las páginas 1313/1341 vta., y anteriormente, en el mismo escrito

recursivo, lo hizo el Dr. O. S. G., apoderado del accionante, por estimar bajos los emolumentos que le fueran regulados en la sentencia y altos los determinados a los letrados de las partes demandadas.----------
---

------**Los agravios**.----------

------El apoderado del actor expresa que el hecho motivador de la demanda se produjo el día 25 de noviembre de 1999, ocasión en que el Dr. E. C., profesional de la medicina que en ejercicio de su ciencia, colocó al Sr. G. un catéter en la vena subclavia con el fin de suministrarle medicación, olvidando la guía (cola de ratón, cuerda de violín o de piano) en la humanidad del demandante, quien a consecuencia de la acción de ese elemento sufrió una descompensación cardiaca, e inconvenientes de salud que motivaron una intervención quirúrgica del corazón.----------

------Cuestiona, entonces, que la sentencia se apoye únicamente en la pericia médica llevada a cabo y que exonera al médico demandando, despreciando las restantes pruebas reunidas que, a su juicio, la desvirtúan (declaraciones testimoniales de médicos tratantes, absolución de posiciones, contenido de la historia clínica), y analiza los yerros que –dice– contiene el fallo respecto de las apreciaciones de la experticia.----------

------Seguidamente agrega que la vinculación médico paciente es de naturaleza contractual, y en el supuesto juzgado se está frente a una obligación de resultado, y no de medios como se afirmó en la sentencia. Aduce, en respaldo de esa posición, que G. requirió los servicios médicos del demandado para la colocación de un catéter, y que el procedimiento para la práctica, se halla previamente establecido, habiendo asumido el Dr. C. el logro del resultado: colocar el catéter sin daño para el paciente.----------

------Reconstruyendo los hechos, afirma que el médico demandado debió efectuar una verificación posterior (rayos x o ecografía) para confirmar el éxito de la práctica o su yerro, y describe las anotaciones de la historia clínica relacionadas con los dolores o molestias no advertidos, las prácticas posteriores realizadas en otros centros asistenciales, y el diagnóstico de endocarditis, el drenado de un derrame y la perforación cardiaca que, sostiene, sufriera y fuera provocada por la cuerda de violín o cola de ratón no extraída y que se introdujo –lesionándolo–, en el músculo cardíaco.----------

------Critica la sobre valoración de la pericia médica efectuada en la anterior instancia, con cita de doctrina y jurisprudencia que considera aplicables, machacando en que el dictamen contiene contradicciones, falacias y carece de respaldo en las constancias del expediente. Confronta la misma particularmente con las declaraciones testimoniales. Pretende, en definitiva, la revocación del fallo, y deja planteado caso federal.----------

------La pieza procesal así resumida mereció el responde del Dr. H. S., representante de la demandada, quien requirió la confirmación de la sentencia (ver páginas 1351/1354) entendiendo que el memorial no llena el recaudo mínimo de pieza autosuficiente, citando el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial, que en rigor se corresponde con el artículo 268 de la Ley XIII- Nº 5 DJP (antes Ley 2.203) y sólida jurisprudencia vinculada con el tópico.----------

------Básicamente adujo que el escrito recursivo importa una simple disidencia con la apreciación de los medios de prueba que se aportaron, citando también jurisprudencia del Tribunal Cimero acerca de la no obligatoriedad para los jueces de analizar todos los medios de prueba, sino sólo aquella conducente a la solución del litigio.----------

------No obstante, solicitó se sostenga la sentencia desde que si bien el diagnóstico de endocarditis dio lugar a la operación “a cielo abierto”

que le fuera realizada al actor en el H. I., esa diagnosis no fue comprobada en la intervención quirúrgica, emergiendo de la historia clínica que padecía de “trombos en pared libre de aurícula derecha, válvula tricuspidea sin aspecto infeccioso. Engrosamiento pericárdico”. Replicó también que la infección crónica que portaba el actor no fue causada ni agravada por la presencia de la cuerda de violín que fue extraída fácilmente; no se le detectaron en dicho nosocomio entre los días 13 al 17 de Enero de 2000 procesos infecciosos y ello demuestra, afirmó, que el tratamiento realizado por medio del catéter dio resultados. Transcribió fallos judiciales que valoran las pericias médicas y su importancia en juicios como el presente.----------

------También opuso a la postura de la parte apelante la circunstancia de que el aB. del actor requirió explicaciones y fueron satisfechas. Desde que no objetó la experticia, tildó de extemporánea la queja a esa prueba realizada al expresar sus agravios. Agregó que el actor también cuestionó la Historia Clínica en la que se basó el perito, remarcando que fue aportada por esa parte y tenida a la vista para elaborar la demanda, citando nuevamente jurisprudencia, ahora sobre el valor de ese documento en los juicios de mala praxis.----------

------Respecto de los testimonios de los dos médicos en los que se apoya el actor para criticar el fallo, adujo que sus dichos se referían a cuestiones tangenciales como la certidumbre o no de la mentada cuerda de violín en el cuerpo de G., o su estado para ser derivado a Buenos Aires.----------

------Finalmente, en seis puntos, sostiene la sentencia dictada y pide se impongan costas a su contraria.----------

------**El fallo apelado.**----------

------Luce en las páginas 1265 a 1274 la sentencia cuestionada, y mediante la cual, luego de resumir las posturas de las partes el juez de la instancia originaria juzgó que procedía el rechazo de la pretensión

del Sr. G. de ser indemnizado por la suma de U$S 656.600 (seiscientos cincuenta y seis mil seiscientos dólares), por los daños que dijo producidos y los perjuicios que afirmó sufridos en ocasión de serle colocado un catéter con la finalidad de suministrarle antibióticos (tratamiento prolongado), en fecha que ubicó el día 27 de noviembre de 1999.----------

------Decidió de este modo el sentenciante luego de sentar que en el derecho argentino existen dos sistemas de responsabilidad: la contractual (artículo 1197 del Código Civil de la República Argentina) y la extracontractual o derivada de los delitos o cuasi delitos (artículo 1109), y señalar que la derivada de la actividad médica comenzó siendo ubicada en la órbita extracontractual o aquiliana, para afirmar que en la actualidad, se asienta en el primero de los sistemas, y explicar la razón de esa afirmación.----------

------Posteriormente distinguió el fallo entre obligaciones de medios y de resultado, estableciendo que la primera de ellas es la que engloba al desempeño médico en la generalidad de los casos.----------

------Discurrió luego sobre los presupuestos de la responsabilidad civil, y anunció que se abocaría a determinar si en el caso, ellos se han probado, entendiendo que el paciente demandante debería probar su relación con el médico, el daño causado por éste, su conducta culposa y la relación causal entre la conducta y el daño, al asimilar el carácter de su responsabilidad con la situación procesal semejante –en lo que hace a la prueba de lo afirmado– a la reparación de un acto ilícito o cuasidelito.----------

------Tuvo por cierto que el médico C. practicó al paciente G. la intervención de colocación del catéter en la clínica M. S.R.L. de esta ciudad, elemento éste provisto por el actor. Seguidamente se abocó en particular a la valoración de las pruebas rendidas a fin de determinar si existió relación causal adecuada entre el daño y su causa, aclarando que

la causalidad no requiere simultaneidad en el tiempo, pero sí que tal comprobación sea provista por el actor.----------

------Recuerda el fallo, también, que la responsabilidad médica reviste naturaleza subjetiva, y por tanto enmarcada en el concepto de culpa.---

------Seguidamente el juez analizó el dictamen pericial tal cual fuera provisto al trámite, con más las explicaciones brindadas a pedido del actor, despreciando las críticas que realizó el aB. del actor en la instancia de grado por no tener ellas base científica, y haberle brindado la experticia la convicción de que los daños reclamados no se corresponden con la actuación del profesional médico demandado, al menos no con el grado de causa adecuada necesaria. Concluyó afirmando que la demanda se rechaza fundándose en los arts. 901, 902, 906, 1109, 1137, 1197 y ccs. del Código Civil de la República Argentina.-

------**Tratamiento de los agravios.**----------

------I) La pieza conocida como memorial de agravios, constituye un elemento procesal de indudable importancia, por cuanto de su contenido emerge la voluntad del quejoso de que la sentencia que le fue perjudicial se revoque, debiendo para ello refutar las conclusiones establecidas en la instancia originaria, mediante la demostración minuciosa de los errores analíticos de los hechos y la prueba, o la incorrecta aplicación del derecho.----------

------Por eso, disentir con lo analizado por el juez, sin brindar paralelamente las bases jurídicas que superen un punto de vista dispar al sostenido, es decir, sin precisar el desacierto del juez, no puede ser considerado expresión de agravios en sentido técnico. En ese sentido, se ha juzgado que: "*Para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada.*" C.A. de Trelew - Sala

B - Numero: 175 - Protocolo de Sentencia: Interlocutoria - Año: 2004 Sumario 17334, EUREKA GOLD.----------

------Debo decir que, aunque estrecho en cuanto al real contenido de la queja (a la vez que profuso y rimbombante en adjetivos calificativos), el memorial de agravios satisface mínimamente el requisito de crítica concreta y razonada del fallo, conforme explicaré de seguido.----------

------Disiente el quejoso con el resultado del pleito básicamente porque el juez de primera instancia analizó la pericia producida y en ella se apoyó para rechazar la demanda, sin atender a otras pruebas que produjo para conformar su postura.----------

------No otro denuesto opuso a la sentencia, pese a que mencionó la distinción entre obligaciones de medio y resultado que se realizara en el fallo, y afirmó que la del médico C. pertenecía a la segunda categoría, aunque en rigor, volvió sobre las consecuencias que la prueba pericial apreciada por el juez produjo en su postura, por lo que mi voto se circunscribirá al agravio único que consistió en intentar desvirtuar las razones del sentenciante para decidir con base en la pericia médica (sub dividido por el apelante en al menos nueve embates, pero siempre orientados hacia el análisis de la prueba en cuestión).----------

---

------Aún cuando dijo criticar que no se trataba de una obligación de medios, afirmando que el Sr. G. contrató con el médico C. un resultado específico (la colocación de un catéter para proveerle antibióticos sin dañarlo) y aseverando que el sentenciante juzgó incorrectamente la carga de la prueba al encuadrar el hecho como obligación de medios (asimilándola a la que debe producirse en el juzgamiento de los cuasidelitos), soy de opinión que sus apreciaciones revisten calidad de meros desacuerdos.----------

------Y es que, repasando el apartado “encuadre jurídico del caso” (páginas 1325/1327 vta.) no advierto que haya efectuado una crítica

concreta, específica, nodal, del agravio que la postura doctrinaria seguida en la anterior instancia le causara, en especial, porque no explicó cómo el resultado dañoso se hubiese –concretamente– evitado. Es decir, si bien aseguró el apelante que el protocolo apuntaba que una práctica complementaria de imagen (radiografía o ecodoppler) hubiese indicado el éxito o fracaso de la obra contratada, y en su caso, modificar la maniobra de no ser satisfactoria, pese a que criticó la falta de realización de la imagen, no especificó por qué la motivación *jurídica* dada en la sentencia (acerca de que se trataría de una obligación de medios) lo agravia, sosteniendo únicamente que el médico no chequeó si la intromisión del catéter le causó un daño pese a que se mantuvo su internación en la Clínica, lo cual en modo alguno reviste calidad de argumento jurídico para rebatir la postura doctrinaria asumida por el juzgador, por tratarse de cuestiones fácticas y haber confundido resultado exitoso con "obligación de resultado". Y olvidado que la conducta debida por el médico es habitualmente condición necesaria para obtener el resultado, pero no es condición suficiente.----------

------En la generalidad de los casos, el médico se limita a satisfacer una obligación de medios, ya que se compromete a desplegar una conducta diligente, cuidadosa, prudente y científica, destinada a curar o mejorar al enfermo (Prevot, Juan Manuel, "*Responsabilidad Civil de los Médicos"*, Abeledo Perrot, pág. 425). En casos excepcionales debe garantizar una finalidad determinada, como es el supuesto de anatomopatólogos, laboratoristas, intervenciones corpóreas menores, y especialmente la cirugía plástica (estética o reparadora).----------

------El supuesto de mala praxis acusado vincula el quehacer de un médico cirujano, quien –independientemente de la complejidad o simplicidad de la intervención– compromete su sapiencia y el desarrollo de una conducta prudente y conforme las reglas del buen arte de su especialidad, desplegado sin daño para el paciente. No se

promete remediar un estado patológico mediante maniobras invasivas en el cuerpo afectado, y por eso no se implica en la contratación la cura del destinatario de su actividad, sino sólo la prestación, esto es, la puesta a disposición del saber científico que se haya sometido al alea, a la existencia de factores endógenos y exógenos que escapan a su caudal de conocimientos, motivo por el que la actividad del cirujano constituye una típica obligación de medios.----------

------De allí que considero que el memorial, en este punto (obligación de medios o de resultado, como debate jurídico), no califica más que como mera discrepancia vinculada con los hechos y lo peritado, pero no como un embate que merezca mayor profundidad analítica.----------

------Advierto además que el colega del primer voto ha volcado la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados, y a tan clara reseña sólo resta aportar que, conforme doctrina del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia: "*Ha de reiterarse que la responsabilidad del médico es una responsabilidad de medios, y no de resultados, y en autos la Excma. Cámara presume la culpa del médico estando a cargo de éste la prueba de que cumplió con la atención debida. Pero al no producirlas se mantienen las presunciones sobre el incumplimiento atribuible a título de culpa y causación del daño*." STJCH, 3-8-99 autos caratulados: "I., E. M. c/E.,J. C. y otro s/Daños y Perjuicios" (Expte. N 16.865-I-1999) N° 52 S.R.E.----------

------No obstante, en su memorial el apelante recordó que el demandado C. no asentó en la Historia Clínica ninguna referencia a la actividad profesional desarrollada en el organismo del actor, y también es cierto que al absolver posiciones tanto a título de representante de la Clínica demandada cuanto en su calidad de co deudor negó la práctica médica, más estas circunstancias no hacen a la tipología de la obligación, que sigue siendo de medios, de naturaleza contractual y signada por el deber de actuar diligente conforme a la naturaleza de su

prestación, puesto que de acreditarse impericia, imprudencia o negligencia, el profesional falta a su obligación y se coloca en posición de deudor culpable (artículo 512 del Código Civil de la República Argentina).----------

------Lo cierto, entonces y en definitiva, es que la cuestión dirimente que me toca juzgar en esta instancia está dada por el embate realizado a la prueba pericial, en función del resto de los aportes respaldatorios de las posiciones sostenidas por las partes para dirimir el conflicto, y sin perjuicio de la aplicación al caso de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en su caso, dada la mejor posición del profesional médico frente al hecho alegado como causal de la reparación pretendida.--------

------II) Recordemos que la responsabilidad civil profesional es aquella en la que incurre el que ejerce determinada profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone; requiere por lo tanto, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.----------

------A su vez, debe señalarse que la culpa puede presentarse bajo tres facetas distintas: como "negligencia", cuando el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, no hace lo que debe o hace menos; como "imprudencia", cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin prever por entero las consecuencias en que puede desembocar ese actuar irreflexivo, es decir se hace lo que no se debe o más de lo debido y, por último, con especial referencia a los profesionales, como "impericia" o sea el desconocimiento de las reglas y métodos pertinentes, ya que es obvio que todo individuo que ejerce una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de la misma y obrar con la previsión y diligencia necesaria con ajuste a aquellos (SCJBA Ac.31702).----------

------Como ha quedado sentado en la anterior instancia, la responsabilidad civil de los médicos no es ajena a la exigencia de los presupuestos generales, y al haber sido la relación de causalidad el

factor decisivo de la suerte de la demanda, será ese el tópico agraviante a revisar, y en su caso, y dependiendo del resultado, los restantes.----------En punto a ello, Romeo Casabona advierte que la comprobación de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo científico o tecnológico, pues en ocasiones se desconoce cómo se desenvuelven con exactitud los procesos causales de las aplicaciones científicas y tecnológicas (autor citado, *"Perspectivas" en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil" citado por DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil", p. 76, Ed. Civitas, 1995).*----------Siguiendo su postura, replico que la cuestión se agrava tratándose de la responsabilidad civil médica pues a las dificultades generales ha de sumarse la de que frecuentemente el paciente demandante queda inerme e indefenso, no sólo por la carencia de conocimientos suficientes para percatarse de que el daño sufrido ha sido causado por un acto profesional, sino también por no estar a su disposición los medios, materiales o documentos mediante los que podría probar la relación de causalidad. Es frecuente que los elementos probatorios hayan desaparecido al consumarse la prestación profesional, se encuentran en poder del experto o de la entidad o institución donde éste presta sus servicios, no han sido debidamente resguardados, han desaparecido intencionalmente, etc.----------En virtud de esta realidad, a nivel doctrinario, pero también jurisprudencial, emerge cada vez más fuertemente una tendencia a afirmar que *cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia* (me he nutrido de la cita número 7 del trabajo “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil

(Hacia un alivio de la carga probatoria)" del Dr. Vázquez Ferreyra, Roberto A., publicado en LL 1996-D,988 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 615).----------

------No obstante que debiera ser evidente, recuerdo que son los medios de prueba allegados al proceso los que brindarán el material para dirimir la procedencia o no de indemnización por responsabilidad profesional, y que la duda no siempre se resolverá a favor de la existencia del nexo causal, puesto que si bien se ha optado por conferir un elevado valor a las presunciones judiciales, teniendo en cuenta las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente, o aplicado la regla de carga de la prueba sobre quien se hallaba en mejores condiciones de aportarla, evidenciados ciertos datos se ha juzgado con sumo acierto que: "*... el juez debe deducir la culpa médica no probada en forma directa; así corresponde considerar probada la culpa si el daño, según la experiencia común, no puede explicarse de otro modo que no sea por la culpa médica, a menos que el demandado aporte prueba eficaz para liberarse de responsabilidad*" (09-08-02, Sentencia Definitiva, Magistrados: D. Luis Caneo - Fernando Nahuelanca – EX: "M., S. C/ P., C. y Otros s/ Daños y Perjuicios", Tribunal de Origen: Juzgado Civil y Comercial Nº 3).----------

------En definitiva, y siendo que en caso de duda acerca de la existencia o no del nexo causal, en los casos en que se invoca impericia o negligencia en el desarrollo profesional, se presume que ocurrido el daño el agente provocador fue la actividad desarrollada por el profesional si el quebrando no puede explicarse de otro modo, la carga de la prueba en cabeza de quien alega el hecho se morigera, y se redistribuye. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos caratulados: "Plá, Silvio R. c/ C. Bazterrica S.A y Otros" (sent. 04/09/01) ha sostenido, y no debe ser soslayado en este resolutorio que: "*En materia de mala praxis, donde se trata de situaciones*

complejas que no resultan ser de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de "la carga dinámica de la prueba " o "prueba compartida", que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva el deber de hacerlo".----------

------En supuestos de responsabilidad civil de los médicos, la prueba por excelencia la constituye la Historia Clínica del paciente (en adelante HC), o al menos es considerado un documento de relevancia decisiva, pues permite observar la evolución médica del enfermo, las complejidades de la salud humana, enjuiciar los actos médicos realizados comparándolos con estándares determinados, y –en ocasión de juicios por la actividad profesional–, coopera para restablecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y del daño. Tanta es su importancia que si la HC incumple con el deber de información que tiene el médico y que se debe exteriorizar a través del documento, ello constituye un desmedro para el profesional obligado a su confección, pues de otro modo se colocaría en posición privilegiada respecto del paciente, que sólo puede recurrir a ese elemento para llevar registro de los padecimientos de salud, y de la correcta atención que se le procura.----------

------En este orden de ideas, tanta es la importancia de dicho elemento, que de él se podrán extraer las consecuencias positivas como negativas del despliegue de la actividad profesional, y así se ha juzgado que: "*No aparece abundante dejar sentado que el profesional de la medicina tiene el derecho de ampararse en una historia clínica veraz y completa pero, a la vez, debe soportar las consecuencias contrarias que puedan extraerse de una historia clínica deficientemente elaborada y en la cual las omisiones pueden aparecer como un eventual intento de proteger su propia posición ante las falencias o*

defectos del diagnóstico o del acto quirúrgico practicado" (CNCiv., Sala E, "W. de R. E.M. c/ H. I. s/ daños y perjuicios", 28-05-97).----------En la historia clínica se registran los actos médicos, los acontecimientos farmacológicos, quirúrgicos, prácticas de laboratorios, evolución de tratamientos, etc. "*es, en definitiva, el documento en el que confluye un conjunto de elementos ordenadamente dispuestos mediante el cual se puede determinar un diagnóstico y efectuar el seguimiento de la evolución del estado del paciente; siendo necesario que en los mismos figure por lo menos la causa de ingreso, el relato del paciente sobre la consulta, antecedentes personales que hacen a la salud o enfermedad del sujeto, diagnóstico presuntivo, diagnóstico definitivo, evolución y tratamiento o indicaciones que la acompañan, estudios complementarios, exámenes de laboratorio, radiológicos, exámenes complejos, etc., revistiendo dicho documento carácter primordial en la dinámica de la asistencia médica pudiendo enumerarse las siguientes funciones: I) servir como base para la planificación de la atención del paciente y su seguimiento en la evaluación de la condiciones del mismo; 2) proveer evidencia documental del curso de la evaluación; 3) documentar la comunicación entre el profesional responsable por el paciente y todo otro profesional que contribuya a su atención; 4) asistir a la protección legal de los intereses del paciente y del profesional responsable y 5) proporcionar datos utilizables en la educación continua y en la investigación. Constituye además un documento personal debidamente identificado que se conformó con la información verbal aportada por el paciente y el médico tratante.*" (tan completa descripción fue plasmada en el primer voto emitido por la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia en autos "A., N. C. c/

D. S. y otro s/ Daños y Perjuicios", Expte. Nro. 12.673/01 en fallo del 25/9/07).----------

------III) Ahora bien, aligerar o flexibilizar (en beneficio del paciente) las exigencias probatorias del nexo causal en aquellos procesos seguidos por mala praxis médica, no implica otra cosa que ponderar la pericia elaborada conforme al contenido de esa Historia Clínica.---------

------Insisto en esto: ponderar jurídicamente, es decir, analizar ambas pruebas conforme las reglas de la sana crítica y determinar si el hecho alegado ha tenido la suficiente entidad para causar el evento dañoso, de conformidad a las explicaciones brindadas por el experto, con base en los antecedentes médicos volcados (u omitidos con desprecio de la obligación de realizar el seguimiento de la actividad profesional) en la HC.----------

------Si bien debo recordar aquí que los dictámenes de los expertos en ciencias distintas a la jurídica no pueden erigirse en elementos imbatibles y ajenos al análisis de las reglas lógicas de mérito, tratándose de un tema del grado de especificidad como el traído, para revertir las conclusiones del experto también debe contarse con elementos de convicción suficientes, de la misma entidad que aquel que resultó único soporte de la sentencia.----------

------No son las apreciaciones de las partes o los pareceres de los jueces, lo que fundan los fallos judiciales, sino las pruebas vertidas sobre los hechos acaecidos, o las presunciones que indicios graves, precisos y concordantes arrojan, los que permiten la reconstrucción de una verdad histórica aproximada, merced al análisis concienzudo, riguroso e imbuido de conocimiento jurídico y máximas de experiencia, denominado “sana crítica”.----------

------Del mismo modo que no es un análisis parcial de la prueba, sino su juicio integral, lo que arroja como resultado una sentencia con fundamento no aparente. A propósito de ello, la Corte Suprema juzgó

que: "*No constituye un pronunciamiento judicial válido la sentencia que al interpretar la prueba se limitó a un análisis parcial de los elementos de juicio, omitiendo la ponderación de otros que, integrados y armonizados con aquellos, podrían resultar conducentes para la solución del pleito, defecto que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica corresponde a los medios probatorios*." *(*"Ferreyra de Cortez, Irene René y otro c/ Peralta, Luis Eduardo y otro".27/06/02. CSJN, 325:1511*).*----------

------IV) Antes de ceñirme al análisis del agravio que la sentencia le causó al Sr. G., señalo que el perito designado y cuya labor resultara criticada, introdujo una serie de apreciaciones que, a pesar de la atinente cita del juez respecto de que las construcciones meramente conjeturales o intuitivas deben ser superadas por el análisis riguroso conforme las reglas de la sana crítica, no fue respaldada al dictar el fallo. O al menos no se apuntó una consideración especial acerca de la cuestión, lo que me obliga ahora a dar respuesta a la crítica formulada por la parte actora.----------

------En efecto, en las páginas 1050/1054, luego de afirmar que indudablemente existió la cuerda de violín, adujo el auxiliar judicial que desde el punto de vista médico había dos opciones: a) tenerla alojada del procedimiento anterior llevado a cabo en el H. I., y al colocar el nuevo catéter, empujar aquel elemento, produciendo las lesiones cardíacas o b) dejar por error en el último procedimiento (el hecho dañoso), la cuerda en la vena yugular, explicando que es difícil que en ese segundo supuesto se produzcan las lesiones cardíacas que sufrió el actor.----------

------Introduce así una hipótesis (la consignada en primer lugar) que por ajena completamente a la litis, y responder únicamente al plano conjetural, deber ser ubicada en idéntico sitio que aquellas cuestiones no sometidas a juzgamiento en la primera instancia y que se pretende

hincar ante el Tribunal de revisión, es decir: ser desechada de plano. Si en este Tribunal de Alzada no se respetara tal limitación y nos pronunciáramos más allá de lo permitido, la sentencia respectiva sería incongruente por vulnerar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad. Si por acaso esto no se advirtiera y se superara este marco de operatividad, siquiera con margen de duda, se produciría el quebrantamiento del principio de congruencia al expedirse sobre hechos no planteados o, como en el caso, meramente presuntos.----------

------Desplazada entonces esta posibilidad, resta analizar la que fuera motivo de queja del apelante.----------

------V) Para rebatir la sentencia que se apontocó en la pericia médica llevada a cabo por el Dr. C., se valió el actor de la interpretación que realizó de los dichos de los testigos M. y W., médica clínica y cardiólogo, *respectivamente*. Igualmente de algunas anotaciones de la Historia Clínica y lo informado por la Academia Nacional de Medicina.-

---

------El Dr. W. reconoció que se le plantearon dudas respecto de la presencia del cuerpo extraño intracardíaco y si era perforante, y así lo consignó en el informe, en términos interrogativos (“guia?”) más no aseguró al testificar que eso fuera lo que visualizó porque no lo posibilitaba el método ecocardiográfico (ver respuestas a las preguntas 4 y 5, páginas 581/582). Aclaró que presupuso la existencia de un elemento perforante, y mencionó la necesidad de realización de un cateterismo cardiovascular urgente al Sr. G.. Ante preguntas que se le efectuaron este profesional médico describió que *la existencia de una perforación cardíaca genera peligro de que se trasvase sangre al pericardio y genere un coágulo o un taponamiento cardíaco que dificulte su funcionamiento como bomba*. Señaló luego que sugirió su derivación porque el estado era grave, y de una placa radiográfica que

se le exhibió extrajo que el corazón que allí se veía tenía una hipertrofia ventricular izquierda (cuyos orígenes patológicos son múltiples), aclarando que no existía certeza que perteneciera al Sr. G.. No obstante recordó la presencia de un síntoma al momento del examen: taquicardia sinusal significativa (frecuencia cardíaca elevada), sin dolor.----------

------A mi ver, nada nuevo aporta este testimonio a lo que se relevara en la pericia: el elemento extraño (la guía de alambre o cuerda en la que se introduce el catéter para su colocación) estaba en el organismo del paciente, al momento de decidirse en Esquel su derivación al H. I.. No se comprobó con esta prueba que dicho elemento haya perforado el corazón del paciente, por lo que deberemos continuar profundizando el análisis.----------

------La profesional médica S. M. fue quien dispuso la realización de la placa de tórax, hallándose en esa ocasión el hilo metálico. Al ser consultada por la causa de la internación, manifestó que no tenía diagnóstico preciso, sin embargo agregó: "*Cuando yo lo interné a G. ... pensé que tenía una endorcarditis bacteriana por su historia*", recordó que tenía un cuadro de disnea, taquicnea, agitación, descompensado (testimonial de fs. 588 y sgtes, preguntas 13, 14 y 15), y consultó con los Dres. C. (que le había colocado el catéter), D. (que lo había retirado) y W. (porque se trataba de un cuadro cardiológico). Dijo al responder la pregunta número 23 que el Dr. W. le mencionó que era un elemento metálico que había perforado el corazón y había hecho un derrame importante. Aclarando la respuesta que brindó respecto de su suposición de endocarditis bacteriana, manifestó que cuando una persona sin antecedentes cardíacos tiene una descompensación y ha sufrido procedimientos invasivos (como un catéter) o extracción de muelas, existe la posibilidad de que una bacteria que coloniza las

válvulas del corazón actúe.----------

------A esta altura de la aplicación de las reglas de la sana crítica, puedo afirmar con convicción que en el organismo del actor fue dejado un cuerpo extraño en ocasión de practicársele el procedimiento invasivo destinado a procurarle tratamiento antibiótico (la guía utilizada para la colocación del catéter en la vena subclavia), y de ello dan cuenta no sólo las declaraciones testimoniales de los galenos locales cuyos dichos he citado, sino también lo expresado por el Dr. F. (fs. 857/858), la pericia médica y la HC.----------

------Por eso, y con el mismo rigor, sostengo que la conducta procesal del médico demandando, que bajo el amparo de la garantía constitucional de no inculpación (bastardeada hasta límites enojosos, en ésta como en tantas otras causas judiciales), dista mucho de ser la esperable en un profesional que ha prestado el juramento hipocrático y se presupone en un ciudadano responsable.----------

------Sencillamente el médico C. mintió, y no tuvo en cuenta en su accionar que su condición de médico lo colocaba en el deber de ser veraz en lo mínimo, conforme expliqué al inicio de mi voto, entendiendo por mínimo reconocer la realización de una práctica que conforme la HC había sido efectuada por él.----------

------No puedo menos que señalarlo en este estadio del análisis, sin perjuicio de que estrictas razones de criterio objetivo me llevan a dejar de lado la faz subjetiva de su accionar, más propia del ámbito ético o moral, para enfocar la cuestión en el agravio concreto.----------

------A ello agrego que en un estudio llevado a cabo por médicos del prestigioso Hospital de la Comunidad, de la ciudad de Mar del Plata y publicado en http://www.hpc.org.ar/images/revista/291-v6n2p21.pdf se hace referencia a la realización de radiografía torácica de rutina, luego de que el efector culmine la práctica del cateterismo, abonando lo

plasmado en torno al punto por la Academia Nacional de Medicina, y explicado por el perito C., que primigeniamente dijo que no lo consideró necesario.----------

------Es decir que además de su cerril postura, el demandado C., fue negligente en la realización de la práctica, puesto que hizo menos de lo debido para el tipo de proceso que desplegó en el cuerpo de G.. Aunque, y lo aclaro desde ahora, ello no conlleva automáticamente a atribución de culpa en sentido jurídico, puesto que ya dije (ver punto Tratamiento de los agravios, apartado II, segundo párrafo) que la negligencia como requisito para la imputación de culpa en la responsabilidad civil médica, importa que la actividad omitida haya sido útil para evitar el resultado dañoso.----------

------En este caso, pese a la mendacidad de C. y su desidia, resulta comprensible la afirmación del perito en cuanto a la no necesariedad de la radiografía, puesto que la experticia la realizó el perito C. considerando integralmente un caso concreto: el del Sr. A. G., teniendo a la vista su HC, las maniobras realizadas sobre su organismo, su necesidad, los resultados de ellas, las acciones y las omisiones.----------

---

------De la confrontación de la pericia y los dos trabajos mencionados emerge en mi opinión la siguiente conclusión: el informe de la Academia Nacional de Medicina y los datos de la *Revista del Hospital Privado de Comunidad 2003;vol 6, nº 2,* sobre cateterización venosa subclavia que cité, revisten calidad de protocolos de actuación, y dan cuenta, en rigor, de un catálogo de pautas cuyo incumplimiento puede –pero no necesariamente debe–, dar lugar a responsabilidad profesional. La afirmación que hizo el perito sobre la innecesariedad de la placa se explica, evidentemente, por la conclusión general a la que arriba en su labor específica: el dictamen.----------

------En definitiva, en eso consiste la prueba pericial en los procesos de mala praxis médica: analizar y plasmar la historia de la salud o la falta del estado de bienestar que ella implica, y los métodos curativos empleados.----------

------Mientras que corresponde al juzgador, en función del débito del profesional, determinar si el paciente en tanto portador de determinada dolencia, vio satisfecha adecuadamente la obligación que le era debida, o si existieron omisiones o faltas. De allí que se afirme que el dictamen es consultivo, y ello habilita a revisar las conclusiones, reafirmándolas o refutándolas, dando suficiente razón.----------

------Apelando al criterio que expresa que: "*Si bien, en principio, las reglas de la sana crítica aconsejan efectuar una valoración armónica y conjunta de las pruebas y los magistrados no están obligados a analizar todos y cada uno de los elementos de juicio agregados al proceso, tales criterios requieren que la elocuencia de los elementos estudiados torne inoficioso continuar haciéndolo con los restantes, criterio que no resulta de aplicación cuando los elegidos no permiten formar convicción acerca de la racionalidad de la valoración efectuada*." *(*C.S.,Fallos *327-2:2660),* adelanto que del profundo análisis que realicé del caso y de las pruebas rendidas, si bien no puedo sin más abonar la magra postura asumida por el sentenciante de la anterior instancia, no seguiré la senda del Magistrado que emitió el primer voto, y postularé la confirmación del decisorio.----------

------**Razones de la sentencia que propondré al acuerdo.**--------

------Insinué más arriba el meollo de la cuestión, y en este apartado lo clarifico: consiste en determinar si el tutor no retirado (guía denominada "cuerda de violín", "cola de ratón" o "cuerda de piano"), que pudo haber sido advertido de realizarse la imagen radiográfica post intervención, causó en el Sr. G. la descompensación que motivó el traslado a la ciudad de Buenos Aires, su internación en el H. I. y la

intervención quirúrgica “a cielo abierto” que allí se le practicó, o la presencia en su organismo de ese elemento, fue inocua.---

------Nada aportaron las pruebas testimoniales sobre ese punto, remitiéndome al desmenuzamiento de los dichos que hice más arriba, como no sea una presunción diagnóstica que, en el caso de la Dra. M., se vinculó también con los antecedentes del paciente. Recordemos que dijo que sospechó una endocarditis bacteriana por su historia y por eso lo internó. Y que se sorprendió del hallazgo de la cuerda.----------

---

------El Dr. C. explica que, munido de la HC pudo determinar que el paciente A. G., no recibía medicación desde el mes de Abril de 1999, y que se indicó la colocación del catéter para prestarle esa práctica. También señaló y resumió todas las intervenciones quirúrgicas del actor durante el año 1998, (ver página 933, V cuerpo, respuesta a pregunta N° 5). Esas intervenciones fueron dispuestas médicamente a partir del intento de suicidio con disparo de arma de fuego en su rostro, impacto que obligara a la reconstrucción de la zona maxilar, donde sufriera anastomosis arterial y venosa (HC del H. I., págs. 692/750). En su respuesta a la 6ª pregunta afirma que desde el comienzo se puede considerar que G. era un paciente con serios problemas inmunológicos e infecciosos. Y agrega: “*tener en cuenta que senos maxilares son hábitat normales para estafilococos, germen que estuvo presente en cada evaluación bacteriológica realizada y con resistencia a varios ATB*”.----------

------En la pregunta N° 9 respondió que el estafilococo aureus (presente normalmente en los senos maxilares –destruido por el disparo–) favorece las infecciones posteriores, y hace referencia a que en el cultivo del pericardio (realizado al momento de la operación del corazón) se comprueban levaduras en crecimiento. En lo que interesa, dijo el perito: “*El informe de foja quirúrgica operación del 02-02-00*

sobre cara anterior del tórax y apertura cardiaca, deja constancia de "a-dehiscencia esternal, b-secreción purulenta mediastino inferior, c-fractura esternal múltiple con esternón en buen estado, d-¿?" y agrega: "*De acuerdo a esta comprobación se ha producido un cuadro infeccioso caracterizado por mediastinitis anterior, osteomielitis esternal y por contigüidad puede ocasionar una pericarditis con colección líquida pero no endocarditis (foja quirúrgica… "trombos en pared libre de aurícula derecha, válvula tricuspidea sin aspecto infeccioso" que se comprueba en cultivo de trombo). El cuadro esternomediastinal puede ser ocasionado por los procesos infecciosos superiores (osteomielitis maxilar inferior, granuloma traqueostomía-26.02.99 y forúnculo en cuello que drena espontáneamente y cultivo positivo suporación herida operatoria –operación del 14-03-99–), pero no por la cuerda de piano en aurícula, como queda constancia en informe operatorio: "…tricuspidea sin aspecto infeccioso" y "cultivo de trombo negativo a gérmenes".*----------

------Más adelante el informe del perito hace referencia a la prescripción médica de los Dres. F. y M., de fecha 10-11-99 donde indican que el cultivo del material óseo que fuera extraído en la última cirugía, resultó positivo para el Estafilococco Aureus Meticilino resistente, debiendo recibir tratamiento prolongado de antibióticos, en cualquiera de las venas subclavias, evitando el cuello (respuesta a la pregunta N° 10, pág. 934 vta.). Afirma también el testigo –y se corrobora porque no hay asentamiento en la HC–, que desde la indicación a la intervención que motiva estos actuados, no se le proveyó medicación alguna.----------

------De la HC y la pericia emerge también que el mandril o guía fue extraído fácilmente del cuerpo de G., mediante una incisión a nivel de la vena yugular, y con ello se comprueba que no existían

complicaciones en paredes venosas ni auricular (respuesta a la pregunta 19ª).----------

------Recordemos que la Academia de Medicina dijo que los inconvenientes que podía provocar el olvido de la guía en el procedimiento de colocación de catéter eran a) trombosis de vaso (subclavia), con posible embolismo pulmonar; b) infección local o sistémica, y c) perforación de la pared del vaso o de la cavidad auricular derecha, si la cuerda esta alojada en el corazón.----------

------La endocarditis tricuspidea fue el diagnóstico preliminar que motivó la operación, pero no se pudo comprobar una vez efectuada la práctica, emergiendo de las anotaciones de la HC la existencia de trombos en la aurícula derecha y pericarditis.----------

------Y si bien es suficiente el material específico del experto como el señalado por el primer votante respecto de que la trombosis es una de las consecuencias más frecuentes de la colocación del catéter, no es posible afirmar que los trombos hallados fueran producto de la guía, y mucho menos de la perforación del corazón. Se señala trombosis de vaso, y lo que se halló fue un trombo en la aurícula del corazón, sin que sea dicho si es migrante o no. El perito sostuvo, y no fue rebatido por ninguna prueba de cargo, que no había infección producida por la cuerda (ver pág. 935 vta., respuesta 22). También comprobó que vía ecografía transesofágica se advirtieron los trombos y que conforme HC se informó luego de la cirugía que se trataba de trombos libres en la pared auricular, cuyo análisis no detectó presencia de gérmenes u hongos. Explicó claramente que el diagnóstico de endocarditis que impulsó la operación de corazón no se comprobó al finalizar la misma, y surge de la HC que la cuerda fue retirada días antes (el 18-01-00).----------

------Ahora bien, el perito sostiene, lo funda y lo analizo en función de la HC que también conforma la prueba, en que el hallazgo de una imagen de masa en la aurícula derecha sin afectación valvular

tricúspide plantea el problema diagnóstico entre trombo, sobre infectado o no, y una vegetación. Descartada por prueba de laboratorio que el trombo hallado tenga presencia de levaduras (ver respuesta a la pregunta 26) sólo resta admitir que el proceso infeccioso que portaba el Sr. G., y que motivó la colocación de la vía para el tratamiento medicamentoso, fue el que también ocasionó la descompensación cardiológica que derivó en su traslado al H. I..----------

------Refuerza su dictamen en la página 1089, al brindar explicaciones que le fueron formuladas, trayendo en apoyo de sus conclusiones periciales el caso de una paciente portadora de un elemento como el extraído del cuerpo del Sr. G., sin esas consecuencias. A lo que agrega una explicación física: el extremo distal de la guía se curva una vez que sobrepasa el catéter, explicando entonces que el flujo sanguíneo es lento, lo que dificulta la posibilidad de que la misma haya producido lesiones en vaso o aurícula.----------

------De esta manera, entonces, advierto que consideró que la mediastinitis anterior del paciente A. G. se produjo por contigüidad del foco infeccioso ubicado en el maxilar inferior que no tuvo tratamiento antibiótico inmediato. Ergo, el evento se explica de otra manera.--------

---

------Ante este panorama, de ninguna manera podría acceder a considerar que la sentencia deba ser revocada, puesto que no ha logrado el apelante conmover la pericia médica que me resulta lo suficientemente convincente en cuanto a que el Sr. A. G. tenía antecedentes suficientes de invasión de su organismo por bacterias resistentes, las que fueron junto con el cuadro infeccioso previo a que se le practicara la colocación del catéter, la causa de su descompensación cardiaca, debiendo entonces tener por no acreditado el nexo causal suficiente.----------

------Si bien uno de los supuestos de omisión, constitutivo de "mala praxis" médica, lo constituye no detectar tempranamente una patogenia pese a encontrarse el paciente internado y en observación, o no advertir una infección postoperatoria a tiempo, o no practicar una reexploración quirúrgica frente a evidentes complicaciones postoperatorias que no ceden al tratamiento (conf. crit. SCBA, "S., E. c/ Sanatorio S. J. s/ Daños y perjuicios" - CC0002 - MO 26830 RSD-71-93 S - 30-3-1993; Publicaciones: ED 165, 686), no puede afirmarse que la falta de retiro de la cuerda de violín en ocasión de la práctica realizada por C. en el mes de octubre de 1999 configure causa suficiente de los hechos acaecidos a partir del mes de enero de 2000, y que culminaran con la operación del corazón a cielo abierto, ya que ni los médicos D. ni T. B. (de guardia en ocasión de la internación para la realización de la práctica) advirtieron síntoma alguno de trombosis de vaso, perforación del músculo o infección.----------

------De otro lado, resulta importante considerar el tiempo transcurrido entre ambos acontecimientos (colocación del catéter/intervención cardíaca), sin que haya existido una explicación mínima o suficiente que señale, con la lógica propia de los acontecimientos de la vida, que un elemento como la guía olvidada en el cuerpo del actor tardó dos meses en migrar o llegar al músculo cardíaco, de haber sido eso lo sucedido. Tampoco fue confrontada esta porción de la experticia con otra de similares características.----------

------Los indicios no revisten, para mí, la entidad suficiente para achacar la mala praxis a C., puesto que el perito actuante a quien se encomendó la realización del dictamen efectuó una explicación científica con respaldo suficiente en la HC, entrevistas realizadas a G., y apoyo bibliográfico, todo lo cual analicé anteriormente, a más de consultas realizadas en sitios públicos de la red tales como http://www.youtube.com/watch?v=7oZX3OKxGF0&feature=related donde

fue posible observar una intervención como la que realizó el médico demandado; u otros varios, entre los que considero oportuno destacar los siguientes: http://escuela.med.puc.cl/deptos/intensivo/librointensivo/capitulos/cap13.pdf; http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S037010620060005000004&script=sci_arttext.----------

------Siempre será requisito ineludible la exigencia de relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso, y de ese modo la responsabilidad se desvanece si el nexo causal no ha podido establecerse. En un caso juzgado hace poco tiempo se rechazó la pretensión resarcitoria al no haber podido establecerse con certeza la presencia de una adecuada relación causal entre la sintomatología que dijo haber sufrido la accionante y el hecho al que asigna el origen de su sentir (CNCiv., sala H, 21/3/2007, "P., L. B. c. Cidal S.A.", R.C. y S., 2007-IV, 54.), y también la jurisprudencia ha tenido en cuenta que la causalidad no requiere simultaneidad en el tiempo, puesto que lo que interesa si un hecho es generador de un resultado; y lo será si es apto para producir la consecuencia dañosa, de otro modo, será repelido. (Entre otros, C.1ª C. y C. Córdoba, 26/8/96, "Marmora, José Antonio Santiago y otro c. Gazzone Omar Horacio y otros. Daños y perjuicios", LLC, 1997-425.----------

------Lo que me coloca en condición de juzgar que el resultado se produce con arreglo al curso causal propio de la labilidad imputable al agente, atento la acreditación de una condición preexistente, concomitante al olvido del mandril en ocasión de realizar la colocación del catéter, apta para romper el nexo causal, a modo de hecho del perjudicado, y no como consecuencia del mismo.----------

------Por todo ello, propongo al acuerdo la confirmación del fallo apelado, en esta porción del agravio.----------

------Respecto de la apelación deducida por el Dr. O. S. G. en cuanto a los honorarios regulados en la sentencia en crisis por entender altos los

fijados a los letrados de las partes demandadas y bajos lo determinados a su favor: analizada la labor desarrollada por los distintos profesionales en base a las disposiciones de los arts. 5, 6, 8, 18, 36 y 38 de la Ley XIII N° 4 DJP (antes Dto. Ley 2200) y efectuados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta, además, lo establecido por el art. 505, apartado tercero, del Código Civil, entiendo que los emolumentos son ajustados a derecho y deben ser confirmados.----------

------Atento a como propongo se resuelva el recurso en estudio, considero que las costas de esta Instancia deben ser impuestas al actor perdidoso (art. 69 de la Ley XIII N° 5 DJP, antes Ley 2203) y regularse los honorarios de los Dres. O. S. G. y H. A. S. por la tarea efectuada en esta Alzada (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP, antes Dto. Ley 2200), en un 25% y 30% respectivamente, de los que se le regularan en primera instancia.----------

------A IDENTICA CUESTION el Dr. MAGALLANES dijo:--------

------Vienen los presentes actuados a este Tribunal en razón de haber sido apelada por la parte accionante y por su letrado apoderado la sentencia dictada con fecha 28 de abril de 2009, registrada bajo el número 30 del mismo año y adunada a fs. 1265/1274. Mediante el memorial obrante a fs. 1313/1341 vta. expresa agravio la recurrente, los cuales giran principalmente, en que la demanda de daños y perjuicios incoada fue rechazada en todas sus partes. De igual manera, a fs. 1284 el apoderado de la actora y por la representación acreditada apela por altos todos los honorarios regulados y por derecho propio apela por bajos sus honorarios.----------

------En razón de que los vocales que me precedieran en el análisis han expuesto con precisión los agravios formulados por la quejosa, me abstendré de resumirlos y entraré directamente al estudio de lo que, en mi criterio, constituye el meollo de la cuestión a resolver, y que consiste

en determinar si resulta justa la sentencia recurrida en cuanto el magistrado a quo rechazó en todas sus partes la demanda incoada, habiéndose apoyado únicamente en la prueba pericial sin considerar otras prueba producidas en autos.----------

------Necesito señalar previamente que gran parte de la doctrina y jurisprudencia acepta en forma pacifica la responsabilidad médica como emergente de una obligación de medio, puesto que la prestación profesional que se encuentra a cargo del médico no es de las llamadas de “resultado” sino de “medio”, ya que consiste en prestar una atención diligente e idónea, proporcionando todos aquellos cuidados y tratamientos que, de conformidad a las reglas del arte de la medicina y los principios científicos que la fundan, sean conducentes para curar el enfermo pero sin asegurar un resultado exitoso. En tal sentido, exigir del médico que se asegure el resultado importa un planteo desmedido, va más allá de cuanto se ha propuesto desde una óptica que privilegia el resguardo de la persona asistida y se desentiende de la esencia de la prestación médica. En suma, dimensionar un deber de garantía para abarcar en él aquellas posibilidades ajenas al acto médico cuando éste fue debidamente cumplido constituiría una extensión impropia de esa carga operante en el marco contractual, con el trastrocamiento consecuente de los principios de la responsabilidad (JA 1995-II-500). Es una verdad de sentido común que los médicos no garantizan la recuperación de la salud del enfermo, sino sólo poner los medios a su alcance para intentarlo, destacándose que en las obligaciones asumidas por los médicos el interés último que da sentido a la obligación es la curación, alivio o mejoría del paciente, mientras que el interés primario consiste en la actividad profesional técnica y científicamente diligente, basta ésta para que el deudor quede liberado, pues a él no es exigible el fin último (conf. ZABALA de GONZALEZ, Matilde, Doctrina Judicial solución de casos Nº 4, pág. 76). Reitero, la responsabilidad de los

médicos se conoce como responsabilidad de “medio”, o “diligencia” o de “atención”, y por ello se trata de colocar al médico al abrigo de apreciaciones antojadizas y de demandas injustificadas, bastándose a favor del profesional con acreditar que los servicios han sido prestados en condiciones acordes con el nivel que hace presumir su título profesional habilitante, y de acuerdo con las reglas de su ciencia.----------Sintetizando, de manera casi unánime, autores y jueces resultan contestes en señalar que el médico, en lo que hace a su actividad central y como regla general, asume una obligación de medios, puesto que sólo se compromete a poner a disposición del paciente su caudal de conocimientos científicos, empleando la razonable diligencia que es dable requerir a quien se le confía la vida de un hombre y su curación. El médico, asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme el estado actual de la ciencia médica, siendo, por ende, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se halla siempre presente un elemento aleatorio (conf. Juan Manuel PRELOV, Responsabilidad Civil de los Médicos”, pág. 197).----------Aclarado ello, la prueba de la culpa es indispensable porque ella, además de la responsabilidad que implica, contiene también la demostración del incumplimiento de la obligación de prestar asistencia adecuada y, precisamente, la prueba de la existencia de una conducta culposa o negligente corre por cuenta de quien la invoca, debiendo apreciarse la actuación médica conforme a los criterios generales contenidos en los arts. 512 y 902 del Código Civil. Ello, claro está, sin perjuicio del deber moral e inclusive jurídico del demandado, de colaborar en el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, lo que no implica aceptar la tesis de las cargas probatorias dinámicas. Entiendo, que para juzgar la responsabilidad de los médicos no corresponde aplicar un criterio riguroso, hasta el punto de subordinarlo sólo a errores groseros y evidentes de diagnósticos o tratamiento, de ausencia

de un mínimo de prudencia en la atención, o de negligencia, ya que ello importaría apartarse de aquellas pautas legales genéricas para someterla a patrones específicos que vendrían a contrariarlas sin razón que lo justifique. En el caso en análisis, insisto, es necesario atenerse a las previsiones del art. 512 ya citado que enuncia el concepto de culpa y contiene las pautas fundamentales para su valoración. Y, del juego armónico de esta disposición con el precepto contenido en el art. 902 también citado, que dispone que "cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos" y lleva a concluir, precisamente, la solución opuesta, o sea, a desechar que corresponda la aplicación de un criterio restrictivo. Lo cual no puede ser de otro modo, ya que la atención médica, que tiende naturalmente a proteger la salud, y por ende la vida misma de una persona, obliga a los máximos cuidados y a poner la necesaria aptitud en el ejercicio de esa delicada actividad profesional, a tal punto que cualquier imprudencia o descuido adquiere, sin duda, singular gravedad. Claro está que lo dicho no puede obrar en el ámbito del juzgador a modo de preconcepto ni debe servir para morigerar la significación de las demás particularidades de cada caso, las cuales deben ser ponderadas en su totalidad, como mejor manera de efectuar una adecuada aplicación de la norma del art. 902, debidamente armonizada con la establecida en el art. 512. Por otra parte, resulta indispensable la demostración de la culpa del facultativo, es decir la prueba de la culpa médica –cuya carga está en cabeza del actor– lo cual pondrá de manifiesto la trasgresión de la obligación (conf. La Ley, 2001-A-131).----------

------Para que quede comprometida la responsabilidad de los accionados por los hechos cometidos en el ejercicio de su profesión, el demandante debe demostrar la culpa en la realización de la atención

médica prestada, la existencia del daño que le hubiera sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado; bastando que alguno de estos requisitos fracase para que los deudores queden exentos de responsabilidad civil por las consecuencias de sus actividades.----------

------Sentado ello, ingresaré directamente al estudio del agravio relativo al cuestionamiento de la prueba pericial por el recurrente, quien sostiene que el Juez de Primera Instancia basó su sentencia en la misma, agregando que ésta constituye un avieso tratamiento que falsea la información objetiva volcada en las actuaciones.----------

------Sobre el particular, en principio y respecto a las críticas sobre la valoración de la prueba, cabe recordar que su estudio no puede efectuarse fuera del marco de la sana critica, que no tiene límite de carácter abstracto. Por otra parte en el terreno de la apreciación de la prueba, el Juzgador puede admitir la que merece mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que pudieran obrar en el expediente, siendo ello en definitiva, una facultad del magistrado, de modo que no es imprescindible examinar todas y cada una de la pruebas aportadas sino únicamente las que fueran esenciales para el fallo de la causa (conf. Doctrina art. 390 del C. P. C. y C.).----------

------Considero que no puede ser atendible la queja referida a que el Sr. Juez “a-quo” ponderó de manera exclusiva a las conclusiones arribadas por la pericia obrante a fs. 929/940 vta., ampliada a fs. 1050/1054 y fs. 1087/1090, olvidándose de otros elementos de comprobación que pudiesen demostrar la actuación culposa de los demandados.----------

------Sabiendo que el juez es un técnico en derecho y carece de conocimientos sobre otras ciencias, existe consenso en el sentido que la pericia médica constituye la prueba más importante de esta clase de juicios donde se dilucidan cuestiones que escapan al ordinario conocimiento de los jueces, de modo que tanto los hechos

comprobados pericialmente, como sus conclusiones, tienen que ser aceptados por el sentenciante, salvo que se demuestre la falta de opinión fundada o de objetividad, para lo cual, quien impugna, debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto no basta ni el puro disenso, ni las inferencias meramente subjetivas del recurrente, debiendo éste demostrar que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. En definitiva, como se indica en la sentencia de grado frente a las contundentes conclusiones de la apuntada pericia, la facultad del juez para apreciar la misma no es discrecional, pues si bien las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, para desvirtuarlos es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir en el error o en el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de los conocimientos científicos de los que ha de suponérselo dotado (Doctrina art. 481 del C. P. C. y C.).----------

------Bien se ha dicho que si el perito ha dictaminado en una cuestión fundamentalmente técnica o científica, que los jueces no pueden conocer por si mismo y las conclusiones son compartidas, basta que éstos así lo expresen sin necesidad de rebatir en el fallo las impugnaciones de las partes. Contrariamente, si se apartan de la pericia, están obligados a expresar los motivos por los cuales lo hacen y dejan de lado las opiniones técnicas. Con gran solvencia se ha esclarecido que los jueces no han de transformar su estrado “en Soborna médica” y deben evitar el ridículo de arbitrar entre Hipócrates y Galeno. Aparte de la temeridad que conllevaría una actitud semejante por la carencia formativa, desbordaría la función que como juez les concierne. No pueden incursionar en tal terreno, porque para abastecer científicamente la materia del juicio, para ilustrar idóneamente y

esclarecer dudas, están los peritos e informes de academias, universidades, entidades especializadas o cualquier otro ente apto a tal fin. La apreciación de la prueba por parte del juzgador de grado ha sido correcta, no dando el apelante razones de peso que desvirtúen las conclusiones a que arriba el juez en cuanto a la apreciación del dictamen pericial. El apelante no sale de lo opinable, permaneciendo dentro de lo subjetivo, no logrando conmover ni la experticia ni la sentencia que en ella se basa. Ergo, su ataque naufraga, máxime cuando es doctrina que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, que constituyen el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, Sentencia definitiva de segunda instancia, 24-06-2010).----------

------Considero que la pericia en los casos de mala praxis constituye un elemento de juicio de vital importancia para el juez, pues se trata sobre temas complejos y específicos, respecto de cuestiones de hechos en las cuales hasta los propios especialistas discrepan. La pericia médica tiene indudable importancia en situaciones de esta especie, más debe se apreciada en función de la competencia de los peritos, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnico o los letrados conforme a los artículos 477 y 478 del Código Procesal y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca. Precisamente, la mejor prueba a rendir a los efectos de evaluar la actuación médica es una pericia médica, que debe ser llevada a cabo

por médicos, profesionales que moral e intelectualmente están sobradamente capacitados para asesorar a los jueces cuando se les requiere opinión acerca del comportamiento que tuvo un colega en la atención de un paciente, sin que sea óbice alguno la posesión del título universitario común, desde que en la labor pericial se encuentra insito el deber de imparcialidad, sin perjuicio de la valoración que corresponde dar a las restantes probanzas producidas a petición de los interesados en el pleito (conf. Revista de Derecho de Daños, La prueba del daño – II, pág. 91).----------

------Del informe pericial referenciado se demostró que el actor presentaba herida operatoria preesternal compatible con operación sobre el corazón de aproximadamente 20 cm. de longitud con buena cicatrización, que el día 21 de enero/2000 se le realizó una sola operación a cielo abierto, que el diagnóstico preoperatorio fue endocarditis y que en el acto quirúrgico no se comprobó el cuadro infeccioso de trombos en pared libre de aurícula derecha, válvula tricuspidea sin aspecto infeccioso, engrosamiento pericárdico, que el día 28 de noviembre/1999 se le colocó al actor un catéter en vena subclavia derecha para pasar los ATB recetados oportunamente en el H. I., no siendo un cateterismo cardíaco, que su colocación fue correcta y permitió pasar los ATB durante un mes conforme se pedía; que no consta en la historia clínica que se le haya introducido un catéter vencido; que si la cuerda de violín o mandril no es retirada luego de la inserción del catéter las complicaciones más importantes son: trombosis del vaso con posible embolia pulmonar, infección local o sistémica, perforación por decúbito de la pared del vaso o de la cavidad auricular derecha si dicha cuerda está alojada en el corazón, aclarando el experto que en este caso en particular no se dio ninguna de estas complicaciones relacionadas con el catéter, habiéndose quejado el actor de dolores abdominales y examinado por la gastroenteróloga no

relacionó la colocación del catéter con estos dolores y lo atribuyó a problemas intestinales que tratados produjeron su mejoría. Que alojada la cuerda de violín en el vaso canalizado al introducir ATB no altera su posición pues el calibre del catéter es superior al de la cuerda y el líquido con el antibiótico entra fácilmente sin necesidad de presionar su entrada; que el accionante se le otorgada una incapacidad del 70% bajo diagnóstico de epilepsia y síndrome depresivo mental, que posteriormente del examen clínico y evaluación cardiológica especializada y radiografía de tórax no se constató incapacidad orgánica. Que no existe ningún inconveniente para realizarle nuevos cateterismos en tanto no hay secuelas endovenosas ni endocardíacas que indiquen lo contrario. Que con posterioridad a la colocación del catéter fue sometido el actor a numerosas operaciones en relación a cuadros infecciosos siendo a corazón abierto una sola de ellas y que a criterio del perito no están relacionadas con la posible cuerda de violín teóricamente dejada en noviembre del año 1999. Que las complicaciones más frecuentes que se producen por la introducción de un catéter por vía subclavia son neumotórax, hidrotórax y/o hidroneumotórax, hematoma supraclavicular y que de acuerdo a la historia clínica el actor no presentó dichas complicaciones. Que el cuadro infeccioso crónico que tenía el actor en el momento de extraer la cuerda de violín no fue influenciado por esta maniobra. Que indudablemente existió la cuerda de violín, existiendo dos opciones: I) tener ya una cuerda alojada en el procedimiento anterior llevado a cabo en el H. I. en la primera internación y al colocar la nueva cuerda empujar la ya existente y producir las lesiones cardíacas posteriores, II) dejar en el procedimiento del día 28 de noviembre/1999 por error la cuerda en la vena yugular, siendo difícil que se produzcan las lesiones cardíacas que presentó el actor porque la velocidad y presión del torrente sanguíneo más el extremo distal de la cuerda que se acoda

automáticamente al sobrepasar el extremo distal de la sonda, lo convierte en un elemento con punta de roma, que impide lesiones vasculares o cardíacas, agregando que la preparación de la cuerda es justamente para evitar este tipo de lesiones. Que tiene necesariamente que haber existido otra cuerda anterior para producir lesiones cardíacas. Que de acuerdo a las constancias obrantes en la Historia Clínica las maniobras efectuadas fueron correctas y que las consecuencias posteriores afirman la posición del perito respecto a la presencia de una cuerda anterior y la posibilidad que la misma haya sido empujada en la colocación por parte de la C. M.. Sostiene el experto que la intervención llevada a cabo en la C. M. no fue un cateterismo sino una canalización y que conforme Historia Clínica no atribuye a la canalización los síntomas sino al proceso infeccioso desatado por la falta de tratamiento con antibióticos de la patología, entendiendo que la complicación que desencadenara el cuadro infeccioso padecido por el actor habría sido producto de las lesiones primarias –disparo en rostro–. Aclarando especialmente el perito médico designado que llegó a sus conclusiones basándose en las Historias Clínicas y lo referido por el propio actor en la entrevistas personales realizadas para la elaboración del informe encargado judicialmente.----------

------Deviniendo trascendente la prueba pericial, no encuentro ningún sustento técnico que permita afirmar que los demandados fallaron en la aplicación de la ciencia médica, que no obraron conforme lo que les era exigible, no pudiéndose imputárseles culpa profesional alguna, como para condenarlos. Considero que el actor no probó la existencia del hecho antijurídico, cuando sabemos que la regla general en materia de prueba respecto a la responsabilidad civil de los médicos es que el paciente debe acreditar la existencia de la relación causal.----------

------Consecuentemente no encuentro ningún otro elemento probatorio que contradiga la eficacia probatoria del dictamen, el cual constituye el medio conducente respecto de los hechos a probar, habiendo quedado demostrado la competencia del perito quien tiene los conocimientos necesarios para el caso en concreto, no existiendo motivo alguna para dudar de su imparcialidad y sinceridad. Asimismo no se alcanzó a probar ninguna de las objeciones formuladas, al encontrarse el informe debidamente fundamentado y siendo las conclusiones arribadas claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos, no hallando, reitero, ninguna otra prueba que desvirtué la prueba pericial efectuada.---------

------Respecto a la falta de valoración de las declaraciones testimóniales prestadas por el Dr. H. E. W. (fs. 584/586 vta.) y por la Dra. S. A. M. (fs. 588/591), sabemos que no adjudica valor muy relevante a dicha prueba en las causas de responsabilidad médica, por haberse estimado que mal puede darse crédito a quienes participaron como profesionales en los distintos tramos de la asistencia al accionante, que a su vez estarían expuestos a ser potenciales responsables civiles a consecuencias de un daño causado (La Ley, 1981-D-132).----------

---

------En consecuencia y por todo lo expuesto, de prosperar mi voto, concierne confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

------Pasando al tratamiento del recurso planteado por el Dr. O. S. G. con respecto a los honorarios regulados en la sentencia, analizada la labor desarrollada por los distintos profesionales y efectuados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta para ello las disposiciones de los arts. 5, 6, 8, 18, 36 y 38 de la Ley XIII N° 4 DJP (antes Dto. Ley 2200) y lo establecido por el art. 505, apartado tercero, del Código Civil, entiendo que los emolumentos justos y deben ser confirmados.---

---

------Atento a la solución arribada, propongo que las costas de esta Instancia sean impuestas al actor perdidoso (art. 69 de la Ley XIII N° 5 DJP, antes Ley 2203) y que se regulen los honorarios de los Dres. O. S. G. y H. A. S. por la tarea efectuada en esta Alzada (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP, antes Dto. Ley 2200).----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Conforme a lo expresado al analizar la primera cuestión corresponde: **1) REVOCAR**, en todos sus términos, la sentencia n° 30/2009, **haciendo lugar parcialmente** a la demanda por Daños y Perjuicios entablada por el Sr. **A. G.** contra **C. M. S.R.L., E. C., INSTITUTO DE SEGURIDAD DOCIAL Y SEGUROS (SEROS CHUBUT)**, haciendo extensivo este pronunciamiento a la citada en garantía **L. C. D. S. S.A.** hasta el límite de la cobertura pactada, y en consecuencia, condenando a estos últimos a abonar al actor la suma de $96.670, en concepto de Gastos de Curación y Convalecencia, Daño Psicológico, Daño por Integridad Física y a la Plenitud de Vida; Daño Estético, Daño Psicológico estrictu sensu y Daño Moral, conforme lo expuesto en los considerandos pertinentes, con más sus intereses calculados a la tasa activa que utiliza el B. C. S.A. en sus operaciones comunes de descuento de documentos desde el 27/11/1999 hasta su efectivo pago, dentro del décimo día de quedar firme la presente sentencia, bajo apercibimiento de ejecución. **2) RECHAZAR** los daños reclamados en concepto de Incapacidad Laboral y Lucro Cesante. **3) ADECUAR**, conforme lo dispone el art. 282 del CPCC, las costas y honorarios establecidas en la sentencia venida en recurso, imponiendo las costas de la anterior instancia en un 90% al actor y en un 10% al demandado (art. 72 de la Ley XIII N° 5 DJP, antes Ley 2203, en adelante CPCC) y regulando los honorarios de los profesionales actuantes, teniendo en cuenta para ello el monto del proceso y la efectiva labor desarrollada y resultado obtenido merituada en base a las

disposiciones de los arts. 5, 6, 7, 8, 18, 36, 38, 46 y 60 de la Ley XIII N° 4 DJP (antes Dto. Ley 2200) un 28% para el Dr. O. S. G., en un 12% para los Dres. H. A. S., R. L. y C. M., en conjunto y como apoderados de Clínica M. S.R.L. y Sr. E. C., en un 6% para el Dr. R. M. M., en un 6% para los Dres. R. A. V. y V. E. R., en conjunto, en un 3% para el Perito Médico Dr. C. R. C., en un 3% para la Perito Farmacéutica L. V. W., en un 4% Perito Médico en Psiquiatría Dra. S. L. M., en un 1% para la Perito Calígrafo M. R. B. y en un 1% para el Perito Médico en Cirugía Estética Dr. M. Á. D., todos los porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso que se determine. **4) IMPONER** las costas de la presente instancia a las demandadas, conforme al principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCC). **5) FIJAR** los emolumentos del Dr. O. S. G. en un 9,80% y los del Dr. H. A. S. en un 7,15%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso, por la labor desarrollada en esta Alzada. (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP, antes Dto. Ley 2200).----------

------A la MISMA CUESTIÓN, la Dra. GONZALEZ de VICEL dijo:----------

------Por todo ello, propongo al acuerdo la confirmación del fallo apelado, en lo que ha sido materia de agravio. En cuanto a las costas de esta Instancia, entiendo deben ser soportadas por el actor vencido (art. 69 Ley XIII N° 5 DJP, antes Ley 2203), debiendo regularse los emolumentos del Dr. O. S. G. en la suma de $57.500 y los del Dr. H. A. S. en la de $75.000, ambas sumas con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP, antes Dto. Ley 2200).----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. MAGALLANES dijo:-------

------En virtud de lo expresado al votar a la primera cuestión, opino que el fallo apelado debe ser confirmado. Las costas de esta Instancia deben imponerse al actor vencido (art. 69 Ley XIII N° 5 DJP, antes Ley 2203),

y regularse los emolumentos del Dr. O. S. G. en la suma de $57.500 y los del Dr. H. A. S. en la de $75.000, ambas sumas con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP, antes Dto. Ley 2200).----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

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

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**1°.- CONFIRMAR,** en cuanto ha sido materia de recurso, la sentencia definitiva N° 30/2009, de fecha 28/04/2009 y que obra a fs. 1265/1274.----------

------**2°.- IMPONER** las costas de esta Instancia al actor vencido (art. 69 Ley XIII N° 5 DJP, antes Ley 2203), regulándose los emolumentos del Dr. O. S. G. en la suma de $57.500 y los del Dr. H. A. S. en la de $75.000, ambas sumas con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP, antes Dto. Ley 2200).----------

------**3°.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada con el Tribunal integrado con los Sres. Jueces de Cámara Subrogantes Dres. Omar Higinio Magallanes y Mariela González de Vicel, por encontrarse inhibido de actuar el Dr. Claudio Alejandro Petris, recusado el Dr. Jorge Luis Früchtenicht y excusada la Dra. Claudia Lía Melidoni (Acuerdo Plenario N°3763/08 STJ).----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS
(en disidencia)

OMAR H. MAGALLANES **MARIELA G. de VICEL**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2010. CONSTE.