----En la ciudad de Trelew, a los días del mes de julio del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“P., A. E. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 52 - Año 2019 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 344. ------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

------Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandada a fs. 312 y actora a fs. 315, y por los letrados de esta última a fs. 316 -en este caso por sus honorarios-, contra la sentencia de fs. 292/309 vta. que hiciera lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por A. E. P. contra la Provincia del Chubut, condenando a ésta a abonar a aquélla la suma de $ 543.862,43, con más los intereses a la tasa activa que aplica el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días desde el 03/06/11 hasta la fecha del efectivo pago, con más costas.----------

------Los recursos fueron concedidos a fs. 317 y aclaración de fs. 321, anteúltimo párrafo. A fs. 327/328 vta. obra la expresión de agravios de la actora, cuyo traslado conferido a fs. 329 no fuera respondido. A fs. 330/336 luce la expresión de agravios de la demandada, cuyo traslado otorgado a fs. 337, fuera contestado por la contraria a fs. 340/341. ----------

-----I.- Comenzaré por reseñar los agravios vertidos por la actora y la demandada, así como la contestación que efectuara aquélla a esta última. ----------

-----1) La actora se agravia de la tasa de interés establecida en la sentencia, la que considera irrazonable y propia de un examen que se aparta de la realidad. Cita jurisprudencia de este Cuerpo relativa a la tasa de interés aplicable en procesos de naturaleza laboral, señalando que se estimó adecuada la tasa para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut S.A. por ser la que mejor mantiene la integralidad del crédito, amén de que se hace referencia a jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación. Agrega que se agravia porque la tasa aplicada quedó ampliamente superada por la realidad económica imperante en el país. Cita el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil “Samudio de Martínez”, equipara a la devaluación que generó el proceso inflacionario y el incremento de las tasas de interés a una fuerza mayor. Menciona el objeto de “afianzar la justicia” contenido en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y efectúa el petitorio de estilo. ----------

------2) La accionada se agravia, en primer lugar, de que el fallo es arbitrario y peca de ligereza, apartándose de la pericia médica que constituye una prueba fundamental.

Arguye que la jueza condena a su parte por una supuesta omisión en el cumplimiento de sus obligaciones pero sin fundamentación, sino que se basa en apreciaciones subjetivas, destacando que en este tipo de juicios la prueba pericial médica es vinculante para el juez. Añade que la jueza no pudo apartarse de la experticia sin una fundamentación seria y justificada, y que efectuó una apreciación subjetiva y arbitraria de la actuación de la galena interviniente, achacándole una supuesta omisión de realizar y/o profundizar estudios médicos necesarios para conocer el verdadero estado clínico y evolución de la patología de la paciente, y que ello privó a la misma de la probabilidad cierta y concreta de haber podido efectuar un tratamiento que no conllevase la amputación de su pierna. Remarca que se trata de una apreciación subjetiva sin apoyo en la pericia médica de autos ni en la efectuada por el médico forense que dictaminara en la causa penal, ya que no es posible asegurar que si la cirugía se hubiese realizado meses antes, el resultado habría sido diferente al de la cirugía de enero de 2012. ----------

------Refiere a la pericia del Dr. J., quien señaló que la actuación y los estudios indicados por la Dra. S. fueron adecuados, que no hubo impericia y que era dudoso atribuir la demora de la cirugía a causas médicas. Agrega que a la misma conclusión arribó el forense Dr. Rodríguez Jacob, quien entendió que todas las indicaciones iniciales ante la primera consulta, es decir los escritos médicos desde el 16/05/11 hasta el 27/07/11 son coherentes en cuanto a los hallazgos médicos, y que no hay elementos para determinar qué ocurrió entre el 27/07/11 y el 09/11/11, cuando se reabren los registros asistenciales. Asimismo, este perito añadió que el sarcoma es un tumor de elevada malignidad e invasión que mejora su pronóstico ante una detección y tratamientos tempranos, resaltando que la paciente habría consultado luego de seis meses de detectarlo y se produjo una discontinuidad asistencial por motivos que no pueden establecerse. Cita jurisprudencia relativa a la relevancia de la prueba pericial médica en este tipo de juicios. ----------

------Seguidamente destaca que la jueza tampoco valoró las declaraciones de testigos calificados, médicos que intervinieron en la atención de la actora y que aportaron un testimonio técnico y objetivo, siendo contestes en que la actuación y estudios prescriptos por la Dra. S. fueron correctos de acuerdo al diagnóstico y patología presentada por la accionante. Se agrega que tampoco se hizo, en el decisorio, una correcta e íntegra valoración de la historia clínica, ya que se entendió que fue confeccionada en forma breve, cuando en la pericia médica realizada en la causa penal se desprende que fue efectuada de acuerdo a las recomendaciones del Código Ético de la Asociación Médica Argentina y las leyes que reglamentan el ejercicio

médico.----------

------En cuanto a que no consta la información a la paciente que sí hicieron otros galenos, y que violó los derechos de la misma previstos en la ley 26529, resalta que en la sentencia se dejó constancia que la médica informó respecto de los riesgos de la cirugía ante el pedido del padre, pero se consideró que se incumplió el deber de asesoramiento y consejo, no diciéndole a la misma si era conveniente o no una derivación. Sobre esto la apelante enfatiza que se informó debidamente de los riesgos de la operación a realizar, tanto a la paciente como a su padre, quien solicitó que le aseguren el éxito de la cirugía, lo cual, dada la gravedad de la afección era imposible de efectuar, amén de que toda cirugía acarrea riesgos. Se menciona que nada se dice respecto a que la atención por la Dra. O. se debió a una derivación del hospital, ni que en dicha oportunidad la actora manifestó una aparición y crecimiento del tumor de cuatro meses, lo cual no se compatibiliza con lo señalado en la primera consulta por el Dr. S., quien refirió el 16/05/11 que la lesión tenía seis meses de evolución.----------

------Considera que se han perjudicado los derechos constitucionales de su mandante, ya que la sentencia no contiene un análisis objetivo, sino que enrostra una responsabilidad civil en base a una supuesta negligencia o agravamiento de la patología de la actora, fundándose en apreciaciones subjetivas, dejando de lado las pericias médicas. Se expresa que la jueza omitió realizar un análisis razonado de las pruebas que ponen de manifiesto que los estudios y tratamientos efectuados por la Dra. S. fueron acordes para la patología diagnosticada a la actora. Es por ello que entiende que su parte realizó un correcto cumplimiento de sus obligaciones y no incurrió en omisión alguna. ----------

------Agrega que no se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil por mala praxis, dado que no se acreditó la relación de causalidad adecuada entre la conducta de la médica (supuesto incumplimiento por omisión) y por extensión al Estado provincial, y el resultado dañoso de la frustración de una expectativa. Resalta que el resultado dañoso derivado de la cirugía se debió exclusivamente al tumor maligno padecido por la paciente y a la propia culpa de la víctima, por haber tardado en efectuar la consulta médica y luego por discontinuar la atención. Reitera que la juzgadora se apartó de la prueba trascendente, consistente en las pericias médicas y en los testimonios calificados de los médicos tratantes. Agrega que no se probó que existiera tarea o procedimiento alguno que haya podido realizarse que sirviera para evitar el daño (amputación del miembro inferior derecho), dada la gravedad y el tamaño del tumor maligno que portaba la actora.

------Remarca que era la actora quien debía probar los incumplimientos en cabeza de su mandante, reitera que no se probó el nexo de causalidad entre el supuesto incumplimiento que se pretende endilgar a su mandante y el daño consistente en la amputación practicada. Finaliza con el petitorio de estilo. ----------

-----3) La actora contesta los agravios de la accionada, considerando de manera general, que se omite concretar puntualmente los errores que se atribuyen a la sentencia, resultando así insuficiente el recurso por no atacarse debidamente el fallo.----------

-----En subsidio de lo anterior, entiende que la crítica referida a la arbitrariedad de la sentencia por falta de valoración de la prueba pericial médica, carece de veracidad, y luego de referirse a la actitud de los litigantes de manera genérica, señala que existió un comportamiento procesal mendaz de la demandada, en los agravios, procurando ocultar la verdad jurídica objetiva al Tribunal. A ello añade que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 390 del CPCC los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica y no tendrán el deber de expresar la valoración de todas las pruebas producidas. Expresa que la jueza de grado determinó la responsabilidad del Estado provincial de acuerdo al art. 1112 del C. Civil, y la agraviada no ha citado cuál es la norma que la "a quo" ha dejado de aplicar o lo hiciera incorrectamente. Termina con el petitorio de estilo. ----------

------II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en primer lugar en el tratamiento de los agravios vertidos por la demandada, ya que la misma cuestiona la atribución de responsabilidad, mientras que la actora reduce su queja a la tasa de interés aplicada.----------

------1) En primer lugar, habré de decir que más allá de la suerte que corran los agravios de la accionada, cabe desestimar la petición de la actora en cuanto a que los mismos resultan insuficientes por no atacar el fallo debidamente (ver fs. 340, pto. II). Es que la accionada ha cuestionado que la juzgadora se apartó sin fundamento de las pericias médicas obrantes en las presentes actuaciones y en la causa penal, así como de los testimonios calificados brindados por los galenos intervinientes y de las constancias de la historia clínica (ver fs. 330 vta./334). Además precisó que no está acreditada la relación de causalidad adecuada entre la supuesta omisión de la médica a la que se enrostra mala praxis, y por ende el incumplimiento de las obligaciones de la demandada, y el daño consistente en la necesidad de la cirugía de amputación a la que debió someterse la actora (ver fs. 334/335 vta.).----------

-----Es así que, reitero, más allá de la suerte que corran los agravios vertidos, los mismos resultan, de manera general, suficientes técnicamente. A lo expresado debe añadirse que en casos de duda acerca de si existe o no impugnación suficiente por tratarse de un acto lacónico o incompleto, debe estarse a la apertura de la instancia. Tal es la orientación de nuestra jurisprudencia desde antiguo: la sanción de la deserción de la instancia por su gravedad debe aplicarse con criterio favorable al apelante, a condición de que el agraviado individualice, aunque sea en mínima medida, los motivos de su disconformidad (conf. CN. Civ., Sala E, 30/9/80, LL, 1981-A-154; C. 1era. Apel. Mercedes, 15/6/67, LL, 127-930). Es que los agravios, según esta orientación, no

necesitan ajustarse a formalidades sacramentales e inclusive su cumplimiento a los efectos del recurso ha de ser apreciado con tolerancia, según una interpretación que se estima adecuada a una mejor aplicación de la garantía de defensa en juicio (conf. CN. Com., Sala A, 27/3/81, ED, 93-592; íd., Sala C, 28/1/78, LL, 1981-A-558, 35.739-S). La sanción que importa la deserción, en suma, reviste carácter restrictivo (conf. C. Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 28/9/76, LL, 1977-C-436). ----------2) Sentado lo anterior, es de recordar que se analizará la cuestión, tal como lo hiciera correctamente la jueza de grado, bajo la normativa del C. Civil, dado que los actos médicos que se analizan fueron ejecutados durante el año 2011, sin perjuicio de efectuar alguna remisión al actual C. Civil y Comercial en caso de que sea pertinente. Dicho esto, cabe destacar que la demandada considera que la sentencia resulta arbitraria por falta de valoración de prueba esencial, básicamente la prueba pericial médica (ver fs. 330 vta. “in fine”/vta.). Al respecto resulta oportuno recordar el intento de enumeración de las causales de arbitrariedad de la sentencia esbozado por Carrió con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Federal. Así, en cuanto al objeto o tema de la decisión los fallos han sido descalificados por arbitrarios en razón de: 1) omitir considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas, 2) resolver cuestiones no planteadas. En cuanto a los fundamentos del decisorio, clasifica las causales de arbitrariedad en: A) aquellas que hacen al establecimiento del fundamento normativo entre: 3) las que fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico; o 4) prescinden del texto legal sin dar razón plausible alguna; o 5) aplican preceptos derogados o aún no vigentes; o 6) dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables; B) en cuanto al establecimiento del fundamento no normativo (o de hecho) entre sentencias que: 7) prescinden de prueba decisiva; o 8) invocan prueba inexistente; o 9) contradicen abiertamente otras constancias de los autos; C) en cuanto al establecimiento del fundamento normativo, del fundamento de hecho, o al tránsito de ellos a la conclusión, entre sentencias que: 10) hacen afirmaciones dogmáticas que sólo constituyen un fundamento aparente; o 11) incurren en excesos formalistas o rituales; o 12) son autocontradictorias. Finalmente en relación a los efectos del decisorio, han sido descalificadas por arbitrarias aquellas sentencias que: 13) pretenden dejar sin efecto decisiones anteriores firmes (conf. Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro: “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, Ed. Abeledo-Perrot, 1983, Tº I, págs. 57/59). ----------De la objeción de la apelante se infiere que la arbitrariedad que endilga al decisorio se vincula a lo identificado como pto. 7), esto es, haber prescindido de prueba decisiva, ya que así se ha juzgado a la prueba pericial médica en este tipo de juicios. Ahora bien, es sabido que de la lectura del art. 481 del CPCC se infiere que el juzgador no puede dejar de lado el dictamen arbitrariamente; por el contrario, el precepto le fija una “regla

de juicio” a la cual debe ceñirse en su apreciación. He aquí esas pautas: a) la competencia del perito; b) los principios científicos en que se funda; c) la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica; d) las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados; y e) los demás elementos de convicción que la causa ofrezca. Es decir, no sólo no puede el magistrado ignorar el dictamen, sino que debe valorarlo de acuerdo con las normas legales enunciadas, aunque después de dicha operación lógica concluya por apartarse del juicio del técnico, total o parcialmente. Se trata de un supuesto de excepción al principio general recibido en el art. 390, 2do. párrafo del CPCC, cuando se dispensa al juzgador de valorar ciertas pruebas por no ser esenciales y decisivas al fallo de la causa. Por el contrario, el dictamen del experto deberá ser considerado, si bien el juicio técnico no lo obliga en la fijación de los hechos. El juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta unánimemente la doctrina judicial; pero, en consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas por el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá “aducir razones de entidad suficiente” para apartarse de las conclusiones; “razones muy fundadas” para desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho. En esta orientación, el magistrado no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto. En todos los supuestos fundará su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar el informe, concluyendo fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de que su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, T° 2, págs. 521/523).----------

Asimismo, y dado que entre la prueba que se endilga no considerar se encuentra el dictamen del médico forense, resulta pertinente tener en cuenta que la jurisprudencia ha sostenido que los dictámenes emanados del Cuerpo Médico Forense son el asesoramiento técnico de personas especializadas, cuya imparcialidad y corrección están asegurados (conf. CSJN, 15/04/04, Lexis, n° 4/51870); así como que los dictámenes provenientes del Cuerpo Médico Forense deben ser preferidos a la opinión de otro perito designado en el expediente o a la del consultor técnico de parte, cuando la discrepancia entre los profesionales no es esclarecida con elementos de juicio suficientemente convincentes que autoricen apartarse de las conclusiones de aquéllos, porque se trata de un cuerpo que integra el Poder Judicial y cuya imparcialidad está garantizada (conf. CN. Civ., Sala C, 14/3/03, LL, 2003-D-831). En el mismo sentido se ha dicho que ante las discrepancias existentes con las pericias obrantes en los autos resulta razonable inclinarse por las conclusiones de dicho cuerpo, toda vez que él constituye un cuerpo auxiliar de la justicia cuya imparcialidad está garantizada por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de

funcionarios judiciales (conf. CN. Fed. Cont.Adm., Sala V, 30/12/96, elDial-AH184F).----------Con todo dicha prevalencia del dictamen de los Cuerpos de Peritos Oficiales no es absoluta. Así se decidió que el dictamen de los peritos integrantes de la Dirección de Asesoría Pericial de la Suprema Corte de Justicia (cuya objetividad y capacidad se presumen) prevalece, en asuntos técnicos, sobre cualquier otra opinión (aun profesional), salvo supuestos de incongruencia manifiesta, falta de fundamentación suficiente o evidente absurdo (conf. Cám. 2° Apel. Civ. y Com. La Plata, Sala I, 19/12/96, elDial-WFE51). Esto último es compatible con la pacífica doctrina y jurisprudencia arriba indicada respecto de que el juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos. Si la prevalencia del dictamen de los Cuerpos Oficiales fuera absoluta, el juez dejaría de ser soberano en la apreciación de las experticias y de esa manera no podría apartarse de la opinión de dichos organismos bajo ningún concepto, lo que contradice la referida doctrina judicial. ----------Otra de las críticas puesta de manifiesto por la accionada es que la jueza tampoco realizó una correcta e íntegra valoración de la historia clínica. Sobre esta prueba también cabe destacar que se ha entendido que médicamente se define a la historia clínica como "la constancia escrita de todas las comprobaciones realizadas en el examen médico, como también de todas las efectuadas en el curso de la evolución y de tratamientos instituidos, aun por terceros". Jurídicamente, como un "documento privado (institucional o no) de carácter personalizado, que registra respecto de un enfermo los datos de filiación; antecedentes individuales, hereditarios y familiares; elementos diagnósticos, pronósticos o terapéuticos y establece un relevamiento evolutivo de la enfermedad o lesión de un paciente". La historia clínica posee superlativo valor, ya que, además de constituir el medio idóneo para efectuar un adecuado y permanente control y seguimiento de los pacientes, adquiere singular trascendencia para otros fines. Ellos, en prieta síntesis, son: de carácter legal, estadístico, comparativo, evolutivo, científicodocente, necroscópico, de auditoría y calidad asistencial, etc. (conf. Urrutia, Amílcar R.: "Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica", Ed. Hammurabi, 2010, págs. 292).----------La doctrina reciente se ha detenido en exaltar la trascendencia de este instrumento, tanto desde el ángulo médico como jurídico. Así el Código de Ética para el Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina determina en su art. 137 que *"La historia clínica completa es uno de los pilares fundamentales de la atención médica y en ella tienen responsabilidades varios componentes del equipo".* Ferreres recuerda esta elocuente sentencia: "La realidad no es lo que pasó o lo que usted sostiene que aconteció; la realidad es lo que consta en la historia clínica (Brittain, 1989). De consuno, se ha dicho que: "La historia clínica es un elemento de prueba de mucha importancia para demostrar la diligencia o la negligencia del médico", o en otras palabras: "La historia clínica es el medio de prueba por excelencia, cuando llega el momento de juzgarse la responsabilidad

profesional médica individual o institucional. Paralelamente, deberá tenerse en cuenta que la historia clínica pasa a ser el eje central del proceso civil, no sólo como prueba documental sino también porque influye notoriamente en la prueba pericial, desde que los dictámenes generalmente pivotean sobre las constancias de aquélla (conf. Urrutia, op. cit., págs. 292/294). ----------

------Por todo lo anterior no puede sorprender que la jurisprudencia nacional reflejara la singular importancia de la historia clínica. Así se ha considerado que *"En estos litigios en que se invoca mala praxis, una prueba fundamental es la constancia documental que emana de la historia clínica, donde puede observarse la evolución médica del paciente y apreciarse los actos médicos realizados conforme a los estándares, por lo cual este instrumento tiene un papel relevante cuando se trata de establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño"* (conf. CSJN, Fallos, 324:2689). Es que por lo demás no podrá olvidarse que las mismas normas legales y éticas consagran la obligación de confeccionar la historia clínica, partiendo del art. 40, inc. l) del decreto reglamentario 6216/67 de la ley 17132. En efecto la ley del ejercicio de la medicina y actividades afines impone a quienes ejercen la dirección de los establecimientos asistenciales la obligación de: *"Adoptar los recaudos necesarios para que se confeccionen historias clínicas de los pacientes y que se utilicen en las mismas los nomencladores de morbilidad y mortalidad establecidos por las autoridades sanitarias"* (conf. Urrutia, op. cit., pág. 295). ----------

-----Amén de lo anterior, es de considerar que la historia clínica por los actos médicos cuestionados, es la perteneciente al Hospital Zonal de Trelew (ver constancias del expediente administrativo N° 5701/12 -que tengo a la vista- y al que refiriera la sentenciante de grado a fs. 295 vta., último párrafo). Esta circunstancia resulta relevante ya que en casos de establecimientos sanitarios estatales debe destacarse la categoría jurídica del facultativo, que asume o se enviste de la calidad del funcionario público en el ejercicio de la medicina hospitalaria, cometido estatal por excelencia, sin perjuicio que habrá que hacer una distinción entre el médico de servicio, que será un agente público y el jefe de guardia, director, etc., que constituirá por su jerarquía un verdadero funcionario público. La característica fundamental de los actos medicales, que se incluirán en la historia clínica, revisten la calidad de actos administrativos subjetivos, es decir, producen los efectos jurídicos determinados sobre un sujeto de derecho privado (el paciente). Al decir de Jeze, se trataría de una "manifestación de voluntad, en ejercicio del poder legal, que tiene por objeto constatar una situación general -individual o hechos- con fuerza de verdad legal" (conf. Ghersi, Carlos A.: "Responsabilidad por prestación médico asistencial", Ed. Hammurabi, 1992, pág. 56).----------

------La anotación en la historia clínica o legajo de los diversos actos administrativos señalados *ut supra* da la noción de registración. El registro es entonces, el acto

administrativo medical, por el cual el agente o funcionario público, mediante la forma prescripta en el ordenamiento jurídico administrativo, inserta actos, hechos, acontecimientos y todo evento, que considere necesario para establecer la correlatividad secuencial de los actos médicos en la vida del paciente desde la primera visita hasta que se le extiende el acta o fallece. El acto de registro lo hace el profesional de oficio, aun cuando también puede hacerlo por pedido de otro colega, de un paramédico, del superior y hasta del propio paciente. El tópico más importante es el efecto jurídico que produce el acto registrado, se sostiene que se le otorga fecha cierta, produce efectos frente a terceros -sin perjuicio de que se trata de una presunción *juris tantum* sujeta a impugnaciones-, certifica la existencia del acto o hechos y si se tratare de opiniones o dictámenes, obtienen calificación de razonabilidad científica hasta que se pruebe lo contrario. Desde el punto de vista procesal, su apreciación debe ser para el juez la de un elemento idóneo (al igual que los libros contables para el comerciante) ya que, si no contiene defectos formales, produce prueba *per se* (conf. Ghersi, op. cit., págs. 57/58). ----A la luz de lo expuesto, cabe dejar asentada la trascendencia reconocida en este tipo de juicio a la historia clínica como prueba documental de los hechos y actos médicos, así como la particularidad de que en la especie se trata de un instrumento público que no fuera impugnado.----------

Destacada la relevancia de la prueba pericial médica, así como la de la documental consistente en la historia clínica, cabe agregar en el *sub exámine* que la accionada también apunta que la jueza no valoró o se apartó de los testimonios de los galenos intervinientes, ya que se trata de testigos calificados. Al respecto se consideró que la declaración de un médico que atendió al paciente y estuvo relacionado con las cuestiones debatidas en el expediente, adquiere la calidad de testimonio técnico cuando no sólo es interrogado sobre hechos acaecidos y que percibió sino también sobre ciertas cuestiones que hacen específicamente a la ciencia médica (conf. Cám. Apel. Civ. y Com. Trab. y Fam. Bell Ville, 20/4/01, LLC, 2002-237). Asimismo, se entendió que la característica del testigo es que su percepción es espontánea y el interés procesal sobre ella es sobreviniente a su producción. Pero a veces, el testimonio puede tener un plus, como sucede cuando los reales alcances de la percepción o su verdadera significación se han hecho inteligibles para el testigo en virtud de los especiales conocimientos que tiene: es el caso del testigo calificado por su conocimiento o testigo perito. Sin embargo, no corresponde confundirlo con el perito propiamente dicho, pues el conocimiento que éste adquiere y sus juicios o conclusiones son provocados por orden judicial y en virtud de un interés procesal preexistente al encargo pericial (conf. Cám. Crim. 2da. Nom. Catamarca, 27/2/98, LL, 1998-D-891; LLNOA 1998-944, LLC, 1998-918).----------

-------A la luz de lo reseñado también procede otorgar especial valor a las declaraciones de los testigos médicos que intervinieron en la atención, tratamientos y cumplieron con

actos y prestaciones médicas a la actora. ----------3) En virtud de lo expuesto en el considerando precedente corresponde indagar si el razonamiento de la jueza de grado para arribar a la responsabilidad de la demandada ha tenido en cuenta, y si ha sido una derivación lógica, de las pruebas cuya relevancia ha destacado la accionada apelante, y que ha sido resaltada de acuerdo a lo hasta aquí considerado. Es de mencionar que la juzgadora consideró la trascendencia de la historia clínica, a cuyo fin tuvo en cuenta el expediente administrativo N° 5701/12 -el que en copia tengo a la vista-, haciendo una reseña cronológica de la atención de la demandante desde el 12/05/11. En dicha reseña es de destacar que se indica que la Dra. S. S. atendió a la actora el 27/05/11, dejando constancia que presenta una tumoración gigante en el muslo derecho de cinco meses de evolución (ver fs. 31 de la H.C. del Hospital de Trelew), que el 31/05/11 se realizó a la actora un centellograma (ver fs. 07 de la H.C. 12073 del Hospital de Puerto Madryn en expediente adjunto), y el 03/06/11, la citada galena vuelve a atenderla haciendo constar “centellograma con captación” y programa cirugía con cirujano vascular (ver fs. 30 de la H.C. del H.T.) , el 06/07/11 la médica habla personalmente con el Dr. S. para pasar presupuesto para cateterismo de vasos femorales, realizando el pedido (ver fs. 30 vta. de la H.C. del H.T.). Se registra el 08/07/11 que concurre el padre de la actora solicitando explicaciones confirmando el éxito de la cirugía, informándosele los riesgos de la misma por el tamaño tumoral, se solicita derivación a lo cual se niega la paciente (ver fs. 30 vta. de la H.C. del H.T.). El 27/07/11, la accionante concurre a reclamar por la fecha de la cirugía, diciéndosele que no hay respuesta de parte del Dr. S., el padre solicita la derivación para que le aseguren el éxito de la derivación, se realiza el pedido de derivación y se decide la misma ante la negativa del padre de firmar el consentimiento quirúrgico (ver fs. 32/ vta. de la H.C. del H.T.). Siempre el 27/07/11 la Dra. S. firmó, al igual que el jefe de servicio Dr. P., la planilla de derivación, indicándose que se solicita la derivación a un centro especializado en tumores a pedido del padre de la paciente, planilla que es firmada el 01/08/11 por L. M. y el 15/09/11 A. Q., directora del Hospital Dr. A. Isola, firma un pase a un médico o recepción (ver fs. 10 de la H.C. del H.P.M.). Se agrega que el 28/09/11 se abre la historia clínica en el citado hospital (ver fs. 01 de la H.C. del H.P.M.), y el 17/10/11 el servicio oncológico diagnostica “tumor muslo derecho”, se pide análisis de laboratorio y se hace un plan de cirugía oncológica en bloque (ver fs. 091 y 02/vta. de la H.C. del H.P.M.); el 09/11/11 P. asiste al consultorio de la clínica S. M. siendo atendida por la cirujana vascular Dra. O. (ver fs. 33 de la H.C. del H.T.), quien el 16/11/11 examina arteriografía e informa que pone en evidencia la incorporación del paquete vásculo-nervioso en la masa tumoral (ver fs. 33/vta. de la H.C. del H.T.). La jueza concluye la reseña de la historia clínica, dejando constancia que el 09/01/12 la paciente es atendida por el Dr. Y., informando a la paciente y a sus padres, la patología, su gravedad y tratamiento (ver fs.

33 vta./34 de la H.C. del H.T.) (ver sentencia a fs. 295 vta. “in fine”/297, 1er. párrafo).----------La sentenciante *a quo* también consideró las declaraciones de los testigos técnicos o calificados. Así tuvo en cuenta la del Dr. Y. quien manifestó que el diagnóstico proporcionado por él a la paciente fue un “hemangio pericitoma maligno”, que requería cirugía con los riesgos habituales pero que era más peligroso no operarla, y que de acuerdo a su criterio médico el diagnóstico y estudios efectuados por la Dra. S. fueron correctos, y dadas las características de la enfermedad es imposible asegurar resultados (ver fs. 203/204, respuestas cuarta, sexta, octava y décimo segunda). También se consideró el testimonio de la Dra. O., quien señaló que participó en la cirugía de la actora practicada en enero de 2012 y que la había visto antes porque le tuvo que pedir estudios por el grado de tumoración que portaba, añadió que la paciente no traía estudios previos cuando llegó a su consultorio, y si los había no los vio; destacó que una masa tumoral requiere la toma de una biopsia para realizar un diagnóstico específico y de acuerdo al mismo se decide la conducta a seguir según la benignidad o malignidad del tumor, también dijo que cuando uno detecta el tumor debe hacer los estudios inmediatamente para evitar consecuencias mayores (ver fs. 205/206, respuestas segunda, tercera, séptima y octava). Finalmente, en cuanto al examen de los testimonios técnicos, la sentenciante reparó en el del Dr. S., quien manifestó que atendió a P. por una tumoración en un miembro inferior, que él no dio diagnóstico, sino que se hizo una sospecha de una lesión y para poder llegar al diagnóstico se pidió una resonancia magnética, que cree que fue la única vez que vio a la paciente ya que luego la derivó a otro servicio. También expresó que el diagnóstico y estudios realizados por la Dra. S. fueron correctos, ya que así lo era la decisión de cirugía (ver fs. 223/224, respuestas tercera, cuarta, quinta, y décimo tercera) (ver sentencia a fs. 297/vta.). ----------La jueza de grado también analizó, como no podía omitir, las pruebas periciales médicas. En cuanto a la realizada por el Dr. J., la sentenciante destacó, entre otras consideraciones del experto, que la actora presentaba una tumoración de gran tamaño en el miembro inferior y se decidió su extirpación lo cual es lo indicado, así como que la resonancia magnética nuclear de la zona afectada confirma la existencia del tumor, puede hacer sospechar de la malignidad o benignidad del mismo, y es útil para ver las relaciones del tumor con las estructuras anatómicas vecinas. También se agregó que para arribar a un diagnóstico definitivo es necesario realizar una biopsia. Asimismo, la juzgadora refirió que el perito señaló que a la actora se le realizó la biopsia el 16/11/11 que dio como resultado “probable sarcoma de células redondas de partes blandas”, y que se decidió la amputación completa del miembro inferior. También se resaltó que el perito expresó que ante la sospecha de un tumor maligno hay que postergar una confirmación biópsica, y que era correcta la intervención del servicio de oncología. Asimismo, se destacó que concluyó que de acuerdo a la documental obrante no hubo

impericia o negligencia, y que ante la situación es dudoso atribuir la demora de la cirugía a causas médicas (ver pericia de fs. 235/237). También se mencionó que el experto respondió el pedido de explicaciones, señalando que la Dra. S., el 03/06/11, dejó constancia en la historia clínica, que se programa cirugía con cirujano vascular, indicación correcta en base a los estudios realizados, dictaminando que no hubo mala praxis o negligencia en el mes de junio de 2011. Añadió que la conducta del padre no es relevante para determinar la mala praxis cuando la paciente es mayor de edad y capaz, si bien influyó en la decisión de la misma para no operarse, dado que se dejó constancia que a pedido del padre se solicitó la derivación a un centro especializado en tumores (ver fs. 248) (ver sentencia a fs. 298 vta., 1er. párrafo).----------Por último es de mencionar que la sentenciante de origen también tuvo en cuenta la pericia médica efectuada en sede penal (ver fs. 53/55 del caso penal 36.193). Del análisis efectuado por la jueza es de resaltar que el perito señaló que ante casos como el de la actora la actitud profesional debe ser activa en todo acto médico, y lo que en ocasiones limita su accionar es la necesidad de estudios médicos y de contar con la aparatología adecuada, lo cual torna la actitud, no en omisiva, sino en expectante. En concreto sobre este caso señaló que los estudios indicados, realizados y el tratamiento fueron acordes para la patología diagnosticada, ya que no había otra alternativa terapéutica que la efectuada, a lo que se agregó que la paciente y sus familiares fueron informados de las características de la patología, así como de los riesgos de la misma y de su tratamiento. El perito consideró que las indicaciones iniciales, a partir del 16/05/11 hasta el 27/07/11, son coherentes en cuanto a los hallazgos médicos. Destacó que el sarcoma es un tumor de elevada malignidad que mejora su pronóstico ante una detección y tratamiento tempranos, más en este caso la paciente habría consultado a seis meses de su detección y se produjo una discontinuidad asistencial por motivos que no surgen de la documentación (ver sentencia a fs. 299, último párrafo/300, dos primeros párrafos). ----------4) De la prueba reseñada se deprende que tanto los peritos como los testigos Y. y S. fueron contestes en señalar que no existió mala praxis ni omisiones en los actos médicos realizados por la Dra. S. S.. Es de recordar que la mala praxis enrostrada a la citada profesional radica en los actos médicos ejecutados por ella en los meses de junio y julio de 2011, ya que se relata que la misma diagnosticó la existencia de una masa tumoral en el miembro inferior de P. el 03/06/11, que fueron reiteradas las consultas con la galena en los meses de junio y julio de 2011, destacando que tuvo una actitud impasible frente al grave cuadro clínico, por cuanto no indicó ningún estudio histopatológico, ni terapia curativa ni preventiva. A ello se añade que la demora e inacción de la médica conllevó el agravamiento de la afección por el transcurso del tiempo, y si bien no se dice que la negligencia médica desató el daño, sí privó a la paciente de una mejor y más rápida curación y recuperación (ver fs. 04 vta./05). Más adelante en la demanda, se precisa que

la culpa de la profesional surge evidente por no ordenar una biopsia, ni una arteriografía, ni cultivo bioquímico al atender a la actora en junio de 2011, dejando transcurrir un tiempo valiosísimo (ver fs. 07, 4to. párrafo). ----------

-----La jueza de grado precisó que el tiempo de actuación de la Dra. S. transcurrió entre el 27/05/11 al 27/07/11. Consideró que la actora concurrió al Hospital Zonal de Trelew los días 12 y 13 de mayo de 2011, presentando una masa tumoral con una evolución de seis meses, siendo atendida por el Dr. S., quien luego de solicitar una RMN, derivó a la paciente al servicio de traumatología. La Dra. S. solicitó el 27/05/11 estudios complementarios como RX, centellograma y RMN con contraste, y el 03/06/11 programó cirugía con cirujano vascular. Los estudios solicitados y la cirugía establecida fueron calificados como correctos por la juzgadora de acuerdo a lo dictaminado por los peritos y los testigos técnicos indicados (ver sentencia a fs. 300, dos últimos párrafos/vta., tres primeros párrafos).----------

------Ahora bien, en base a lo expuesto por la Dra. O. y por el Dr. J., quienes indicaron que para arribar a un diagnóstico preciso era necesario realizar una biopsia (ver sentencia a fs. 300 vta., dos últimos párrafos/301, primer párrafo), la jueza de grado consideró que la Dra. S. debió reducir los riesgos a los que estaba sometida la paciente y ordenar la realización oportuna de una biopsia para confirmar el diagnóstico y determinar el mejor tratamiento para su patología (ver sentencia a fs. 301, 2do. párrafo). Y textualmente razonó que *“Los estudios complementarios que pidió la Dra. S. fueron adecuados, conforme surge de la pericia médica, pero no permitían encajar la situación particular de A. P. en un cuadro patológico conocido, para ello era necesario si o si la biopsia”* (ver sentencia a fs. 301, anteúltimo párrafo). De allí concluyó que la omisión referida privó a la paciente de la probabilidad cierta y concreta de haberse podido efectuar un tratamiento que no conllevase a la amputación de su pierna, no surgiendo de la prueba producida causas justificativas para demorar la correcta determinación del padecer de la actora (ver sentencia a fs. 301 vta., 3er. párrafo). ----------

------También destacó la jueza que de la historia clínica surge que el 27/07/11 se dejó constancia que la derivación de la paciente fue requerida por el padre de la misma para que le asegurasen el éxito de la cirugía, y se decide derivarla ante la negativa del padre de firmar el consentimiento quirúrgico (ver sentencia a fs. 302, anteúltimo párrafo). Sobre esto último, y de acuerdo a lo dispuesto por la ley 26529, la sentenciante argumentó que no surge que la Dra. S. le hubiera dado a la paciente una información adecuada como sí lo hicieron los otros galenos, así como que se decidió la derivación sin requerir la autorización de la actora, siendo la misma mayor de edad y capaz (ver sentencia a fs. 302, último párrafo/303). Y en cuanto a la relación de causalidad entre las omisiones enrostradas y el daño consistente en la frustración de una expectativa de mejor curación

que no implicara la amputación de la pierna, la *a quo* consideró que si la Dra. S. hubiera hecho la biopsia de manera urgente y no hubiera derivado a la paciente de manera “caprichosa”, el desenlace -de la amputación- podría haber sido diferente (ver sentencia a fs. 304, 3er. párrafo).----------

------Encuentro que el razonamiento de la jueza no resulta acertado en su desarrollo argumentativo. Es que achaca omisiones a la médica tratante por no haber ordenado una biopsia que habría precisado el diagnóstico y el tratamiento ulterior, cuando justamente la Dra. S. prescribió la cirugía sin realizar ese estudio, lo que implicaba someter a la paciente a una operación en un lapso más breve. Es así que en este caso la omisión endilgada resultaba en beneficio de actuar con la mayor premura ante la gravedad de la situación, lo cual contrasta con la actitud impasible que en la demanda se endilga a la profesional. Asimismo, en lo que se refiere a que la médica no brindó una terapia curativa o preventiva, el médico forense dictaminó que el tratamiento indicado para los sarcomas de partes blandas es la extirpación quirúrgica en primer término, radioterapia y quimioterapia (ver fs. 235 vta., pto. 5), por lo que la cirugía programada por la médica era el tratamiento adecuado. ----------

------A lo anterior cabe agregar que, de acuerdo a la prueba reseñada, la accionante presentaba una afección tumoral con seis meses de evolución ante la primera consulta con el Dr. S. (ver fs. 30 de la H.C. del H.T.), por lo que aun cuando pudiera considerarse que existió alguna omisión negligente en la conducta de la Dra. S. -lo que no se acreditó-, no existe prueba fehaciente que demuestre el nexo de causalidad entre dicha supuesta omisión y el resultado dañoso consistente en la necesidad de amputar la pierna de la actora. Y la demandada precisó su agravio al respecto, ya que destacó que no está acreditado el vínculo de causalidad adecuado, ya que el daño derivado de la cirugía se debió al tumor maligno y a la propia culpa de la víctima en tardar en hacerse ver por primera vez por un médico, y luego en discontinuar la atención (ver fs. 334 vta., anteúltimo párrafo). Nótese que en la argumentación de la jueza, sin mayores fundamentos probatorios, se concluyó que si la profesional hubiera ordenado la biopsia el desenlace **podría haber sido diferente** (la negrita me pertenece) (ver sentencia a fs. 304, 3er. párrafo), lo cual no deja de ser un juicio de carácter conjetural.----------

------En cuanto al nexo causal, es sabido que según la teoría de la causalidad adecuada, no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen igual importancia, sino que debe asociarse a aquel antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata del perjuicio. Por ello, todas las demás condiciones son periféricas y, por tanto, irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad. La cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación

que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar. En resumidas cuentas, la causa del daño es sólo aquella condición que normalmente resulta apta para producir el resultado. Solamente es causa idónea la que, haciendo un juicio de probabilidad, normalmente, según la experiencia de la vida, produce u ocasiona el resultado daño que debe atribuirse al hecho. Las demás son meras condiciones, factores o antecedentes (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A.: "Responsabilidad por daños. (Elementos)", Ed. Depalma, 1993, págs. 223/224). Este criterio lo he reiterado recientemente en otro precedente de esta Sala "B" (SDL N° 104/18, del 28/12/18). ----------

------La teoría de la causalidad adecuada parte de la base de que sólo puede considerarse jurídicamente "causa" de un resultado aquel hecho que, de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, produce normalmente aquel resultado. No basta, entonces, con que entre ambos extremos (hecho y resultado) medie una relación causal desde el punto de vista físico, sino que es preciso, además, que el resultado aparezca como una consecuencia previsible del hecho. Para establecer si un determinado hecho ha sido la causa adecuada de cierto resultado dañoso el intérprete debe efectuar un juicio de "prognosis póstuma", que consiste en preguntarse si un hombre medio puesto en el momento del hecho podría haber previsto que aquel hecho iba a generar ese resultado. Así el disparo de un arma de fuego es la causa adecuada de la muerte o las lesiones provocadas sobre una persona, porque la experiencia nos enseña que eso es lo que suele suceder en tales casos (se trata, si se quiere, de un juicio estadístico), pero en cambio no es causa adecuada de ese resultado, el hecho de que los padres del autor lo hayan concebido, dado que el solo hecho de tener un hijo no permite prever que éste matará o lesionará a alguien en algún momento de su vida (conf. Picasso, Sebastián, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director): "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° VIII, págs. 419/420). ----------

------De manera consistente con lo anterior, me expedí en otro antecedente de esta Sala "B", SDC N° 05/17, del 17/08/17. En el mismo argumenté que se ha sostenido que frente a la comprobación de un daño, el jurista debe desandar los acontecimientos que han conducido al resultado del mismo, analizando y descubriendo cuál de todas las condiciones previas alcanza el grado de verdadera causa jurídica. Una vez hecha esa determinación que vincula un daño material con un hecho humano o de una cosa, o entre el perjuicio y una esfera de riesgo, deberá medir el alcance de la responsabilidad, es decir cuáles son los daños jurídicos que desencadenados por ese antecedente, deben ser indemnizados (conf. Vázquez Ferreyra, op. cit., pág. 221). Sabido es que la teoría predominante en la actualidad es la de la causalidad adecuada -hoy consagrada normativamente en el art. 1726 del C. Civil y Comercial-, según la cual no todos los

acontecimientos que preceden a un daño tienen igual importancia, sino que debe asociarse a aquel antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata del perjuicio, por ello todas las demás condiciones son periféricas y, por lo tanto, irrelevantes a los efectos de la atribución de la responsabilidad. La cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar (conf. citas de Ángel Yagüez y Santos Briz, en Vázquez Ferreyra, op. cit., pág. 223/224). Es esta teoría la que recoge nuestro Código Civil, siendo solamente causa idónea la que, haciendo un juicio de probabilidad, normalmente, según la experiencia de la vida, produce u ocasiona el resultado daño que debe atribuirse al hecho. Las demás son meras condiciones, factores o antecedentes (conf. cita de Cifuentes, en Vázquez Ferreyra, op. cit., pág. 224). Ello es lo que se desprende de las previsiones de los arts. 901 y sigs. del C. Civil.----------

-----En sentido concordante se ha sostenido que la teoría de la causalidad adecuada considera a las condiciones en abstracto, y selecciona como causa a aquella que, además de ser condición necesaria, tenía aptitud para generar el resultado según las reglas normales de la experiencia. Es decir que es causa jurídica del daño la condición idónea “adecuada”, para producirlo, acorde con reglas de probabilidad basadas en la experiencia corriente. Se trata de un problema de regularidad estadística, que por lo tanto requiere pluralidad de casos. En efecto, sólo puede haber previsibilidad cuando preceden situaciones frecuentes en que se ha conectado un cierto antecedente con determinado consecuente como resultado probable. El examen causal es efectuado por el magistrado (o cualquier otro intérprete, como el abogado cuando estudia el caso) erigido en observador óptimo y quien, suprimiendo mentalmente el curso de los acontecimientos tal como ocurrieron (en concreto), formula un juicio de probabilidad: se pregunta si una determinada condición (el suceso motivo de juzgamiento) poseía poder eficiente para producir la consecuencia que se examina, de manera que exista una “adecuación” entre el hecho y el resultado. Dado el primero, ¿era previsible que ocurriera el segundo?. Esa indagación opera *ex post facto:* después del daño y desandando hacia atrás en el camino de los hechos que se interponen (conf. Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, 1999, T° 4, págs. 255/256). ----------

------Como señalé más arriba, entiendo que la juzgadora efectuó un juicio conjetural o de posibilidad, al concluir que si la médica hubiera ordenado la biopsia el desenlace dañoso podría haber sido diferente. Se trata de una conclusión hipotética que no ha podido ser confirmada con las pruebas obrantes en autos. Es que la posibilidad importa una mera conjetura, mientras que el establecimiento de la relación de causalidad adecuada

importa, muchas veces un juicio de probabilidad estadística sobre datos concretos, no de posibilidad en base a consideraciones genéricas, que es lo que efectuó la sentenciante.----------

------Es de hacer notar que la propia magistrada admite que no existen las suficientes seguridades en relación a las posibilidades de no haber tenido que amputar la pierna en caso de haberse determinado la existencia del cáncer al tiempo en que se hizo la consulta con la Dra. S.. No obstante ello se siguió razonando que dicha circunstancia repercute sólo sobre el monto de la indemnización dado que se está ante una pérdida de chance de mejor curación conservando el miembro y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad (ver sentencia a fs. 304 “in fine”/vta., 1er. párrafo). Al respecto resulta desacertado, a mi juicio, dicho razonamiento. Ello porque ya he sostenido que en todo caso la galena había prescripto la intervención quirúrgica sin la biopsia, lo cual lejos de importar una demora en el tratamiento, implicaba “ganar” tiempo. Pero además, lo argumentado olvida que el nexo causal debe demostrarse también respecto de la pérdida de chance, ya que este ítem no es un daño indemnizable que se reconoce en subsidio de que no se acredite la causalidad adecuada con la incapacidad sobreviniente o con otro daño de carácter más certero.----------

------Es que debe recordarse que lo que se resarce cuando se pierde una “chance” material no es la lesión de una afección legítima (concepto éste emplazable dentro del daño moral), sino la privación de una expectativa de contenido económico. Suele confundirse el concepto común o estricto de “daño” (como “daño emergente” o “lucro cesante”, dentro del ámbito patrimonial) con el de “pérdida de chance”, donde no hay certeza de la obtención del beneficio, y sí sólo certeza de la oportunidad en que el sujeto se hallaba de llegar a conseguirlo (conf. Zavala de González, Matilde: “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, 1996, Tº 2 b, págs. 249/257). En la pérdida de chance lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo, sin que sea posible conocer si ésta se habría realizado: nadie lo sabe, ni lo sabrá jamás, porque el hecho ha detenido en forma definitiva el curso de los acontecimientos donde reposaba la esperanza del afectado. Así en la “chance” concurre siempre una cuota de incertidumbre o conjetura. Es cierto que en casi todo perjuicio resarcible media un factor de álea o inseguridad, pero es menester, al menos una certeza relativa. En cambio en el caso de la “chance”, sólo es cierta la probabilidad como tal y no lo es el objeto al que la oportunidad tendía. Con todo la “chance” jurídicamente reconocible no es la que se apoya en meros “castillos en el aire” o en simples “sueños de ganancia”, puesto que existía ya alguna situación fáctica o jurídica que creaba la razonable aspiración o expectativa. Para la resarcibilidad de la “chance” perdida es menester algún contexto objetivo idóneo o favorable que confiriese oportunidad efectiva a lo esperado (pero sin la convicción de que se realizaría, incertidumbre que el hecho no permite ya despejar); es

decir que se descarta la indemnización de las meras conjeturas, de débiles posibilidades que no son más que eso y no revisten una intensidad suficiente como para erigirse en probabilidad (conf. Zavala de González, op. cit., T° 2 a, págs. 441/443). ----------
------Es así que debía haberse probado el nexo causal entre la omisión de la galena -lo cual, reitero, tampoco se probó- y la chance de obtener una curación que no implicase la amputación de la pierna de la actora, todo lo cual no se acreditó. Habré de repetir que la circunstancia de haberse prescripto la operación sin ordenarse la biopsia importaba "ganar" y no "perder" tiempo para la curación o tratamiento de la paciente. A lo que cabe añadir el hecho, debidamente probado, que la actora concurrió a la primera consulta con un grado de evolución avanzado de la afección tumoral. ----------
------Ante la falta de acreditación del nexo causal deviene irrelevante la endilgada falta de información suficiente que en el decisorio se imputa a la médica y por ende a la demandada (ver sentencia a fs. 302 vta., último párrafo/303 vta.). A ello se ha de agregar, tal como lo destaca el perito médico en la causa penal, que la paciente discontinuó la atención asistencial, ya que no existen registros de atención entre el 27/07/11 y el 09/11/11 (ver fs. 55, pto. 20 de la causa penal). ----------
-----A la luz de todo lo razonado habré de acoger los agravios de la demandada, en tanto se concluye que no se ha acreditado la mala praxis médica enrostrada ni el nexo causal con el resultado dañoso ulterior. Por ende y dado que la responsabilidad del Estado provincial demandado encontraba su sustento en la falta de servicio o prestación irregular del mismo en los términos del art. 1112 del C. Civil, consistente en la mala praxis de la médica tratante, habré de proponer la revocación del decisorio y el consecuente rechazo de la demanda. ----------
------5) Atento a que los agravios de la actora versan sobre la materia de intereses (ver fs. 327/328 vta.), dada la desestimación de la demanda, su tratamiento deviene abstracto. Y otro tanto corresponde concluir respecto de la apelación de honorarios de fs. 316, en virtud de la readecuación que se impone por disposición del art. 282 del ritual.
-------III.- Atento al modo en que se propicia resolver la cuestión motivo del recurso de la demandada, corresponde revocar íntegramente el fallo recurrido, y en consecuencia, rechazar la demanda promovida por A. E. P. contra la Provincia del Chubut. ----------
-------La revocatoria dictada conlleva la readecuación de la imposición de costas y de la regulación de honorarios (conf. art. 282 del CPCC). En cuanto a lo primero, atento el principio objetivo de la derrota, las costas se imponen a la actora vencida (conf. art. 69 del CPCC). Con relación a los honorarios de grado, dado el resultado del pleito, extensión y mérito de las tareas realizadas, se readecuan los mismos de la siguiente manera: a los letrados patrocinantes de la actora, Dres. D. L. T. y S. A. K., en conjunto, en un 10%; a los letrados apoderados de la accionada, Dres. D. E. F., R. J. A. T. y N. F. T., en conjunto, en un 19,6%; manteniendo los del perito médico Dr. J. O. J. en un 3%, y los del perito

psicólogo Lic. F. D. P. en un 2%, por considerarlos adecuados; en todos los casos sobre el monto reclamado en la demanda, con más los intereses a la tasa activa que percibe el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos, desde la fecha del evento, que fue fijada en la sentencia de grado al 03/06/11, hasta la de este pronunciamiento (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 10, 18, 46 y 60 del arancel), y con más el IVA (conf. leyes 23349 y 23871).----------

------En cuanto a las costas de esta instancia, se imponen a la actora vencida en virtud de aplicar el principio objetivo de la derrota (conf. art. 69 del CPCC). A tal fin regulo los honorarios de los letrados intervinientes en esta sede, considerando el mérito y extensión de las tareas desarrolladas, así como el resultado del pleito, de la siguiente manera: al letrado apoderado de la demandada, Dr. D. E. F., en un 6,86%; y a los letrados patrocinantes de la actora, Dres. S. A. K. y D. L. T., en conjunto, en un 2,5%; en ambos casos sobre el mismo monto del proceso considerado para los honorarios de grado, y con más el IVA (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 13 y 46 de la ley XIII N° 4; y leyes 233349 y 23871).-

------Voto entonces a esta cuestión POR LA NEGATIVA. ----------

-----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo: ----------

------1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandada y actora a fs. 312 y 315, respectivamente, que fueran concedidos libremente a fs. 317 contra la sentencia definitiva de la anterior instancia dictada a fs. 292/309 y vta. que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por A. E. P. y condenó a la Provincia del Chubut para que en el plazo de diez días de notificado el decisorio abone a la actora la suma de $543.862,43, con más sus intereses a la tasa activa que percibe el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales a treinta días, desde el 03 de junio de 2011 y hasta el efectivo pago, con costas a la demandada vencida.----------

------Asimismo, a fs. 316 la Dra. S. A. K. y el Dr. D. L. T., por derecho propio, apelaron los honorarios regulados a su favor por considerarlos bajos, recurso concedido a fs. 317.-

------Las expresiones de agravios de la accionante y de la accionada lucen a fs. 327/328 y vta. y fs. 330/336, los traslados fueron conferidos a fs. 329 y 337, el evacuado por la demandada fue desglosado por presentarse fuera de término según providencia de fs. 339, el contestado por la actora obra a fs. 340/341, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual, y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar. ----------

-------2. Al contestar el traslado conferido la parte actora peticiona se declare la deserción del recurso de apelación interpuesto por la demandada. Sostiene que en el escrito

recursivo se advierte la ausencia de fundamentos específicamente referidos a las cuestiones determinantes de la sentencia adversa a las defensas del recurrente (p. II, fs. 340).----------

------Al respecto, la lectura de los agravios obrantes a fs. 330/336 permite observar que la apelante formula una crítica concreta y razonada del decisorio al entender que se apartó del dictamen pericial, no valoró las declaraciones testimoniales, y tampoco realizó una correcta e íntegra valoración de la historia clínica, por lo que la queja desarrolla una línea argumental que contiene suficiencia técnica y ello autoriza a ingresar a su estudio, máxime si se considera que la deserción del recurso debe interpretarse con criterio restrictivo en razón de la garantía de defensa en juicio (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1998, T. 1, par. 101, pág. 275).

-------Por ello, se desestima el pedido de deserción del recurso de apelación, sin perjuicio del resultado final que puedan alcanzar las quejas vertidas por la demandada recurrente. ----------

------3. Ingresaré en primer término a los agravios de la demandada por la eventual proyección que puedan tener los mismos sobre el resultado final del proceso. ----------

------La accionada considera que el fallo resulta arbitrario al dejar de lado una prueba fundamental como es la prueba pericial médica. Estima que el a quo basa su responsabilidad en apreciaciones subjetivas dejando de lado la experticia médica producida en la causa. Expresa que la sentencia le achaca a la médica una supuesta omisión de realizar y/o profundizar estudios médicos necesarios para conocer el verdadero estado clínico y evolución de la patología de la actora y que ello privó a ésta de la probabilidad de haber podido efectuar un tratamiento que no conllevase a la amputación de la pierna. Señala que ello es una mera apreciación subjetiva que contradice a la prueba pericial médica ya que el Dr. J. determinó que la actuación y los estudios indicados por la Dra. S. fueron adecuados. Destaca que a la misma conclusión llegó el médico forense Dr. Rodríguez Jacob en la causa penal N° 36.193. Agrega que la Jueza al sentenciar tampoco valoró las declaraciones testimoniales de testigos calificados en la materia. Expresa que no realizó una correcta e íntegra valoración de la historia clínica ya que de la misma surge que el 08/07/11 fueron informados de los riesgos de la cirugía a realizar, tanto a la paciente como a su padre. ----------

----Señalo en primer lugar que el fallo estableció que los presupuestos de la responsabilidad civil deben juzgarse con la ley vigente al momento del hecho ilícito, en el caso el Código Civil, aspecto que no resultó controvertido. En tal sentido, en demanda se alegó una atención médica negligente durante los meses de junio y julio de 2011(p. II, fs. 81) y a esa época se encontraba vigente dicho ordenamiento. ----------

También debe precisarse que la conducta negligente que se imputa es por las supuestas

omisiones cometidas por la Dra. S. S. (ver escrito de inicio, p. III. 2. y 4., fs. 82 vta.), por lo que dicha conducta eventualmente encuadraría en el art. 1074 del Código Civil. ----------Y respecto al alcance del art. 1074 del Código Civil se sostiene que según la comprensión dominante en *doctrina* (Llerena, Colombo, Acuña Anzorena, Aguiar, Spota, Quinteros, Trigo Represas, Pliner, Borda, Cammarota, Llambías, Alterini), y de la *jurisprudencia*, el art. 1074 no debe ser entendido literalmente sino con amplitud: hay responsabilidad por omisión toda vez que quien se abstiene de actuar infringe así *una obligación jurídica de obrar*, entendiendo por tal no sólo la que la ley consagra de modo específico sino la que surge inequívocamente del conjunto del ordenamiento jurídico, y que está impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos (Demogue) (Llambías, Jorge Joaquín, "Código Civil Anotado", Abeledo Perrot, 1979, T. II-B, pág. 318). El art. 1074 CCiv. ha sido interpretado con un sentido amplio en línea con el art. 1109, que sienta una regla general de abstenerse de cualquier acto lesivo de las personas o bienes de los demás; ello así, para el supuesto de la omisión culposa generadora de daños, la obligación es no abstenerse del acto que evitaría el daño (López Mesa, Marcelo J., "Sistema de Jurisprudencia Civil", AbeledoPerrot, 2012, T. II, pág. 2071). La antijuridicidad de la omisión deviene, claro está, de la transgresión a una "obligación jurídica de obrar", pero con un alcance amplio que abarca los "deberes legales" y también los impuestos por las "buenas costumbres" y el "orden público", al igual que los dictados por la buena fe (Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", EDIAR, 1971, T. I, pág. 30). ----------Por tal razón se sostiene que el art. 1074 del Código Civil ha quedado circunscripto a las *abstenciones puras y simples*, no las omisiones en la acción que suponen "una previa iniciativa tomada, aún lícita, y una omisión de diligencia o prudencia en el despliegue de la misma" (Quinteros) (Llambías, Jorge Joaquín, obra y tomo citado, pág. 319). Lo dispuesto en este artículo sólo comprende los ilícitos por omisión simple y no a los de comisión por omisión; él sólo se refiere a los supuestos de pura omisión, pero es inaplicable a los casos de comisión por omisión, en los cuales el agente obra positivamente omitiendo algunas de las diligencias necesarias para impedir la ocurrencia del daño (López Mesa, Marcelo J., obra y tomo citado, pág. 2072). Así se precisa que, en los actos ilícitos de comisión, por hecho positivo o negativo, el agente crea o contribuye a crear la situación de peligro que ocasiona después el daño: disparando su revolver (hecho positivo) o, en el caso de la madre, dejando de alimentar a su hijo (hecho negativo). En los actos de pura omisión, al contrario, la situación de peligro es en absoluto extraña al omitente, no le es imputable en ninguna medida (Orgaz, Alfredo, "Los actos ilícitos de omisión", La Ley t. 138, pág. 1060). ----------A su vez, en cuanto al alcance del art. 906 del Código Civil se expresa que sobre el particular, tenemos que recordar que examinando la cuestión a través del prisma de la

"causalidad adecuada" (art. 906, Cód. Civil), para establecer en el plano jurídico si un suceso es causa de otro, es necesario realizar *ex post facto* un juicio o diagnóstico de probabilidad en abstracto, inquiriendo si la acción u omisión que se juzga era de suyo idónea para producir normalmente ese evento, según el curso ordinario de las cosas. Corresponderá, por tanto, al sindicado como responsable para liberarse, demostrar que aquella condición no fue la causa eficiente del perjuicio, es decir, habrá de aportar la prueba de que el daño reconoce una procedencia extraña a su obrar o a las cosas bajo su guarda, por la inserción de una circunstancia anormal o extraordinaria en el proceso causal (Goldenberg, Isidoro H., "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", La Ley, 2da. ed., 2000, par. 66, págs. 175 y 176, respectivamente). En síntesis, se puede afirmar pues, que el vigente artículo 906 receptó la doctrina de la "causación adecuada". Siguiendo esos lineamientos, nuestra jurisprudencia tiene resuelto que es "adecuada" la conexión causal que vincula un hecho antecedente a uno consecuente, cuando el primero tiene virtualidad para producir normalmente al segundo, de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas; y que por el contrario no lo es: cuando la acción debe considerarse indiferente, según la experiencia de la vida, para la producción del daño (Cazeaux - Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", Librería Editora Platense S.R.L., 1994, T. IV, págs. 775/776). Para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (Cám. Primera de Apel. Civ. de La Plata, 03/03/98, "Rayab de Paretti c/González s/daños y perjuicios") (fallos citados en "Accidentes de tránsito - III", págs. 341 y 367, respectivamente, Rubinzal – Culzoni, 1998). La teoría de la causa adecuada, recogida por el texto actual del art. 906, Cod. Civ., distingue entre "causa" que es el antecedente, que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idóneo para producir el resultado, y "condición", que son los demás antecedentes o factores de ese resultado (Salas - Trigo Represas - López Mesa, "Código Civil …", Depalma, 1999, T. IV-A, pág. 389). ----------No dejo de considerar que desde un punto de vista terminológico en puridad se alude a condición como género para así distinguir la causa como especie, pues en definitiva en esta postura no cualquier condición se erige como causa sino que debe tratarse de una "condición adecuada". Así, la determinación del fenómeno causal constituye de este modo el resultado de un proceso de abstracción y generalización que da relevancia a una de las condiciones del caso concreto, elevándola a la categoría de "causa" del evento. De ahí que se objetara con acierto la denominación de "causa adecuada", ya que en puridad se trata de una "condición adecuada" (Goldenberg,

Isidoro H., ob. cit., par. 10, pág. 24).----------

------También se expresa que el principio de causalidad, desde la óptica jurídica, no se identifica con la causalidad material, puesto que la causalidad jurídica va unida a la imputabilidad, es decir a la conexión de cierta conducta injusta con una consecuencia ilícita; de ello se deriva que, demostrada la relación causal material, corresponde al derecho establecer si al agente del hecho le cabe o no, en términos de justicia, una responsabilidad. Bien se ha apuntado que "desde el punto de vista causal ontológico o naturalista, toda condición es causa de un resultado en sentido natural o lógico. Pero, desde el punto de vista jurídico, esta causalidad natural debe ser limitada con ayuda de criterios jurídicos …" (López Mesa, Marcelo J., "Elementos de responsabilidad civil: examen contemporáneo", Biblioteca Jurídica Diké dirigida por Eduardo Quiceno Álvarez, Bogota, 2009, pág. 347). La teoría de la causa adecuada distingue, de las diversas condiciones, una a la que llama causa, de acuerdo con su incidencia concreta en el desenlace dañoso. No hay en ella paridad causal ni equivalencia de las condiciones, sino un impacto preponderante de una determinada condición, que es elevada al rol de causa. La teoría, dentro del conjunto de condiciones, busca una que, de un modo ordinario, regular y previsible, es susceptible de producir el resultado considerado por la ley, a la que asigna la relevancia de ser causa. En esta elaboración no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico; una acción será adecuada para producir el resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente. De ahí el criterio de objetividad que la impregna. Como dijéramos en un par de votos, para determinar la causalidad adecuada de un daño se debe hacer, ex post facto, un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad; a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente -en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares- era, por sí misma, apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas (López Mesa, Marcelo J., "Presupuestos de la responsabilidad civil", Astrea, 2013, págs. 428 y 429/430, respectivamente). Agrego que el actual art. 1726 del Código Civil y Comercial adopta la teoría de la causalidad adecuada al determinar que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo de causalidad con el hecho productor del daño. Así se señala que al igual que en el código derogado, el que ahora se comenta adopta el sistema de la causalidad adecuada a efectos de establecer dos extremos de suma importancia: quién debe considerarse jurídicamente como el autor de un daño (autoría), y cuáles de las consecuencias del hecho dañoso deben ser reparadas (extensión del resarcimiento). La teoría de la causalidad adecuada parte de la base de que sólo puede considerarse jurídicamente "causa" de un resultado aquel hecho que, de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, produce normalmente aquel resultado. No basta,

entonces, con que entre ambos extremos (hecho y resultado) medie una relación causal desde el punto de vista físico, sino que es preciso, además, que el resultado aparezca como una consecuencia previsible del hecho. Esta previsibilidad se mide en abstracto, teniendo en cuenta no lo que efectivamente previó o pudo prever el agente (cuestión ésta conectada, en todo caso, con los factores subjetivos de atribución), sino lo que habría previsto un “hombre medio” (una persona de previsión normal) puesto hipotéticamente en el momento del hecho. De modo que para establecer si un determinado hecho ha sido la causa adecuada de cierto resultado dañoso el intérprete debe efectuar un juicio de “prognosis póstuma”, que consiste en preguntarse si un hombre medio puesto en el momento del hecho podría haber previsto que aquel hecho iba a generar ese resultado (Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal - Culzoni Editores, 2015, T. VIII, págs. 417/418 y 419/420). ----------

------Con ese alcance, la actora le imputa a la Dra. S. M. S. una atención médica negligente durante los meses de junio y julio de 2011 en el Hospital Zonal de Trelew. Expresa que la citada profesional con motivo de reiteradas visitas que le efectuara condujo todo este proceso clínico y semiológico (ver demanda, p. II, fs. 81/vta.). Hace referencia a las constancias que resultan de la Historia Clínica de fechas 16/05/11, 03/06/11, 06/07/11, 08/07/11 y 27/07/11 (p. II, Primera etapa, fs. 81 vta./82). Manifiesta que la Dra. S. tuvo una actitud impasible frente a la gravedad del cuadro clínico de P. ya que no indicó ningún estudio histopatológico, ni terapia curativa ni preventiva para aliviar la dolencia o para iniciar una terapia evolutiva en pro de la salud de la paciente, y que ello se patentiza ante un temperamento distinto y antagónico desde el punto de vista médico cuando acude a otro galeno (Clínica S. M.) el 09/11/11 oportunidad en la que la Dra. O. solicita sin hesitación dos estudios, Arteriografía y Biopsia. Entiende que dichos estudios fueron gravitantes para establecer el cuadro clínico de P. y que bien pudieron ser prescriptos con anterioridad durante el mes de junio de 2011 cuando sus condiciones clínicas no eran tan extremas ni de la gravedad por la que atravesaba seis meses después (ver p. III, fs. 82 vta.). ----------

-----De tal modo, toda vez que se le imputa a la Dra. S. una omisión en su accionar en el período junio y julio de 2011 es evidente, como lo señalara la juzgadora, que la prueba relevante en los procesos por mala praxis médica es precisamente la pericia médica, de cuyas conclusiones no es posible apartarse, salvo razones muy fundadas de entidad suficiente para desvirtuar la labor profesional (ver fallo, fs. 298 vta./299, último y primer párrafo, respectivamente).----------

----Sobre el particular, tal como lo sostuviera en diversos pronunciamientos, el apartamiento del dictamen sólo se admite cuando se expresen razones de entidad suficiente que justifiquen esa decisión, ya que el conocimiento que tiene el perito es

ajeno al hombre de derecho y, por ello, la discrepancia debe fundarse en elementos de juicio objetivos, que permitan desvirtuar la opinión del experto (Arazi, Roland, “La prueba en el proceso civil”, Ediciones La Rocca, 1991, pág. 289). El juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta la doctrina judicial; pero, en consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas por el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá “aducir razones de entidad suficiente” para apartarse de las conclusiones; “razones muy fundadas” para desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho. En esta orientación, el magistrado no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto, debiendo en todos los supuestos fundar su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar el informe, concluyendo fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de que su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Astrea, 1983, T. 2, págs. 523/524 y cita de fallos; ver también Highton-Arean, dirección, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Editorial Hammurabi, 2007, T. 8, y cita de fallos, nros. 1 a 30, págs. 556/561 ). El apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen pericial debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1972, T. IV, pág. 720). Una pericia sólo puede impugnarse mediante la demostración cabal de la incompetencia técnica, ya que quien pretende impugnar la conclusión a que arriba el perito, debe a su vez sustentar su posición sobre bases sólidas, demostrativas de la equivocación del experto, requiriéndose que la objeción contenga fundamentos válidos que formen convicción en el juzgador sobre la procedencia de las impugnaciones, las cuales deben reunir suficiente fuerza y sustento que evidencie la falta de competencia, idoneidad o principios científicos del dictamen. O sea, que el apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen pericial debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, evidenciando la existencia de errores de entidad, o que existen elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (Morello, Sosa, y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial …”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1992, T. V-B, 427/428, y 455, y cita de pronunciamientos). El

apartamiento de las conclusiones establecidas en el dictamen pericial debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél (Falcón, E. M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Abeledo-Perrot, 1984, T. III, págs. 416/417). ----------

-----Ahora bien. No debe omitirse en este análisis que la mala praxis que se le imputa a la Dra. S. es por omisión en el período junio y julio de 2011 como ya se señalara (ver escrito de inicio, p. II, fs. 81, penúltimo párrafo).----------

------Y sobre tal cuestión el médico forense Dr. J. O. J. al contestar el punto 8 de la demandada (" Informe sobre la base de los datos y documentación adjuntada con más la que será oportunamente incorporada con la documental a requerirse mediante oficio en especial la obrante en la causa penal, si existió mala praxis médica, por impericia o negligencia, teniendo en cuenta además la patología que presentaba la actora al momento de su concurrencia al hospital en el mes de junio del año 2011") dictaminó que: "**R: De acuerdo la documental obrante en autos, no hubo impericia ni negligencia. La actora al momento de consultar por primera vez en fecha 16/05/11 con el Dr. S., ya habían pasado seis meses de la evolución del tumor. En fecha 08/07/11 la Dra. S. anota en la HC que** "**concurre el padre de la paciente solicitando explicaciones y confirmación del éxito de la cirugía y se le informa el riesgo de la misma" por el tamaño tumoral y el compromiso de los vasos femorales, se solicitó la derivación, a lo cual la paciente se negó. El 27/07/11: la paciente concurre sin turno a reclamar por la fecha de la cirugía. Se explica que no hay respuesta por el Dr. S. y nuevamente el padre solicita la derivación para que le aseguren el éxito de la cirugía. Se realizó el pedido de derivación con formulario indicado y el padre se niega a recibirlo y se retira. Se habla con el jefe del Servicio (Dr. P.) y se decide derivación de la paciente ante la negativa del padre a firmar. Ante esa situación es dudoso atribuir la demora de la cirugía a causas médicas**" (fs. 237, respuesta al punto 8). ----------

------A su vez, ante el pedido de explicaciones formulado a fs. 245/246 dicho perito a fs. 248 ratificó su dictamen y sostuvo que "**R: A fs. 34 la HC en fecha 03/06/11 dice en su parte final "Se programa cirugía con cirujano vascular", firmado por la Dra. S. S.. Indicación correcta en base a los estudios realizados (Ecografía**

**de partes blandas de fecha 12/05/11 a fs 05 HZPM - Centellograma óseo de fecha 31/05/11 a fs. 07 HZPMRMN de fecha 19/05/11 a fs. 09 HZPM). Por lo cual no hubo mala praxis o negligencia en el mes de junio de 2011**". ----------

------Y acerca de este punto de la pericia y de la explicación brindada por el experto la sentenciante a fs. 299, segundo párrafo, sostuvo que: ***La circunstancia de que las conclusiones periciales no resulten vinculantes para el juez, no significa que pueda apartarse arbitrariamente de ellas, ya que, en todo supuesto, la desestimación de sus afirmaciones debe ser razonable y científicamente fundada. Y, en el caso bajo análisis, encuentro motivo para apartarme de la pericia médica glosada a fs. 235/237 y de sus explicaciones (v. fs. 248) …en aquellos dónde emitió una opinión, con el sólo fundamento de prueba documental, que escapa a su conocimiento técnico por ser incumbencia de la suscripta (de acuerdo a la documental obrante en autos, no hubo impericia o negligencia")***.----------

------Desde ya que no comparto el criterio expuesto al descartar esa porción del dictamen ya que no se advierte cuál es la razón que le permitió a la juzgadora sostener que esa documental escapa al conocimiento del perito médico cuando precisamente la misma se refiere a las constancias que resultan de las Historias Clínicas del Hospital Zonal de Trelew y del Hospital Zonal de Puerto Madryn (ver historias que lucen a fs. 1/138 y fs. 01/012, respectivamente, de la documental reservada que en este acto tengo a la vista). Adviértase que el fallo previamente a fs. 295 vta., penúltimo párrafo, puso de relieve la importancia que tienen tales constancias. Así expuso que: ***La historia clínica constituye uno de los pilares relevantes en la relación equipo de salud paciente. Su examen y valoración se hacen imprescindibles en los casos de responsabilidad médica por la indudable trascendencia de la misma al permitir la observación retrospectiva de la relación médico paciente, ya que en ella deben constar la sucesión de actos practicados sobre su salud. Dicho de otra manera, la constancia documental que emana de la historia clínica se convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución de un litigio de mala praxis, ya que es un medio de prueba que permite observar la evolución médica del paciente, calificar los actos médicos realizados conforme a estándares y coopera para restablecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y del daño***. ----------

------Nótese entonces que la propia juzgadora consideró que la historia clínica es uno de los pilares relevantes en la relación equipo de salud paciente ya que es un instrumento de decisiva relevancia, por lo que mal puede después de esa fundamentación descartar esa porción del dictamen cuando el mismo se refiere

estrictamente a esa prueba documental (Historias Clínicas). Hay entonces en ese pensamiento una evidente contradicción.----------

------Añado que el dictamen pericial obrante en estos autos resulta coincidente con el informe del integrante del Cuerpo Médico Forense Dr. Diego Rodríguez Jacob que luce a fs. 53/55 del Legajo de Investigación Fiscal Caso 36.193 ya que el experto al contestar el cuestionario que luce a fs. 51/vta. señaló, en particular a fs. 54 vta./55, que: “El tratamiento fue multi e interdisciplinario y acorde con los hallazgos clínicos” (p. 17). “La documental médica obrante arroja datos suficientes para asegurar que el accionar de los profesionales intervinientes fue acorde a las circunstancias advertidas” (p. 19). “Este perito entiende que tanto las indicaciones iniciales ante la primera consulta, es decir los escritos médicos que figuran a partir del 16-05-11 hasta el 27 de julio del mismo año, son coherentes en cuanto a los hallazgos médicos, resultando llamativo los relatos profesionales en cuanto a la negativa de la paciente y familiares a ser intervenida quirúrgicamente y/ o derivada a otra institución de salud. No hay elementos para determinar que ocurrió entre el 27-07-11 y el 09-11-11 en donde se reabren los registros asistenciales. Posteriormente la conducta del equipo tratante continuó siendo coherente y acorde al diagnóstico arribado. El sarcoma es un tumor de elevada malignidad e invasión, que obviamente mejora su pronóstico ante una detección y tratamientos tempranos. En este caso la paciente habría consultado luego de seis meses de detectarlo y se produjo una discontinuidad asistencial, por motivos que no pueden establecerse desde la documental” (p. 20).----------

-----Destaco que el perito médico Dr. J. O. J. para dictaminar que no hubo impericia ni negligencia por parte de la Dra. S. tuvo en cuenta la documental antes referida al poner de relieve que la paciente P.: “R: El 16/05/11 presentaba una masa tumoral (dura pétrea adherida a planos profundos, no moviliza de aproximadamente 20cm de diámetro), de 6 meses de evolución. El 03/06/11 presentaba una masa tumoral grande en cara interna de muslo, con contenido quístico y se programa cirugía con cirujano vascular” (respuesta al punto 1 de la demandada, fs. 236 vta.). ----------

------Aclaro que a continuación citaré las Historias Clínicas de los Hospitales Zonales de Trelew y de Puerto Madryn que obran reservadas bajo fs. 01/138 y fs. 01/012 como HZT y HZPM. ----------

------De tal modo, de acuerdo a la primera historia clínica la masa tumoral era de gran tamaño y con seis meses de evolución lo que fue ya advertido en la primera consulta hospitalaria por el Dr. A. S. el 16/05/11, profesional que en esa fecha requirió una RMN de muslo derecho (ver fs. 30 HZT). El informe de esa RMN lleva fecha 19/05/11 y obra a fs. 09 HZPM. Y si bien de la historia clínica del Hospital Zonal de Trelew luce como primera intervención de la Dra. S. el 03/06/11 (ver fs. 30 HZT) lo cierto es que hubo una intervención anterior de esa profesional el 27/05/11 (fs. 04 HZPM que

corresponde al HZT) en la que se indica que se trata de una paciente de 23 años con tumoración gigante muslo derecho de 6 meses de evolución y que el diagnóstico de la RMN es masa tumoral con áreas quísticas. Se solicita Rx, centellograma y RMN de contraste. Esa consulta a la citada profesional luce detallada en el fallo en crisis a fs. 296 con fecha "27 de mayo de 2011". A su vez, dicho fallo en la misma foja indica que el centellograma se realizó el 31 de mayo de 2011, lo que así resulta del informe que luce a fs. 07 HZPM.----------

------De tal modo, es evidente que al momento de la segunda consulta realizada el 03/06/11 (la primera es del 27/05/11) la Dra. S. contaba con dos de los estudios requeridos (centellograma y RMN), por lo que al atender a la paciente de 23 años dejó constancia que presentaba una masa tumoral grande cara interna muslo con contenido quístico y decidió programar cirugía con cirujano vascular (ver referencia en el fallo a fs. 296 con fecha 03 de junio de 2011, fotocopia de la H.C. a fs. 34 de estas actuaciones, fs. 30 HZT y fs. 16 del Caso 36.193).----------

------A su vez, cabe considerar que el perito médico en esta causa informó que: "**R: Los diagnósticos presuntivos son: tumores en general, y sarcoma de partes blandas en particular, quiste hidatídico, hematoma organizado, lipoma, absceso**". Dio respuesta afirmativa a la pregunta formulada en el sentido que la descripción anterior se corresponde como primer diagnóstico presuntivo a un sarcoma de partes blandas. Señaló también que: "**R: Los sarcomas de partes blandas son tumores malignos … Es un tumor de alta malignidad**". Y al pedido de explicación acerca de cuál es el tratamiento indicado para los sarcomas de partes blandas ubicados en los miembros informó que: "**R: La extirpación quirúrgica en primer término, radioterapia y quimioterapia**" (puntos de pericia de la parte actora Nos. 2, 3, 4, y 5, fs. 235 vta.).----------

-----En ese contexto, pondero que la Dra. S., ante el grave cuadro existente por la presencia de una masa tumoral de gran tamaño (aproximadamente 20 cm.) en cara interna del muslo con contenido quístico y una evolución de seis meses, según su criterio médico consideró que debía someterse a la brevedad a una intervención quirúrgica sin necesidad de realizar previamente una biopsia.----------

------En tales condiciones, se descarta la forzada argumentación de la actora en el sentido que: "La Dra. S., tuvo una actitud impasible frente a la gravedad del cuadro clínico de P., se advierte palmariamente de la H.C. que no indicó ningún estudio histopatológico, ni terapia curativa ni preventiva, para aliviar la dolencia que le aquejaba a P. …" (ver demanda, p. III, p. 2, fs. 82 vta.). En efecto, en cuanto a que no realizó un estudio histopatológico entiendo que precisamente por la gravedad del cuadro la profesional consideró de acuerdo a su criterio médico que no se requería en ese momento una biopsia, la que en todo caso la debía solicitar el cirujano vascular

que iba a intervenir de acuerdo a lo que prescribiera la Dra. S. (“Se programa cirugía c/cirujano vascular”, ver consulta del 03/06/11 ya referida), tal como lo hiciera la Dra. M. G. O., especialista en cirugía vascular, al atender a la actora el 9/11/11 (“Se solicita Arteriografía y biopsia”, ver fs. 33 HZT y fs. 18 del Caso 36.193). A todo evento señalo que aun cuando se prescindiera previamente de ese estudio en definitiva la biopsia necesariamente debe efectuarse una vez realizada una intervención quirúrgica toda vez que la extracción de una masa tumoral obliga al cirujano a llevar a cabo ese procedimiento, dato notorio que por ello no requiere prueba. Y en lo que hace a que la profesional no le brindó una terapia curativa ni preventiva para aliviar la dolencia destaco que el médico forense expuso claramente la necesidad de la extirpación quirúrgica del tumor en primer término, por lo que no se advierte que tratamiento preventivo o curativo podía llevarse a cabo que no fuera la intervención quirúrgica destinada a extirpar la masa tumoral de aproximadamente 20 cm. de diámetro que a esa época (junio de 2011) tenía una evolución de seis meses como lo precisara el experto. ----------

-----Agrego que el 06/07/11 la Dra. S. “habla personalmente con Dr. S. para pasar presupuesto para cateterismo vasos femorales en el momento de cirugía. Se realiza el pedido”. Y el 08/07/11 “Concurre el padre de la paciente solicitando explicaciones y confirmación del éxito de la cirugía. Se informa los riesgos de la misma dado que el tumor impacta vasos femorales y el tamaño tumoral. Solicita derivación, a la cual la paciente se niega” (ver fs. 30 vta. HZT, y fs. 16 vta. del Caso 36.193). Destaco que ello fue así puesto de relieve por la juzgadora a fs. 296 al referirse al 06 de julio de 2011 y 08 de julio de 2011, con la única diferencia que el 08/07/11 al informar sobre los riesgos de la cirugía la profesional no indica que “es un tumor importante, vasos femorales” sino que “el tumor impacta vasos femorales”.----------

-----La diferencia es notoria ya que a ese momento (julio de 2011) la profesional señala la gravedad del caso ya que la masa tumoral está afectando los vasos femorales y por eso indica la derivación. Aquí pongo de relieve que no es cierto que en la primera etapa la Sra. P. presentara “una formación tumoral incipiente” como se afirma en demanda (ver p. II, fs. 81 vta., primer párrafo) ya que al 16/05/2011 la masa tumoral era de gran tamaño (20 cm. aproximadamente), al 03/06/2011 la Dra. S. refiere la necesidad de recurrir a un cirujano vascular, y al 08/07/2011 informa sobre los riesgos de la cirugía ya que a esa época el tumor afectaba los vasos femorales.----------

-----Hasta aquí no se observa omisión alguna de la Dra. S. ya que, una vez recibidos los primeros estudios solicitados el 27 de mayo de 2011, a partir del 03 de junio de 2011 aconsejó la intervención quirúrgica para extirpar el tumor y tuvo una actitud positiva al conversar personalmente con el Dr. S. para presupuestar el cateterismo de los vasos femorales (06/07/11), y a su vez informar de los riesgos de la cirugía a la

paciente y a su padre y solicitar la derivación dentro del establecimiento, pese a lo cual se enfrentó con la oposición de la paciente (08/07/11, fs. 30 vta. HZT). Estos son datos objetivos que surgen de las Historia Clínicas del Hospital Zonal de Trelew y del Hospital Zonal de Puerto Madryn. ----------

Tocante a la intervención de la Dra. S. el 27/07/11 se observa claramente que la actora concurrió en forma espontánea ya que no tenía turno como consecuencia de la oposición que efectuara a su derivación el 08/07/11, y que el padre volvió a tener una conducta reticente respecto de la intervención quirúrgica al pretender que le aseguren el éxito de la misma y negarse a recibir el pedido de derivación. Así surge de esa consulta ya que: “27/7/11. Concurre sin turno a reclamar por la fecha de cirugía. Se explica que no hay respuesta de parte del pedido Dr. S.. Nuevamente el padre solicita la derivación para que le aseguren el éxito de la cirugía. Se realiza el pedido de derivación en formulario indicado y el padre se niega a recibirlo (??) y se retira” (ver fs. 32 HZT y fs. 17 del Caso 36.193). ----------

-----Añado que también obra constancia de que la profesional habló con el Dr. P., jefe del servicio, y se decide la derivación fuera del establecimiento hospitalario ante la negativa del padre. Así: “Se habla con el jefe de Servicio (Dr. P.) y se decide derivación de la pac. ante la negativa del padre de firmar consentimiento quirúrgico cuando se le pregunta si lo firmaría (fs. 32 y vta. HCT y fs. 17/vta. del Caso 36.193). Destaco que ello así resulta ya que el padre de la Sra. P. fue quien solicitó en esa misma fecha (27/07/11) la derivación de su hija a un centro especializado en tumores, como a continuación se precisará. ----------

----Nótese que la actora en demanda invoca que tal manifestación carece de razonabilidad ya que se encontraba lúcida y en pleno uso de sus facultades mentales para ser objeto de tal requerimiento, sumado a que a ese momento era mayor de edad (ver p. III.5., fs. 82 vta.). Y ese argumento corresponde desestimarlo toda vez que la Sra. P. ya se había negado anteriormente a recibir la derivación el 08/07/11, debiendo aclararse que de la referida historia clínica resulta claramente que la derivación incluye el formulario de consentimiento quirúrgico. Dicho de otro modo. La actora ya al 08/7/11 se negó a la derivación dispuesta por la profesional (dentro del hospital) y por ende a firmar el formulario de consentimiento quirúrgico que acompaña a ese pedido, sumado a la negativa del padre materializada el 27/07/11. Además, lo que resulta dirimente es que esa conducta del padre influyendo en la decisión de su hija también resulta del pedido que formulara en la misma fecha (27/07/11) al solicitar dicha persona y no su hija la derivación a un centro especializado en tumores (ver hoja de derivación fechada el 27/07/11 y firmada por la Dra. S. que corresponde al Hospital Zonal de Trelew, pese a lo cual obra agregada a fs. 09 de la historia clínica del Hospital Zonal de Puerto Madryn).----------

-----De tal modo, es evidente que la conducta del padre, primero con su actitud reticente

al pedir explicaciones tendiente a lograr que le informaran acerca del éxito de la operación, sumado a su oposición a la derivación dentro del hospital (08/07/11 y 27/07/11), y finalmente requerir derivación a un centro especializado (27/07/11), influyó en su hija para no someterse a esa época a la intervención quirúrgica en el establecimiento hospitalario a pesar de que la actora era mayor de edad. Se tratan de datos objetivos que resultan de las respectivas historias clínicas y no de una apreciación subjetiva como equivocadamente la sentenciante sostiene a fs. 299, segundo párrafo. ----------Y esa conducta del padre influyendo en la decisión de su hija mayor de edad que se pretende minimizar al invocar en el escrito de inicio que por ser mayor de edad el consentimiento quirúrgico se le debió requerir a la actora, surge también del Legajo de Investigación Fiscal 36.193. En efecto, la madre de la accionante, Sra. M. J., al formular denuncia ante el Ministerio Fiscal el 18 de enero de 2012 manifestó que comenzó a tratarse su hija en el Hospital Zonal con la Dra. S. S. y que en octubre o noviembre del año pasado (en realidad se refiere a junio y julio de 2011 como ya se estableció) su esposo fue a hablar con esa doctora para poder entender bien cuáles eran los riesgos de la operación, y la doctora le dijo que era riesgosa como todo procedimiento quirúrgico y le quería hacer firmar algo para poder operar a su hija, agregando que su marido no sabe leer ni escribir y además se asustó cuando ella le dijo que era una intervención peligrosa, entonces no le quiso firmar, máxime porque esta doctora no nos aseguraba como quedaría su hija luego de la operación (ver fs. 1 en lápiz del Legajo).----------Por eso comparto plenamente el razonamiento del perito médico al exponer respecto de la conducta del padre que “**Pero no cabe duda que influyó en la decisión de A. para no operarse. A fs 010HZPM Folio 03 HZT consta la “hoja de derivación” de fecha 27/07/11 donde en el detalle de la causa de derivación dice: *“A pedido del familiar (padre) se solicita la derivación a centro especializado en tumores”*** (ver contestación del experto, fs. 248). ----------También pongo de relieve que tanto el 08/07/11 como el 27/07/11 la Dra. S. le informó a la paciente y a su padre los riesgos de la cirugía, y a su vez en ambas oportunidades se negaron a recibir la solicitud de derivación y el formulario de consentimiento quirúrgico (en la primera oportunidad la paciente y en la segunda su padre). Por eso, el médico forense Dr. Diego Rodríguez Jacob al punto 18 de su informe en el Caso 36.193 precisó que: “La paciente y sus familiares fueron informados de las características de su patología y los riesgos de la misma y su tratamiento (ver fs. 55 del Legajo de Investigación Fiscal 36.193). Todo lo cual así también resulta de la denuncia penal efectuada por la Sra. M. J., madre de la actora, ya que admitió que su esposo habló con la Dra. S. y que al decirle que era una intervención riesgosa como todo procedimiento quirúrgico se asustó y no le quiso firmar, agregando que se asustó cuando le habló de los riesgos propios de la

operación (ver fs. 1 en lápiz del citado Legajo de Investigación). En tales condiciones, tampoco comparto la apreciación sin sustento que realizara la juzgadora cuando a fs. 302 vta., último párrafo, afirma que la paciente no recibió la información adecuada pues como ya señalara tal información fue brindada en las dos oportunidades antes referidas, lo que así resulta de la historia clínica y también de la denuncia penal a la que ya me refiriera. Adviértase que fue el padre de la actora quien requirió la derivación a un centro especializado en tumores, por lo que ese pedido resultó consecuencia de la información recibida tanto por la paciente como por su padre. ----------Párrafo aparte merece las consideraciones que realiza en el fallo a fs. 303, último párrafo, acerca del derecho de los pacientes para concluir que se violó "***el deber de reducir los riesgos a que se somete al enfermo, habida cuenta que los trámites burocráticos hicieron que recién el 28 de septiembre (dos meses después) se abriera la historia clínica en el Hospital Dr. Andrés Isola de la ciudad de Puerto Madryn***". Al respecto, ese razonamiento efectuado con relación a una etapa posterior al 27 de julio de 2011 resulta arbitrario habida cuenta que a la Dra. S. se le imputa una conducta negligente por omisión en el período junio a julio de 2011. Nótese que la propia juzgadora a fs. 300, cuarto párrafo, estableció que***: Es así que el momento de determinación de la lex artis aplicable es el momento de la práctica médica concreta que se discute si fue realizada correcta o incorrectamente. En el subjudice, el tiempo de actuación de la Dra. S. S. desde el 27 de mayo al 27 de julio del año 2011***. ----------De tal modo, toda vez que corresponde analizar la actuación de la Dra. S. en el período junio a julio de 2011 (así fue requerido en demanda), más precisamente hasta el 27 de julio de 2011, no cabe ponderar una etapa posterior a esa fecha ya que ello importa una clara violación del principio de congruencia al avanzar el fallo sobre una cuestión no propuesta. Reitero en tal sentido que en demanda se le imputó a la profesional citada una conducta negligente por omisión en el período junio y julio de 2011 (ver p. II. Hechos. Nexo Causal, fs. 81; Primera etapa, fs. 81 vta./82; y p. III, 1/5, fs. 82 vta.). ----------Rememoro entonces que en base a la documental antes referida (historias clínicas y estudios realizados) el perito médico forense, Dr. J. O. Juaréz, dictaminó que de acuerdo a la documental obrante en autos no hubo impericia ni negligencia por parte de la Dra. S. (ver p. 8, fs. 237). A igual conclusión arribó el integrante del Cuerpo Médico Forense Dr. Diego Rodríguez Jacob en su informe obrante a fs. 53/55 del Legajo de Investigación Fiscal Caso 36.193 al señalar que la documental médica obrante arroja datos suficientes para asegurar que el accionar de los profesionales intervinientes fue acorde a las circunstancias advertidas, por lo que entiende que tanto las indicaciones iniciales ante la primera consulta, es decir los escritos médicos que figuran a partir del

16-05-11 hasta el 27 de julio del mismo año, son coherentes en cuanto a los hallazgos médicos (puntos 19 y 20, fs. 55 del citado Legajo).----------

------Asimismo, ante la invocación realizada en demanda acerca de que la Dra. S. tuvo una actitud impasible y no le brindó una terapia curativa ni preventiva (ver p. II.2., fs. 4 vta., penúltimo párrafo), cabe considerar que el cirujano interviniente Dr. P. A. Y. manifestó que la cirugía implicaba los riesgos habituales, pero era más peligroso no operarla (respuesta a la 6ª pregunta, fs. 203), por lo que no se observa que otra terapia alternativa pudo aconsejar la citada profesional pues ya se expresó que al 03/06/2011 aconsejó programar una cirugía con cirujano vascular ante la gravedad de la masa tumoral. Por otra parte, ese testigo expresó que sí se requería el consentimiento de la paciente (respuesta a la 7ª pregunta, fs. 203), consentimiento que no le brindó la actora a la Dra. S. al negarse a que sea derivada dentro del Hospital Zonal de Trelew y pedir su padre derivación a un centro especializado en tumores el mismo día 27/07/11 (ver datos que resultan de la historia clínica HZT, fs. 30 vta. y fs. 31, y Hoja de Derivación en HZPM, fs. 010). Agrego que ese testigo técnico también manifestó que el diagnóstico y estudios efectuados por la Dra. S. frente al cuadro tumoral que presentaba la Sra. P. fueron correctos (ver interrogatorio, fs. 202, y respuesta a la 8ª pregunta, fs. 203). También ese testigo manifestó que por las características de la enfermedad es imposible asegurar resultados (respuesta a la 12ª pregunta, fs. 203), dando así respuesta al pedido formulado por la paciente y su padre el 08/07/11 y 27/07/11 tendiente a asegurar el éxito de la intervención quirúrgica. A su vez, si bien la Dra. O. expresó que la existencia de una masa tumoral requiere la toma de una biopsia, tal manifestación estuvo dirigida a establecer la conducta a seguir, sobre todo la benignidad o malignidad del tumor (ver respuesta a la 7ª pregunta, fs. 205 vta.), pero ello no modifica la necesidad de someterse a una cirugía, sin perjuicio de que el abordaje de tal intervención quirúrgica se encuentra a cargo del médico cirujano que, en definitiva, intervenga. ----------

----En síntesis, por las razones expuestas la actora no acreditó que recibiera una atención médica negligente con sustento en las omisiones que a su entender incurrió la Dra. S. S. en el Hospital Zonal de Trelew durante los meses de junio y julio de 2011. Esto es, no hubo una conducta omisiva de la citada profesional que produjera el agravamiento de la dolencia como erróneamente se sostiene en demanda (ver p. V, fs. 85). Por ello, la conducta de esa profesional no tuvo relación de causalidad adecuada respecto del daño atribuido consistente en una pérdida de chance de curación. ----------

-----Y sabido es que la relación de causalidad entre el daño padecido por el paciente y el hecho u omisión que se le atribuyera en este caso al médico interviniente es uno de los elementos necesarios para atribuir responsabilidad civil. Así se expresa que son elementos comunes a ambos regímenes de responsabilidad (contractual o

extracontractual): 1º Antijuricidad. 2º Daño. 3º Relación de causalidad entre el daño y el hecho. 4º Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad (Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Abeledo-Perrot, novena edición, 1997, par. 170, pág. 108). Y acerca de la relación de causalidad se sostiene que uniformemente se admite en doctrina que, para que deba responderse por un daño, es necesario que el mismo haya sido “causado” mediante acción u omisión, por su autor (Cazeaux - Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, La Ley, 2010, 4ta. ed., T. IV, págs. 735). El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa. Para establecer cuál es la causa de un daño conforme a esta teoría (de la causa adecuada), es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto (Bustamante Alsina, Jorge, ob. cit., par. 580 y 590, págs. 267 y 270, respectivamente). La existencia de relación causal adecuada entre el hecho (u omisión del demandado) y el daño causado es requisito imprescindible o insoslayable de la responsabilidad civil. Es uno de los “pilares” de la responsabilidad civil. La relación de causalidad puede definirse como la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho de la persona o de la cosa. El ligamen causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño; constituye un factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa (López Mesa, Marcelo J., “Sistema de Jurisprudencia Civil”, Abeledo Perrot, 2012, T. II, págs. 1584/1585). ----------

-----No acreditado el nexo de causalidad entre el daño padecido por la paciente y el hecho u omisión que se le imputara a la Dra. S., paso a considerar la responsabilidad que la actora le atribuyera al Estado Provincial en los términos del art. 1112 del Código Civil (ver p. VI., fs. 86/87). ----------

------Al respecto, destaco que a partir de la causa “Devoto” la Corte Suprema admitió la responsabilidad extracontractual del Estado por irregular o anómala ejecución de sus funciones, con sustento no sólo en el art. 1112 del Código Civil sino también del art. 1113 de ese ordenamiento (“Tomás Devoto y Cía. c/ Gobierno Nacional”, J.A. 43-416). Sin embargo, en el presente proceso no se le atribuye una responsabilidad directa al Estado, es decir por haber incurrido éste en una conducta negligente por omisión, sino en cuanto

a las eventuales consecuencias perjudiciales provocadas por un dependiente del mismo, por lo que entiendo que resulta aplicable la normativa prevista por el art. 1113, primer párrafo, del Código Civil.----------

------Adviértase que no se demandó al funcionario público y que las diferentes relaciones entre las partes para la aplicación del art. 1112 del Código Civil son: a) Administrado contra funcionario público. b) Funcionario público contra funcionario público. c) Estado contra funcionario público. Y por eso se expresa que para que sea menester atribuir responsabilidad civil al funcionario público es necesario que se den los requisitos básicos: a) Cumplimiento irregular de las funciones asignadas. b) Causación del daño en el ejercicio de las funciones. c) Factor de atribución de la responsabilidad (ver Bueres-Highton, “Código Civil y normas complementarias”, Editorial Hammurabi, 1999, T. 3 A, págs. 452/453). ----------

------De tal modo, en el supuesto de autos se trataría en todo caso de una responsabilidad del Estado por falta de servicio o por incumplimiento del deber de seguridad. Y en el marco de la responsabilidad prevista en el art. 1113, primer párrafo, del Código Civil, ya que se cuestiona la atención médica dispensada por la Dra. S. en un centro asistencial, en el caso en el Hospital Zonal de Trelew, la prueba de la culpa del médico es indispensable no porque la responsabilidad de éste se refleje en la entidad de quien depende en una suerte de responsabilidad indirecta, sino porque la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad que, como obligación tácita, se halla comprendida en el contrato asistencial y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional (Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión”, La Ley 1976-C, 67). La responsabilidad de los sanatorios o clínicas (incluida la de los hospitales públicos o privados a mi entender), por los perjuicios sufridos por los pacientes en ellos internados, en razón de una defectuosa atención médica, habrá de existir siempre que asimismo medie responsabilidad profesional de los facultativos y demás personal interviniente. Por lo que, a tenor de lo que antecede, habrá de resultar de fundamental importancia la determinación de si hubo o no “mala praxis” en la atención y tratamiento del paciente, ya que, si no la hubo por parte de los prestadores directos del servicio médico, tampoco puede haber responsabilidad a cargo del establecimiento asistencial en donde se cumplimentara tal prestación (López Mesa - Trigo Represas, “Responsabilidad civil de los profesionales”, LexisNexis Argentina, 2005, págs. 546/547). ----------

------En consecuencia, toda vez que no se acreditó en la presente causa la culpa del médico no surge frente a la paciente la responsabilidad objetiva del Estado Provincial.

Por tales razones, se hace lugar a los agravios vertidos por la demandada, y ello conduce al rechazo de la demanda promovida contra la Provincia del Chubut. ----------

-----4. Toda vez que los agravios de la actora se refieren al rubro intereses (ver fs. 327/328 y vta.) y la condena se deja sin efecto ante la desestimación de la demanda no será necesario ingresar al recurso de apelación deducido a fs. 315 por esa parte.---------

-----Tampoco corresponde ingresar al recurso de apelación interpuesto a fs. 316 por los Dres. S. A. K. y D. L. T., por derecho propio, en materia de honorarios ante la necesaria adecuación prevista por el art. 282 del C.P.C.C. ----------

-----5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo la revocatoria de la sentencia venida en apelación para rechazar en todas sus partes la demanda de daños y perjuicios promovida por A. E. P. contra la Provincia del Chubut.----------

-----La revocatoria que se propicia lleva a efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C.----------

------Tocante a las costas de ambas instancias las mismas se imponen a la actora vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 del C.P.C.C.). ----------

------Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en primera instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados apoderados de la demandada y de los letrados patrocinantes de la actora, en ambos casos en forma conjunta, en las sumas porcentuales equivalentes al 19,60% y 10%, respectivamente, manteniendo los emolumentos establecidos a favor de los peritos médico y psicólogo en un 3% y 2%, respectivamente, porcentajes en todos los casos a calcularse sobre el monto reclamado en demanda, con más los intereses a computarse a la tasa activa que percibe el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos, desde la fecha del evento hasta el dictado del presente pronunciamiento (arts. 5, 6, 8, 9, 10, 18, 46 y 60 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. correspondiente. ----------

------En lo que hace a los honorarios de segunda instancia, atento a las pautas antes señaladas y lo previsto por el art. 13 de la ley del arancel, estimo también adecuados los emolumentos que propicia regular el Dr. De Cunto a favor del letrado apoderado de la demandada y de los letrados patrocinantes de la actora, en este último caso en conjunto, en las sumas porcentuales equivalentes al 6,86% y 2,5%, porcentajes a calcularse sobre el ya aludido monto del proceso, con más el I.V.A. pertinente. ----------

------Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA. ----------

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

------En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: ----------

--I.- Revocar íntegramente el fallo recurrido, y en consecuencia, rechazar la demanda promovida por A. E. P. contra la Provincia del Chubut. ----------

------II.- Imponer, por readecuación, las costas de primera instancia, a la actora vencida.
------III.- Determinar, por readecuación, los honorarios por la instancia anterior, de los Dres. D. L. T. y S. A. K., en conjunto, en un 10%; de los Dres. D. E. F., R. J. A. T. y N. F. T., en conjunto, en un 19,6%; y manteniendo los del perito médico Dr. J. O. J. en un 3%, y los del perito psicólogo Lic. F. D. P. en un 2%, por considerarlos adecuados; en todos los casos sobre el monto reclamado en la demanda, con más los intereses a la tasa activa que percibe el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos, desde la fecha del evento, que fue fijada en la sentencia de grado al 03/06/11, hasta la de este pronunciamiento, y con más el IVA. ----------
-----IV.- Imponer las costas de esta instancia a la actora vencida. ----------
-----V.- Regular, por los trabajos realizados en esta sede, los honorarios del Dr. D. E. F., en un 6,86%; y los de los Dres. S. A. K. y D. L. T., en conjunto, en un 2,5%; en ambos casos sobre el mismo monto del proceso considerado para los honorarios de grado, y con más el IVA. ----------
------Así lo voto. ----------
------**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------
------El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado por mayoría con la anterior votación. ----------
------Así lo voto. ----------
------Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y por hallarse en comisión de servicio el Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (arts. 7 y 8 de la ley V Nro. 17 y art. 9 del Acuerdo Extraordinario Nro. 3145 del STJCh), pasándose a dictar: ----------
---------- **S E N T E N C I A**: ----------
------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------
-------I.- REVOCAR íntegramente el fallo recurrido, y en consecuencia, rechazar la demanda promovida por A. E. P. contra la Provincia del Chubut.----------
-----II.- IMPONER, por readecuación, las costas de primera instancia, a la actora vencida. ----------
------III.- DETERMINAR, por readecuación, los honorarios por la instancia anterior, de los Dres. D. L. T. y S. A. K., en conjunto, en un 10%; de los Dres. D. E. F., R. J. A. T. y N. F. T., en conjunto, en un 19,6%; y manteniendo los del perito médico Dr. J. O. J. en un 3%, y los del perito psicólogo Lic. F. D. P. en un 2%, por considerarlos adecuados; en todos los casos sobre el monto reclamado en la demanda, con más los intereses a la tasa activa que percibe el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de

documentos, desde la fecha del evento, que fue fijada en la sentencia de grado al 03/06/11, hasta la de este pronunciamiento, y con más el IVA. ----------

------IV.- IMPONER las costas de esta instancia a la actora vencida. ----------

------V.- REGULAR, por los trabajos realizados en esta sede, los honorarios del Dr. D. E. F., en un 6,86%; y los de los Dres. S. A. K. y D. L. T., en conjunto, en un 2,5%; en ambos casos sobre el mismo monto del proceso considerado para los honorarios de grado, y con más el IVA. ----------

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

**RAUL ADRIÁN VERGARA**
**JUEZ DE CÁMARA**

**ALDO LUIS DE CUNTO**
**JUEZ DE CÁMARA**

----**REGISTRADA BAJO EL N° _____ DEL AÑO 2019 - SDC - CONSTE.** ----------

**UBALDO RENÉ AGUILERA**
**SECRETARIO DE CÁMARA**