

20219

**NUÑEZ POUSA DE MOZZON SARA EMERENCIAN
C/ CLINICA INDARTE SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS
RESP. PROFESIONAL**

CAUSA NRO. 3485 /1

JUZ CIV. NRO. 2

RSD NRO.: 279/14

FOLIO NRO.:1228

En la ciudad de San Justo, Provincia de Buenos Aires, a los 11 días del mes de diciembre de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera, del Departamento Judicial La Matanza, Doctores Ramón Domingo Posca y José Nicolás Taraborrelli, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados: **“NUÑEZ POUSA DE MOZZO SARA EMERENCIA C/ CLINICA INDARTE SA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Causa nro. 3483/1)**, habiéndose practicado el sorteo pertinente -art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires-, resultó que debía ser observado el siguiente orden de votación: **Dr. Taraborrelli - Dr. Posca**; resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ª Cuestión: ¿Es justa la resolución apelada?

2ª Cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSE NICOLAS TARABORRELLI, dijo:

I.- Antecedentes del caso.-

Se trata de un caso de una paciente que es intervenida quirúrgicamente en un nosocomio privado, imputándole a los médicos que la asistieron una infección que se le produjo en su pierna. En Primera Instancia se rechazó la demanda, con costas, sobre la base de que no se probó la culpa médica.

II.- La sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación.-

A fs. 521/533 vta. el Sr. Juez de grado resuelve desestimar la demanda promovida por los herederos de Sara Emerenciana Nuñez Pousa de Mozzon (Luis Mozzon, Miguel Angel Mozzon y Luis Bernardo Mozzon) contra la Clínica Indarte S.A. y Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada, impuso las costas a la parte actora en su calidad de vencida y reguló honorarios a los letrados y peritos intervinientes.

A fs. 539 apelan la sentencia definitiva Luis Mozzon y Luis Bernardo Mozzon, recurso que fuera concedido libramente a fs. 540. En consecuencia, a fs. 583 se elevan las presentes actuaciones, siendo radicadas ante esta Sala Primera a fs. 584. Así, a fs. 585 se ponen los Autos en Secretaria para que los apelantes funden su recurso, cumpliendo con dicha

manda a fs. 590/605 vta. A fs. 606 pasan los Autos al Acuerdo, rechazándose la medida para mejor proveer solicitada por la parte actora. A fs. 608, de los agravios expuestos por los actores, se corre el respectivo traslado de ley a la parte contraria, siendo contestado por la demandada “Clínica Indarte SA” y la citada en garantía “Seguros Bernardino Rivadavía Coop. Ltda.” –letrada apoderada Dra. Patricia E. Coppola- a fs. 611/615 vta. En consecuencia, encontrándose en condiciones, a fs. 616 pasan los Autos para Sentencia, practicándose el respectivo Sorteo de ley a fs. 617.

III.- Agravios de la parte actora.-

A fs. 590/605 vta. la parte actora expresa agravios, solicitando se revoque el decisorio recurrido, haciéndose lugar a la demandada instaurada en todos sus términos, con costas.

En primer lugar, los apelantes destacan que la sentencia de grado adolece de fallas realmente graves, tornándola absurda; puesto que el Sr. juez de grado ha olvidado- según su entender- y/o no ha valorado con la suficiente sana crítica que requiere la experiencia del Juzgador. Expone que no se han valorado todos y cada uno de los medios probatorios de los que se ha dispuesto en autos. Del mismo modo, advierte que se ha dispuesto una medida para mejor proveer, cuando la claridad del dictamen médico realizado, por su autoría y fundamento, hacía irrelevante dicha medida, manifiesta que no existían motivos, puesto que ya se contaban con las pruebas suficientes, claras y determinantes para la decisión final; relata que en ningún momento el perito se contradijo en lo relativo a la infección, a su indebido tratamiento y en relación a la existencia de mala praxis –tanto el informe pericial como el pedido de explicaciones-. Destaca, que mientras el Dr. Padilla, respondió uno por uno a los puntos de pericia propuestos por las partes y las explicaciones que se le requirieron, luego de evaluar en forma personal y reiterada a la actora, la experta de Asesoría Pericial se limitó a emitir un informe laxo, superfluo y carente de todo sentido en cuanto a los hechos debatidos en autos.

En tercer lugar, se agravia esta parte por la escueta consideración que el sentenciante realiza sobre los fundamentos de la sentencia y sobre la indebida apreciación de la prueba pericial médica elaborada por el Dr. Padilla. (que la historia clínica la estimaba incompleta, los exámenes complementarios fuera de tiempo y forma, las conductas terapéuticas fueron impuestas por las necesidades del momento, la ausencia de rigor científico, que el médico actuó con negligencia e impericia, etc.). Asimismo, respecto a la nueva pericia realizada, la experta no respondió los puntos de pericia propuestos, ni el sentenciante la intimó a ello, ni la experta procedió a evacuarlos, reiterándose en afirmaciones genéricas.

Que por otra parte, ante la intervención quirúrgica, y posterior tratamiento, de una persona con ciertos antecedentes que podrían favorecer la presencia o evolución de un cuadro infeccioso, los profesionales de la salud debieron haber extremado sus cuidados a fin de evitar que ello se produzca o bien darle el tratamiento adecuado en caso de efectivizarse la presencia, como así también le agravia que se haya valorado la supuesta

existencia de antecedentes previos a la cirugía de autos, puesto que las consecuencias no fueron las mismas, del igual forma relata que nada se le puede reprochar a la accionante y a su grupo familiar por la supuesta falta de colaboración, pues todo quedaría en cabeza de responsabilidad del galeno. Finalmente se agravia de la valoración de la prueba testimonial

LA SOLUCIÓN.-

IV.- Responsabilidad por culpa del médico.-

La obligación que asume el médico no es de resultado o determinada de curar al enfermo, sino solamente una obligación de medios, es decir que se compromete a atender al paciente con la debida prudencia y diligencia, actuando con cuidado y previsión. Por ello se ha declarado que: “cualquiera fuere la fuente de su obligación, contractual o aquiliana, el médico nunca puede prometer la conservación de la vida del paciente ni la extirpación de la dolencia; basta que actúe en la conducción de sus actos profesionales con la diligencia común a todo ser humano” (Cám. Nac. Civ. Sala c, 12/VI/1964, El Derecho Tº 8, p. 268, fallo 4428). Agregando Bustamante Alsina que debe poner en la ejecución de sus obligaciones todo el cuidado y la atención exigibles a su calidad profesional (Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la responsabilidad civil, pág. 456).

Se considera ejercicio de la medicina “anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas y el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los médicos, cirujanos o doctores en medicina.

En la actualidad se entiende que la responsabilidad médica, está sujeta a las reglas generales y el factor de atribución de responsabilidad correspondiente es la culpa, a menos que se trate de un caso particular en el que rija la atribución de responsabilidad objetiva.

El contrato de servicios médicos no es normalmente un contrato de obra, sino de servicios. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia española, como también la francesa y la italiana, que parte de que la prestación del médico, dirigida a la curación del enfermo, es de actividad o de medios y no de resultado (Cabanillas Sánchez Antonio, Las obligaciones de actividad y de resultado, Ed. José María Bosch Editor S. A., España, Barcelona, año 1993, pág. 99).

Philippe Le Tourneau opina que cada vez que la obligación sea de medios no basta al acreedor probar la ausencia de resultado para ser indemnizado, puesto que el deudor no había prometido ese resultado. El acreedor debe positivamente establecer que la inejecución de la obligación convenida obedece al hecho de que el deudor no se ha comportado con toda la diligencia necesaria, es decir, escrutar y apreciar su comportamiento (Le Tourneau Philippe, La Responsabilidad civil profesional, traducción

Javier Tamayo Jaramillo, République Francaise, Ed. Dalloz, año 2.005, Legis Editores, A. a. Bagota, Colombia, año 2.006, p. 28).

En torno a la responsabilidad de las clínicas –dice Bueres- que es objetiva, pues revelada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefragable (queda de manifiesto la violación del crédito de seguridad, el establecimiento sanitario no puede probar su no culpa en la elección o en la vigilancia). Agrega, asimismo que está permitido a las clínicas probar la ausencia de culpa del facultativo, cuando estén en juego obligaciones de medios, puesto que aunque ese factor de imputación (la culpa) no hubiere de proyectarse reflejamente sobre la entidad, su prueba en sentido negativo impedirá el nacimiento de la obligación de seguridad por falta de una exigencia: la culpa del médico. Sin embargo, podrá la clínica tanto en los supuestos de obligaciones de medio como de resultado, hacer patente que el daño no es imputable a la culpa del galeno, sino que el daño proviene de un caso fortuito, con lo cual quedará destruida la relación de causa a efecto (Bueres Alberto J., responsabilidad civil de los médicos, Tº I, Ed. Hammurabi, Bs. As., año 1.994, ps. 385/390).

Para que quede configurada la responsabilidad médica, deben encontrarse probados o acreditados los cinco extremos legales de la responsabilidad civil contractual, a saber: a) La conducta antijurídica, mediante la forma de una acción positiva o negativa, es decir la acción o conducta humana médica, por cierto antijurídica. El hecho médico, la conducta humana o el comportamiento humano, que está integrado por dos elementos: 1º) el interior o psíquico y, 2º) el exterior o físico, manifestado externamente mediante la materialización de la conducta, omitiéndose cumplir con los deberes médicos, la actitud negligente, con falta de pericia; si cumple mal implica imprudencia o impericia. Todo esto importa el incumplimiento contractual y/o el cumplimiento deficiente, produciendo la violación del contrato y del principio “neminem laedere”. b) el factor de imputación de responsabilidad subjetivo (la culpa) atribuible al médico y/o a los médicos (art. 512 del Cód. Civ.), y que esa culpa se subdivide: -en culpa leve “in concreto”-, que es aquello que no comete un buen médico, cuyo paradigma es el cuidado que se pone en los negocios propios; -culpa leve “in abstracto”, cuyo prototipo es el de un médico irreprochable, “un bonus pater familias”, vale decir que la parte actora tiene la carga o el “onus probandi” (art. 375 del CPCC) de acreditar la culpa en cabeza del médico, toda vez que la obligación que asume este último es de medios y no de resultado, pues le incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido, debiendo probar este supuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión. c) el daño resarcible (arts. 511, 520 y 521 del Cód. Civ. y sus concordantes externos los arts. 89, 90, 91 y 94 del Cód. Penal), y el daño para que sea resarcible debe ser: cierto, presente o futuro, actual y debe afectar un derecho subjetivo o un interés legítimo. d) la relación de causalidad adecuada existente entre el incumplimiento contractual y/o el deficiente cumplimiento y el resultado dañoso, según el curso natural y ordinario de las cosas y de conformidad a la experiencia de la vida diaria y/o las máximas de experiencia del Juez. Es decir, que es un juicio de probabilidad, “in abstracto” y “ex-post facto” y basado en la experiencia o en la empirie, mediante el cual el Juez se retrotrae mentalmente en los hechos acaecidos y se pregunta: ¿El eventual incumplimiento contractual médico tenía aptitud, o idoneidad para producir el resultado

dañoso en la salud de la actora?, si se responde que no, lo es sobre la base de los hechos acaecidos, corroborados y acreditados por elementos probatorios incorporados en autos, que más abajo paso a analizar y considerar debidamente, da como resultado que no se ha probado la relación de causalidad adecuada existente entre el incumplimiento (causa) y el daño (efecto), resaltando que este extremo no se encuentra cumplimentado. e) la autoria imputable a los médicos que asistieron anónimamente al paciente en el nosocomio privado de la demandada, grupo de médicos que integran el plantel de profesional de la Clínica demandada. Es decir, que nos encontramos frente a la “imputatio facti”, sin embargo, no habiéndose acreditado la culpa de estos, mal se le puede imputar responsabilidad alguna.

Para imputar la responsabilidad objetiva al nosocomio demandado “Clínica Indarte S.A.” es necesario desde el punto de vista estrictamente jurídico probar primero la culpa de los galenos, sin cuyo requisito no puede imputarse objetivamente responsabilidad alguna a la clínica accionada.

Ahora bien, de los antecedentes de autos surge que la actora a fs. 22/25 de su escrito de libelo de inicio de demanda relata que: “Hace más de 10 años comencé a sufrir los síntomas de una enfermedad que debilita los huesos, a causa de esta sintomatología empecé a visitar diferentes médicos, hasta que decidí tratarme en el Hospital Interzonal de Agudos Prof. Dr. Luis Güemes de la localidad de Haedo”. (fecha de inicio del juicio 18/10/2.005 según el cargo de Receptoría de Expedientes en fs. 34 vta.). (...). “El doctor nota un desgaste importante en la cabeza del fémur por lo cual decide hacerme un reemplazo de la misma.”· “Nuevamente al notar un desplazamiento hacia adentro de la rodilla izquierda. Dicha operación se realizó en el mes de agosto de 1997”. En este Hospital (Álvarez de la Capital Federal) me interviene quirúrgicamente para extracción de la prótesis, me realizó un relleno óseo para recomponer el hueso. “Al comienzo del año 2.000 comienzo a atenderme con el Dr. Guerreros (...) y fue así que (...) tuve que operarme nuevamente en el Hospital Álvarez.” (...) “Me vuelve a operar el Dr. Vázquez. “Vuelve a atenderme el Dr. Guerreros (...) “el 27 de octubre del año 2.004 me opera (el Dr. Guerrero) realizando un reemplazo completo de rodilla”. “Con el transcurso de los días, empezaron a sentirse olores debido a la sangre y los fluidos que salían de la herida, e impregnaban el yeso”. “Decido extraerme el yeso en forma particular (...) a simple vista una importante infección”. “Después de realizada la intervención quirúrgica estuve internada aproximadamente 70 días”. “Paciente de 70 años de edad, 94 kg. de peso, 1.63 ms. de talla”.

Al practicarse la primera pericia médica a fs. 347/349 dice el experto: “La actora (...) actualmente con 74 años. En antecedente personales patológicos dice: “La actora (...) sufre a causa de varias intervenciones quirúrgicas, serios daños en su salud, que la han llegado a postrar en silla de ruedas”. “Es una mujer adulta, obesa, que padece osteoartritis en sus rodillas”. Respuestas periciales: “Obesa con patología crónica de artrosis de laga data”. “Además sufre de H. T. A., várices y osteoporosis”. “G) Los exámenes complementarios no se realizaron en tiempo y forma y en este sentido hay una generalizada conducta negligente”. “H) Los diagnósticos por momentos ausentes (infección local), que pudieron provocar consecuencias graves, a letales”. “M) La

atención médica fue muy deficiente, y en contados momentos buena”. “El monto de incapacidad guarda relación causal con el hecho de autos”. Acto seguido y por pedido de la demandada a fs. 365/366, dicho experto brinda las siguientes explicaciones - advirtiéndose notorias rectificaciones al dictamen originario -y entre las mismas-, respondiendo que: 1º) que la operación era necesaria; 2º) que fue correcta; 3º) Que existían antecedentes previos a esta cirugía, de otros tratamientos traumatológicos con mala evolución postoperatoria; 4º) Que no se tomó una conducta quirúrgica distinta; 5º) Del análisis de los hechos se infiere que con negligencia e impericia, 6º) Es una complicación de la cirugía, en donde se puede sumar una praxis inadecuada; 7º) Es posible que existe un alto índice de complicaciones de partes blandas en la artroplastía total de la rodilla; 8º) Es elevado el índice porcentual de infecciones en la artroplastía total de rodilla; 9º) Fue correcta la indicación de realizar una inmovilización enyesada para que evolucione mejor la herida y poder curar al paciente con menor dolor; 10º) Fue correcta la indicación de realizar reiteradas limpiezas quirúrgicas; 11º) Corresponde por amputación de miembro inferior 50% de incapacidad.

Seguidamente a fs. 388/389 la citada en garantía insiste en otro pedido de explicaciones al perito médico legista que las responde a fs. 410 y 410 vta. en estos términos: a) La respuesta a vuestro punto 8, si el estado anatómico funcional de la víctima era del cien por ciento, o sea total, la incapacidad sobreviniente deviene de una operación inadecuada, por tanto su pregunta está fuera de lugar, dado que Usted lo sabe, que es así. b) En referencia a la negligencia e impericia (...) la aplicación de tales fallas no le corresponden a este perito, sino el jugador. Respecto a que hizo una indicación correcta, que la cirugía fue correcta, que actuó correcta y diligentemente ante una complicación, son juicios que pertenecen al letrado y no a esta peritación. c) No es a este perito que corresponde dictaminar la relación causal y su relación con la praxis, dado que creo debe ser el juzgador quien lo determine”.

Luego a fs. 419/20 la citada en garantía responde el traslado conferido con motivo de las explicaciones periciales formuladas precedentemente por el experto médico, proveyendo S. S. a fs. 421, en donde da por contestado el traslado corrido en legal tiempo y forma, teniendo presente lo manifestado para el momento procesal oportuno (art. 474 del Cód. Proc.).

A esta altura del proceso probatorio pericial extraigo como conclusión - que el médico forense desinsaculado, rectifica expresa y notoriamente su dictamen originario- con las explicaciones que brinda frente a lo petitionado por la accionada adversaria de la actora, demostrándose que: I.- La operación quirúrgica fue necesaria, y que fue correcta su indicación y realización; II.- Que se le practicó a la accionante otras intervenciones quirúrgicas -previas al caso de autos- y con mala evolución; III.- Señala que hay un elevado índice de complicaciones de partes blandas en la artroplastía de rodilla; IV.- Que fue correcto realizar la inmovilización y las limpiezas quirúrgicas (toilette).

A posteriori, con muy buen criterio jurisdiccional, el Sr. Juez Colega de Primera Instancia a fs. 404 dicta una medida para mejor proveer (art. 36 inc. 2º y 473 “in fine” del Cód. Proc.), disponiendo la realización de una nueva pericia médica, solicitando a la Sra. Jefa

de la Asesoría Pericial Departamental la designación de un perito de dicha dependencia para que cumpla su cometido.

En efecto, a fs. 486 y 486 vta. el perito de la Asesoría Pericial se expide en este sentido: Que a fs. 54/78 obra copia de la H. C. en la que surge que ingresa a fin de efectuarse un reemplazo de rodilla derecha con buena evolución durante la internación. A fs. 81/82 fichas de atención médica donde informa artrosplastia total de rodilla derecha con herida supurada. A fs. 447/463 obra copia de historia clínica expedida por Sanatorio Privado de Salud de la cual surge que ingresa en mal estado general, disnea, son antecedente de cáncer de mama izquierda con metástasis ósea y de pulmón, evoluciona en mal estado general produciéndose el óbito el 19/10/09. Conclusiones médico legales: En base a los daños aportados se concluye que las infecciones post quirúrgicas son frecuentes no resultando de la H. C. complicaciones por mal accionar. Con respecto a la H. C. del Sanatorio Privado de Salud en el mismo ingresa en mal estado general con metástasis a nivel óseo y pulmón a punto de partida de un cáncer de mama izquierda, habiendo sido tratada de acorde al arte de curar.

Al pedido de explicaciones de los actores a fs. 493/498, el perito médico forense responde: que: "Las infecciones postquirúrgicas fuera del contexto del informe pericial "no son frecuentes", pero dentro del contexto del tema que la suscripta a desarrollado son frecuentes en cuanto existe o se trata de una paciente con condiciones propicias para ello a saber: obesidad y sedentarismo que facilitan el terreno predisponente para el asiento de infecciones sobre una herida quirúrgica, sin que ello tenga relación alguna con el accionar médico, lo que a criterio de la suscripta tomaron las medidas adecuadas al caso: análisis de laboratorio, tratamiento antibiótico y realizado las curaciones a través de una ventana ósea como surge de fs. 82 vta. 2º) Las condiciones higiénicas de la herida sí son de incumbencia médica y de las constancias consultadas no se desprenden irregularidades en el procedimiento médico asistencial". 3º) La actora sufrió en un postquirúrgico inmediato una infección de la herida la cual fue tratada en el área de internación y luego por consultorios externos, siendo el último registro de atención el 10/11/04. 4º) El toilette quirúrgico es un método terapéutico de limpieza de heridas, que puede hacerse en forma ambulatoria realizándose cada vez que la evolución de la herida lo requiera. 5º) El episodio quirúrgico e infección aconteció en el mes de octubre de 2.004, y que la paciente fallece por complicaciones secundarias a cáncer de mama con metástasis óseas y pulmonares en el año 2.009, esta última patología no tiene relación con la artrosplastia de rodilla de la actora". Seguidamente a fs. 505/507 los actores le piden al experto una ampliación de explicaciones, que son respondidas a fs. 509/510, de este modo: 1º) Se ratifica el concepto que las infecciones post-quirúrgicas son frecuentes, y es sabido además que cuantas más medidas precautorias y de higiene se tomen menores serán las probabilidades de infecciones a sufrir. 2º) "... el último control que consta, el de fs. 82 vta. en el que surge que con fecha 10/11/04 supurada, que le confeccionan una calza de yeso con ventana". 3º) Si el yeso posee una ventana la cual se realiza sobre la herida quirúrgica no es necesario retirarlo para evaluar y constatar lo que la paciente refiere". 4º) "En el caso de existir a posteriori de la intervención colecciones hemáticas o purulentas se reabre la herida se procede a realizar una toilette (limpieza profunda) en quirófano y en caso de ser necesario se deja un drenaje". En el mismo

escrito a la pregunta nro. 13 que dice que no es normal ni frecuente que los familiares abran y retiren el yeso en forma personal. A fs. 511 se corre traslado a las partes de estas explicaciones vertidas por la experta en medicina, recibiendo respuesta de los actores a fs. 515/516, teniéndoselas presente para el momento procesal oportuno (art. 474 del Cod. Proc.) y en cuanto a las explicaciones requeridas, teniendo en cuenta las vertidas por la auxiliar de justicia a fs. 501/511, se las desestima (resolución que se encuentra firme y consentida).

Que en cuanto a la eficacia y validez probatoria del dictamen médico pericial producido por un médico forense del cuerpo de profesionales que integran la Asesoría Pericial Departamental, me enrolo en los criterios jurisprudenciales aplicables como doctrina legal al presente caso bajo revisión judicial que dice: “Cuando se presentan diferencias entre lo informado por el Cuerpo Médico Forense y el dictamen del perito único de oficio, la jurisprudencia suele darle preferencia al primero (CNTrab., Sala 8ª, 24/10/1990, JA., 1991-III-316; CNCiv. Sala F, 5/2/1998, JA, 1999-II-620, cits. por Colombo- Kiper, Cód. Proc. Civ. y Com. Nac. Anotado y Comentado, tº IV, Ed. La Ley, Bs. As., año 2.006, pág. 448).

La Asesoría Pericial Departamental es uno de los auxiliares de la Justicia previsto legalmente y cuyo asesoramiento requieren los magistrados cuando las circunstancias particulares del caso lo requieran y así lo hagan necesario. Su informe no es solo el de un perito, ya que se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales. Su seriedad, peso científico y objetividad están garantizados por normas especiales (Véase en igual sentido la doctrina elaborada por los Dres. Colombo-Kiper, en op. cit. pág. 448).

Por esta razón del todo valedera, es que me aparto parcialmente de lo dictaminado a fs. 344/350, 370/370 vta., por el perito médico oficial Dr. Padilla, en la parte de su escrito pericial que le imputa culpa y negligencia médica a los galenos que intervinieron y asistieron quirúrgicamente a la actora, toda vez que – a mi juicio- no da ni expone los fundamentos científicos ni técnicos en los cuales basa su conclusión, calificando de culposa la conducta médica, y luego al pedido de explicaciones dice a fs. 410/410 vta. que esa calificación es atributo exclusivo del Sr. Juez y no del perito. Me inclino en tal sentido, apartandome parcialmente de este dictamen en este aspecto de la cuestión por no ajustarse a las prescripciones legales de los arts. 472 y 747 del Cód. Proc., y le otorgo validez, fuerza y eficacia probatoria a lo dictaminado –en su totalidad- por el médico forense de la Asesoría Pericial Departamental, por cuanto este dictamen esta elaborado sobre la base de la historia clínica de la actora agregada en autos, dando a su vez -este experto- las razones y los fundamentos técnicos-científicos (o normas del arte o la practica médica, o actividad especializada) sobre los cuales basa sus conclusiones, y avalan al mismo, que se encuentran corroborados –según mi opinión- por otros elementos probatorios que la causa ofrece, entre ellos, el relato de los hechos de la propia actora que en su escrito de inicio dice expresamente que antes de la intervención quirúrgica objeto de este juicio, fue intervenida en otros nosocomios con complicaciones post-quirúrgicas, su delicado estado de salud, su estado de obesidad y la falta de

movilidad, el sedentarismo –que facilitan las infecciones-, el abandono del tratamiento que según las declaraciones testimoniales (véase fs. 438/439 y fs. 440) el esposo de la misma le extrajo el yeso de la pierna, hecho este reconocido por la propia actora, y las historias clínicas de fs. 54/84 y de fs. 447/463. En tal sentido, aprecio judicialmente todos estos medios probatorios, con aplicación del principio de la “prueba compuesta” y bajo la lupa o método denominado de “la sana critica” (arts. 384, 472 y 474 del Cód. Proc.).

El perito médico perteneciente a la Asesoría Pericial Departamental produjo su informe con plena ciencia y conciencia. Agotó la investigación y sobre la base objetiva de los hechos, suministró al juez los elementos necesarios para ilustrarlo y no para confundirlo. Dicho experto brindó todas las explicaciones que le fueron requeridas según constancias de autos, tratándose de aclaraciones y/o ampliaciones necesarias para que el informe sea completo respecto de los puntos de pericia oportunamente fijados.

La desinteligencia de los litigantes actores con las opiniones del perito de la Asesoría Pericial Departamental, son insuficientes para enervar dicha conclusiones si no arriman evidencias capaces de conmover al juez de que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus conclusiones son erradas, o que los datos proporcionados son equivocados. Para desvirtuar tal apreciación es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente sobre el error o inadecuado uso que el técnico hubiese hecho de los conocimientos científicos de los que su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado.

En la especie, el juez debe confrontar todas las pruebas, pero por regla general prevalece la opinión del perito médico forense de la Oficina Pericial Deptal., que se encuentra corroborado, por la importancia de la prueba testimonial, de la documental, entre ellas, la historia clínica del paciente, y la informativa.

Ahora bien, sometiendo a estudio el dictamen médico y sus explicaciones producido por el Dr. Padilla (perito oficial desinsaculado en autos de la lista de la Oficina de Contralor) y el realizado por el experto forense de la Asesoría Pericial Departamental y sus explicaciones vertidas dentro de marco de una medida para mejor proveer, tratando –el suscrito preopinante- de buscar dentro de las posibilidades materiales los puntos de coincidencias, de concordancias y compatibilización entre los dos dictámenes, bajo el método de la “sana critica” (art. 384, 472 y 474 del Cód. Proc.), concluye que: i) La operación quirúrgica realizada a la actora en la Clínica Indarte fue correcta. ii) Los médicos que intervinieron en la misma no fueron los causantes de la infección que contrajo la actora en su miembro inferior. iii) La infección no fue contraída en el nosocomio privado de la demandada. iiiii) Es probable que la actora haya contraído esa infección por su estado de salud delicado, ya que venía de otras intervenciones con complicaciones post-quirúrgicas, influyendo negativamente –en las mismas- su estado de obesidad y sedentarismo que pudieron provocar esas infecciones en su miembro inferior y facilitan el terreno pre-disponente para el asiento de infecciones sobre una herida quirúrgica. En suma, no encuentro que los peritos hayan discrepado en cuanto a que fue adecuada la cirugía realizada a la actora-paciente fallecida, habiendo adoptado los médicos una conducta quirúrgica acorde a las que imponen las normas del “arte de curar” y la buena practica médica (artroplastía de rodilla) y que junto a la inmovilización

con yeso, para su mejor evolución, con las consiguientes curaciones a través de una ventana ósea en el ámbito sanatorial, tal como se corrobora a fs. 82 vta. (según informe de fs. 370/vta. y 500 vta.). La perito forense dictaminó que la limpieza de una herida como método se puede realizar en forma ambulatoria (véase informe de fs. 500 vta.). Y que a esta altura del acontecimiento de los hechos no hay elemento probatorio alguno que autorice suponer que existió una necesidad o razón suficiente como para extraerle el yeso de la pierna, y menos aún la de colocar un drenaje luego de la intervención quirúrgica; es suficiente haciendo propias las palabras de la perito a fs. 509/10, con reabrir la herida y proceder en consecuencia a su limpieza. Hay otro hecho –que reconoce la propia actora- atestiguado a fs. 438/9 y fs. 400 por Oviedo y Fernández, quienes coinciden en que: “el marido le sacó el yeso”. A mi juicio, ésta ha sido una maniobra nada aconsejable, sin la intervención de un profesional médico, lo cual denota una suerte de auto-medicación, en perjuicio del paciente, que probablemente con su conducta culposa –la víctima se daña a si misma y en su perjuicio-, agravando más su estado de salud (art. 1.111 del Cód. Civ.); lamentablemente, esta decisión inconsulta no es recomendable, bajo ningún pretexto. Es necesario, el deber de colaboración de los pacientes para con el médico-galeno, que le es exigible al paciente para con su profesional que lo asiste.

La conducta del enfermo puede configurar un presupuesto de eximición de responsabilidad del médico: vgr. negativa del paciente a cumplir con las prescripciones médicas que se le han indicado; paciente que no cumple con el tratamiento ordenado por el facultativo; enfermo que no ingiere el medicamento de conformidad a la prescripción médica; paciente que se niega a recibir una transfusión de sangre por motivos religiosos; una huelga de hambre por motivos de reivindicación social o política, etc. Bajo la misma óptica cabe calificar la actitud del paciente que interrumpe el tratamiento comenzado bajo la asistencia de un profesional o sanatorio y confía su curación a otro, porque el tratamiento de las enfermedades, lejos de ser una fórmula matemática, esta sujeto a alternativas de toda índole, que se traducen en mejorías y declinaciones. Generalmente se ha mirado con disfavor la conducta del enfermo en estos términos. Así lo resolvió la C. Nac. Civ., sala E, 19/12/77, en el caso: "Salem, Isaac v. Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A.", (pub. en ED 77-248). Sobre tales presupuestos, se resolvió que el abandono por el paciente de la atención médica que recibía para consultar a otros profesionales exime de responsabilidad al médico que fue abandonado (C. Nac. Civ. Sala C, 16/7/64, JA 1964-V-61, cit. por Yungano, Arturo y otros, Responsabilidad Profesional de los Médicos, Ed. Universidad, Bs. As. 1982, pág. 173). En otro caso donde también se rechazó la demanda por impotencia funcional de los dedos como consecuencia de una sutura superficial de una herida contusa en la muñeca, se examinó -aunque en forma complementaria- la conducta de la actora que había abandonado el tratamiento, haciéndose atender luego por otro médico (C. Nac. Civ. Sala C., 12/6/64 Ja 1964-IV-257, cit. por Yungano Arturo, ob. cit. pág. 173; Taraborrelli, José Nicolás, “Eximentes de responsabilidad médica en los supuestos de error excusable, caso fortuito y fuerza mayor, conducta del enfermo y fracaso del tratamiento”, JA 1994-III-863, Ed. Abeledo Perrot Nro.: 0003/002253).

La doctrina legal elaborada respecto al valor probatorio de la historia clínica, la considera como un instrumento médico legal imprescindible tanto para los profesionales de la salud y sus auxiliares, como también para el propio paciente y sus familiares; asimismo de relevancia jurídica a la hora de fallar en los supuestos de mala o buena praxis médica. En la especie, como se dice ut-supra es un instrumento privado médico-legal administrativo (art. 1.012 del Cód. Civ.), que obligatoriamente debe confeccionar y llevar el establecimiento sanitario privado o público, llámense clínicas u hospitales y excepcionalmente en algún fallo jurisprudencial se la ha considerado como un instrumento público (art. 979 inc. 2° del Cód. Civ.) cuando emana de un médico-funcionario público perteneciente a un hospital público. Es un documento Médico-legal, pues: a) Se trata de un instrumento cuyo derecho al acceso es limitado. b) Puede considerarse como un documento de cuidados asistenciales. c) Es un elemento de prueba en los casos de responsabilidad médica profesional. Tiene un extraordinario valor jurídico en los casos de responsabilidad médica profesional, al convertirse por orden judicial en la prueba material principal de todos los juicios de responsabilidad médica, constituyendo un documento médico-legal fundamental y esencial de primer orden. En tales circunstancias la historia clínica, permite la evaluación de la calidad asistencial tanto para la apreciación judicial de la conducta del médico como para verificar si cumplió con el deber de informar, de realizar la historia clínica de forma adecuada y eficaz para su finalidad asistencial, puesto que el incumplimiento de tales deberes también constituye causa de responsabilidad profesional. d) Resulta ser un testimonio escrito "documental" de veracidad de declaraciones sobre actos médicos-clínicos y la conducta profesional. e) Instrumento sobre el cual se realizará durante la etapa probatoria el dictamen pericial médico, toda vez que resulta ser un elemento clave en la elaboración de los informes médico-legales practicados por los expertos —como verdaderos juicios de hecho— que será apreciado judicialmente por el Juez con el objeto de determinar la responsabilidad médica profesional. El objeto de estudio de todo informe pericial sobre responsabilidad médica profesional es la historia clínica, a través de la cual se valoran los siguientes aspectos: enumeración de todos los documentos que la integran, reconstrucción de la historia clínica, análisis individualizado de los actos médicos realizados en el paciente, personas que intervinieron durante el proceso asistencial, etc. (Taraborrelli, José Nicolás, La Historia Clínica y su valor probatorio, La Ley 22/6/2009, La Ley 2009-D-832).

Fijada la doctrina legal aplicable – en este caso bajo examen en la Alzada – y respecto al agravio esgrimido por la actora apelante en cuanto a que la historia clínica se encuentra incompleta – según lo dictaminado por el Dr. Padilla (perito médico oficial) -, ello a mi juicio, resulta invalde, por cuanto como las mismas partes accionantes reconocen expresamente que la actora fue asistida en sus controles y curaciones médicas en su domicilio por el Dr. Guerreros, es lógico que no figuren asentadas esas asistencias en la historia clínica – dadas las especiales circunstancias y particulares características que rodean al presente caso “in-concreto”, pues la actora no podía deambular - y el paciente no es atendido en el sanatorio, en donde se encuentra depositada la historia clínica bajo la guarda jurídica y material de la misma.

Critica el modo y la forma de llevar la historia clínica, calificándola de sinuosa y errática; en este aspecto de la cuestión que introduce como queja advierto de su atenta lectura la intervención de profesionales médicos, que en modo alguno puedan perjudicar a la paciente; de lo cual se extrae que fue correcta la interconsulta profesional llevada a cabo.

Finalmente, la historia clínica perteneciente a la paciente y que corre glosada según las piezas incorporadas a fs. 50/82, no fue objetada ni observada por el perito médico forense de la Oficina Pericial Deptal. Por lo tanto, declaro su validez probatoria.

En síntesis, no se comprobó jurisdiccionalmente que la infección contraída por la paciente tuviera como causa el actuar negligente y sin pericia del cuerpo médico que asistió a la actora en la Clínica demandada, y si se probó que la paciente no colaboró debidamente con el profesional que la atendía (art. 901, 906 y 1.111 del Cód. Civ., y arts. 375, 384, 456, 472 y 474 del Cod. Proc.), presumiendo “pro-hómine”, una suerte de abandono del tratamiento por parte de la paciente (art. 163 inc. 5º del Cód. Proc.), por la falta de colaboración de la actora para con el médico, siendo su conducta reprochable por imprudencia del paciente que se daña por su propia culpa, constituyendo una suerte de interrupción del tratamiento imputable a su conducta reprochable. En la especie, el médico requiere de la colaboración del paciente, siendo el resultado desgraciable obra de la propia víctima, que agrava su estado de salud.

En suma, corresponde desestimar todos los agravios expuestos por la parte actora, debiéndose confirmar en su totalidad la sentencia apelada, por cuanto no se han acreditado los extremos legales requeridos para configurar jurídicamente la responsabilidad civil médica, para que la acción de daños y perjuicios prospere.

V.- Las costas de Alzada.-

Atento al modo en cómo se resuelve la presente contienda judicial, estimo que las costas generadas en esta Instancia Revisora deben ser impuestas a la actora apelante, ello por aplicación del principio objetivo de la derrota. (art. 68 del CPCC).

Por todas las consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinales expuestas, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

Por análogos, fundamentos, el Dr. Posca también **VOTA POR LA AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR JOSÉ NICOLÁS TARABORRELLI dijo:

Visto el Acuerdo que antecede, propongo a mi distinguido colega: **1º) SE CONFIRME** la sentencia apelada en todo en cuanto ha sido materia de agravios; **2º) SE IMPONGAN** las costas generadas en esta Instancia Recursiva a la accionante que resulta vencida (art. 68 del CPCC);

ASÍ LO VOTO

Por análogos motivos el Dr. Posca adhiere y vota en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo que antecede, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: el resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, este Tribunal **RESUELVE: 1º) CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo en cuanto ha sido materia de agravios; **2º) IMPONER** las costas generadas en esta Instancia recursiva a la accionante que resulta vencida (art. 68 del CPCC); **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. Fecho, vuelvan los Autos al Acuerdo para el tratamiento de los recursos de apelación en contra de los honorarios regulados en la Instancia de origen como así también para regular honorarios de Alzada.-**