

_____ Salta, 20 de diciembre de 2016.- _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "GUTIERREZ, DORA vs. NANNI, GUSTAVO POR DAÑOS Y PERJUICIOS" - Expediente N° 17620/07 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 2º Nominación del Distrito Judicial del Norte – Orán (**EXP - 548648/16 de Sala II**) y, _____

_____ **C O N S I D E R A N D O:** _____

_____ **La doctora Verónica Gómez Naar dijo:** _____

_____ I.- Que viene el proceso a la alzada por apelación de la sentencia dictada a fojas 313/322, en cuanto dispuso rechazar la demanda deducida por la señora Dora Gutiérrez en contra del doctor Gustavo Nanny, a través de la cual aquélla procuraba una indemnización por daños y perjuicios a raíz de la asistencia médica brindada por éste. _____

_____ Para así decidir, consideró la señora Jueza de grado que la actora no había acreditado la conducta que atribuye en la demanda al médico demandado y que, a pesar de la existencia de un menoscabo en la salud física de la accionante, no es posible afirmar con grado de certeza que el daño haya sido causado por el demandado. Refirió que la prueba esencial y de mayor importancia es la pericial; que los puntos de pericia ofrecidos por la actora se encuentran vinculados a la prueba documental ofrecida por aquélla pero no fueron incorporadas al expediente ante la falta de producción de la prueba informativa respectiva, misma carencia que el perito hizo notar antes de emitir su dictamen. Ponderó que de lo expresado por el perito no es posible establecer que el menoscabo en la salud que presenta actualmente la actora se deba a un error de diagnóstico y tratamiento del médico demandado. Destacó que si bien resulta evidente la existencia de un daño en la salud física de la actora, se necesita ineludiblemente la acreditación de la culpa del médico y la existencia del nexo causal. Mencionó que la escasez de la prueba producida por la actora no puede ser defendida desde la posición de inferioridad requerida por la doctrina de la carga dinámica de la prueba. Destacó que la actora no arrimó prueba relevante ni hizo las preguntas necesarias para que el perito pudiera emitir su dictamen con certeza. Concluyó que la falta de prueba

de un obrar antijurídico y, por ende, de un obrar culposo o doloso por parte del médico la exime del análisis de los restantes presupuestos de la responsabilidad. _____

_____ Interpuesto recurso de apelación por la actora a fs. 326, se presentó memorial de agravios en tiempo oportuno a fs. 328. _____

_____ Se agravia el recurrente de que se sostenga en la sentencia que su parte no logró acreditar que el médico demandado haya obrado con la conducta que le atribuye en la demanda, y que a pesar de la existencia de un menoscabo en la salud física de la actora no sea posible afirmar con grado de certeza que fuera causado por el demandado. Entiende que las pruebas aportadas al caso debieron servir para tener por acreditado el obrar antijurídico del demandado, a saber: yerro en el diagnóstico, tratamiento y daños en el miembro afectado. Señala que de la pericia médica surgen las diferencias de los diagnósticos, el cuadro médico y el tratamiento indicados por el demandado y por el doctor Ulivarri. Sostiene que se vulneró groseramente el principio de libertad de ponderación de las pruebas, el cual debe construirse sobre criterios objetivos y con los límites infranqueables. Aduce que bajo pretexto de una escasez probatoria, la Juez *a quo* dejó de lado datos reveladores que acreditan que el demandado incurrió en error de diagnóstico y, por ende, que la terapia indicada fue inoperante, deficiente, contraindicada y contraproducente. Por último, objeta que la sentenciante acoge la teoría de la carga dinámica probatoria para luego, de manera diametralmente opuesta, ampararse equívocamente en lo normado por el artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial, el cual - a su entender - imponía al demandado acreditar que él no obró de manera culposa ni causó el daño, y que ambas cuestiones fueron hartamente probadas en autos. _____

_____ La expresión de agravios fue contestada a fs. 334/335 por el demandado, mientras que la compañía de seguros citada en garantía omitió responder el traslado respectivo. _____

_____ A fs. 383 se llamó autos para dictar sentencia mediante providencia firme, por lo que la causa se encuentra en estado de ser resuelta. _____

_____ II.- Que en forma preliminar, atento la vigencia del principio *iura curia novit*, es preciso dejar aclarado que la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (aprob. por ley 26.994) no tiene incidencia en la resolución de la presente causa, tal como lo resolviera la señora Jueza de primera instancia, toda vez que en materia de daños resulta aplicable la legislación de fondo vigente a la época del hecho dañoso, conforme se ha expedido la doctrina y jurisprudencia (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, pág. 100 y sgte., Rubinzal- Culzoni, Sta Fe, 2015; CNCiv., sala B, “Espinosa, Alejandro Agustín c. Metrovias SA y ots. s/ ds. y ps.”, 11/08/2015, La Ley, cita online: AR/JUR/28741/2015). _____

_____ En este caso, a la época del daño que se invoca a los efectos reparatorios se encontraba vigente el Código Civil de Vélez Sarsfield por lo que será este conjunto normativo al cual deba acudir para la resolución de la causa. _____

_____ III.- Que la cuestión debatida se centra en torno a la prueba de la verificación de los presupuestos de la responsabilidad civil del galeno demandado por la asistencia médica brindada a la demandante en la Clínica de Especialidades Médicas (C.E.M) con motivo del accidente que ésta sufriera al caerse de un ciclomotor el 6 de septiembre de 2005; y, consiguientemente, si corresponde condenarlo a la reparación del daño que la actora ostenta. _____

_____ Si bien la posición no es pacífica, y a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento civil la cuestión se torna irrelevante al unificarse los dos ámbitos de responsabilidad (contractual y extracontractual), la mayor parte de la doctrina postula que por ser de naturaleza contractual la relación jurídica que se establece entre el médico y el paciente, la responsabilidad analizada debe observarse bajo la luz de dicha materia. Se entiende que el deber de prestar la asistencia técnicamente adecuada o sea el deber de prestar la debida asistencia supone que el médico fue requerido y aceptó intervenir lo cual significa que asumió su deber de prestación médica, y que de tal modo, la omisión de prestar la asistencia conforme a los principios de la ciencia y del

arte de curar da lugar a responsabilidad contractual, porque el profesional se comprometió en una obligación de medios para satisfacer la natural expectativa del paciente de recuperar la salud o mejorar su estado. (Bustamante Alsina, Jorge. “Responsabilidad Civil y otros estudios”, pág. 257, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995). Surgiría así, por un lado, la obligación del médico correspondiente a actuar con prudencia y diligencia, proveyendo su conocimiento y práctica para el cuidado y tratamiento de la enfermedad - sin asegurar un resultado - y por el otro, la obligación del paciente a cumplir con el tratamiento indicado y pagar los honorarios correspondientes. _____

_____ Ahora bien, el primero de los agravios se relaciona con el fundamento de la señora Jueza *a quo* que la lleva a descartar la responsabilidad del galeno ante la ausencia del presupuesto de causalidad entre el daño y la conducta de aquél, o lo que el quejoso destaca de la sentencia “*que a pesar de la existencia de un menoscabo en la salud física de la actora, no es posible afirmar con grado de certeza que fuera causado por el demandado*”. Ante tal conclusión, el apelante sostiene que las pruebas aportadas “*debieron servir para la solución del conflicto y tener por acreditado el obrar antijurídico del demandado*” y que de la pericia médica “*surge de manera clara y precisa cual fueron los diagnósticos dados por el demandado como por el Dr. Ulivarri (...)*”. _____

_____ Resulta pertinente recordar que, para que exista la obligación de reparar un daño efectivamente comprobado, es necesario que éste haya sido provocado por la persona a la cual se le atribuye, que su responsabilidad sea endilgada por algún factor de atribución (subjetivo u objetivo), y que entre el incumplimiento de la actividad convencionalmente debida o la realización del hecho ilícito (por acción u omisión) y el daño producido, exista un real y eficiente vínculo de causa-efecto o relación de causalidad adecuada según la teoría imperante actualmente tanto en el ámbito penal como en el civil. _____

_____ Cuando se trata de la responsabilidad civil médica en donde tiene virtualidad la clasificación entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, la prueba de la relación de causalidad adecuada exige la

demostración del factor subjetivo de atribución, a diferencia de las obligaciones de resultado en las que la prueba de la causalidad es coincidente con la del incumplimiento (Highton, Elena I. -Coord.-, Alberto J. Bueres -Dir.-, Código Civil y normas complementarias, tº 4B, págs. 211/214, Hammurabi, Bs. As., 2007). _____

_____ Por ende, asiste razón a la señora Juez de grado al remarcar que del análisis de la prueba pericial y testimonial producidas resulta comprobada la existencia de un menoscabo en la salud física de la actora, pero que la sola presencia de éste no hace nacer la obligación de reparar pues se necesita la acreditación de la culpa del médico y la existencia de nexo causal, entre esa actuación negligente, descuidada o con ausencia de pericia y el daño sufrido por el paciente. _____

_____ Cabe tener presente que en materia de mala praxis médica existen tres principios básicos: (a) la obligación del médico es de medios y no de resultado, de manera que la sola presencia del daño no implica, sin más, causal de atribución de responsabilidad, (b) corresponde a quien inculpa al médico, probar la negligencia o impericia, sin perjuicio del deber moral e inclusive jurídico del demandado, de colaborar en el esclarecimiento de la verdad, y (c) la prueba relevante es el dictamen de la pericia médica, en tanto asesora sobre temas que normalmente escapan a la formación profesional del juez. (Highton, Elena I., Prueba del daño en la mala praxis médica, art. publ. en rev. de der. de daños, tº 5 “La prueba del daño -II”, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1999) _____

_____ En el *sub examine*, se ha producida pericia médica traumatológica a fojas 263/264, la cual no ha merecido impugnación ni cuestionamiento de ninguna de las partes. Del dictamen surge que la señora Gutiérrez fue revisada por el perito en abril del 2011, oportunidad en la que constató que la señora Gutiérrez presentaba deformación de pie con marcha disbásica de leve a moderada. Con relación a los diagnósticos consultados, refirió que el del médico demandado fue “esguince de medio pie”, el del doctor Ulivarri “luxofractura de Lisfranc” y no pudo determinar el de la Comisión Médica N° 23 por no obrar constancia alguna en el expediente. Explicó las diferencias

entre el esguince y la luxofractura compleja de Lisfranc, refirió que el tratamiento médico adecuado para una luxofractura de Lisfranc es, en general, quirúrgico. Luego de describir el estado de la actora, refiere que no se puede constatar lesión distal del ramo medio del tibial por no contar con electromiograma, que se observa tinnel positivo y no se pudo precisar la hipoestesia; pero dictamina que el tinnel positivo, la supuesta hipoestasia y la supuesta lesión distal del ramo medio podrían ser consecuencia de la cirugía al cortarse un nervio (rta. pto. 6 prueba de la actora). Contesta al punto 7 que de la historia clínica surge que el doctor Nanni realizó tratamiento ortopédico con bota de yeso y posterior fisioterapia y que, de acuerdo a los certificados médicos, el doctor Ulivarri realizó tratamientos quirúrgicos y posterior fisioterapia, y opina, respecto del tratamiento al que debería someterse a la actora, que podrían retirarse los elementos de osteosíntesis y, si se comprueba con estudios una lesión del nervio, solucionar quirúrgicamente en el mismo acto. Al punto 9º de la parte actora, informa que podrían existir limitaciones en tareas que demanden esfuerzo físico mayor, marchas forzadas o estancias prolongadas de pie; que las secuelas físicas y estéticas consisten en deformación, posible dolor y cicatrices en cara dorsal del pie (Pto. 11, actora). A los puntos propuestos por la parte accionada, el perito indica que es cierto que el 20 o 30% de las fracturas de luxación de Lisfranc pueden pasar inadvertidas a pesar de los estudios radiológicos habituales, que a tenor de los informes radiológicos, el médico radiólogo que informó las radiografías realizadas a la paciente el 6 de septiembre de 2005 no apreció ninguna lesión en el pie, que para los casos en que la luxación se encuentre reducida mediante tratamiento enyesado para establecer movilidad, fuerza y propiocepción es necesario realizar fisiokinesioterapia. Finalmente, sostiene que no podría descartarse fehacientemente que las secuelas provengan del período anterior o posterior a la cirugía. _____

_____ Puede observarse del resultado y conclusiones de esta prueba esencial y determinante que no surge comprobado un error de diagnóstico por parte del profesional demandado, contrariamente a lo que insistente y dogmáticamente

afirma el agraviado. En efecto, el perito médico traumatólogo hace referencia al diagnóstico que emite cada uno de los médicos que atendieron a la señora Gutiérrez, pero sin deducir de esa diferencia que uno fuere correcto y el otro erróneo. No hace juicio de valor al respecto sino que, por el contrario, afirma como probable que el tinnel post, la supuesta hipoestesia y lesión distal del ramo medio sean consecuencia de la misma cirugía aplicada por el doctor Ulivarri al cortarse un nervio, y concluye que no puede descartarse que las secuelas que presenta la señora Gutiérrez provengan del período posterior a la cirugía. _____

_____ De la sola mención de la existencia de un diferente diagnóstico entre dos galenos que trataron a la paciente accidentada en dos períodos temporales diversos no puede inferirse - según la lógica y reglas de la sana crítica- que el diagnóstico del demandado haya sido erróneo y correcto. Es que para poder evaluar si ha mediado la actividad diligente que al profesional le era debida, es menester contar con un criterio de diligencia que debió ser proporcionado por la prueba técnica, pues como es sabido la responsabilidad del médico no surgirá de la falta de resultado, sino de la divergencia entre la conducta del obligado y el tipo de comportamiento que en las mismas circunstancias habría observado el ideal *dilligens et prudens paterfamilias* para alcanzar el fin de curación propuesto. La obligación que asume el profesional del arte de curar es poner todo su empeño, su saber, su diligencia y los medios de que disponga para obtener la curación del enfermo, sin que pueda garantizar el logro de tal objetivo, a lo que se agrega que la complejidad de los elementos que juegan en cada caso médico, sumada a las particularidades que hacen a la individualidad de cada enfermo, impiden tener certeza de que un organismo responderá en la forma en que lo hacen los demás (v. Highton, Elena I., art. cit., p. 65). _____

_____ En este caso, el perito no solamente nada dice sobre el acierto o desacierto de los diagnósticos médicos, cuestión cuya dilucidación no le es propuesta por las partes, sino que no descarta que las secuelas puedan provenir del período posterior a la cirugía realizada por el doctor Ulivarri, vale decir que no relaciona el daño que presenta la actora con aquel primer diagnóstico

del médico demandado. _____

_____ Es dable advertir que la insuficiente prueba recabada impide arribar a la conclusión de que ha mediado un error de diagnóstico y tratamiento por parte del galeno demandado, destacándose que la demandante no ha aportado las radiografías que se le realizaron el día del accidente a pedido del galeno ni el respectivo informe del médico especialista en diagnóstico por imágenes, que podría haber echado luz sobre el tipo de lesión existente a ese momento en el pie de la actora, sin perjuicio de las posibilidades de inadvertencia de la luxofractura de Lisfranc a través de los estudios radiológicos habituales. Cabe resaltar que, por omisión procesal de la propia parte apelante, tampoco se ha aportado al proceso el expediente administrativo y el dictamen de la Comisión Médica interviniente en el accidente laboral, ni las historias clínicas en poder de la aseguradora de riesgos del trabajo MAPFRE ni las correspondientes a la atención de los médicos Mario Ulivarri y Christian Villagrán. _____

_____ Asimismo, no surge de la pericia médica que el tratamiento de bota corta de yeso y fisioterapia haya sido equivocado e incorrecto, y que de haberse acudido a cirugía en ese momento, el daño no se habría producido. No existe ningún elemento probatorio que avale tal conclusión. _____

_____ Las circunstancias descriptas no logran persuadir que el médico demandado haya tenido una conducta que configure la culpa reglada por el artículo 512 del Código Civil de Vélez, al carecerse de constancias que determinen que para la patología presentada por la actora, el diagnóstico realizado por el galeno demandado a partir de los estudios realizados, fueron erróneos e insuficientes, que el tratamiento indicado sea injustificable de acuerdo a la ciencia médica, y por otra parte, se dispone únicamente de la historia clínica del doctor Nanny y certificados emitidos por el doctor Ulivarri, lo cual imposibilita establecer con claridad lo acaecido con la lesión en el interin, entre el tratamiento de yeso y el tratamiento quirúrgico, quedando desvirtuada la conducta inoperante, deficiente, contraindicada y contraproducente que el apelante refiere. _____

_____ Es que para determinar si una conducta médica ha sido culposa – o

incluso dolosa – deberá tenerse en cuenta la transgresión o no de la *lex artis* de la medicina, cuyo cumplimiento es obligatorio, de la que, conceptualizándola, se ha dicho: “es el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico y aun de aquellas reglas que, sin estar mencionadas expresamente, forman parte de la *veterana consuetudo* y que deben gravitar ostensiblemente como indicadores de la conducta médica.” (Highton - Bueres, ob. y tomo cit. págs. 200/201). _____

_____ De acuerdo a ello, las pruebas bajo análisis no aportan convicción para establecer que la asistencia médica del demandado encuadre en los conceptos de negligencia, imprudencia o impericia, principalmente porque de la prueba esencial que es la pericia médica, no se pudo determinar que el actual menoscabo en la salud que presenta la actora a la fecha de revisión médica tenga origen en un accionar culposo del demandado o se haya generado con posterioridad a la cirugía realizada por otro galeno. En cuanto a la apreciación del diagnóstico emitido por el demandado, tampoco es posible esclarecer el momento de la luxofractura de Lisfranc, por carecer de elementos que demuestren que aquella se presentaba al momento de ser atendida por el accionado. Revela la historia clínica del Centro de Especialidades Médicas (C.E.M.) que el informe de radiografía emitido el 6 de septiembre de 2005, fecha en la que ingresa la actora, indica que no se observó lesión ósea en el pie. Si bien el perito responde que en general el tratamiento para este tipo de lesiones es quirúrgico, al referirse al tratamiento con yeso para el mismo tipo de lesiones, no cuestionó u observó dicha opción como inadecuada, afirmando que es correcto seguirlo de un tratamiento de fisiokinesioterapia. _____

_____ Al respecto, se ha ponderado que el médico será responsable, por razón de su culpa, en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá, en principio, elementos suficientes para inferir la culpa de que informa el artículo 512 (Bueres, Alberto. “Responsabilidad médica”. Ed. Ábaco - año 1979, pág 237). “Es que el fracaso o la ausencia de éxito en la

prestación del servicio médico, no significa *per se*, incumplimiento por parte del profesional. (...) La obligación del médico es una obligación de medios y no de resultados, en la que aquél se compromete a poner de su parte la experiencia y pericia inherentes a su profesión pero de ninguna manera a garantizar el pleno éxito del tratamiento u operación practicada. En consecuencia, y cualquiera sea la naturaleza (contractual o cuasidelictual) de la responsabilidad civil de los médicos, es carga ineludible del paciente o acreedor de la prestación probar la culpa del galeno, o su impericia, o su grave negligencia, como condición *sine qua non* para la viabilidad del resarcimiento reclamado.” (Highton, Elena I., artículo cit., págs. 73/74) _____

_____ Por consiguiente, no se advierte una errónea o arbitraria apreciación de las pruebas por parte del magistrado de la instancia inferior, sino que debe compartirse la ponderación y valoración de las pruebas producidas así como la conclusión sobre su notable insuficiencia. _____

_____ La incongruencia que la apelante atribuye al fallo en crisis tampoco es tal, habida cuenta que en materia de responsabilidad médica impone morigerar la regla de cargas probatorias que adopta nuestra ley procesal (art. 377) en virtud del deber de cooperación que deben asumir los profesionales médicos cuando son enjuiciados. Es decir que la prueba no permanece estática en cabeza del actor, pero ello no quiere decir que se exima al actor de probar lo afirmado en su demanda o que la falta de acreditación de la alegada defensa implique ungrir como verdad el relato de los hechos expuesto en la demanda, ya que de otro modo se establecería fuera del marco legal la inversión de la carga de la prueba o se asignarían efectos propias de las responsabilidades objetivas. _____

_____ Por ende, incumbía al actor demostrar la culpa del médico de manera de hacer patente el incumplimiento que es presupuesto de su pretensión; sin perjuicio del deber del médico de aportar los elementos necesarios que hacen a su descargo, con una conducta procesal de buena fe, sin ocultamiento de elementos de esencial importancia para demostrar los extremos afirmados o contradichos y para la dilucidación del caso. _____

_____ De acuerdo a tales principios, el incumplimiento atribuido al demandado, y por lo tanto su culpa, resultará de su falta de diligencia y prudencia, al omitir los cuidados y atención debidos y dejar de observar las reglas de la ciencia y el arte de curar ya sea por ignorancia, torpeza o falta de previsión (Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad Civil y otros estudios”. Abeledo Perrot, 1995, pág. 211). Así, para que funcione la responsabilidad médica basta acreditar la impericia profesional y que medie una relación de causalidad entre tal conducta y el daño producido (CSJN, Fallos: 322:1393). _____

_____ Malgrado ello, la actora no aportó a la causa elementos de prueba que generan convencimiento en que el diagnóstico fue contrario a las reglas del arte de curar, que el daño haya sido ocasionado por aquél y por lo tanto, que haya mediado un obrar culposo. Y cuadra remarcar que en este caso la demandante estaba en condiciones de conocer y aportar las pruebas conducentes a tal efecto, pero omitió traer a juicio estudios que obran en poder del paciente (como las radiografías) y, luego, instar la producción de la prueba informativa admitida y ordenada por el juzgado. No puede soslayarse tampoco que las constancias documentales que el perito debía considerar para su análisis y producción de la prueba habían sido ofrecidos por la actora y bien pudo impulsarlas, tanto como la proposición de otros puntos relevantes a dictaminar y la posterior posibilidad de requerir explicaciones o aclaraciones, todo ello tendiente a dilucidar los hechos y acreditar sus afirmaciones. _____

_____ Consiguientemente, este agravio tampoco puede ser admitido. La valoración de los escasos elementos de prueba recabados en el juicio no permite concluir que haya mediado una actuación culposa, negligente o contraria al arte de curar por parte del médico demandado que derivase en el daño a la salud que presenta la demandante. _____

_____ Por los fundamentos expuestos, voto por rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada en lo que fue materia de agravio. _____

_____ IV.- Que con relación a las costas emergentes del recurso, estimo que deben ser impuestas a la apelante vencida por aplicación del principio general

plasmado en el artículo 67 del código de rito. _____

_____ V.- Que atento lo dispuesto por Acordada de la Corte de Justicia N° 12062 del 11 de abril de 2016, corresponde en esta oportunidad fijar los porcentajes que corresponden por los honorarios de los abogados que intervinieron en esta instancia. _____

_____ Realizada la ponderación de la labor de acuerdo a lo prescripto por el artículo 13 del Decreto Ley N° 324/63 y sus modificatorias, resulta adecuado establecer los porcentuales del siguiente modo: en el 40% los honorarios del doctor Camilo Acosta y en el 45% los del doctor Carlos A. Varg. _____

_____ **La doctora Hebe Alicia Samsón dijo:** _____

_____ Por compartir sus fundamentos, me adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **I.- NO HACE LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 326 y, en su mérito, **CONFIRMA** la sentencia de fs. 313/322 en lo que fue materia de agravio. Con costas. _____

_____ **II.- FIJA** los porcentajes por honorarios de segunda instancia del doctor Camilo Acosta en el 40% y los del doctor Carlos A. Varg en el 45% de lo que correspondería por la labor realizada en la primera instancia. _____

_____ **III.- ORDENA** que se registre, notifique y baje.- _____