

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 21 días del mes de Noviembre del año dos mil catorce, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados "PAVE RUBEN LUIS C/ EXCELSITAS INSTITUTOS MEDICOS Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", respecto de la sentencia de fs. 1052/1063, el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: RICARDO LI ROSI -SEBASTIÁN PICASSO - HUGO MOLTENI - A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. RICARDO LI ROSI DIJO:

I.- La sentencia de fs. 1052/1063 desestimó la demanda entablada por R L P contra A B, N O G, S A B, G M, G S.A., OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios) y Caja de Seguros S.A.- Contra dicha resolución se alzan las quejas del actor, cuyos agravios de fs. 1109/1121 fueron replicados por el codemandado Néstor Osvaldo Guzmán a fs. 1137/1140.-

II.- A fin de analizar las críticas del apelante a la resolución recurrida, creo oportuno efectuar una breve síntesis de los hechos que motivaron el presente conflicto.-

Se relata en el libelo de inicio que el día 18 de febrero de 2000 el Sr. R L P fue internado en Excelsitas Institutos Médicos con diagnóstico de lumbociatalgia lumbar-hernia de disco, prescribiéndose una operación de columna lumbar para la corrección de la dolencia.-

Señala el actor que ese día, a las 9 hs., el Dr. S B le suministró anestesia peridural continua, dejándose cateter a nivel L3 L4.-

Agrega que el 19 de febrero de 2000 fue intervenido quirúrgicamente por el médico cirujano Dr. A B. Participaron de la operación el Dr. N G en calidad de ayudante 1° y el Dr. G M de ayudante 2°, mientras el Dr. S B actuo como anestesista.-

Luego de describir las constancias del parte quirúrgico, señala que en el postoperatorio se observó que, a pesar de la operación, persistía la radiculitis L3 izquierda y se agregó una nueva patología: el síndrome de la cola de caballo. Asimismo, se comprobó que quedó sin sensibilidad desde los testículos hasta la pierna derecha y sin sensibilidad en la mano del mismo lado.-

Sostiene que el 20 de febrero de 2000 se certificó alteración del nervio mediano de la mano derecha y se lo mantuvo en posición de "trendelenburg", porque en la operación se desgarró el saco dural.-

Manifiesta que en el sanatorio le informaron que la duramadre sufrió un traumatismo quirúrgico en la operación y -pese a haber quedado con impotencia sexual, parestesias y dolores graves- le otorgaron el alta y el día 23 de febrero de 2000 se lo trasladó en ambulancia -ya que no podía caminar- hasta su domicilio indicándosele reposo absoluto.-.

Continúa relatando que, tras permanecer una semana en cama, padeció dolores insoportables que no fueron atendidos con la debida diligencia, premura y pericia del caso, lo que desencadeno en un coma diabético, vómitos, insomnio y ansiedad grave. Con tal cuadro fue atendido en el Sanatorio de la Sagrada Familia.-

Destaca que con posterioridad fue examinado por tres médicos, entre ellos el Dr. A B, oportunidad en la cual le comunicaron que se recuperaría en dos años.-

Menciona que, consultado el neurocirujano Dr. G. J, éste certificó que tras la intervención quirúrgica, persistía la radiculitis L3 izquierda, a lo que se agregó el síndrome de la cola de caballo, por lo que se indicó un nuevo tratamiento quirúrgico.-

Informa que el 9 de junio de 2000 fue operado nuevamente con diagnóstico de hernia discal L3. En esta nueva intervención se corrigió la impotencia sexual y los dolores graves que soportaba desde el anterior procedimiento quirúrgico, aunque la pierna derecha permanece con alteraciones graves de la sensibilidad desde la rodilla y parestesias graves.-

En definitiva, considera que por la intervención quirúrgica realizada en la primera oportunidad presenta las siguientes secuelas: claudicación en la marcha, parestesia pretibial derecha grave, sensación de electricidad.-

Efectuado el correspondiente traslado de ley, los demandados contestan la acción solicitando el rechazo de la misma y ofreciendo un relato de los hechos que difiere del vertido en la pieza inaugural. Ello, a excepción de Gerseco S.A., quien no contestó la demanda instaurada en su contra y fue declarada rebelde.-

En este sentido, los distintos emplazados que se presentaron en autos sostienen que no ha existido mala praxis médica en el marco de la intervención quirúrgica que tuvo lugar el 19 de febrero de 2000.-

III.- Antes de proceder al análisis de los planteos formulados por el recurrente, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 -LA LEY, 1985-B, 263-; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).-

Por otro lado, atento el pedido de deserción de recurso interpuesto por el codemandado N O G, debo también destacar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", t° I, pág. 835/7; CNCiv. esta Sala, libres n° 37.127 del 10/8/88, n° 33.911 del 21/9/88, entre muchos otros). En este orden de ideas, sin embargo, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15.11.84, LL1985-B-394; íd. Sala D, 18.5.84, LL 1985-A-352; íd. Sala F 15.2.68 LL 131-1022; íd. Sala G, 29.7.85, LL 1986-A-228, entre otros).-

Desde esta perspectiva, considero que los pasajes del escrito a través de los cuales el actor pretende fundar su recurso logran cumplir con los requisitos referidos. En base a lo expuesto, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no habré de propiciar la deserción requerida y trataré los agravios vertidos.-

IV.- Bajo este contexto, y para el tratamiento de la cuestión sometida a la consideración de esta Alzada, habré de formular algunas precisiones indispensables para decidir si se configura o no en autos el tipo de responsabilidad que pesa sobre los profesionales de la medicina.-

Al respecto, se ha sostenido que en este tipo de obligaciones de medio y no de resultado, sólo se promete la diligencia y no la aptitud para cumplir con las medidas que normalmente procuran la curación del paciente, su atención y los medios apropiados a esa finalidad (conf. CNCiv. Sala "A", voto de la Dra. Ana María Luaces, L.83.491, del 25/11/91, entre muchos otros).-

De allí que, si no queda demostrado el nexo de causalidad entre una denunciada actitud culposa de los médicos y el daño experimentado, no cabe acceder a la pretensión formulada.-

En efecto, en la prestación médica enderezada a asistir al paciente no se garantiza la recuperación del asistido, sino el adecuado tratamiento. El profesional se obliga a utilizar los medios propios de su ciencia y de su arte, mas no puede ofrecer el resultado óptimo de la curación sin secuelas. Se adquiere el compromiso de atender al paciente con prudencia y diligencia (conf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil de los Médicos", pág. 130; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 451; Mazeaud, Henri y Leon y Tunc, André, "Tratado Teórico práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Tomo 1, Vol. I, pág. 236, N°159-2).-

En este orden de ideas, la carga de la prueba pesa sobre el acreedor, quien debe acreditar la culpa del deudor, que no puso de su parte los medios razonablemente exigibles para el normal cumplimiento de la obligación principal (conf. Martínez Ruiz, Roberto "Obligaciones de Medio y de Resultado" LL 90-756/760). Es decir, debe el acreedor

demostrar la culpa, puesto que el objeto de la obligación se reducía, precisamente, a poner diligencia y el acreedor pretende que no se ha cumplido cabalmente (conf. Alsina Atienza, Dalmiro A. "La Carga de la Prueba en la Responsabilidad del Médico. Obligaciones de Medio y Obligaciones de Resultado" JA, 1958-III, 587/599).-

En síntesis, en el estado actual de nuestra legislación positiva y de la práctica médica, incumbe al actor la carga de la prueba, sin perjuicio de que ambas partes aporten toda prueba que tengan para mejor esclarecer sus posiciones (conf. CNCiv. Sala "F", 13/3/00, voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, publicado en Revista Jurídica La Ley del 24 de Noviembre de 2.000, Año LXIV, N° 227; íd. íd. L.189.800 del 3/9/96 y L. 143.069 del 21/10/96; íd. íd. L. 175.004 "Moreno de Rada, Elsa Isabel c/ Torres, Juan y otros s/ ds. y ps." del 29/12/95; íd. íd. L. 195.267 del 15/4/97; íd. íd. L. 232.166 del 15/8/97; fallos en ED, 8-268; CNCiv. Sala "E", 25/11/80 "Sachi de Reggie, T. c/ Altman Canestri, Edgardo" LL 1981 D, 136; íd. íd. Sala C, 6/4/76, LL 1976 C, 67).-

En lo que se refiere a la responsabilidad de los sanatorios, existe una teoría que explica la situación mediante la figura de la estipulación a favor de tercero (art. 504 del Código Civil). En consecuencia, entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual (conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos" T° 1, págs. 372/376).-

Se trata, asimismo, de una responsabilidad objetiva del ente asistencial ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquél deviene inexcusable. De ahí que el paciente debe probar tan solo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", LL, T° 1990-E, pág. 418).-

Esta figura de la estipulación a favor de un tercero es también aplicable a los fines de perfilar la relación generada entre una entidad sanatorial o un médico y las obras sociales. Ello obedece a que entre dichas personas se establece un contrato base o relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al ente de obra social, quien se transforma, a raíz de la virtualidad jurídica del nexo, en acreedor de la clínica por la debida atención médica. Es obvio que entre el afiliado y la obra social existe un contrato (conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos" T° 1, págs. 464/465).-

V.- Establecido lo anterior, y cuestionada como fuera la sentencia en tanto considera la inexistencia de responsabilidad por parte de los demandados, procederé a tratar las quejas formuladas por el actor.-

En primer lugar, se agravia de que no haya sido debidamente meritado que la codemandada Gerseco S.A. fue declarada rebelde, que no ha contestado la demanda entablada en su contra y que se ha producido la confesión ficta, lo cual implica -según sus dichos- un tácito reconocimiento de los hechos invocados en el escrito de inicio.-

Es cierto que la indicada emplazada no contestó la demanda entablada en su contra y fue declarada rebelde (ver fs. 256), como así tampoco ha comparecido a la audiencia de absolución de posiciones, por lo que el demandante pidió que se la tenga por confesa a tenor del pliego obrante en autos (ver fs. 892).-

Desde esta perspectiva, ante la falta de contestación de la demanda, el silencio será o no susceptible de obrar sus efectos de acuerdo a la naturaleza de la pretensión, su legitimidad y los elementos de convicción afectados (conf. González, Atilio Carlos "Silencio y rebeldía

en el proceso civil", pág. 194 y sgtes.; Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal.", T° III, pág. 375).-

Ahora bien, es cierto que aun en los casos en que el silencio adquiere plena fuerza de "admisión", la pretensión sólo tendría andamio si resulta ajustada a derecho (conf. Palacio, Lino Enrique "Derecho Procesal Civil", T° VI, págs.170/171). Pero sucede también que la búsqueda de la solución referida no autoriza a suplir oficiosamente la actividad de las partes, a quienes incumbe el planteo de las defensas pertinentes a sus intereses particulares.-

En definitiva, el silencio de la emplazada puede constituirse propiamente en la admisión de los hechos, aunque tal presunción desfavorable que engendra la incomparecencia debe ser, en principio, corroborada a través de otros elementos de convicción sobre los hechos en que se funda la pretensión. De ahí, entonces, que tratándose de una presunción simple o judicial, habrá que valorar los elementos de juicio incorporados al proceso para estimar si, en definitiva, la incomparecencia importa o no, en cada caso concreto, el reconocimiento de la realidad descrita por la otra parte (conf. Palacio, Lino Enrique "Derecho Procesal Civil", T° IV, pag. 202/3 y Falcón, E. M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado" T° III, pag. 78).-

Asimismo, este Tribunal ha sostenido que la ausencia de efectiva controversia que involucra el proceso en rebeldía no exime al juez de la necesidad de dictar una sentencia justa, criterio éste que mitiga los efectos de la incontestación de la demanda pues los efectos derivados de la rebeldía no pueden proyectarse sobre el o los hechos personales obrados por las restantes partes que sí han contestado la demanda (conf. CNCiv., esta Sala, L. N° 414.841 del 17/5/05, voto del Dr. Escuti Pizarro).-

En lo referente a la fuerza probatoria derivada de la confesión ficta, la tendencia es considerarla insuficiente respecto de los hechos controvertidos y acomete su apreciación en función de todos los elementos de juicio aportados a la causa, capaces de realizar sus efectos o de desvirtuarlos, aunque en la inexistencia de prueba que la desvirtúe, permitirá tenerla por suficientemente demostrativa de los hechos confesados. En cambio, no valdrá frente a pruebas documentales, testimoniales o periciales que la contradigan, no objetadas por las partes. En definitiva, la confesión ficta opera frente a la ausencia injustificada y a la inexistencia de prueba en contrario (conf. Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L. "Código Procesal Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado", T° 3, págs. 603/604, núm. 5).-

A partir de lo expuesto, considero que la falta de respuesta a la demanda y la absolución de posiciones en rebeldía por parte de Gerseco S.A. no pueden tener los efectos pretendidos por el accionante, pues esa circunstancia no empece a que los restantes emplazados sí se presentaron en estas actuaciones a contestar demanda y han negado la existencia de responsabilidad en los hechos relatados en el escrito inaugural de la presente litis.-

Es decir, los efectos que se propagan de la rebeldía y de la confesión ficta de la codemandada Gerseco S.A. no resultan suficientes para liberar al actor de la carga de tener que acreditar la culpa de los accionados en la atención médica prestada.-

VI.- Desde otra óptica, no pueden ser receptadas las alegaciones que formula el apelante al expresar agravios relativas a la falta de advertencia de los posibles efectos secundarios y complicaciones derivadas de la intervención quirúrgica, como así tampoco aquellas que aluden a la inexistencia de consentimiento informado.-

Al respecto, no puedo dejar de señalar que dicho planteo implica traer al caso hechos que no fueron invocados por el accionante al momento de entablar la demanda.-

En tal sentido, cabe señalar que conforme lo prescribe el artículo 277, del ritual, el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del Juez de primera instancia, indicando como límite del poder de alzada el "thema decidendum" propuesto por las partes en los escritos de constitución del proceso y el principio de congruencia, pues la Cámara no puede tratar cuestiones que no hayan sido sometidas al conocimiento del Juez de grado, incurriendo en incongruencia en caso de resolver pretensiones deducidas extemporáneamente en la Alzada (conf.Colombo-Kiper, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", to.III, LA LEY, pág.190).-

De allí que nada corresponde decidir en esta Alzada en orden a la invocada falta al deber de información por parte de los galenos intervinientes en el procedimiento quirúrgico.-

Sólo a mayor abundamiento, no puedo perder de vista que en las copias de la historia clínica del actor -las que fueran obtenidas en el secuestro ordenado en el marco del expte. N° 102.142/2000- luce agregado un instrumento rotulado como "Consentimiento para el tratamiento médico, anestésico y quirúrgico", el cual aparece firmado por el paciente en fecha 18 de febrero de 2000 (cfr. fs. 26 de la indicada causa).-

Por lo demás, la autenticidad, contenido y alcances de dicho documento no fueron cuestionados por el demandante al promover las presentes actuaciones, pues lo cierto es que -como ya fuera expuesto- en ningún pasaje de la demanda se alegó la ausencia de consentimiento informado.-

Finalmente, debo aclarar que las menciones que realiza el recurrente respecto a la absolución de posiciones de los codemandados S A B y N O G resultan parciales, sesgadas y no demuestran incumplimiento al deber de información por parte de los galenos.-

En tal sentido, S B señala que es cierto que carece de consentimiento informado por la práctica que llevó a cabo el 18/2/2000, pero luego aclara "que no lo tiene en su poder pero debe estar en la clínica" (cfr. fs. 448 vta., pos 16ª).-

En similares términos, N O G reconoce que no advirtió al actor sobre los efectos secundarios o complicaciones de la cirugía, pero afirma ".que no era su función advertirle dichas cuestiones en razón de que no era su paciente" (cfr. fs. 452 vta., pos.12ª). También admite carecer de consentimiento informado por escrito del paciente para la práctica realizada el 19/2/2000 aclarando ".que el consentimiento informado es un formulario que se lo hacen firmar al paciente cuando va a ingresar a cirugía y con ese formulario está también un sector que lo firma el cirujano tratante, agregando que normalmente es la misma enfermera que le hace afirmar al paciente antes de entrar al quirófano. Agrega que no sabe cómo se maneja dicha cuestión en este centro médico Excelsitas" (cfr. fs. 452 vta., pos. 14ª).-

A partir de lo reseñado, resulta a todas luces improcedente sostener que en la absolución de posiciones de los accionados se ha reconocido la inexistencia de consentimiento informado o la violación al deber de información por parte de los profesionales médicos.-

En definitiva, no será receptado el reproche del apelante en lo que a este aspecto concierne.-

VII.- Por otro lado, sostiene el quejoso que existen elementos que indican que la historia clínica es incompleta, que contiene contradicciones y que no refleja la realidad de los hechos.-

Se ha definido a la historia clínica como al instrumento que contiene la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual (conf. Diccionario terminológico de ciencias médicas, Ed. Salvat S.A., Décima edición 1968, Barcelona).-

Asimismo, es sabido que este instrumento debe ser el fiel reflejo de los pasos cronológicos seguidos por los facultativos y sus auxiliares y que el deber de información que pesa sobre ellos alcanza este importante aspecto por constituir uno de los pocos elementos con los que cuenta el paciente para conocer la suerte de su salud en el contexto de la razonable diligencia exigible en esa disciplina que impone el mayor celo profesional en la atención del enfermo (conf. CNCiv. Sala "F", L. n° 67.841 del 13/11/90; esta Sala L.n° 206.349 del 15/4/97, entre otros). Aún así , en casos en que no se hubieren volcado la totalidad de las circunstancias que permitieran reconstruir con exactitud el cuadro clínico, tales falencias sólo podrían constituirse en una presunción en contra del profesional médico cuando concurrieran otros elementos probatorios que determinen la convicción de la negligencia profesional, vale decir, que no se practicaron las diligencias exigibles en ese arte (conf. CNCiv. Sala "E" E.D. 126-448). De lo contrario, tal antecedente carecería de relevancia suficiente para establecer la autoría del daño (conf. mi voto en L. n° 551.923 del 6/8/2010).-

Sobre la base de los principios expuestos, debo afirmar que no existen elementos en autos que me lleven a la convicción de que la historia clínica ha sido labrada en forma deficiente.-

Es cierto que el perito médico en varios pasajes de su informe técnico, como así también en las presentaciones respondiendo aclaraciones e impugnaciones, refiere la existencia de diferencias entre lo relatado por el actor en el escrito de inicio y lo que surge de la historia clínica. Empero, considero que, ante tal disparidad, debe estarse a las constancias que

surgen del instrumento que revela lo objetivamente ocurrido por sobre las subjetivas manifestaciones del demandante, salvo cuando se acredite fehacientemente la intención dolosa de ocultar información en oportunidad de labrarse la historia clínica, lo que no ocurre en el presente caso.-

El hecho que en la pericia psicológica se haya descartado que el actor inventara o fabulara lo que manifestara en la entrevista no resulta ser un elemento que permita per se descalificar las constancias que emanan de la historia clínica.-

Yendo específicamente al análisis de las deficiencias alegadas, el actor sostiene que existe una inexactitud al señalar la existencia de un cateter en la espalda del paciente; sin embargo, en oportunidad de contestar la demanda, el anestesista S A B reconoce lo siguiente: "se realiza bloqueo en condiciones de aspsia y material eséril conforme técnica.El tipo anestésico era peridural continua (Antálgica con cateter), aplicándosele Duracaina 0,25 por 8 ml, dejándose cateter a nivel L3/L4 (aguja y cateter G 16 descartable)" (cfr. fs. 153 vta.). De lo expuesto se colige que, más allá de lo declarado al absolver posiciones, el indicado codemandado reconoce la existencia del cateter, tal como surge del mencionado documento.-

Tampoco es cierto que, al prestar declaración testimonial, el Dr. G J haya declarado que la historia clínica está incompleta tal como lo afirma el demandante al fundar su recurso. Las manifestaciones vertidas por el testigo se limitan a señalar que la documentación que le exhibieron para poder responder la segunda pregunta del interrogatorio no es la historia clínica en su totalidad (ver fs. 852, rta. 2ª). En tal sentido, asiste razón al Dr. J, dado que en esa oportunidad sólo se le mostró el cuadro operatorio de la cirugía por él realizada agregada en copia a fs. 139 y no la historia clínica completa que se encuentra agregada en copia en el expediente sobre diligencias preliminares.-

Es cierto que en el cuadro operatorio de la intervención que tuvo lugar el 19 de febrero de 2000 se indicó la presencia de G M como asistente (ver fs. 27 del expte. N° 102.142/2000), quien finalmente no participara de la cirugía tal como lo explicara el codemandado A B al contestar la demanda, omitiéndose salvar el parte quirúrgico en tal oportunidad (ver fs.342 vta.). Ahora bien, el error cometido por el cirujano no es suficiente para concluir que la totalidad de la historia clínica resulta incompleta o que contiene datos falsos.-

En definitiva, sostengo que no existen elementos de suficiente convicción como para restarle valor probatorio a la historia clínica, motivo por el cual corresponde desechar las quejas del apelante sobre esta cuestión.-

VIII.- Al agravarse del rechazo de la demanda respecto de la codemandada OSDE, el actor señala que la rescisión del contrato con Excelsitas Institutos Médicos y la baja de A B como prestador, resultan elementos que dan cuenta de que aquélla tomó medidas para evitar nuevos daños a sus afiliados. Es decir, el recurrente insinúa que los actos realizados por OSDE importarían una suerte de reconocimiento de la responsabilidad del galeno y del sanatorio.-

Ahora bien, la argumentación desarrollada por el apelante se encuentra huérfana de todo respaldo probatorio.-

Por el contrario, la codemandada OSDE señaló que la rescisión del contrato con Excelsitas Institutos médicos fue por razones comerciales (ver fs. 459, respuestas 6ª y 8ª al interrogatorio formulado en los términos del art. 415 del Código Procesal); mientras que la baja de A B se debió a la denuncia realizada por una socia de la entidad, sin que se especificaran los términos de la indicada denuncia (ver informativa de fs.510).-

De lo expuesto se concluye que no hay elementos que relacionen a la rescisión del contrato entre OSDE y Excelsitas Institutos Médicos y a la baja de A B como prestador con la actuación médica prestada en el caso del aquí accionante.-

IX.- En lo relativo a la favorable acogida que tuvo en la instancia de grado la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por el codemandado G M, sólo habré de señalar que el apelante no se agravia de lo allí decidido.-

En tal sentido, el actor se limita a reiterar que en la historia clínica se dejó constancia de que M participó de la cirugía, circunstancia que lo lleva a concluir que tal instrumento no refleja la verdad de lo sucedido mientras estaba en el quirófano.-

Ahora bien, como ya fuera desarrollado en el apartado VII de este pronunciamiento, considero que el error cometido por el médico cirujano no es suficiente como para invalidar las actuaciones que se labraran en el indicado documento.-

X.- Respecto a la situación de los restantes galenos demandados, el recurrente considera que no se ha valorado debidamente la pericia médica cumplida en autos, como así tampoco la declaración testimonial prestada por el médico que lo operó cuatro meses después de la primera cirugía.-

Liminarmente, debo afirmar que la calidad del peritaje médico legal es de suma importancia, ya que en el informe que brinda el médico, ya sea oral o escrito, el inicial o el definitivo, se basará la Autoridad Judicial como eventual elemento de prueba para considerar y dictar sentencia. Este estriba en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado. Se lo presume honesto, capaz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina. Existen dos

motivos para la admisión de la fuerza probatoria: presupuesto de que el perito no cae en el error, y por otro lado, el presupuesto de que no tiene intención de engañar. El dictamen sirve entonces para brindar mayor o menor fe sobre la existencia de las cosas objeto del mismo (conf. Virginia Berlinerblau - Claudia Moscato, "Calidad del Dictamen Médico Legal: Herramientas para su Valoración" en "La Prueba Científica y Los Procesos Judiciales", págs. 44/45; Academia Judicial Internacional; La Ley; 2006).-

En esta clase de pleitos en que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos, como sus conclusiones, deben ser aceptados por el Sentenciante salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (conf. esta Sala, voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro publicado en L.L. 1991-A-358; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal." tomo 8, 538/9 y sus citas; Morello-Sosa-Berizonce, "Códigos Procesales." T. V-B, pág. 455 y sus citas; Falcón, "Código Procesal.", pág. 416 y sus citas, entre otros).-

Establecido ello, habré de anticipar que considero que ni de la prueba pericial médica, ni de la declaración testimonial prestada por el Dr. J, ni de las restantes constancias probatorias obrantes en la causa, se desprende la existencia de un obrar negligente por parte de los médicos que participaron de la intervención quirúrgica que tuvo lugar el día 19 de febrero de 2000.-

En tal sentido, considero que no hay elementos que indiquen que la reoperación que tuvo lugar aproximadamente cuatro meses después de la primera sea indicador de culpa médica por parte de los emplazados.-

Es cierto que el perito médico señala que "no es habitual ni normal que una intervención de este tipo añada dolores graves, parestesias e impotencia" cfr. fs. 67 2, pto. 9); sin embargo, las manifestaciones del actor relacionadas al postoperatorio se contradicen con la historia clínica de la cual surge que su evolución luego de la cirugía fue buena y sin dolores.-

Asimismo, el experto indica que "ante un intenso dolor recurrente cabe también pensar si el diagnóstico original fue erróneo o si el disco extirpado no era el causante del dolor." (cfr. fs. 673, pot. 19). Las manifestaciones vertidas precedentemente han sido planteadas como meras hipótesis, pero no hay elementos objetivos que indiquen error de diagnóstico por parte del médico tratante.-

En lo referente a la reoperación a la cual debió ser sometido el demandante, entiendo que esa circunstancia no es per se reveladora de mala praxis médica.-

Al respecto, el idóneo expresa que "recidiva significa reaparición de la sintomatología luego de una intervención quirúrgica. Es un problema de difícil solución. Puede deberse a varias causas:

* El paciente ha reanudado su actividad anterior, si esta le ha provocado la primera ruptura discal.-

* Por ruptura de un disco adyacente.-

* Por extrusión de fragmentos fibrocartilaginosos adicionales en el disco operado" (cfr. fs. 675, pto. 18).-

Agrega el perito que "la reoperación se da, aproximadamente, en un 5% de los pacientes" (cfr. fs. 675, pto.19).-

De acuerdo a lo indicado por el galeno desinsaculado en autos, la reoperación es una posibilidad cierta y las causales de recidiva son múltiples.-

Ahora bien, el experto también señala que "puede aparecer una imagen de una nueva hernia en el mismo espacio discal si el cirujano no extirpó en forma completa el disco herniado" (ver fs. 676, pto. 10). Asimismo, manifiesta que "si una hernia ha sido bien extirpada no cabe la recidiva. Lo que sí es común es la afectación de los discos supra e infrayacentes, pero por razones de trabajo mecánico aumentado" (cfr. fs. 724).-

Sin embargo, las expresiones del perito fueron cuestionadas por la citada en garantía a fs. 898/900, poniendo de resalto que la extirpación discal insuficiente no es la única causa de recidiva, a lo cual el especialista contesta estar "totalmente de acuerdo: la extirpación herniaria insuficiente no es la única causa de recidiva; pero sí la más frecuente" (cfr. fs. 908, pto. 2.1).-

La impugnante también sostiene que aún en los casos en que el diagnóstico sea correcto y que se extirpe el disco productor de la sintomatología, la recidiva puede ocurrir sin que ello implique un mal accionar médico; mereciendo como respuesta del idóneo la siguiente: "yo no he implicado un mal accionar médico" (cfr. fs. 908, pto. 2.2).-

Al responder las impugnaciones planteadas por el codemandado Guzmán, el especialista reitera que "la reaparición de dolor y molestias luego de la intervención quirúrgica es factible y puede deberse a que el actor ha reanudado una actividad similar a la que le produjo la ruptura discal. En la mayoría de los casos se rompe un disco adyacente, se extruyen fragmentos adicionales del núcleo que no habían sido eliminados del todo y porque uno o más fragmentos de la placa cartilaginosa se han desprendido y comprimen una raíz nerviosa" (cfr. fs.978).-

En virtud de lo señalado, el perito es contundente en afirmar que no ha insinuado la presencia de mal accionar médico por parte de los profesionales tratantes.-

Asimismo, si bien el experto señala como causa más frecuente de reoperación la extirpación herniaria insuficiente, lo cierto es que no es esa la única fuente de una nueva intervención. Pero lo que es más revelador es que el idóneo no ha podido corroborar que en el caso bajo estudio la cirugía realizada cuatro meses después se haya originado en una mala práctica de los galenos que participaron de aquella que tuvo lugar el 19 de febrero de 2000.-

El testigo G J participó en la segunda operación que se le realizara al actor el 9 de junio de 2000. Interrogado acerca de las razones de esta nueva intervención, declara: "lo volví a operar porque el paciente seguía sintomático y hay un porcentaje del cuatro por ciento de pacientes que tienen remanencia o recidiva discal, en el mismo sitio, por lo cual se los reinterviene, estos valores figuran en la literatura internacional" (cfr. fs. 856, rta. 13ª).-

Preguntado el deponente acerca de si puede afirmar que al actor efectivamente le habían sacado la hernia de disco en la primera operación, manifiesta que "lo único que yo puedo

afirmar, que los cirujanos actuantes habían estado en el sitio, es lo único que puedo afirmar, el sitio es el lugar L3-L4.". Respecto a la fundamentación de lo anteriormente declarado, afirma que "cuando uno reopera un paciente, va encontrando huellas, si tiene antecedentes de una cirugía en ese lugar, va encontrando huellas quirúrgicas" (cfr. fs. 856, rtas. 17ª y 18ª).-

De este modo, tanto el testigo como el perito designado en autos se refieren a igual porcentaje de reoperaciones en cirugías como la realizada al actor. Asimismo, si bien no puede el Dr. Jungberg asegurar que en la primera intervención se haya sacado la hernia de disco, sí afirma haber encontrado "huellas quirúrgicas" correspondientes a ese acto.-

A partir de las pruebas analizadas, no encuentro elementos en la causa que me permitan concluir que la reoperación a la cual fue sometido el actor se debió a la mala praxis médica de los demandados.-

Por otro lado, al cuestionar el rechazo de la demanda contra la clínica accionada, el apelante pone de resalto la falta de elementos en el quirófano, más precisamente Tisucol y Surgicell.-

Si bien esta circunstancia fue reconocida por N O G y A B (ver fs. 452 vta. pos. 22ª y fs. 454 vta. pos. 22ª, 23ª y 24ª), lo cierto es que no hay pruebas que indiquen que la falta de esos implementos haya incidido negativamente en el resultado de la intervención.-

Al respecto, al absolver posiciones, el cirujano demandado manifestó que mientras se esperaban los medicamentos de la farmacia se continuaron con los pasos siguientes a la operación (ver fs. 454 vta. pos. 23ª).-

Finalmente, en relación a la aracnoiditis, el perito en la materia señala que "la aracnoiditis de cola de caballo es una afección rara que muchas veces se presenta con el aspecto clínico de una lumbociatalgia. Es de etiología inflamatoria, con variantes quística o adhesiva, casi nunca en forma pura. Solamente se menciona 'como posible' en la Resonancia Magnética." (cfr. fs. 726, pto. 12). Cabe agregar que es su opinión ".que el cirujano operando una hernia discal L3, o L4 o L5, no puede provocar un síndrome de la cola de caballo" (cfr. fs. 676, pto. 9).-

Por su parte, el testigo J declara que "la cola de caballo es anatómicamente el conjunto de raíces nerviosas que se desprenden del final de la médula espinal, que terminan a nivel de L1, L2, que se dirigen dentro del saco dural, y van saliendo una de cada nivel entre cada una de las vértebras" (cfr. fs. 852/583, rta.1ª). Agrega que, en la operación en la que él participó, "encontré adherencias entre las raíces de la cola de caballo, que las liberé mediante microscopio quirúrgico" (cfr. fs. 853, rta. 2ª). A continuación aclara que "adherencias son que las raíces están pegadas entre si, material no había ninguno identificable, y las causas de una aracnoiditis, como se llama el cuadro, son múltiples, desde no encontrar una causa como se llama ideopática, hasta con alguna frecuencia en cirugías en las que no hubo ningún evento fuera de lo normal, el paciente puede desarrollar una aracnoiditis a posteriori de una cirugía sin inconvenientes" (cfr. fs. 853, rta. 3ª). En el caso de la que presentaba el actor, el testigo indica que se trató de una "aracnoiditis plástica, común y corriente, como la que encontramos en otros casos, plásticas, que se pegan" (cfr. fs. 853, rta. 4ª).-

A partir de las pruebas analizadas, estimo que ha quedado debidamente acreditado que el cuadro de aracnoiditis que se tratara en la segunda operación a la cual fue sometido el actor no tuvo su origen en la cirugía en la que intervinieron los galenos demandados en autos.-

En virtud de todo lo expuesto, considero que el demandante no ha logrado probar que el cuerpo médico que participó del acto quirúrgico del 19 de febrero de 2000 haya incurrido en una negligencia que le ocasionara las secuelas físicas y psíquicas que describe.-

Al respecto, corresponde recordar que es el actor quien debe probar el incumplimiento por parte de los profesionales médicos, que no es otra cosa que su falta de diligencia y prudencia (omisión de los cuidados y atención, inobservancia de la ciencia y del arte por ignorancia o torpeza y falta de previsión).-

En esta inteligencia, la relación de causalidad debe acreditarse en cualquier reclamo judicial que involucre algún supuesto de responsabilidad médica, aún cuando se pueda aligerar su prueba. Es decir, la regla general es que la causalidad no puede ser presumida; el damnificado debe acreditar la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido, aun cuando se pueda aligerar la carga probatoria.-

Cierto es que en determinadas circunstancias resulta necesario flexibilizar la exigencia probatoria del nexo causal a fin de que la responsabilidad médica no se torne ilusoria. No paso por alto que a la parte demandante le resulta muy dificultoso en la mayoría de los casos poder probar que de haber existido diligencia en la conducta del profesional, el daño (muerte o lesiones) no se hubiera producido o se hubiera retrasado. Aún así, para presumir dicha responsabilidad, el reclamante deberá haber aportado suficientes elementos probatorios, cuyo análisis le permitirá al Juez formar su convicción respecto de la conducta negligente o imprudente, los cuales, si bien no logran acreditar fehacientemente el nexo causal, resultan reveladores de su existencia.-

Bajo este contexto, habré de coincidir con el criterio del anterior sentenciante en cuanto señala que el hecho que la primera operación no lograra el resultado esperado no es demostrativo de la existencia de la mala praxis que se le endilga a los emplazados.-

Es que con las pruebas recolectadas en la causa no se ha demostrado que haya existido un obrar negligente que permita considerar la culpa de los galenos que participaron de la cirugía realizada el 19 de febrero de 2000.-

En virtud de todas consideraciones hasta aquí apuntadas, habré de proponer a mis distinguidos colegas la confirmación de la sentencia apelada, en tanto rechaza la acción entablada por Rubén Luis Pave, al no haberse demostrado la existencia de los presupuestos necesarios para tener por configurada la responsabilidad civil de los demandados en autos.-

XI.- Voto, en definitiva, para que se confirme la sentencia apelada en todo cuanto decide y fue objeto de agravios.-

Las costas de Alzada se imponen al actor vencido (art. 68 del Código Procesal).-

EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

Coincido con el Dr. Li Rosi en que no se demostró la mala praxis que se endilga a los emplazados. Sin embargo, discrepo en lo atinente al marco jurídico aplicable a la cuestión en examen, aunque adelanto que ello no incide en la solución que corresponde adoptar sobre el punto, razón por la cual formulo las consideraciones que siguen al solo efecto de dejar a salvo mi opinión personal sobre el tema.

En efecto, como lo he señalado en otras oportunidades (ver mis trabajos "Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS, año VIII n° VIII, agosto de 2006, p. 42, y La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, 2011, p.

201 y ss.), no coincido con la teoría que -siguiendo la opinión del profesor Alberto J. Bueres- estima que cuando un nosocomio emplea a un médico para cumplir con sus obligaciones respecto de un paciente se anuda una estipulación a favor de terceros, donde la clínica es la estipulante, el médico el promitente, y el paciente el beneficiario. Sin perjuicio de la alta consideración que me merecen sus sostenedores, encuentro este modo de ver algo artificioso, y considero que parte de una indebida trasposición al campo contractual de criterios y principios propios de la responsabilidad aquiliana. En este sentido, en anteriores precedentes (vid. esta sala, L. n° 581.002, "L., Hilda del Valle c/ D. L. F., Mauricio y otros", del 8/3/2012; idem., L. n° 571.184, "P., Ricardo, c/ Obra Social Ferroviaria", del 23/2/2012, entre muchos otros), he señalado que: 1) a diferencia de lo que ocurre en materia extracontractual, que admite diferentes regímenes según las características del hecho generador, lo que permite hablar de una responsabilidad "por hecho propio" (arts. 1109 y 1072, Código Civil), "por hecho ajeno" (arts. 1113, primer párrafo, y 1114 a 1116, código citado) o "por el hecho de las cosas" (art.1113, segundo párrafo, siempre del mismo código), la responsabilidad contractual es siempre una responsabilidad personal y directa del deudor, lo que explica que las normas del Código Civil que regulan la materia (esto es, los artículos que integran el Título I de la Sección Primera del Libro Segundo del Código Civil) se refieren siempre a la responsabilidad del deudor, y no distinguen entre los diversos hechos generadores que ya he mencionado; 2) el hecho de que el solvens introduzca un tercero para ejecutar el contrato en su lugar en nada altera la naturaleza o el fundamento de su responsabilidad, que sigue siendo personal y directa; 3) el médico que actúa en el ámbito de un nosocomio se encontrará normalmente ligado a la clínica (o al Estado) por un contrato de trabajo, razón por la cual su prestación no constituye el cumplimiento de una supuesta obligación personal frente al paciente, sino la ejecución del contrato de trabajo que lo liga a su empleador; 4) la utilización de la figura de la estipulación a favor de terceros - que supone, obviamente, un expreso consentimiento por parte del paciente para incluir al médico dentro del esquema contractual mediante la aceptación de la "ventaja" pactada a su favor entre el facultativo y la clínica, en los términos del art. 504 del Código Civil- aparece artificial en estos casos, y 5) la afirmación según la cual solo puede haber responsabilidad contractual por hecho ajeno cuando el tercero ejecutor es un "dependiente" del deudor deriva de una impropia transposición al campo contractual de los requisitos que el art.

1113, primer párrafo, del Código Civil, exige para que se configure la responsabilidad extracontractual del principal por el hecho de su dependiente.

Adicionalmente, señalo que el art. 732 del Código Civil y Comercial de la Nación recientemente promulgado dispone: "El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado", y que la propia Comisión de Reformas señaló, en los fundamentos del anteproyecto, que esto implicaba consagrar una responsabilidad directa del deudor por el hecho de sus auxiliares, inspirada en la teoría de la estructura de la relación obligatoria. A eso se suma que el flamante art. 1027 concibe la estipulación a favor de terceros como una figura de interpretación restrictiva, en la cual el tercero adquiere directamente del promitente los derechos y facultades resultantes de la estipulación a su favor, lo que no se condice con la evidencia de que, en la relación entre la clínica, el médico y el paciente, es la primera, y no el segundo, quien inviste la calidad de principal deudor. Queda clarísimo, entonces, que el nuevo código ha descartado la posibilidad de hablar de una responsabilidad indirecta en estos casos, así como la aplicación de la teoría de la estipulación a favor de terceros. No se me escapa que ese cuerpo normativo recién entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2016 (art. 7, ley 26.994), pero es indudable que los preceptos que lo integran deben inspirar la interpretación de las normas del Código Civil que todavía se encuentra vigente, en la medida en que recogen -por lo general- la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria respecto de los diversos puntos del derecho civil (vid. el punto II.I.1.2. de los fundamentos del anteproyecto presentado por la Comisión Redactora) y que, sobre todo, reflejan la decisión del legislador actual acerca de cómo deben regularse los distintos aspectos de la vida civil de nuestro país. Precisamente por eso, sus normas, incluso antes de su entrada en vigencia, deben ser tenidas en cuenta por los jueces en tanto manifestación de la intención del legislador, que como es sabido es uno de los criterios rectores en materia de interpretación normativa.

Con esta aclaración, adhiero al voto del Dr. Li Rosi.

El Dr. Hugo Molteni votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Ricardo Li Rosi.-

Con lo que terminó el acto.-

Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala "A" de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Fecha de firma: 21/11/2014

Buenos Aires, noviembre de 2014.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se confirma la sentencia apelada en todo cuanto decide y fue objeto de agravios.-

Las costas de Alzada se imponen al actor vencido.-

Los honorarios serán regulados cuando se haga lo propio en la instancia de grado.-

Notifíquese en los términos de las aAcordadas 38/13 y 31/11 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase.-

RICARDO LI ROSI

SEBASTIÁN PICASSO

HUGO MOLTENI