

Mala Praxis Medica Carga De La Prueba Responsabilidad De Medios Prueba Pericial

JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Carga de la prueba. Responsabilidad de medios.

Prueba pericial Se confirma la sentencia rechazándose la demanda incoada por mala praxis médica en una operación quirúrgica en razón de no haberse podido acreditar el obrar negligente del demandado ni la deficiencia en la técnica o material empleado. Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 23 días del mes de mayo de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala ?E?, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados ?S., E. R. C. SWISS MEDICAL GROUP S.A. Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS? respecto de la sentencia corriente a fs. 710/718 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: La sentencia apelada ¿es arreglada a derecho? Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara Dres. Racimo, Calatayud y Dupuis: A la cuestión planteada, el Dr. Racimo dijo: El actor E. R. S. fue sometido a una intervención quirúrgica el 19 de enero de 2006 por el cardiólogo E. W. en la Clínica y Maternidad Suizo Argentina al encontrarse afiliado a la empresa de medicina prepaga Swiss Medical Group. La operación consistió, en definitiva, en la realización de una quintuple by pass. Después de recibir el alta, se constató que los alambres que habían sido colocados para unir el esternón del paciente estaban cortados y dicho hueso estaba suelto lo que dio lugar a una nueva intervención quirúrgica que debió realizarse el 7 de diciembre de 2006. Tales hechos no se encuentran discutidos entre las partes en el actual estado del proceso que fue promovido por S. contra el médico que lo operó por su sospecha en cuanto a la deficiente práctica médica incurrida, contra Swiss Medical Group S.A. por ser la empresa de medicina prepaga titular del centro asistencial donde se llevó a cabo la operación y contra Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E. e I. por haber suministrado material de uso médico con defectos o anomalías que provocaron la ruptura de la sutura quirúrgica. El juez de primera instancia rechazó en la sentencia de fs. 710/718 la demanda deducida respecto del nombrado médico con sustento en el dictamen pericial médico del Dr. E. R. M. con el escrito de fs. 574/575 y particularmente con la respuesta del experto al pedido de explicaciones que fue presentada a fs. 690/691. En cuanto a la demandada Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E. e I., el a quo examinó en primer lugar el informe realizado por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI) obrante a fs. 281/296 de la causa penal n° 60.568 bis venida ad efectum videndi del Juzgado Correccional n° 1, Secretaría n° 52 y posteriormente tuvo en cuenta el dictamen del perito ingeniero mecánico L. A. P. quien se expidió a fs. 646/647 remitiéndose a lo dictaminado por aquella repartición estatal respecto a la inexistencia de defectos o deficiencias que pudieran disminuir la resistencia a la fatiga del material u originar las fallas encontradas. Con los mencionados elementos de prueba entendió que el actor no había acreditado que la ruptura se haya producido por defectos del material o por deficiente colocación de los mismos con lo que no está probada ni la deficiente calidad del material quirúrgico ni la mala praxis invocada. Contra dicho pronunciamiento interpuso el actor recurso de apelación a fs. 723 que fundó con la expresión de agravios obrante a fs. 748/753 que fue contestada a fs. 781/873 por Swiss Medical S.A. y su aseguradora SMG Cía. Argentina de Seguros S.A., a fs. 755/758 por Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E. e I. y por su aseguradora ACE Seguros S.A. a fs. 766/767. La primera queja del demandante se centra en el incorrecto análisis realizado respecto del plexo probatorio producido en la causa el cual, según se estima en el memorial, evidencia la existencia de una deficiente técnica quirúrgica empleada por el médico tratante. Sostiene en este sentido que el perito oficial afirmó en la pericia médica de fs. 574/575 el error del médico en una posición que fue ratificada en sus conclusiones a fs. 594 y 602. El apelante transcribió lo dicho por el experto quien dijo que ?de acuerdo a lo anteriormente expuesto estaríamos frente a una complicación post quirúrgica, rotura de sutura metálica quirúrgica. Considero que si bien el error humano es factible, probablemente de haber sido correctamente efectuada la técnica quirúrgica y con el material adecuado, no debió romperse y aun así como sucedió, se debieron tomar, por la sintomatología referida por el actor, todos los recaudos necesarios para reparar dicho error en forma inmediata; evitando así además de la complicación de la ruptura, las infecciones y las toilettes quirúrgicas a que debió someterse?. Posteriormente ante el recurrente que no está en duda la circunstancia fáctica de haberse producido la ruptura de la totalidad de los alambres que unían su esternón que habían sido colocados por el Dr. W. con motivo de la intervención quirúrgica lo cual ocasionó gravísimas consecuencias para su salud. Estima que lo señalado por el Dr. M. a fs. 690/691 a requerimiento del juez de grado en modo alguno hace variar la cuestión porque lo cierto es que el perito ya había afirmado y ratificado la existencia del error por parte del mencionado facultativo. Señala en tal sentido que en el informe realizado por el INTI se indicó que ?la mayoría de las fracturas se produjeron por fatiga debido a sobresolicitaciones cíclicas? que pudieron obedecer a dos factores, uno de los cuales es: ?tensiones de valor elevado (por ejemplo como resultado de

diámetros reducidos, baja cantidad de alambres, diferencias en los ajustes entre los diferentes alambres, o una combinación de estos factores?. Precisa que estos factores resultan atribuibles a la deficiente técnica quirúrgica empleada por el médico tratante que es precisamente el posible error humano al que aludió el perito en su informe médico. De modo independiente se agravia respecto de la responsabilidad objetiva que atribuye a Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E. e I. con sustento en el art. 40 de la ley 20.240 al haberse producido la ruptura del material que no debió suceder de ninguna manera en un caso de responsabilidad objetiva.

El paciente presentó su demanda señalando las afecciones padecidas como consecuencia de la operación y centró su análisis etiológico en dos aspectos que deben ser adecuadamente distinguidos. Por un lado, le imputó al Dr. W. ser responsable por los daños y perjuicios ocasionados ya que el mismo tuvo a su cargo mi atención médica y fue quien realizó la primera intervención quirúrgica y colocó los alambres que con posterioridad se rompieron. Cabe sospechar y endilgar válidamente al mencionado que la rotura de los alambres quirúrgicos pudo obedecer a una deficiente colocación por parte del profesional médico? (ver fs. 16 vta., punto a). Y en cuanto a Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E. e I. aseveró que es responsable por los daños y perjuicios toda vez que ha sido el fabricante y distribuidor de los alambres que fueron colocados en la intervención mencionada. Resulta altamente probable que los mismos presentaran algún defecto, anomalía en su composición, mala calidad o bien fatiga en el material, lo que derivó en su rotura, con gravísimas consecuencias para mi salud? (ver fs. 17, punto c). Las responsabilidades se basan claramente en dos hechos distintos. Respecto del profesional se le ha endilgado que cabe sospechar que la rotura pudo obedecer a una deficiente colocación de los alambres en un caso típico de lo que podría denominarse, en un sentido amplio, la técnica quirúrgica elegida y ejecutada en la operación realizada sobre el cuerpo del actor. Resulta inexplicable, sin embargo, que a pesar de este limitado encuadramiento del reclamo formulado en la demanda no se haya ofrecido un punto de pericia médica correlativa con esta sospecha del paciente respecto a la técnica quirúrgica adoptada en una operación de tan complejas características. Del ofrecimiento de prueba efectuado en la demanda surge que se le había pedido al perito una descripción detallada de su estado actual (pto. a) y anterior a la operación (pto. b), los motivos que llevaron a realizar una nueva operación el 7-12-06 (pto. d), si es posible determinar las razones por las cuales los alambres podrían haberse dañado, cortado o desprendido, una vez colocados en el cuerpo del actor? (pto. e), el grado de incapacidad física (pto. f), la eventual corroboración del relato efectuado en la demanda (pto. g), la intensidad de los dolores físicos experimentados (pto. h) y todo otro tipo de información complementaria (pto. j). La única petición que se refirió a la conducta del médico demandado fue en el punto c. donde se reclamó que se deberá establecerse si se derivó alguna complicación en la salud del actor con posterioridad a la intervención de fecha 19/01/06, indicando en caso afirmativo las causas y las consecuencias?. No se pidió, entre otras cosas, al perito que indicara cuáles eran los posibles caminos a adoptar respecto del paciente teniendo en cuenta su situación anterior a la operación, no se exigió que el perito narrara con detalle la técnica quirúrgica adoptada y no se le reclamó específicamente que explicara si el médico cirujano se había apartado de las reglas exigibles en este tipo de intervenciones quirúrgicas. El perito médico Dr. M. presentó su dictamen a fs. 574/575 sin apegarse -por razones que jamás explicó- a los puntos de pericia que habían sido propuestos en la demanda y cuyo cumplimiento formaba parte de su cometido según se le dispuso con la providencia de apertura a prueba de fs. 286/287. Consta tal pieza de un párrafo de Antecedentes de autos de interés médico legal? que no es otra cosa que el relato de S. sobre sus padecimientos sin mención alguna de los datos de su historia clínica o de otra documental médica, de otro que es el Examen psicofísico del actor? y de un tercero que son las Consideraciones médico legales?.

En este último párrafo afirmó el experto que De acuerdo a lo anteriormente expuesto estaríamos frente a una complicación postquirúrgica, rotura de sutura metálica quirúrgica. Considero que si bien el error humano es factible, probablemente de haber sido correctamente efectuada la técnica quirúrgica y con el material adecuado, no debió romperse y aun así como sucedió, se debieron tomar, por la sintomatología referida por el actor, todos los recaudos necesarios para reparar dicho error en forma inmediata; evitando así además de la complicación de la ruptura, las infecciones y toiletes quirúrgicas a que debió someterse. Sus antecedentes de diabetes complicaron aun más el cuadro?. Finalmente se encuentran las conclusiones que, en lo que aquí interesa, dicen que producto de la cirugía cardíaca, by pass, sufre ruptura de sutura metálica, la que le ocasiona directamente las complicaciones psicofísicas que se han detallado con anterioridad?. De todas estas manifestaciones es posible determinar que las complicaciones que padece el actor son consecuencia directa de la causa consistente en la ruptura de la sutura metálica en la cirugía cardíaca. Esto es, más o menos, lo que ha querido expresar el perito puesto que es claro que la cirugía cardíaca de by pass no produce una ruptura de sutura metálica preexistente, como surgiría de una primera lectura de esa parte del informe. En realidad, el actor fue sometido a una cirugía cardíaca en la que se le colocó una sutura quirúrgica que posteriormente se rompió causando las dolencias descriptas en el peritaje. Por más obvia que parezca esta explicación resulta necesaria porque el perito médico examinó la cuestión en retrospectiva analizando las consecuencias del hecho y la existencia de la complicación postquirúrgica sin haberse detenido en estudiar las constancias de las historias clínicas o del informe quirúrgico. No hay en este primer dictamen referencia a documentación médica más que la mención de algunas radiografías que revelan las secuelas quirúrgicas mencionadas en ese trabajo.

Sabido es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que quien reclama el resarcimiento de los perjuicios sufridos en los supuestos de responsabilidad civil por hechos de mala praxis debe acreditar la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquél a quien se imputa su producción y tales perjuicios (Fallos: 315:2397 y 325:2721), de manera que -correlativamente- corresponde liberar al profesional cuando no se ha probado tal nexo en el caso respectivo (Fallos: 321:473). El Dr. M. expuso en su peritaje una relación causal simplificada como si producto de la cirugía cardíaca se produjo la ruptura de la sutura metálica y ello debería ser atribuido inequívocamente al médico porque existe un error humano factible. Desde luego que la cirugía cardíaca fue la condición necesaria para que se produjera esa ruptura ya que sin esa operación no se habrían colocado los cables. Empero, el punto a determinar en el caso se relacionaba precisamente con la conducta seguida por el Dr. W. al adoptar una específica técnica quirúrgica y particularmente en la implementación de ella que le había llevado a sospechar al actor en la mala práctica seguida en la mencionada operación. Esta imprecisión no debe ser atribuida exclusivamente al Dr. M. sino que se origina, como antes indiqué, en la deficiente formulación de los puntos de pericia médicos efectuada en el escrito de demanda. Fue conveniente así que el juez explicitara esa situación al fundar la medida para mejor proveer de fs. 688 señalando que las conclusiones no resultaban nada claras?. Y es por ello que se le solicitó, justamente, al perito que aclarara: 1) si la técnica quirúrgica fue correctamente empleada; 2) si existió error de los médicos; 3) si se tomaron todos los recaudos para evitar las complicaciones provocadas por la ruptura de la sutura metálica. El perito médico E. M. presentó ante el pedido del juez un escrito a fs. 690/691 donde dijo textualmente lo siguiente: ?1) Solo puede saberse si la técnica quirúrgica fue correctamente empleada, en función de lo hecho por el equipo quirúrgico dado que incluso en el protocolo de la cirugía puede describirse algo que en la técnica no se efectuó. Dado que lógicamente no presencié la cirugía no puedo afirmar ni negar que la técnica haya sido la correcta. 2) Hablar de error de los médicos sería indirectamente acusarlos de ello, por lo tanto, 3) la historia clínica y las complicaciones del paciente no dejan en claro si se tomaron a tiempo, todos los recaudos de acuerdo a esta delicada intervención quirúrgica. Y en cuanto a la diabetes del paciente es un cuadro clínico que retarda la cicatrización de las heridas y favorece la complicación con infecciones recurrentes en porcentaje mucho mayor al de una persona que no presenta dicha patología?. El perito médico ha concluido por afirmar -en informe no cuestionado en la expresión de agravios presentada ante esta Alzada- que no puede afirmar ni negar que la técnica haya sido la correcta. Con esta respuesta solo queda la consecuencia antes expuesta -las dolencias producidas por la ruptura de la sutura metálica- sin que haya podido determinar el experto si la defectuosa técnica quirúrgica del Dr. W. produjo esa consecuencia como se había sospechado en el escrito de inicio. El error humano que consideraba factible en su primera presentación es ahora descartado por el Dr. M. quien entiende que ello sería indirectamente acusarlo de ello entendiéndose en esta afirmación una inequívoca referencia al demandado W.. La respuesta es ahora más clara porque de la factibilidad del error que puede operar como una de las causas del efecto comprobado se ha pasado a una respuesta terminante en cuanto a que no acusa al facultativo de error alguno al no poder precisar si la técnica empleada había sido la correcta en la intervención quirúrgica del by pass. La tercera respuesta revela ahora que el perito leyó la historia clínica y examinó las complicaciones ocurridas al paciente sin que pueda determinar de este doble estudio algún tipo de incumplimiento a las obligaciones del médico demandado para evitar las complicaciones que podrían haber surgido en el caso. El actor denunció penalmente al Dr. W. y fundó su responsabilidad en la normativa referida a la responsabilidad extracontractual y dentro de estos límites fue estudiada la cuestión por el juez de grado. Sin embargo, no encuentro mayor dificultad en examinar el factor de atribución subjetivo aplicable al médico de acuerdo con el criterio sentado por este tribunal en los casos de responsabilidad médica contractual. En este sentido se ha señalado que será necesario atenerse a las previsiones del artículo 512 del Código Civil, que contiene las pautas fundamentales para la valoración de la culpa. Pero ello no significa aceptar que la falta de éxito en la prestación del servicio, necesariamente conduzca a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que se debe requerir a quien se le confía la vida de un hombre o su curación. Esa es la diligencia asumida, ya que el médico o el cirujano no pueden asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino únicamente utilizar las técnicas adecuadas para ello, a salvo -claro está- supuestos excepcionales, en que se ha aceptado la responsabilidad frente a un mal resultado (ver, por ejemplo, fallo de esta Sala con voto del Dr. Dupuis, publicado en L.L. del 21-2-86, n°84.609 y en E.D. del 3-4-86, n°39.281), que no es el de autos. Es que, por lo general, el éxito final de un tratamiento o de una operación no dependen enteramente del profesional, sino que a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia, u otras circunstancias imposibles de controlar (conf. doct. fallo de esta Sala ya citado). Es cierto que el galeno debe actuar con el mayor cuidado y que, como se ha señalado, no es posible olvidar que el compromiso asumido por el médico, de proceder con la diligencia propia de su especialidad y de obrar conforme a las reglas y métodos propios de su profesión, cabe analizarlo, teniendo en cuenta las directivas del artículo 902 del Código Civil y sin pasar por alto que, como lo destacó la Sala "A", con voto del Dr. Vocos, "cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad" (conf. L.L. 1977-D-92). Es que nuestro derecho no

distingue entre culpa grave y culpa leve, tal como lo hace el artículo 2236 del Código Italiano de 1942. La culpa del médico, sea grave o leve, origina responsabilidad, pues sea que rijan los artículos 1109 y 1112 o el 512, esa distinción está excluida del Código Civil (conf. Rezzónico, "Obligaciones", T II, pg. 1526; Goldschmidt, L.L. 59, pág. 277; Colombo, "Culpa Aquiliana", n° 95, b; etc).

En este sentido ha remarcado el Dr. Dupuis en su voto en esta Sala en la c. 598.897 del 12-9-12 -en criterio que he compartido en la c. 598.109 del 16-10-12- que en materia de responsabilidad médica, el principio es que la prueba corre por cuenta de quien imputa culpa al galeno, demostrando la existencia de negligencia manifiesta o errores graves de diagnóstico (Salvat, "Hechos ilícitos", núm. 2988; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", n° 1380; Halperín I., "La responsabilidad civil de los médicos por faltas cometidas en el desempeño de su profesión?", L.L.-I-217; Galli, "Obligaciones de resultado y obligaciones de medios", "Revista jurídica de Buenos Aires" t. 1958-1; Alsina Atienza, "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico", J.A. 1958-III-587, n° 19; Belluscio, "Obligaciones de Medio y de Resultado. Responsabilidad de los Sanatorios", L.L. 1979-C-19; sala C, junio 12-1964, L.L. 115-1224; ídem, abril 16-1976, LL, 1976-C-67; sala A, abril 15-1971, L.L. 144-91; esta sala, diciembre 19-1979; voto del Dr. Dupuis en E.D. 126-448; etc). Ello es así, sin perjuicio del deber del médico de aportar los elementos necesarios que hagan a su descargo, como fluye del art. 377 del Código Procesal y lo ha señalado con acierto Morello, al analizar la que se dio en llamar la "carga probatoria dinámica" o el deber de "cooperación" que deben asumir los profesionales cuando son enjuiciados, que hace que quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, lo haga ("La responsabilidad civil de los profesionales, la defensa de la sociedad y la tutela procesal efectiva en: "Las responsabilidades profesionales", pág. 15, Ed. Platense. La Plata 1992; Compagnucci de Caso R., "La responsabilidad de los médicos" en la obra citada, pág. 398; ídem, revista La Ley del 22 de septiembre de 1995, pág. 10).

Queda así delimitado el criterio a partir del cual se examinará la responsabilidad médica del facultativo demandado. La eventual mala práctica médica sospechada respecto del demandado consistente en la deficiente colocación de los alambres que habría causado su ruptura (ver lo dicho a fs. 16 de la demanda) no ha sido comprobada en la presente causa en tanto el perito médico -en fragmento no cuestionado en la alzada- aseveró que no podía llegar a conclusión alguna -ni a favor ni en contra- en cuanto a la técnica quirúrgica desplegada en la operación de quintuple by pass. La restante responsabilidad del médico consistente en la posterior atención a la persona intervenida -que no fue indicada con precisión en la imputación de responsabilidad de fs. 16 vta. y que solo es oblicuamente adivinable en el punto de pericial de fs. 19, pto d.- tampoco puede tenerse por acreditada en la causa con la respuesta del perito de fs. 690/691. Como el perito no tiene en claro que estas consecuencias hayan sido producidas por la deficiente técnica quirúrgica o por otro tipo de mala práctica del Dr. W. resulta inadmisibles que se diga en el memorial de agravios que esta respuesta supone una confirmación de lo que había sido informado por el mismo perito a fs. 574/575. Creo que, bien por el contrario, la factibilidad de las consecuencias basada en una de las causas posibles que había sido la inferencia débilmente allí formulada el Dr. M. debe tenerse por descartada en la respuesta de fs. 690/691 según la cual no ha sido posible con los elementos examinados por el perito determinar defecto alguno en la técnica quirúrgica o en las demás médicas desplegadas a fin de evitar las complicaciones de la salud del paciente. Y agrego que desde una perspectiva estricta del análisis de la materia, la expresión de agravios se encuentra desierta en los términos del art. 265 del Código Procesal porque está claro, después de este relato, que en modo alguno puede afirmarse que la presentación del Dr. M. de fs. 690/691 importa una ratificación del peritaje de fs. 574/575 cuando justamente en esta segunda presentación descarta el mismo experto que pueda llegar a conclusión alguna sobre una deficiente atención del paciente en general y en una incorrecta técnica quirúrgica en especial en la operación realizada el 19 de enero de 2006. Por las razones expuestas, propongo que se desestimen los agravios del recurrente en relación a la deficiente atención médica sospechada respecto del Dr. W. en la intervención quirúrgica en la cual intervino como cirujano en la Clínica y Maternidad Suizo Argentina. La restante alegación formulada brevemente en la expresión de agravios por la responsabilidad de la firma Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E. e I. por la defectuosa elaboración del material utilizado en la operación debe ser considerada, según entiendo, como un intento tardío de superar el obstáculo que representa el dictamen presentado por el INTI en la causa penal una vez que esta causa civil ya se encontraba en pleno trámite. La demanda civil promovida el 6 de junio de 2008 (ver cargo de fs. 23 vta.) estaba enderezada más a probar la existencia de un material defectuoso que a indicar una deficiente práctica médica de la cual solo se sospechaba por entonces, toda vez que, en cambio, se indicó un alto grado de probabilidad de la presencia de anomalías, defectos o fatiga de los cables empleados. Como bien se indicó en el fallo recurrido, el INTI fue inequívoco en concluir que ninguna de las fallas se produjo porque el producto no fuera de la calidad requerida, ni se encontraron anomalías en su composición. La mayoría de las fracturas se produjeron por fatiga debido a sobresolicitaciones cíclicas. Y en la misma sentencia se indicó la existencia de dos factores del dictamen del INTI que entiendo pertinente transcribir a continuación. Sostuvo esa repartición que estas ?solicitaciones cíclicas? pueden asociarse a dos factores. Tensiones de valor elevado (por ejemplo como resultado de diámetros reducidos, baja cantidad de alambres, diferencias en los ajustes entre los diferentes alambres, o una combinación de estos factores). Elevado número de ciclos de carga, mayores a los previstos en el

diseño, debido a la falta de consolidación del hueso en el tiempo esperado (ver fs. 290 de la causa penal). El perito ingeniero mecánico L. A. P. designado en este proceso y mencionado en la sentencia se remitió a las conclusiones de ese dictamen del INTI en su presentación de fs. 646/647 sin agregar elemento científico de peso alguno que sirviera para determinar otras posibles causas de la ruptura de los alambres. Ahora se plantea -después de conocidos ambos informes- que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva del productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor o vendedor. En esta queja el actor copia solo una parte del dictamen del INTI -el relacionado con las ?tensiones de valor elevado?- uniéndola a la deficiente técnica quirúrgica empleada por el médico tratante mencionando los diámetros reducidos, la baja cantidad de alambres, las diferencias en los ajustes entre los diferentes alambres o la combinación de estos factores. Creo que hay que precisar las distintas relaciones de causalidad que se han fundido en esta crítica. La mención de la ruptura por estas posibilidades puede llevar, hipotéticamente, a considerar que existió una deficiente técnica quirúrgica de haberse acreditado que el médico comprendió inadecuadamente este tema en la preparación y en la ejecución del acto médico. Pero si este fuera el caso -lo cual no fue expuesto concretamente por el perito médico-, no cabría admitir que existió problema de fabricación en el material que, en este supuesto, habría sido utilizado con un método inadecuado o para un fin impropio. El problema, en pocas palabras, no se habría encontrado en el instrumento utilizado para la sutura sino en la instrumentación de ese instrumento para un fin al cual no estaba destinado o con exigencias desmesuradas en un supuesto que habría consistido, eventualmente, en el hecho de un tercero por el cual no debe responder el fabricante. Un dato de importancia que se omite en la expresión de agravios es el segundo conjunto de factores de ruptura del material que fue indicado en el dictamen del INTI. Se hace alusión allí al elevado número de ciclos de carga, mayores a los previstos en el diseño, debido a la falta de consolidación del hueso en el tiempo esperado. Como el actor no dedicó siquiera un punto de la pericia médica a la determinación de la técnica médica programada para la operación, a su ejecución concreta y a la eventual labor de cuidados posterior a la operación no es posible tener por configurada la culpa del profesional en el mal empleo de la cosa. En suma, el primer factor sirve en su misma enunciación por S. para descartar la responsabilidad del profesional. Dice que estos factores (aclaro los primeros y no el segundo que no es mencionado) ?indudablemente, resultan atribuibles a la deficiente técnica quirúrgica empleada por el médico tratante? (ver fs. 748 vta., penúltimo párrafo). Afirmar esto es sencillamente atribuir el hecho al ?posible error humano? (ibídem) y no al material con lo cual el propio actor alega el hecho de un tercero por el cual no debe responder el fabricante. Se introduce ante esta Alzada la invocación del régimen previsto por la ley 24.240 de modo que correspondería considerar responsable, según esta perspectiva, a la empresa fabricante por haber producido un daño que por su riesgo o vicio produjo un daño en el organismo del paciente. Existe un obstáculo de orden fundamental en la presente causa que se vincula al modo en que fue propuesta la demanda y que fue aludido por el juez de primera instancia. En efecto, se puntualizó expresamente en la sentencia que la acción fue promovida con sustento en la responsabilidad extracontractual y que el actor no probó la culpa exigible bajo esas circunstancias (ver el fundamento de la demanda con remisión a los arts. 1109 y 1113 entre otros del Código Civil). A ello debe sumarse que la pretensión fue incoada con sustento que resultaba ?altamente probable? que los alambres tuvieran algún defecto, anomalía, mala calidad o fatiga en el material (ver fs. 17, pto. c.) con lo cual se imputó claramente un supuesto de vicio del material que lo hacía impropio para su uso. La demandada Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E. e I contestó la demanda en base a estos defectos atribuidos al material suministrado -no en base al riesgo de la cosa respecto de la cual, además, ya no era propietaria ni guardiana- y negó absolutamente la existencia de ese tipo de defectos. En este sentido se centró la defensa en la imposibilidad de que salga a la venta un producto defectuoso sin que se reportaran defectos, anomalía en su composición, mala calidad, o fatiga del material que ocasionara su rotura. Así se indicó que un profesional médico jamás aceptaría operar con un material de sutura no apto o defectuoso y que no estuviera en perfectas condiciones de calidad, esterilidad y que resulte seguro para proceder a sutura (ver fs. 241/246 y especialmente fs. 242, primer párrafo). La imputación fue clara y exclusivamente basada en un defecto de fabricación del producto elaborado por la demandada con lo cual no es posible ahora alterar un punto fundamental de la demanda que no se centra en el derecho invocado sino en los hechos en que se fundamentó la demanda que se vinculaban exclusivamente con el defecto de la cosa. Resulta inadmisibles que el actor ahora invoque un hecho distinto -como implícitamente se hace al art. 40 de la ley 24.240- cuando al momento de promoción de la demanda esa norma se encontraba plenamente vigente y la pretensión fue introducida desde una perspectiva extracontractual y, lo que es más importante aún, con una descripción de los hechos que inequívocamente suponía atribuir un vicio al elemento usado en la intervención quirúrgica. Se ha señalado así que nuestro ordenamiento ritual impone como recaudo ineludible que la demanda contenga una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se funda la pretensión para agregarse que en el tipo de proceso escrito la prolija fundamentación fáctica de la sentencia viene impuesta por el principio de preclusión que obsta al ulterior perfeccionamiento o modificación de la pretensión (Palacio, ?Derecho Procesal Civil?, Buenos Aires, 1977, t. IV, n° 385-3° pág. 294). El actor no puede -como ha pretendido aquí- sumar o restar componentes en escritos posteriores sin considerar que ese procedimiento altera la base misma de sus planteos originales (ver mi voto en la c.

488.584 del 12-4-10), tanto más cuando dicho intento conduce a una alteración relevante del hecho en que se basó la relación causal que consistió en la existencia de un defecto del material fabricado por la demandada Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E. e I y utilizado por el Dr. W. Entiendo, de todos modos, que aunque se admitiera que es posible reconducir la demanda en estos términos alterando la descripción de la relación de causalidad descripta en el escrito de inicio, la solución de la controversia no podría ser distinta a la adoptada por el juez de primera instancia. En efecto, los especialistas del INTI también señalaron la existencia de ?sobresolicitaciones cíclicas? que pudieron originarse en el factor del elevado número de ciclos de carga, mayores a los previstos en el diseño, debidos a la falta de consolidación del hueso en el tiempo esperado (ver fs.290, pto. 10 a). Esta circunstancia fue tenida concretamente en cuenta en la sentencia (ver fs. 717, considerando V) sin que en la expresión de agravios haya mediado siquiera mención alguna a este otro factor recayendo la carga de la crítica en la supuesta mala praxis del Dr. W. en el relativo a la forma en que habrían sido implantados los alambres en la mencionada intervención quirúrgica. Debió haber mediado crítica en este aspecto de la cuestión en el memorial ya que opera como eximente de la responsabilidad invocada en los términos de la ley 24.240 independiente del uso del material y de la técnica quirúrgica empleada. Toda esta cuestión ha sido pasada por alto totalmente en la expresión de agravios con una simple remisión al concepto de responsabilidad objetiva de la ley 24.240 sin mencionarse siquiera el tema de la falta de consolidación del hueso en el tiempo esperado que fue indicado como uno de los dos factores que pudieron haber producido las ?sobresolicitaciones cíclicas? y que opera como eximente de responsabilidad del fabricante al tratarse de un factor causal de la ruptura del elemento entonces incorporado al organismo del paciente. En este sentido la expresión de agravios no cumple con los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal toda vez que, además, se ha cercenado una parte del dictamen emitido por el INTI refiriéndose la existencia de uno de los factores de las fracturas y omitiéndose totalmente el otro expresamente considerado en la sentencia. Es que dicha crítica, como se ha sostenido reiteradamente, debe consistir en la indicación detallada de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (conf. esta Sala, L.16.580 del 19-6-85; ídem, c. 17.143 del 29-9-85; ídem, c.13.777 del 19-4-85; n°12.543 del 2-5-85; n° 44.428 del 15-5-89;etc), lo que en el caso no tuvo lugar. Por las razones expuestas encuentro que los planteos del recurrente no cumplen con las exigencias del art. 265 del Código Procesal y que, en todo caso, la inexistencia de culpa del Dr. W. y la eximente de responsabilidad acreditada en el caso por parte de Johnson & Johnson de Argentina S.A.C.E. e I. sostenidas en la sentencia apelada no han sido adecuadamente rebatidas en la expresión de agravios de modo que sugiero, en definitiva, que se la confirme en lo principal que decide y se impongan las costas al actor vencido (art. 68 del Código Procesal). El señor juez de Cámara Dr. Calatayud, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Racimo, votó en el mismo sentido. El Dr. Juan Carlos Dupuis no firma por hallarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Con lo que terminó el acto. FERNANDO M. RACIMO. MARIO P. CALATAYUD. Este Acuerdo obra en las páginas N a N del Libro de Acuerdos de la Sala ?E? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires, mayo de 2016. Y VISTOS: En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 710/718. Con costas al actor vencido. Regulados que sean los honorarios en primera instancia, se fijarán los correspondientes a esta alzada. El Dr. Juan Carlos Dupuis no firma por hallarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Notifíquese y devuélvase. Firmado por: MARIO PEDRO CALATAYUD, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: FERNANDO MARTIN RACIMO, JUEZ DE CÁMARA 012355E