

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Oblito Quirurgico Ausencia De Relacion De Causalidad Rechazo De La Demanda

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Oblito quirúrgico. Ausencia de relación de causalidad. Rechazo de la demanda
pues de la pericia realizada no surge que el oblito quirúrgico -trozo de mecha con la que se perforó el hueso de la mano del actor- hubiera sido la causa de la incapacidad detectada.

Se revoca el fallo que hizo lugar a la demanda de mala praxis médica,

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 27 días

del mes de JUNIO del año dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Segunda de la Excm.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires, doctores TOMAS MARTIN

ETCHEGARAY Y LUIS TOMÁS MARCHIO con la presencia del Secretaria actuante, para dictar sentencia en el Expte. n° 30077

en los autos: ?AVILA RAUL ALBERTO C/POZZO ANIBAL D. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS ?.- La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código de Procedimientos:

1ª) ¿Se ajusta a derecho la apelada sentencia de fs. 731/750 en cuanto ha sido materia de apelación y agravios? 2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Tomás Martín Etchegaray y Luis Tomás Marchió. VOTACIÓN A la primera cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo: I)- El trámite del recurso. Contra la sentencia de fs. 731/750, dictada el 2 de noviembre de 2016, que hizo lugar a la demanda promovida por Raúl Alberto Ávila contra el médico Dr. Aníbal D. Pozzo y Clínica Privada Centro SA, a quienes condenó, así como a sus respectivos aseguradores ?Seguros Médicos SA? y ?El Progreso Seguros SA? en la medida del seguro, al pago de una suma de dinero con más intereses y costas, apelaron el demandado Pozzo (fs. 753), el asegurador ?Seguros Médicos SA? (fs. 755), la demandada Clínica Privada Centro SA (fs. 768), y el asegurador ?El Progreso Seguros SA? (fs. 770). Recursos que se concedieron libremente (fs. 754, 757, 769 y 771 respectivamente). Llamados a expresar agravios (auto de Presidencia de fs. 780, punto II), los recurrentes lo hicieron mediante los libelos de fs. 786/793 el asegurador ?Seguros Médicos SA?, fs. 794/798vta. el demandado Pozzo, fs. 799/805 el codemandado Clínica Privada Centro SA, y fs. 806/807vta. el asegurador ?El Progreso Seguros SA?, los que no merecieron la réplica de la parte actora. Llamados ?autos para sentencia? (fs. 809, punto II), consentido, y practicado el pertinente sorteo (misma foja, vuelta), quedó la causa en condiciones para ser votada (CPC 34 inc. 3° - c, y 263).

II)- La sentencia, en lo interesante al recurso, relacionó que Raúl Ávila demandó (fs. 35/46) por daños y perjuicios al Dr. Aníbal Pozzo y a Clínica Privada Centro SA como responsables de mala praxis. Dijo que el 04-06-2006, mientras trabajaba en ?La Serenísima SA?, se accidentó y sufrió fractura de la primera falange del dedo índice. Fue intervenido quirúrgicamente el 20-06-2006 por el demandado Pozzo en la Clínica Privada Centro SA. Reparó la fractura con placa con tornillos, pero dejó dentro del dedo operado un trozo de mecha. Lo que le produjo innumerables problemas de movilidad en dedo y mano, dolores intolerables, y la restricción de su salud al inhabilitarlo para realizarse estudios como resonancias magnéticas. Responsabilizó a los demandados a tenor del CC 1113 y ley 17132 (ejercicio de la medicina). Sostuvo que si el médico hubiera estado atento no se habría producido el oblito quirúrgico de olvido de un pedazo de mecha. Sostuvo que según doctrina y jurisprudencia, el oblito no se considera caso fortuito. Atribuyó que la falta de atención del Dr. Pozzo hizo que su conducta fuera negligente e imprudente, y por lo tanto responsable por culpa (citó arts. 512 y 902 entre otros). Que la Clínica Privada Centro SA es responsable de modo objetivo y directo en tanto prestadora del servicio asistencial. Reclamó por incapacidad física estimada en el 10%; daño psíquico; daño moral; daño psicológico; gastos por atención médica y farmacéutica.

Que Clínica Privada Centro SA contestó (fs. 138/148) y adhirió a la respuesta del médico Dr. Pozzo. Negó los daños, para lo cual razonó que dado que no se le quitó la placa, tampoco por ello podría hacerse resonancias magnéticas. Que el actor ya fue indemnizado por incapacidad por la Aseguradora de Riesgos del Trabajo ART La Caja que dictaminó incapacidad del 16% y le abonó una suma de dinero, por lo que ella deberá ser descontada. Pidió que se cite en garantía a Asociación Mutual Argentina Salud y Responsabilidad Civil., aunque luego aclaró que tiene su seguro en El Progreso Seguros SA. Que el médico demandado Dr. Pozzo contestó (fs. 165/175). Reconoció haber atendido al actor derivado por ART La Caja y por requerimiento de Clínica Privada Centro SA. Que el tratamiento no se agotó con la intervención quirúrgica porque debía continuar con controles periódicos y tratamiento kinesiológico. Que la última vez que vio al actor fue el 13 de setiembre de 2006 cuando pidió se le diera el alta médica, sin determinarse grado de incapacidad por no estar concluida la rehabilitación. Que el paciente abandonó el tratamiento. Negó que hubiera existido el ?oblito? que se le imputa, así como que la radiografía acompañada fuera de la persona del actor. Razonó que si bien no existió olvido de un fragmento de mecha en el caso, extirparlo en el acto hubiera sido correr un riesgo innecesario de infección; y que lo lógico hubiera sido extraerlo juntamente con la placa y los tornillos al año de la operación. Añadió que no se

trataría, en todo caso de un oblitio imputable, sino una complicación médica constitutiva de caso fortuito quirúrgico. Que si el actor hubiera completado el tratamiento, en su momento se le hubiera extraído la placa, los tornillos, y eventualmente el fragmento de mecha. Sostuvo que el abandono del tratamiento, debido a que buscó el alta medica para cobrar la indemnización de la ART, interrumpió el nexa causal. Cuestionó el fundamento jurídico del reclamo basado en los arts. 1068 a 1083, 1094 y 1113 del CC, porque en el caso se trató de responsabilidad contractual, no siendo esas normas aplicables en virtud del CC 1107; que por CC 520 solo respondería por los daños que fueran consecuencias inmediatas del obrar medico y ninguno de los reclamados lo son. Pidió la citación en garantía de Seguros Médicos SA. Que Seguros Médicos SA contestó (fs. 192/220) y admitió ser aseguradora por responsabilidad profesional del medico Dr. Pozzo, con un descubierto de \$ 15.000 y un máximo de \$ 100.000. Adhirió a las negativas de su asegurado. Que también "El Progreso Seguros SA" contestó (fs. 264/273) la citación en garantía. Admitió ser aseguradora de Clínica Privada Centro SA por responsabilidad civil derivada del desarrollo de su actividad médico asistencial, con franquicia o descubierto, y límite máximo de \$ 150.000. Adhirió a la contestación de la citante. Consideró (III, segundo párrafo) que el perito traumatólogo Dr. Elizalde (fs. 457/460) dictaminó que el actor fue intervenido quirúrgicamente de una fractura inestable de la primer falange del dedo índice izquierdo, colocándole una placa de osteosíntesis con tornillos; que en el estudio radiográfico de fs. 457 se observa fractura consolidada, placa de osteosíntesis con 4 tornillos y un resto metálico correspondiente a una mecha de perforación; que la rotura de la mecha es muy frecuente ya que se trabaja con material delicado expuesto a la rotura, pero están realizadas con material compatible con una tolerancia similar a la de las placas de osteosíntesis para evitar que sus fragmentos causen intolerancias, ya que su retiro no está indicado. Que no hubo "oblitio" porque el cirujano no "olvidó" nada en el dedo del actor, sino que lo dejó porque su extracción es tan engorrosa que no beneficiaría la evolución de la fractura; que con las nuevas técnicas de resonancia magnética el oblitio no impide su realización; que en absoluto está indicada la extracción del cuerpo extraño, ya que no compromete la articulación ni protuye (sic) en la falange; que el diagnóstico de la afección es una secuela de la fractura, operada con colocación de placa de osteosíntesis, con un resto metálico de mecha; que no está indicada la extracción, que el elemento metálico no migró, y no hay minusvalía que sea ponderable por dicha muy frecuente complicación quirúrgica, ya que la articulación no perdió movilidad por ella sino por la lesión traumática sufrida; que no hay incapacidad ponderable por el resto metálico en la falange, ya que el mismo de por sí no produce limitación funcional de la articulación; que no está indicada la extracción de la mecha, ya que es más probable que moleste la placa que dicho resto; que el medico actuó según su arte y ciencia, de modo adecuado al cuadro que el actor presentaba. Que la perito médica Dra. Domínguez dictaminó (fs. 589/92) que se observa en los estudios imagen que no corresponde a material de osteosíntesis, que pudiera corresponder a un trozo de metal, aunque en la HC no se encontraron datos de procedencia; que todo elemento metálico impide la práctica de resonancia magnética; que para extraer tanto la placa como el cuerpo extraño se deben evaluar cuidadosamente los riesgos y los beneficios; que pronostica para la secuela de la fractura una evolución de pérdida crónica de funcionalidad en el dedo; que la incapacidad del actor es del 12% como secuela de la fractura; que las lesiones fueron consecuencia del accidente; el pedazo de mecha actúa como cuerpo extraño y puede producir dolor, agregado a la susceptibilidad del enfermo exacerbada por el temor de saber que tiene un cuerpo extraño, también signos inflamatorios, signos de irritación neurológica, signos de irritación vascular; probabilidad de complicaciones como infecciones, enquistamiento, rechazo, etc.; que el actor recibió tratamiento adecuado hasta el inicio de la rehabilitación, y que habría que evaluar (sic) por qué la rehabilitación no fue plenamente satisfactoria (el subrayado me pertenece); que aun no se extrajo el material de osteosíntesis; que el tratamiento quirúrgico se considera el más adecuado dado el tipo de fractura; que el tamaño del trozo de la mecha es menor al de los tornillos utilizados; que la disfunción que padece el actor se debe a una inadecuada evolución, o a una afectación músculo-sensitiva no valorada a tiempo, o se presentó como una complicación del proceso de consolidación de éste tipo de fracturas...Al responder a la inquisición aclaratoria de parte, a fs. 610 y vta. la perito Domínguez no agregó ningún concepto que no hubiera ya expuesto en su pericia. Más adelante la a-quo hizo consideraciones abstractas sobre la responsabilidad médica y la culpa, el tenor de la obligación de medios sin desvincularse del resultado, etc. (IV-A), así como también sobre la carga de la prueba y el sistema de cargas dinámicas en función de la mayor o menor facilidad con que cuenta quien está interesado en producirla (IV-B). Examinó el valor probatorio de la HC como carga informativa que pesa sobre el galeno al punto de considerarse que el incumplimiento del deber produce la inversión de la carga probatoria sobre aquellos hechos que no consten en ella: su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria de responsabilidad, o presunción de culpa médica. Que esa inversión de la carga probatoria está condicionada a que exista vinculo causal entre el dato omitido y el daño que se le imputa al médico. Añadió conceptos sobre el diagnóstico, consentimiento informado, etc. Consideró luego (V) que por las omisiones que presenta la HC en el caso, y las conclusiones de la pericia médica de la Dra. Domínguez, "...que es la que a mi ver hay que tener en cuenta..." (sic; fs. 745vta.), que el problema apareció en el actor con posterioridad a la intervención del Dr. Pozzo (es que) entiende que (su conducta o su actuación son) en gran parte la desencadenante del proceso que hoy padece el actor (sic; fs. 746vta). Que la

culpa del (de éste) médico puede deducirse de ciertos datos empíricos, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el daño no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional. Que el Dr. Pozzo no estuvo a la altura de un "buen profesional de la especialidad" o de un "médico sumamente prudente", por lo que se le debe imputar (atribuir) el resultado dañoso (arts. 512, 902, 909 y cc. del CC) (fs. 746vta.). Hizo extensiva esa responsabilidad a la citada en garantía "Seguros Médicos SA", en la medida del contrato (arts. 109 y 118 ley 17418) La responsabilidad de Clínica Privada Centro SA (VI) la fundó esencialmente -aunque no lo descarto- no en su condición de principal del médico Pozzo, sino en la obligación de seguridad como factor objetivo que tácitamente impone el contrato asistencial. En tal régimen, la prueba de la culpa del médico es indispensable para demostrar la violación de ese deber de seguridad. La responsabilidad la hizo extensiva a la citada en garantía "El Progreso Seguros SA" en la medida del contrato (con Clínica Privada). Otorgó como indemnización por incapacidad física, involucrando también en el concepto al reclamo por daño psíquico y daño psicológico. Por el dictamen pericial no computó el daño psicológico. Fijó el monto en \$ 50.000, del que debe deducirse lo que le abonó La Caja ART, por lo que en definitiva solo progresó el ítem por \$ 21.200. Por daño moral otorgó \$ 50.000. Por gastos de atención médica y farmacéutica no documentados otorgó \$ 1.500. La condena comprendió el pago de intereses sobre el monto por el que progresó la demanda, desde la fecha de la mora (más adelante lo precisó en la fecha del hecho dañoso) hasta el día del efectivo pago, a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a 30 días. Desestimó la pretensión de actualización. E impuso las costas a los vencidos. Falló haciendo lugar a la demanda de Avila y condenó a Pozzo, su aseguradora "Seguros Médicos SA", a Clínica Privada Centro SA y a su aseguradora "El Progreso Seguros SA" a pagarle la suma de \$ 72.700, con intereses y costas. III) - El recurso de "Seguros Médicos SA" (fs. 786/793). Primer agravio: se imputa a la sentencia error de interpretación de las pericias médicas en traumatología y legista. Para hacerlo reprodujo párrafos de la pericia médica traumatológica del Dr. Elizalde (que coinciden con los relacionados de la sentencia), en los que se pone de manifiesto que el demandado Pozzo realizó un trabajo correcto, que no hubo olvido del trozo de mecha sino que se la dejó a sabiendas para retirarla luego de evaluar su beneficio, etc., y que la limitación funcional de la articulación se debe a secuela de la fractura. Que pese a tal dictamen, hecho por el especialista en la materia de traumatología, la juez solo se basó en la opinión de la perito médica legista Dra. Domínguez, que no es especialista. Segundo agravio: se acusa a la juez de haber empleado solo fundamentos aparentes, dogmáticos, imprecisos, genéricos o conjeturales, al punto que resulta imposible verificar de que manera llegó a la solución del litigio. Tercer agravio: en subsidio, cuestionó por excesivos los montos otorgados. Cuarto agravio: por la fecha de comienzo del cómputo de los intereses: dijo que por tratarse de responsabilidad contractual, la fecha de la mora está dada por la notificación de la demanda, y no por la fecha del hecho. IV)- El recurso del demandado Pozzo (fs. 794/798vta.). Primer agravio, titulado "fallo extra petita". Se funda en que la sentencia condenó a Pozzo (como responsable de mala praxis) a resarcir secuelas de una fractura producida al reclamante en su actividad laboral, tomando como grado de incapacidad el 12% dictaminado por la perito médico Domínguez, cuando ese porcentaje no se refirió a la consecuencia del obrar médico, sino al efecto inevitable de la fractura. Acusa que en el fallo se encuadró inadecuadamente el verdadero objeto de la demanda, ya que tal fue un presunto daño causado por el médico y no por el efecto natural e inevitable de la fractura. Es decir, que se condenó a su parte por lo que no fue objeto de la acción. Dijo que así se violó el principio de congruencia. Segundo agravio: que la sentencia descartó el informe pericial más idóneo para el conocimiento de la cuestión, sin dar razón valedera para ello. En efecto, dice que omitió considerar una pericia esencial: la a-quo dejó de lado la pericia de un médico especialista en traumatología, para preferir otra realizada por una médica clínica que jamás trató una fractura. Y en la sentencia no se dice cual fue la razón por la que se prefirió preterir la pericia especializada, lo que significa que la juez realizó una elección arbitraria, y que vulneró normas que regulan la apreciación de la prueba (vg., CPC 384, reglas de la sana crítica; CPC 474 que manda evaluar la prueba pericial en función de la competencia del perito). Tercer agravio: que se probó que el "cuerpo extraño" no quedó por mal obrar médico, y que no produjo daño. Con cita de párrafos de la pericia del médico traumatólogo, dijo que el cuerpo extraño (trozo de mecha) no quedó "olvidado" por una supuesta negligencia médica, sino que fue producto de una complicación posible en éste tipo de cirugías, y que no tiene indicación médica de extraerse. Y también que está demostrado que ese cuerpo extraño no es causa de daño ya que la incapacidad del actor está originada por la propia fractura. Que la limitación del movimiento de la articulación no está causada por el cuerpo extraño. Agravio final subsidiario: lo exagerado de los montos de la indemnización. Para el supuesto de mantenerse la condena, pidió su reducción sustancial. V)- Expresión de agravios de la codemandada Clínica Privada Centro SA (fs. 799/805). Primer agravio: que la sentencia valoró la pericia médica (clínica) por sobre la pericia del médico especialista traumatólogo, sin expresar argumento alguno que lo funde, explique o justifique. Tal postura resulta arbitraria y abusiva. Segundo agravio: Que en contra de la premisa expuesta por la a-quo en el sentido que es el perjuicio sufrido (daño) el que pone en marcha el sistema resarcitorio y que un sistema justo es el que suministra varios factores de atribución (quiso decir que toda vez que hay un daño, alguien lo debe reparar), en nuestro país la responsabilidad del médico parte de la premisa que la prestación que promete es de medios y no de

resultados. Que lo que debe apreciarse es si el médico tuvo una conducta aceptable en el marco de las circunstancias que hizo la prestación. Y de la prueba rendida, incluso de la pericia de la Dra. Domínguez, surge que el obrar de Pozzo fue diligente, porque utilizó la técnica médica correcta. Tercer agravio: no corresponde la extensión de responsabilidad a la Clínica porque esta cumplió con las prestaciones a su cargo, en la medida que también su obligación es de medios y no de resultado. VI)- El recurso de la citada en garantía ?El Progreso Seguros SA? (fs. 806/807vta.). Primer agravio: Que la sentencia se apartó sin explicar razones, de la pericia del médico especialista en traumatología, para sustentarse solo en la de la médica especialista en medicina legal, medicina familiar, clínica médica, psiquiatría y psicología médica y geriatría, que improbablemente tenga experiencia en el tratamiento de una fractura. Segundo agravio: Que se condene a reparar un daño no reclamado, y que es preexistente al hecho médico. Dijo que el daño cuantificado en la sentencia es el producido por el accidente laboral que causó la fractura. La incapacidad y los dolores evaluados son efecto de la fractura, no del accionar médico. Todo ello según el dictamen de la Dra. Domínguez. VII)- Como ya dije, el actor no contestó el traslado que se le corrió de estas expresiones de agravios (ver auto de presidencia de fs. 809, punto I). VIII)- El derecho aplicable y una aclaración previa. El día 1º de agosto de 2015 entró en vigencia el ?Código Civil y Comercial de la Nación?, aprobado por art. 1º de la ley 26.994, ley que a su vez derogó el Código Civil aprobado por ley 340 (ar. 4º), ley aquella promulgada por decreto 1795/2014 publicado en el Boletín Oficial n° 32.985 del 08-10-2014; modificada por ley 27.077 que dispuso su entrada en vigencia en la indicada fecha del 1º de agosto de 2015. Lo que origina una cuestión de derecho transitorio que corresponde despejar, o al menos tratar de explicar. Según se desprende del texto del CCC, las nuevas leyes rigen desde la fecha que indiquen (art. 5 CCC; en el caso del CCC, el 01-08-15), lo que significa que su aplicación es inmediata para todas las relaciones y situaciones jurídicas existentes, aun a sus consecuencias (art. 7 CCC, primer párrafo; lamentablemente, el nuevo texto suprimió la locución ?aun? que sí estaba en el del art. 3 del CC conf. ley 17711, con la que se indicaba con toda claridad que la aplicación era inmediata tanto para las relaciones y situaciones jurídicas existentes, como para sus consecuencias, ya que decía ?aun a las consecuencias?). Pero -sigue diciendo la ley- salvo disposición en contrario no tienen efecto retroactivo (CCC 7, segundo párrafo), lo que debe entenderse como que las relaciones y situaciones jurídicas existentes, así como sus consecuencias, que se encuentren consolidadas, esto es, completadas ya sea en su creación, cumplimiento o extinción, al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley, no son alcanzadas en ninguna de esas etapas por las nuevas disposiciones: a su respecto rige la ley vigente al momento en que se crearon, desarrollaron o extinguieron esas relaciones o situaciones. Dijo la SCBA en Ac. 66.682, sentencia del 17-11-1999, in re ?Mayo?, que ?...el hecho que origina la presente acción se consumó en el año 1992. El art. 3º del Código Civil establece que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir que consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción. Lo que no puede juzgarse de acuerdo con ella son las consecuencias ya consumadas de los hechos pasados que quedan sujetos a la ley anterior pues juega la noción de consumo jurídico. Ello es aplicable a este caso, pues el perjuicio se produjo antes de la entrada en vigencia de la ley (Ac. 51.335, sent. del 3V95, D.J.B.A., 14949, J.A. 1995-IV-387, E.D., 166621, ?AyS? 1995-II-194, L.L.B.A., 1996-471; Ac. 55182, sent. del 13 VI 1995, ?AyS?, 1995 II 507; Ac. 51.853, sent. del 6-II-1996, D.J.B.A., 150-159; Ac. 50.610, sent. del 25 II 1997; Ac. 52.157, sent. del 12 V 1998, L.L.B.A. 19981075; Ac. 63.678, sent. del 27 IV 1999)...? La situación de hecho que nos ocupa ocurrió o comenzó a producirse, se desarrolló, y generó las consecuencias que son objeto de reclamo durante la vigencia del código de Vélez (ley 340), por lo que son sus disposiciones las que rigen esos aspectos, y a ellas, exclusivamente, nos atenderemos. IX)- La solución que propongo. Me adelanto a decir que propondré la revocación de la sentencia en crisis, para lo que tomaré lo esencial de los agravios. Por de pronto, y solo para despejar algún equívoco, he de decir que aplicar alguna figura del sistema de responsabilidad extracontractual, como lo es el de la teoría del riesgo creado del CC 1113 como hizo el actor en su demanda, y más precisamente el de los párrafos añadidos por la ley 17711 al establecer el régimen de responsabilidad objetiva por daños causados por el vicio o riesgo de la cosa, a hechos comprendidos en un régimen de naturaleza contractual, como lo es el de la responsabilidad médica por daños causados en prestaciones sanitarias, choca contra el principio que divide las aguas entre ambos sistemas: el CC 1107. Es el conocido problema del ?cúmulo? y la ?opción?. Porque no hay duda que el caso está regido por los principios de la responsabilidad contractual. Esta Sala ha acompañado en sus distintas composiciones el rumbo de la doctrina legal de la SCBA expuesta en Ac. 43.594 entre varias, señalando que en principio y por regla general, y como sucede en el caso en que el reclamante es un damnificado directo, la responsabilidad de los agentes sanitarios, médicos y hospitales, es contractual dimanante del incumplimiento culposo de una obligación de medios (Excma. Cámara de Apelación de Mercedes, Sala 2ª., causas n° 14.058, 16.141, 20.272, 20.552, 25.810, 25.954, etc.). El daño en la salud causado por una mala prestación médica (mala praxis) o un establecimiento médico, como efecto de esas prestaciones defectuosas no es, en principio y en general, motivo que conduzca a la aplicación del sistema de responsabilidad extracontractual o aquiliana, ya que la infracción al deber genérico de no causar daños (altrum non laedere) está en

tal caso precedida por el incumplimiento del deber de seguridad derivado del contrato, cuando no conste que el hecho haya degenerado en un delito del derecho criminal? como para que se hubiere podido optar por el aludido sistema (CC 1107). Por de pronto, es claro que no es posible la formulación de una mezcla de regímenes. Lo dice con toda claridad la doctrina unánime: "...no hay posible cúmulo de responsabilidad contractual y extracontractual, por el cual el damnificado quiera integrar el fundamento de su pretensión accionable, tomando parte de uno y otro régimen... Tal régimen híbrido de reparación de daños carece de base legal, y provendría de la sola decisión del damnificado que sin el consentimiento del responsable no podría, según su gusto, inventar el sistema resarcitorio al cual él quisiera acogerse." (Llambías, "Tratado... Obligaciones", t. III, n° 2174, pág. 558; con cita al pie de página de la opinión concordante de Acuña Anzorena en "Estudios sobre la responsabilidad civil", pág. 159 y sgtes.; Salas en "Estudios sobre la responsabilidad civil", pág. 27, n° 84; Atilio Anibal Alterini en "Responsabilidad Civil", pág. 51, n° 57; Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", La Plata, 1970, t. III, pág. 35, nota 107, etc.). Tampoco la opción por el régimen de responsabilidad extracontractual sería viable, ya que si la ley estructura dos regímenes de responsabilidad distintos, no pueden ser ellos intercambiables según el arbitrio del requirente. Dice Llambías al respecto que el damnificado "...solo tiene derecho a lo que le corresponde según sea la causa determinante de la responsabilidad a cargo del deudor de la indemnización. Si esa causa es el incumplimiento de una obligación convencional, o más ampliamente la inexecución de cualquier prestación que fuere el objeto de una determinada obligación preexistente, el deudor queda sometido a las reglas de la responsabilidad genérica indicadas por los arts. 505, inc. 3°, 508, 511, 520, 521 y nuevo 522. Diversamente, si el acto de culpa, es ajeno a cualquier relación obligacional establecida, la conducta del culpable está sujeta a la responsabilidad específica, llamada extracontractual, inherente a los actos ilícitos. Empero, la selección de la responsabilidad aplicable no depende de la alegación de las normas legales que haga el demandante, sino resultará de la norma que cuadre aplicar según la máxima "jura curia novit", a la causa petendi invocada por aquel. La acción se individualiza por el hecho y no por la norma abstracta de la ley, enseña Chioyenda". (Llambías, "Tratado... Obligaciones", t. III, n° 2175, pág. 559 y sgtes.) (los destacados son del original). En sentido concordante con éstas ideas se pronunció ésta Sala en la causa 16.504 (sent. del 2 de julio de 1998, con voto de mi apreciado colega Dr. Marchio). X)- El primer agravio del demandado Pozzo (fs. 794) apostrofó a la sentencia de incongruente, por haberlo condenado "extra petita", es decir que el fallo se apartó del objeto reclamado. Pero no debemos ver allí -tampoco lo pidió de modo expreso, ni aun tácito, creo- una causal de nulidad. Tal acuse no fue sino la forma que empleó este recurrente para poner de relieve lo que no es sino un error de juzgamiento, como efecto de una equivocada apreciación de la prueba. Todo por tomar como incapacidad producida por la mala praxis, lo que bien leída la pericia no es sino el efecto natural del daño en la salud que portaba el paciente antes de ser atendido. Con otras palabras esa idea fue la que expuso como segundo agravio el recurrente "El Progreso Seguros SA" (fs. 807). No hay motivo, pues, para tratar como cuestión esencial la validez formal de la sentencia, lo que así dejo aclarado. XI)- ¿Está bien preterida la pericia del médico especialista en traumatología? Todos los apelantes coincidieron en agravarse por éste punto (1° del de fs. 786; 2° del de fs. 794; 1° del de fs. 799; y 1° del de fs. 806). La juez a-quo se basó para determinar la responsabilidad del médico demandado Dr. Pozzo, esencialmente, en el dictamen de la Dra. Domínguez ya "...que es la que a mi ver hay que tener en cuenta...? Esa fue toda la explicación que dio para desoír el preciso y contundente dictamen del perito médico especialista en traumatología, el muy conocido y respetado profesional en nuestro medio, Dr. Juan Carlos Elizalde. Elizalde había dictaminado que la rotura de la mecha de perforación era un avatar muy común en éste tipo de intervenciones quirúrgicas, ya que son piezas de cierta fragilidad, pero que la dejación de algún trozo en el área de la operación no se debía a un olvido o negligencia del médico, sino a que su extracción en el momento de la intervención si no se encontraba a simple vista no estaba indicada por dos razones: era más el daño (destrucción de tejido) que se podía causar en la zona con la búsqueda, que el beneficio a obtener, ya que su presencia no originaba molestia, dolor ni impedimento de movilidad articular. Que en el caso, la recidiva incapacitante del actor no se debía a la presencia de ese trozo de mecha (por otra parte de muy pequeño tamaño, ya que era inferior al de los tornillos de la placa) sino a la propia y natural evolución de la fractura, que había necesitado de una placa con tornillos. Que el procedimiento seguido por el médico Pozzo para la reducción de la fractura fue el correcto. Etc. ¿Qué fue lo que llevó a la Sra. Juez a desechar, sin dar ninguna explicación, tan terminante dictamen absolutorio? Es cierto que los dictámenes periciales no son vinculantes para el juez, pero también lo que es contrario a las reglas de la sana crítica en la apreciación de este tipo de pruebas, apartarse del consejo u opinión del experto en una materia que es de su específica incumbencia profesional, sin tener argumentos científicos, técnicos o artísticos que avalen la desviación (doctrina arts. 384 y 474 CPC). La juez no dio ninguno. No fue muy clara, tampoco, en éste preciso aspecto de la determinación de la responsabilidad del médico tratante, pero puedo reconstruir que su idea al respecto fue que la culpa medica quedaba claramente expuesta con la ausencia de mención en la Historia Clínica de la dejación del trozo de mecha (con su consecuente inversión de la carga de la prueba), y que el sentido común -más algunos párrafos de la pericia de la Dra. Domínguez- le indicó que la presencia del cuerpo extraño era un daño en sí mismo. El que dejó el trozo de mecha era el responsable

de ese daño. Como el médico Pozzo lo hizo, ergo: era responsable, era el responsable por culpa. No lo dijo la sentencia. Es un pensamiento que corre por mi cuenta: la a-quo tuvo la impresión o la sospecha, intangible, de que el sentido de la pericia del traumatólogo Dr. Elizalde contenía una dosis intolerable de "espíritu de cuerpo". El demandado era otro traumatólogo: el Dr. Pozzo. Aun de ser así, esa sospecha no es un fundamento racional ni válido para preterir, como lo hizo, un trabajo pericial bien sustentado en ciencia, y dada la profesión de su autor, también en experiencia. En suma: las reglas de la sana crítica me conducen a que en el caso no se puede prescindir de la pericia de fs. 457/460. XII)- ¿Está realmente probado el daño por el que se reclamó? Se trata de una cuestión esencial, porque la responsabilidad por el incumplimiento contractual de que aquí se trata requiere, lo mismo que en la responsabilidad aquiliana, de daño causalmente relacionado con una conducta injusta atribuida al deudor de la prestación (CC 519, 520, y 522). La causa de la demanda (CPC 330 inc. 4º), esto es el hecho que constituyó el título del reclamo, no fue el accidente laboral que originó la fractura del dedo, sino la presunta mala praxis del médico Pozzo que dejó un trozo de mecha en su tarea de curar. Todo el fundamento de la demanda es que Pozzo cometió un "oblito quirúrgico" (me remito a fs. 35vta., II, fs. 36 III, etc.). El hecho a probar era, pues, que ese "oblito", o ese cuerpo extraño si se prefiere, fue el que causó la incapacidad, el daño moral, los gastos, etc., por los que se reclamó indemnización. Coincido con los recurrentes en que ese daño no está probado. XIII)- Sin necesidad de acudir a la pericia del Dr. Elizalde, es lo que también se desprende de la de la Dra. Domínguez. En ella toda la referencia a las secuelas y la entidad de la incapacidad da como su causa "el accidente de marras", esto es, la fractura provocada por el accidente laboral. En ninguna de sus aseveraciones hizo mención a que la causa de la incapacidad fuera el acto médico, o que con éste siquiera se la hubiera agravado. Es cierto, sí, que preguntada por el grado de minusvalía portada por el oblito quirúrgico (sic; fs. 43vta., pregunta n° 6 del actor) respondió con que el actor presenta una incapacidad del 12% (fs. 590, "consideraciones", Al p. 6), pero añadió seguidamente que esa incapacidad era por las secuelas de su fractura. No dijo la perito que la incapacidad tuviera su causa en el "oblito", sino en la secuela de la fractura. Que se trataba de una fractura inestable y que requirió de una placa tutora para alinear los fragmentos óseos. Preguntada sobre si el pedazo de mecha le produce algún tipo de limitación funcional (cuestionario de la codemandada Clínica Privada, fs. 146, punto 6), contestó que "puede" producir dolor, "puede" ocasionar un mayor déficit funcional (fs. 591). Nunca dijo que el "oblito" cause daño, sino que "puede" causarlo. Dio una respuesta ambigua (puede que sí, pero también puede que no), cuando, para acreditar un daño real y concreto, la respuesta debió ser unívoca (sí causa). De ahí que, con los recurrentes, coincido en que el daño no está probado con el dictamen Domínguez. XIV)- Es más. De la pericia (olvidada en la instancia anterior) del especialista traumatólogo surge ya bien claro y concreto que no hubo daño causado por el demandado Pozzo. Al responder a la pregunta sobre el grado de minusvalía portadora por el "oblito", dijo que no hay minusvalía... que sea ponderable, ya que la misma no le ha hecho perder movilidad por sí misma al dedo, sino por la lesión sufrida traumáticamente (fs. 458vta., respuesta n° 6). Preguntado por la demandada si la circunstancia de tener un pedazo de mecha le produce algún tipo de dolencia física, contestó en absoluto, ya que no compromete la articulación ni protruye en la falange en cuestión, ni produce dolor ponderable (fs. 459, respuesta 6). Preguntado sobre si tiene alguna limitación para el desarrollo de sus actividades laborales, dijo que la limitación no está dada por el resto de la mecha en la falange, sino está dada intrínsecamente por la lesión traumática sufrida (fs. 459, respuesta 7). XV)- La explicación del porque el presunto "oblito quirúrgico" u objeto extraño no causó daño en el caso al actor, también la dio el perito médico traumatólogo Dr. Elizalde. Dijo que el actor presenta en su dedo índice material metálico, probablemente un trozo de mecha de perforación. Esta ruptura (de la mecha) es muy frecuente, ya que se trabaja con material delicado expuesto a la ruptura. Pero están realizados (la mecha) de material compatible con una tolerancia similar a la de las placas de osteosíntesis y sus tornillos. Para que ocurrida dicha ruptura no ocasione intolerancias, ya que su retiro no está indicado... el cirujano no "olvidó" nada en el dedo del actor, sino que lo dejó, porque su extracción es tan engorrosa que no beneficiaría en nada la evolución posterior de la fractura. Siendo por lo tanto inocuo para la vida (fs. 457, respuesta n° 2). XVI)- No se dijo aquí que un "oblito quirúrgico" no cause daño. La imagen que se me representa de los "oblitos" es el del cirujano se olvida en el abdomen de un paciente, una tijera o un bisturí. También puede ser una gasa, o algún otro elemento utilizado en el acto quirúrgico, debido generalmente a un error de recuento de los instrumentos post acto, o a que normalmente la visibilidad en el campo quirúrgico está dificultada por lo sangriento de la escena. Se trata de elementos que por su tamaño y ubicación, pueden migrar o enquistarse, y así interferir en la fisiología del individuo. Lo que ocurrió en el presente caso es diferente. Es solo la presencia de un cuerpo extraño, de muy poco tamaño, detectado radiológicamente, del que se sospecha puede ser un trozo de la mecha empleada para perforar el hueso dando así lugar a los tornillos que sostienen la placa. Todo perfectamente visible en la radiografía ensobrada entre las fojas 456 y 457, y también en la adjunta a la demanda contenida en el sobre de fs. 34. No es preciso ser un experto ni un radiólogo para advertir que ese cuerpo extraño es de un tamaño inferior al largo de los tornillos de sujeción de la placa, y que se encuentra situado en el medio del hueso de la falange, lejos de las articulaciones. Es la mancha paralela a los tornillos y perpendicular a la placa, situada entre medio de aquellos. Si hay alguna dolencia incapacitante en el actor (12% dijo la perito Dra. Domínguez), se debe

-dicho por el perito médico traumatólogo- a la persistencia de la placa, aun no extraída sin que en autos se conozca la razón, y a las secuelas de la fractura, y no a la del ?oblito?. XVII)- Sin perjuicio de lo antes dicho, ya de por sí determinante para el rechazo de la demanda, es de recibo tratar la cuestión de si en la incapacidad detectada por la perito Dra. Domínguez tuvo alguna incidencia la conducta del demandado médico Dr. Pozzo y su ?oblito?. Eso fue lo que le preguntó la citada en garantía a fs. 603vta, III (pedido de explicaciones). Al responderle, la perito dijo que la fractura per sé genera un trauma tanto óseo como de partes blandas y traumas del terreno vascular como del territorio sensitivo, a lo que hay que considerar también el trauma que genera de por sí la intervención quirúrgica donde bajo ningún punto de vista puede hablarse de una restitución ad integrum. ¿Acaso piensa la parte impugnante que en la génesis de una fractura solo se rompe el hueso?... La secuela funcional que ostenta el actor en su dedo afecto (sic) tiene una cronología temporal, producción de la fractura y tratamiento quirúrgico (fs. 610 y vta.) (el subrayado es de mi autoría). En suma: de ninguna manera se puede colegir o interpretar que la perito Domínguez atribuyó en lo más mínimo al ?oblito? alguna relación causal adecuada con la incapacidad funcional que dictaminó que tenía el actor. Si así lo hubiera entendido, lo hubiera expresado claramente. Lo que reafirma la idea expuesta en el capítulo anterior sobre que no existe daño atribuible al demandado en el hecho que es causa de éste proceso. XVIII)- La inexistencia de daño conduce necesariamente al rechazo de la demanda contra el médico imputado de mala praxis. Y consecuentemente también del establecimiento asistencial con el que el actor contrató el servicio, y sus respectivos aseguradores. Tal es lo que propongo. XIX)- Las costas de ambas instancias deberán ser soportadas por el actor en su condición de vencido (CPC 68). Mi voto es por la NEGATIVA. A la misma primera cuestión, el Sr. Juez Dr. Marchió aduciendo análogas razones, dio su voto en el mismo sentido. A la segunda cuestión planteada, el Sr. Juez Dr. Etchegaray dijo: En mérito al acuerdo alcanzado en la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es revocar la sentencia apelada, y en consecuencia rechazar la demanda incoada por Raúl Ávila contra el médico Dr. Aníbal Pozzo y Clínica Privada Centro SA, así como contra las citadas en garantía ?Seguros Médicos SA? y ?El Progreso Seguros SA?. Con costas en ambas instancias al actor en su condición de vencido (CPC 68). Así lo voto El Sr. Juez Dr. Marchió, por iguales fundamentos y consideraciones, emitió su voto a ésta misma segunda cuestión en el mismo sentido. Con lo que se dio por terminado el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Mercedes, de junio de 2017. Y VISTOS: CONSIDERANDO: Lo que surge del acuerdo que antecede, se RESUELVE: 1°)- Revocar la sentencia apelada de fs. 731/750. 2°)- En consecuencia, rechazar la demanda incoada por Raúl Ávila contra el médico Dr. Aníbal Pozzo y Clínica Privada Centro SA, así como contra las citadas en garantía ?Seguros Médicos SA? y ?El Progreso Seguros SA?. 3°)- Con costas en ambas instancias al actor en su condición de vencido (CPC 68). NOTIFÍQUESE. REGÍSTRESE. Fecho, DEVUÉLVASE. 019283E