

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Carga De La Prueba Rechazo De La Demanda

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Carga de la prueba. Rechazo

de la demanda Se confirma el rechazo de la demanda de mala praxis, pues no existen elementos que permitan endilgarle responsabilidad a los demandados a raíz de las dolencias presentadas por la actora, siendo que el perito médico y por el comité científico del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires dictaminaron que la técnica utilizada es reconocida como medio idóneo para el tratamiento del padecimiento de la reclamante.

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 3 días del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala ?A? de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: ?C. B. S. c/ POLO MED S.R.L. Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MEDICOS Y AUX.?, respecto de la sentencia de fs. 906/923 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: RICARDO LI ROSI -HUGO MOLteni - SEBASTIÁN PICASSO - A LA CUESTION PROPUESTA, EL DR. RICARDO LI ROSI DIJO: I.- La sentencia de fs. 906/923 hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Polo Med S.R.L. y desestimó la demanda deducida por S. B. C. contra R. D. M. y la Obra Social del Personal de Seguridad Comercial Industrial e Investigaciones Privadas, imponiendo las costas a la actora vencida.- Contra dicha resolución se alzan las quejas de la accionante, cuyos agravios de fs. 930/932 fueron replicados por el codemandado R. D. M. a fs. 934/937.- II.- La presente demanda fue iniciada en virtud de la mala praxis médica que la actora le endilga a los demandados como consecuencia de la intervención quirúrgica realizada el día 18 de diciembre de 2006 por el Dr. R. D. M., a través de su obra social, en el Hospital Polo Sanitario.- Luego de describir los hechos suscitados antes y después de la aludida cirugía, considera que el profesional demandado mostró ignorancia, dudas y vacilaciones en la determinación del diagnóstico y en el tratamiento y técnicas adecuadas.- Por su parte, los sujetos pasivos de la acción instaurada se oponen al progreso de la acción en función de las consideraciones formuladas en los respectivos escritos de conteste.- La sentencia dictada en la instancia de grado rechazó la demanda entablada por no haberse probado conducta reprochable alguna en el actuar del Dr. D. M., considerando que las secuelas que presenta la actora obedecen a la lesión que la aquejaba y a la falta de una respuesta al tratamiento médico adecuado.- El pronunciamiento definitivo dictado en primera instancia fue recurrido por la reclamante, quien sostiene que existen suficientes elementos para admitir la demanda promovida. Sin embargo, ninguna crítica plantea en relación a la excepción de falta de legitimación pasiva que fuera receptada en el pronunciamiento en crisis.- III.- Previo a avocarme al tratamiento de los agravios vertidos por la parte recurrente, corresponde señalar que los pasajes del escrito a través de los cuales la actora pretende fundar sus quejas logran cumplir -al menos mínimamente- con los requisitos que exige el art. 265 del Código Procesal.- De este modo, y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional, no habré de propiciar el pedido de deserción formulado por el codemandado D. M. y trataré los agravios vertidos.- IV.- Bajo este contexto, y para el tratamiento de cuestión tan compleja y delicada 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., esta Sala, voto de la Dra. Ana María Luaces, L. 83.491, del 25/11/91; íd., íd., mi voto en L. 013516/2011/CA001 del 30/11/16, entre muchos otros).- De allí que, si no queda demostrado el nexo de causalidad entre una denunciada actitud culposa del médico 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, incumbe a la actora 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; íd., 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; íd., esta Sala, mi voto en L. 093182/2004/CA002 del 29/8/17).- Por otro lado, resulta aplicable la figura de la estipulación a favor de un tercero 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.- A fin de entrar a considerar las quejas formuladas por la reclamante, deviene necesario proceder al estudio de la pericia médica practicada en autos que se encuentra agregada a fs. 809/818. Así, la calidad del peritaje medico 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).- El perito médico designado en autos realiza un análisis de la historia clínica de la actora (ver fs. 810/813).- Expresa el experto que la Sra. C. había sido sometida con anterioridad a una histerectomía en el año 1999 y a una colecistectomía, no habiendo presentado trastorno alguno hasta la fecha en que ocurre la eventración.- En el año 2004 se diagnostica la eventración padecida por la accionante. El idóneo explica que dicho cuadro es la aparición de una formación o producción o bultoma. La actora comienza a presentar dolor en hipocondrio derecho. Durante los años 2003 y 2004 es controlada en consultorio externo del Hospital Polo Sanitario. En junio de 2006 es preparada para una intervención quirúrgica, la cual no se realizó por padecer gripe. Fue operada recién el 18 de diciembre de 2006, realizándose una eventroplastia con malla de polipropileno. No se aclara donde aparece la eventración sino que la TAC y la ecografía informaban hernia.- Indica el perito que la actora tiene un antecedente importante ya que se le hizo una colecistectomía a cielo abierto, no informándose la fecha de realización de la misma.- Según el idóneo, se puede deducir que la patología actual comienza cuando se presentan dolores en la región de hipocondrio derecho sin fiebre, se diagnostica eventración pero no se indicó que haya surgido de una cicatriz operatoria anterior.- Luego de explicar que la hernia es una formación a partir de un debilitamiento de las paredes de ciertos lugares del organismo, el experto señala que ésta se habría formado en la región subcostal derecha; de ahí el procedimiento de colocar una malla de polipropileno fijada a los tejidos circundantes para reforzamiento de la pared costo abdominal derecha, la cual fue bien tolerada. El alta se dio a las 48 hs. de la operación.- El galeno continúa describiendo la evolución de la paciente, la presencia de síntomas dolorosos en la cicatriz operatoria, el hallazgo de un absceso con fístula y la realización de diversos tratamientos que incluyeron intervenciones, drenajes y punciones.- Aclara el perito que durante la internación la actora no recibió dipirona ni penicilina.- Al responder los puntos periciales, el experto expresa que durante los años 2003 y 2004 se registran dolores en la zona hemiabdomen derecha y que su origen probable es una colecistectomía realizada con anterioridad (cfr. fs. 816 pto. 1).- Asimismo, manifiesta que el método

quirúrgico lo elige el cirujano según su real saber y entender. En el caso, la malla fue colocada según técnica de Kocher, que es una de las varias técnicas que se aplican en estas patologías (cfr. fs. 816 ptos. 2, 6 y 8).- Afirma el perito que ?...no puede diagnosticar la responsabilidad que le correspondía a los actores y los demandados según las técnicas aplicadas? (cfr. fs. 816 pto. 10).- Más adelante, el experto sostiene que se acepta como idónea la práctica de la cirugía implementada y que el procedimiento de colocación de la malla es correcto (cfr. fs. 816 vta. pto. 4 y fs. 817 pto. 1).- Agrega que la lectura del parte quirúrgico no sugiere la evidencia clara de fallas en la práctica médica quirúrgica, aunque pone de resalto la pobreza de la información (cfr. fs. 816 vta. pto. 5).- Asimismo, destaca el idóneo que hay pruebas que exhiben que la accionante desarrolló complicaciones de recidiva de colecciones líquidas, fístula, absceso e infección en forma posterior a cada procedimiento invasivo implementado por otros cirujanos (cfr. fs. 816 vta. pto. 9).- El perito también manifiesta que las indicaciones de egreso sanatorial del 20 de diciembre de 2006 fueron las adecuadas (cfr. fs. 817 pto. 11).- A su vez, señala que la neuritis intercostal es de aparición aleatoria y que los neuromas no aparecen por causa de presuntas violaciones a la idónea práctica médica (cfr. fs. 817 ptos. 12 y 13).- Expone el galeno que no puede probar que las imputaciones expuestas en la demanda hayan sido producidas por violaciones a la ley de ejercicio profesional de la medicina. Tampoco puede vincular en forma directa el acto quirúrgico realizado por el Dr. D. M. y las complicaciones que refiere la paciente (cfr. fs. 817 ptos. 15 y 16).- Finalmente, concluye que no se ha detectado algún grado de incapacidad física atribuible al accionar del Dr. D. M. (cfr. fs. 817 pto. 5).- Al responder el pedido de aclaraciones formulado por la actora, el perito señala que en las ecografías del 10 y 24 de noviembre de 2006 no surge el diagnóstico de eventración. Pese a esto, la operación está justificada y el proceder fue el adecuado (cfr. fs. 826 pto. 1).- Agrega que las ecografías a un mes anterior a la cirugía no mostraban eventración, pero que el profesional al realizar una correcta revisión puede detectar el diagnóstico y proceder a una eventroplastia (cfr. fs. 826 pto. 2).- Sostiene que es habitual que un diagnóstico pre-quirúrgico no tenga el tamaño de la supuesta eventración (cfr. fs. 826 pto. 3).- Por último, indica que las dolencias posteriores a la cirugía y la incapacidad determinada son consecuencia directa de la operación (cfr. fs. 826 pto. 4).- Corresponde también analizar el informe de fs. 582/587 emitido por el Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires.- Del ofrecimiento efectuado a fs. 246/247 pto. E) se desprende que -más allá del rótulo utilizado por el codemandado D. M.- la prueba en cuestión se trata de una consulta científica o técnica, medio probatorio que se encuentra regulado en el art. 476 del Código Procesal.- Se trata ésta de una prueba pericial, aunque por su modo de tramitación guarda analogía con la prueba de informes. Pero no debe confundirse con ella, toda vez que no se trata de pedido de informes que versen respecto de actos o de hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del requerido (conf. Christello, Martín A. en ?Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...?, dirigido por Elena I. Highton y Beatriz A. Areán, T° 8, pág. 526, núm. 1).- El informe oficial que contiene un dictamen constituye, en definitiva, una pericia y de allí la denominación adecuada de ?pericial informativa?. Algunos autores hablan de ?pericia colegial?. La ley 22.434 reemplazó la palabra ?informes? por ?opinión?. Interesante doctrina entiende que las opiniones científicas o técnicas constituyen un auxilio de la prueba pericial, pues de la norma fluye que la medida no está regulada como prueba autónoma, sino que presupone que ha mediado el ofrecimiento de la prueba pericial (conf. Fassi, Santiago C. y Maurino, Alberto L. ?Código Procesal Civil y Comercial...?, T° 3, pág. 738, núm. 1).- Así las cosas, los cuestionamientos que se efectúan en el escrito de fundamentación respecto a la validez de este medio probatorio resultan extemporáneos, pues no era esa la oportunidad procesal para objetar la prueba ofrecida por la contraparte.-

Establecido ello, en el indicado dictamen técnico se informa que, bajo el diagnóstico preoperatorio de eventración subcostal, se efectuó una eventroplastia con malla de polipropileno. El tratamiento quirúrgico de la eventración que padecía la paciente (eventración de Kocher) fue adecuado y se encuentra ampliamente reconocido como recurso terapéutico quirúrgico idóneo en la práctica de la especialidad para tratamiento específico de la dolencia que la paciente presentaba (cfr. fs. 584 pto. 4).- Los expertos que suscriben el informe señalan que del parte quirúrgico no surge evidencia que indique que el Dr. D. M. haya faltado a elementales principios de la práctica médico quirúrgica (cfr. fs. 584 pto. 5).- En tal sentido, manifiestan que no hay pruebas que avalen la prosecución de controles de la actora con el Dr. D. M. a partir de marzo de 2007 (cfr. fs. 585 pto. 8). En cambio, indican que hay elementos que demuestran que la accionante desarrolló complicaciones de recidiva de colecciones líquidas, fístula absceso e infección en forma posterior a cada procedimiento invasivo implementado por otros cirujanos (cfr. fs. 585 pto. 9).- Interrogado acerca de si la neuritis intercostal y los neuromas fueron causados por el Dr. D. M. en mérito a violaciones de la práctica médica, el comité científico responde negativamente (cfr. fs. 585 pto. 12 y fs. 586 pto. 13).- Asimismo, se destacan las prácticas de orden invasivo a las cuales la paciente fue sometida después de la cirugía practicada por el Dr. D. M. y su eventual último contacto clínico, por lo cual el estado clínico actualizado que se verifica en ella es el resultado de la actuación invasiva de otros profesionales (cfr. fs. 585 pto. 12).- Concluyen los expertos que de la auditoría general de pruebas y del análisis legal del caso no surgen violaciones a la ley del ejercicio profesional de la medicina (cfr. fs. 586 pto. 15).- A su vez, el comité científico dictamina que no puede vincular en forma causal directa las complicaciones desarrolladas por la paciente con el accionar del Dr. D. M. en el acto quirúrgico

(cfr. fs. 586 pto. 16).- Entiendo pertinente también reseñar la declaración testimonial prestada por el Dr. R. J. Q. -médico que atendió a la actora en el Hospital Pirovano- quien relata que la Sra. C. concurrió al indicado nosocomio, con una fístula por malla, la cual había sido colocada en otro lugar. Explica que ?...la fístula es una comunicación entre la malla, en este caso, y la piel, y genera supura. Esto se produce por un rechazo del organismo al material de la malla? (cfr. fs. 719 rta. 1ª).- Como tratamiento, el testigo indicó explorar la fístula y sacar la parte que estaba en comunicación con el exterior. Se hizo una cirugía programada, se exploró la fístula y se resecó la porción de malla que estaba en contacto con ella (cfr. fs. 719 rta. 2ª).- Luego de ello, la paciente se fue de alta pero continuó con dolores. El declarante la volvió a ver en el consultorio un día jueves que estaba de guardia, lo cual recuerda porque la señora fue llorando y se programó una cirugía de urgencia debido a los dolores que sentía. Manifiesta que se la volvió a intervenir y se sacaron más granulomas, que son cicatrices de la malla, y que se hizo lo más que se pudo hacer. Indica haber participado en la intervención pero no recuerda si como cirujano o como ayudante (cfr. fs. 719/719 vta. rta. 3ª).- Interrogado respecto a si son habituales las consecuencias descriptas, el deponente responde que estas complicaciones son frecuentes, por lo que indica que la técnica utilizada es el último recurso, siempre se trata de solucionar el problema con los tejidos propios y si no se puede se coloca una malla (cfr. fs. 719 vta. rta. 4ª).- Asimismo, no puede contestar si en el caso de la Sra. C. se podrían haber utilizado tejidos propios ya que no la conoció antes de operarse (cfr. fs. 719 vta. rta. 5ª).- A partir de los elementos analizados, especialmente en función de la prueba técnica rendida, debo señalar que no encuentro elementos que permitan endilgarle responsabilidad a los demandados a raíz de las dolencias presentadas por la actora. Es que las pruebas cumplidas en autos no permiten vislumbrar un obrar reprochable por parte del Dr. D. M. en la atención médica que le cupo.- No escapa a mi conocimiento que el testigo Quiroga manifiesta que la utilización de la malla en la intervención efectuada se usa como último recurso. Sin embargo, tal afirmación debe confrontarse con lo informado por el perito médico y por el comité científico del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires, quienes dictaminan que la técnica utilizada es reconocida como medio idóneo para el tratamiento de la dolencia que presentaba la actora.- Desde otra óptica, no pierdo de vista que el perito médico ha detectado defectos en la historia clínica quirúrgica.- Al respecto, se ha dicho 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; íd., esta Sala, L. 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; íd., esta Sala, mi voto en L. 116690/2001/CA001 del 21/11/14). De lo contrario, tal antecedente carecería de relevancia suficiente para establecer la autoría del daño (conf. CNCiv., esta Sala, mi voto en L. 551.923 del 6/8/10).- Sobre la base de los principios expuestos, debo afirmar que, a pesar de los defectos advertidos por el perito, no existen otros elementos de prueba en autos que me lleven a la convicción de que haya mediado responsabilidad médica.- En cuanto a una eventual falta al deber de información, es pertinente destacar que en el instrumento obrante en copia a fs. 4 se señalan las posibles complicaciones que la cirugía podría ocasionar. Ellas son: hematomas, seroma, trastornos de la conducción nerviosa periférica, alteraciones de la sensibilidad, tejido cicatrizal anormal, infección, necrosis, fístulas, hemorragias, complicaciones propias de la anestesia, recidiva.- Por lo demás, las complicaciones post quirúrgicas que surgen de la pericia médica, encuadran en las categorías citadas en el documento correspondiente al consentimiento informado, mientras que otros hallazgos referenciados no guardan vinculación alguna con la actuación del Dr. D. M. conforme fuera expuesto al analizar las pruebas técnicas.- Es más, el propio testigo Rodolfo José Quiroga indica que las complicaciones que presentó la Sra. C. son frecuentes en intervenciones como la realizada.- El hecho que el perito médico haya afirmado que la incapacidad corroborada es consecuencia directa de la cirugía no puede llevar a concluir que ha existido responsabilidad del Dr. D. M. Es que el experto es claro en aseverar que la indicada minusvalía física no es atribuible al accionar del galeno demandado.- En virtud de todo lo expuesto, considero que la demandante no ha logrado probar que el médico que participó del acto quirúrgico del 18 de diciembre de 2006 haya incurrido en una negligencia que le ocasionara las secuelas físicas y psíquicas que describe.- Al respecto, corresponde recordar que es la actora quien debe probar el incumplimiento por parte del profesional médico, 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; la damnificada debe acreditar la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido, aun cuando se pueda aliviar 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 no hay elementos que lleven a concluir que ha mediado una conducta reprochable por parte del codemandado D. M.- En virtud de todas las consideraciones hasta aquí apuntadas, habré de proponer a mis distinguidos colegas la confirmación de la sentencia apelada, en tanto rechaza la acción entablada por S. B. C.-, al no haberse demostrado la existencia de los presupuestos necesarios para tener por configurada la responsabilidad civil de los demandados en autos.- VI.- 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 a la actora vencida (art. 68 del Código Procesal).- El Dr. Hugo Molteni votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Dr. Ricardo Li Rosi.- EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO: Coincido con el Dr. Li Rosi en que no se demostró la mala praxis ni la omisión del deber de información 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 (vid. mis trabajos "Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS, agosto de 2006, p. 42, y La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 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. Siempre según esta tesis -reflejada en el voto de mi colega- la clínica asumiría una obligación de seguridad consistente en garantizar que el médico se desempeñará diligentemente en el cumplimiento de su labor, de donde la culpa de este último patentizaría el incumplimiento de aquel deber calificado. Por el contrario, soy de la opinión de que, como ya lo ha decidido esta sala: "no es preciso recurrir -un tanto ficticiamente- a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la obra social sigue siendo deudora de las prestaciones médicas -aunque haga ejecutar materialmente por otro las prestaciones comprometidas-, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudora) responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inejecución" (esta sala, L. n° 581.002, "Leguizamón, Hilda del Valle c/ De La Fare, Mauricio y otros", del 8/3/2012; idem., L. n° 571.184, "Peralta, Ricardo, c/ Obra Social Ferroviaria", del 23/2/2012). Me remito, a mayor abundamiento, a los fundamentos que expuse en esa oportunidad.- En cuanto a la responsabilidad del Dr. D. M., y como agudamente lo señala Jourdain: "proporcionando sus cuidados a un cliente de la clínica, un médico asalariado de aquélla no ejecuta una obligación que habría contratado libremente frente al paciente, sino la prestación de trabajo a la que se comprometió frente al establecimiento" (Jourdain, Patrice, "Vers une responsabilité contractuelle des établissements hospitaliers privés du fait des médecins qu'ils emploient?", Revue trimestrielle de droit civil, 1992-123; la traducción es mía). En el mismo sentido, señala Jean S. que el paciente no se vincula con el médico por su libre elección, sino por la confianza que acuerda al establecimiento de salud. En todos los casos -añade- los cuidados impartidos por el galeno tienen lugar en el marco de una organización compleja, y muchas veces el enfermo ignora, al momento de ser hospitalizado, en qué servicio será atendido, y quiénes son los médicos que se desempeñan en él (Savatier, Jean, comentario en Juris Classeur Périodique, 1991-II-21730). Parece difícil, en esas circunstancias, hablar de un consentimiento de su parte. Con criterio se preguntaba en ese sentido Leonardo Colombo qué convención puede haber entre el individuo atropellado por un automóvil y el cirujano que lo auxilia en el nosocomio al cual es conducido (Colombo, Leonardo A., Culpa aquiliana, La Ley, Buenos Aires, 1944, p. 233/234).- Por eso, como lo he señalado con anterioridad (vid. mi obra La singularidad de la responsabilidad contractual, cit., p. 207 y ss.), entiendo que corresponde considerar que el médico asalariado que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (Lorenzetti, La empresa médica, op. y loc. cit.; Tobías, José W., "En tomo a la responsabilidad civil de los médicos", E. D., 84-832; ídem, "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas", op. y loc. cit.; Savatier, René, Traité de la responsabilité médicale en droit français, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1951, t. II, p. 403; Mémeteau, Gérard, "Contrat hospitalier et obligation de soins", Revue de droit sanitaire et social, 1988-517; Aubry, Jean-Marie, Le droit de la santé, Themis, Paris, 1981, p. 357). Esta es la postura adoptada por la Corte de Casación francesa a partir de los precedentes que ya he

