

## Mala Praxis Medica Fractura De Pierna

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Fractura de pierna

Se confirma la sentencia que rechazó el reclamo

indemnizatorio por mala praxis médica en la atención recibida por la fractura que sufriera la accionante de su pierna, por entender que fue adecuada a las circunstancias de forma, lugar, modo; es decir, acorde a estándares aceptables de cuidado, sin que pueda confirmarse la negligencia endilgada al profesional tratante.

En la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, a dieciocho de mayo de dos mil diecisiete, reunidos los señores Jueces de la Excma. Cámara Primera de Apelación para dictar sentencia en los autos caratulados: ?CRISTOFANELLI, CELIA IRENE c/FUNDACIÓN NUESTRA SEÑORA DEL LUJÁN y otro s/DAÑOS Y PERJUICIOS?, del Juzgado Civil y Comercial N° 3, del Departamento Judicial San Nicolás, habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Dres. José Javier Tivano y Fernando Gabriel Kozicki, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes: CUESTIONES 1ª.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia de fs.770/780vta.? 2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez Dr. Tivano dijo: I.- Antecedentes: En el presente proceso pretendió la demandante Celia Irene Cristofanelli obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de lo que calificó como una mala praxis médica cometida por el profesional tratante Fernando Italo Cozza, pretensión que hizo extensiva contra ?Fundación Nuestra Señora de Luján?. Luego de explicar la cronología de los sucesos vinculados con la atención médica recibida por la fractura de la tibia y peroné de su pierna izquierda que culminó en una pseudoartrosis infectada, endilgó responsabilidad a Fernando Italo Cozza por el descuido en el diagnóstico y tratamiento de la infección y por el retiro prematuro del yeso, lo que imposibilitó la fijación definitiva del hueso y derivó en la referida pseudoartrosis. Asimismo, en cuanto concierne a ?Fundación Nuestra Señora de Luján?, por incumplir el deber de asegurar la correcta asepsia del ambiente hospitalario. El reclamo comprendió los rubros indemnizatorios correspondientes a la incapacidad sobrevenida -en el que se incluyó la incapacidad psíquica-, gastos médicos y farmacéuticos, gastos futuros -farmacéuticos, de tratamiento psicológico y de traslados-, lucro cesante y daño moral. Los demandados a su hora y con distinto alcance, cuestionaron severamente el reclamo indemnizatorio de tal forma pretendido. La ?Fundación Nuestra Señora de Luján?, luego de oponer diversas defensas, postuló la falta de colaboración de la accionante en el tratamiento, quien ignoró las indicaciones médicas y abandonó el mismo, decidiendo incluso deambular con un yeso destinado a impedir tal actividad, siendo esa circunstancia la que impidió la curación y no la infección intrahospitalaria, la que señaló como inexistente. Requirió la citación de ?Sancor Cooperativa de Seguros Ltda.?, firma que a fs. 244/255 brindó precisiones acerca de los términos de la póliza contratada y postuló la repulsa del reclamo. Lo propio hizo el demandado Fernando Italo Cozza, quien -dicho aquí en forma brevísima- luego de la negativa de estilo y de reseñar el tratamiento efectuado a la demandante, precisó que la accionante no respetó el apoyo restringido que se le había indicado, lo que provocó el movimiento de la fractura. Expresó que ante la comunicación que le efectuó en el sentido de que debía realizarse otra intervención quirúrgica para tratar la fractura, la actora dejó de atenderse con el accionado y ya no volvió a tener noticias de ella. Requirió a su vez la citación de la aseguradora ?Caja de Seguros S.A.?, la que compareció y brindó su respuesta a fs. 194/197. II.- La sentencia: El pronunciamiento de la instancia anterior, por medio de la aplicación del ya derogado Código Civil, y luego de rechazar la excepción de prescripción deducida por ?Fundación Nuestra Señora de Luján?, relanzó íntegramente el reclamo indemnizatorio pretendido por la parte actora. Se erigió la estructura argumental del decisorio en el informe pericial según el cual la atención que el demandado brindó a la accionante fue adecuada a las circunstancias de forma, lugar, modo, es decir acorde a estándares aceptables de cuidado, sin que pueda confirmarse la negligencia endilgada al profesional tratante. Asimismo y en cuanto concierne al ente sanatorial, sostuvo el sentenciante primero que a fs. 453 la parte actora consintió lo expresado por el experto en cuanto a que la infección y complicaciones de la demandante no tuvieron origen en una infección intrahospitalaria, deviniendo en consecuencia innecesaria aquella pericia practicada a fs. 762/763 en las instalaciones de La ?Fundación Nuestra Señora de Luján?. III.- El recurso: Lo así decidido no conformó a la parte demandante, ello a tenor de la vía recursiva intentada a fs. 783. La parte accionante, por medio de su expresión de agravios de fs. 796/805, dicho aquí en forma abreviada, cuestionó la justicia del decisorio, el que según su entender no tuvo en consideración la ausencia de información en la historia clínica con respecto al tratamiento ambulatorio recibido por la demandante con posterioridad a la intervención quirúrgica efectuada por el accionado, lo que según sostuvo resulta una grave presunción en contra del profesional demandado. Se agravó además de que en el pronunciamiento apelado se haya omitido todo análisis en relación a las diversas impugnaciones efectuadas al dictamen pericial, y por otro lado que se hayan soslayado determinadas conclusiones del informe pericial, las que según su entender

beneficiaban su posición en este reclamo. Por último se agravio del rechazo de la pretensión contra ?Fundación Nuestra Señora de Luján?. A fs. 806 se ordenó la pertinente sustanciación, la que fue objeto de las respuestas de fs. 814/815 vta., 816/818 vta. y 821/822 vta., por lo que la firmeza de las resoluciones de fs. 819 y 829 ha dejado la causa en condiciones del dictado del presente pronunciamiento, por lo que de su contenido me instruyo a los fines de proponer al Acuerdo la solución que propicio para el caso en debate.

IV.- En forma liminar corresponde destacar que en atención a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial establecido por la ley 26.994 -inicialmente prevista para el 1° de enero de 2016 y adelantada al 1° de agosto de 2015 a tenor de la modificación introducida a ésta por la ley 27.077- el juzgamiento de los presentes se realizará bajo la óptica normativa del Código Velezano, ya que se trata aquí de hechos y circunstancias consumadas con anterioridad a la novel legislación fondal y su aplicación lisa y llana importaría de suyo establecer la retroactividad del precepto, que solo cabría admitir para las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes (cfr. art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación vigente). Es decir que su aplicación inmediata ha de regir únicamente para los hechos que se encuentran en curso de desarrollo al tiempo de su sanción, mas no para aquellos consumados con anterioridad a su vigencia, por lo que no corresponde sea actuada en la especie en que los sucesos que se dice fueron desencadenantes del perjuicio de la accionante tienen su inicio en el mes de abril del año 2000 (cfr. doctrina SCBA, causas C 107423, sentencia del 2 de marzo del 2011, Ac. 63120, sentencia del 31 de marzo de 1998 en JA, 1998-IV-29, LL Buenos Aires, 1998-848; Ac. 75917, sentencia del 19 de febrero de 2002; C 101610, sentencia del 30 de septiembre de 2009; C 98088, sentencia del 11 de junio de 2008).

V.- Expuesto lo anterior he de analizar a continuación los agravios formulados por la parte demandante procurando seguir el mismo orden en que han sido propuestos a su tratamiento en la expresión de agravios de fs. 796/805, ello con la salvedad de que como Jueces no nos encontramos obligados a realizar el tratamiento de la totalidad de las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que se haga mérito de aquellas que se consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (cfr. CS, 8 de noviembre de 1981 in re ?Dos Arroyos S. C. A. c/ Ferrari de Noailles?, en Actualización de Jurisprudencia, N° 1440, LL, 1981-D, pág. 781). Tales cuestiones esenciales son ésas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que -por su naturaleza- influyen preponderantemente en el fallo (cfr. SCBA, Ac. 21917, DJBA, T.III, pág. 15; en igual sentido Ac. 35221 in re ?Ramos de Pagella c/Escot?, 22 de abril de 1986) y con la salvedad de que la obligación de tratar las cuestiones esenciales no ha de conllevar la de seguir a las partes en la totalidad de las argumentaciones (cfr. SCBA, AC. 51.443; Ac. 84.270 y Ac. 89.683, entre varios de su registro).

VI.- Se agravio la parte demandante de que en la sentencia no se haya tenido en consideración la ausencia de información en la historia clínica con respecto al tratamiento ambulatorio recibido por la demandante luego de la intervención quirúrgica efectuada por el Dr. Cozza, lo que según sostuvo resulta una grave presunción en contra del profesional demandado, mas ha de dejarse aquí debidamente despejado que conforme tiene dicho este Tribunal en diversas integraciones, según los principios del onus probandi es quien alega el incumplimiento de su obligación por parte del profesional tratante, quien debe acreditar los extremos fundantes de su pretensión, habilitándose un apartamiento del mismo solo en supuestos de excepción (cfr. art. 375 del C.P.C. y C.; RSD-581-03; RSD-225-05 entre varios más en similar sentido de los registros de este Tribunal). Lo expuesto no aparece aquí como una mención dogmática en especial consideración en que a la fecha de la intervención que sirve de causa fuente al reclamo -la atención médica comenzó en el mes de abril de 2000- no resultaban de aplicación al sub judice los términos de la ley N° 26.529 -Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado- cuyo art. 23 establece el carácter de orden público de la misma y su vigencia a partir de los noventa días de la fecha de su publicación, efectuada en el caso en el Boletín Oficial del día 20 de noviembre de 2009 (cfr. Prévot en ?Código Civil y leyes complementarias...?, Director Zannoni - Coordinadora Kemelmajer de Carlucci, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, T.13, págs. 689 y 747), ni tampoco su decreto reglamentario N° 1089/2012, ello por evidentes razones temporales (cfr. arts. 2 y 3 del Código Civil). Destaco que aunque se quisiera tomar esa eventual ausencia de completitud de la historia clínica como un elemento presuncional en contra de los intereses de la parte demandada, lo cierto es que en la evaluación pericial de fs. 442/451 vta. no se advierte una absoluta imposibilidad de su realización por parte del experto, tanto más cuando el profesional sostuvo que pudo seguir la evolución de la paciente a tenor de las constancias radiográficas -fs. 465-, y esa carencia de la historia clínica ha de quedar del todo aislada ante la ausencia de otros datos que permitan establecer la endilgada negligencia del demandado como se verá a continuación al evaluar el aporte probatorio pericial.

VII.- Otro aspecto central de la expresión de agravios de la demandante señaló acerca de la omisión de tratamiento por parte del sentenciante primero de las diversas impugnaciones realizadas a la evaluación pericial producida en autos, análisis en el que se obvió considerar conclusiones que según el entender de la parte accionante sólo a ella beneficiaban. Principiaré por señalar que ningún tratamiento ameritaron de parte del sentenciante primero aquellas objeciones que oportunamente fueron puestas de manifiesto por la apelante a fs. 453/456 y de las que se hace eco la presentación de fs. 468, ello pese al proveído de fs. 469 y que, ante el tenor de las impugnaciones, no puede tenerse por abastecido con la lacónica mención efectuada al

sentenciar, la que por lo demás hace mención a una contestación efectuada por el Perito en relación a una impugnación de la contraparte -ver fs. 780, primer párrafo- (cfr. art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del C.P.C. y C.). La ausencia de decisión sobre aquellas circunstancias puestas de manifiesto por el apelante y reiteradas en esta instancia en la expresión de agravios, en concreto aquellas impugnaciones arriba referidas, torna habilitante la potestad contenida por el art. 273 del ritual. Al respecto corresponde precisar que según se sostuvo en el informe pericial agregado a fs. 419/435, la actora padeció una fractura de tibia y peroné expuesta con tratamiento con clavo endomedular, presentando como complicación una infección del foco fracturario y su culminación en una pseudoartrosis -fs. 423 vta.- esto es la falta de consolidación definitiva de una fractura, proceso patológico que se corresponde con la formación de una cicatriz definitiva del foco de fractura por medio de un tejido fibroso no osificado que carece de la solidez propia del tejido óseo y que es indispensable para cumplir su función específica -fs. 429 vta. in fine/430-. Luego de explicar las diversas y múltiples complicaciones de las que son susceptibles las fracturas, sostuvo el experto a fs. 433 in fine/433 vta. que resulta poco probable que la infección sea consecuencia de una infección nosocomial, concepto reiterado a fs. 434. Y si bien a fs. 433 vta. se refiere a la atención brindada en fechas específicas en que el profesional tratante ya no era el demandado, no existen pautas que autoricen a colegir que el estado en que los nuevos profesionales tratantes hallaron a la paciente permitan presumir que venía siendo mal atendida por el profesional que comenzó aquella atención. La impugnación de la parte actora de la que da cuenta la presentación de fs. 439/440 vta. pone de resalto aquella afirmación que interpreta como errónea en el Perito Médico, en el caso que se trataba de una fractura expuesta cuando existen sobrados elementos que indican que no era así, resultando según el entender de la impugnante erróneo todo el desarrollo realizado por el experto en cuanto parte de una premisa equivocada. La cuestión fue zanjada por el experto con la reformulación de la pericia de fs. 442/451 vta. en donde aclaró que desde su salida del sanatorio el día 23 de abril de 2000 luego de ser operada por el demandado y hasta su nueva internación el 6 de septiembre del mismo año en el Sanatorio Mapaci no existen constancias de atención en ese tiempo intermedio, explicando las diversas posibles causas del dolor y edema del que da cuenta la historia clínica en relación al día 22 de abril; se indicó además a la infección como una de las complicaciones de las fracturas cerradas de tibia sin que sea posible de las constancias de autos determinar el germen y la vía de ingreso -448 vta. in fine/449-. Señaló además que de las constancias de autos se desprende que se siguieron las normas de asepsia requeridas para toda práctica quirúrgica y que quienes atendieron a la demandante a partir del 6 de septiembre -esto es con posterioridad al demandado Cozza- no corroboraron una infección intrahospitalaria sino una infección en el material de osteosíntesis debido a un rechazo del mismo -fs. 450-, la que es una complicación posible a tenor de lo señalado a fs. 450 vta. in fine- y se sostuvo además que la actora presentó una evolución acorde a una cirugía como la que se le practicó, sin complicaciones inmediatas a la misma, con los síntomas lógicos de dolor y edemas compatibles con el postoperatorio inmediato, medicada con antiinflamatorios y doble plan antibiótico para cubrir un amplio espectro de gérmenes con una condición clínica satisfactoria para ser dada de alta de internación -fs. 451-; consta que el demandado Cozza otorgó el alta sanatorial el día 23 de abril, sin que exista precisión de si dicha alta fue definitiva. No puedo dejar de señalar que algunos aspectos de la expresión de agravios se diluyen en una genérica crítica sobre la evaluación probatoria realizada en la sede de origen, mas insoslayable resulta reseñar que el propio art. 384 del ritual, que en el contexto de las normas generales sobre la prueba nos indica de qué manera deben apreciarse las mismas, nos manda formar nuestra convicción de conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es un método científico que tiene por objeto construir, por su intermedio, certeza en el magistrado, respecto de los hechos, para poder decidir las causas (cfr. Falcón, ¿Tratado de la Prueba?, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, T. I, pág. 602) y que ha de quedar enraizado en la profundidad propia que le otorga el art. 474 del mismo cuerpo legal. Este último establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial deberá ser estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca. A su vez en modo alguno el sentenciante se encuentra obligado en su pronunciamiento a expresar la valoración de todas las pruebas producidas ya que ha de ser suficiente únicamente considerar aquellas que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa (cfr. art. 384, segunda parte del C.P.C. y C.). Expuesto lo anterior no se advierte que las eventuales deficiencias que sostiene el apelante en su expresión de agravios existirían en relación a la confección de la historia clínica producida puedan tener el efecto que ha pretendido darle en su crítica. Y es que ha de reiterarse aquí, como se ha dicho más arriba, que en atención a los principios del onus probandi es quien alega el incumplimiento de su obligación por parte del profesional tratante, quien debe acreditar los extremos fundantes de su pretensión, habilitándose un apartamiento del mismo solo en supuestos de excepción (cfr. art. 375 del C.P.C. y C.; RSD-581-03; RSD-225-05 entre varios más en similar sentido de los registros de este Tribunal). Señalo a todo evento que conforme se sostuvo por el Perito Médico a fs. 464/466, la presencia de color oscuro en la piel luego de retirarse el yeso no necesariamente puede deberse a una complicación, sino al sufrimiento de la piel por la presencia del yeso, y que lo que presentaba la paciente era un retardo en la

consolidación de la fractura debido a que todavía existía un proceso de osteogénesis reparativa normal en cada una de sus diferentes etapas evolutivas, pero la velocidad en que se van sucediendo esas etapas era más lenta de lo normal; si a ello se aduna que a tenor de la impugnación del demandado, el experto sostuvo que la atención del Dr. Cozza fue adecuada a las circunstancias de forma, lugar y modo, y las brindó dentro de los estándares aceptables de cuidado -ver fs. 463- el recurso deducido no puede ser de recibo.

VIII.- Parece propicio a esta altura señalar que si la responsabilidad profesional resulta aquella en la que incurren quienes ejercen una profesión y faltan a los deberes específicos que tal incumbencia les impone, es del caso que la configuración de tal responsabilidad requiere de los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil, elementos entre los que debe contarse la relación de causalidad adecuada. Para ello es imprescindible formular un juicio de probabilidad, determinando que aquél se halla en conexión causal con el acto ilícito, es decir que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (cfr. art. 901 del Código Civil). Esta relación causal a la que vengo haciendo referencia, exige una relación efectiva y adecuada -normal- entre una acción u omisión y el daño, el cual debe haber sido ocasionado por aquélla (cfr. arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113 y 1114 del Código Civil). De allí deriva que si el profesional tratante por omisión de las correctas diligencias correspondientes a la naturaleza de la prestación asistencial, o por impericia, imprudencia o negligencia, faltare a su obligación, se coloca en la misma posición que el deudor culpable (cfr. arts. 499, 512 y 902 del Código Civil; SCBA, Acs. 31.702, 38.114, 35.597, 45.177, 62.097, 65.802, 71.581, 75.676, entre muchos otros de los registros del Alto Tribunal Provincial). Así las cosas, para que exista responsabilidad profesional debe mediar una omisión de la conducta debida, fundándose tal responsabilidad en la culpa (esta Cámara RSD-44-94, RSD-37-2011), siendo menester, en consecuencia, acreditar la conexión causal entre esa acción u omisión y el daño, debiendo haber sido originado u ocasionado este último por dicha acción u omisión, todo lo cual debe ser debida y suficientemente probado (cfr. SCBA, Ac. 55.404). En base a todo lo anteriormente expuesto y en tanto que el proporcionar un tratamiento no asegura siempre una favorable evolución del paciente, del plexo probatorio al que he hecho referencia en párrafos precedentes, no surge acreditado según mi entender el nexo de causalidad adecuado, motivo por el que corresponde rechazar el recurso de apelación articulado por la parte demandante.

IX.- Ya para finalizar, en cuanto concierne al agravio por el rechazo de la pretensión contra ?Fundación Nuestra Señora de Luján?, he de señalar que de los términos de la presentación introductoria del presente proceso surge con claridad que se circunscribió el reclamo a la infección intrahospitalaria que la actora contrajera en el establecimiento asistencial -fs. 16, punto 2/17 vta.-. Por fuera de que como se mencionó más arriba el Perito Médico descartó esa circunstancia, no puede soslayarse que al realizar la demandante la impugnación de la que da cuenta la presentación de fs. 453/456 consintió todo lo elaborado por el experto en el sentido de que la infección o complicación sufrida fue como consecuencia del rechazo del elemento de fijación ?y no por la infección intrahospitalaria (como se adujo en la demanda).-? (sic fs. 453). Si bien a dicha expresión en modo alguno corresponde darle el carácter de un desistimiento en los términos de los arts. 304 y 305 del C.P.C. y C., no lo es menos que el agravio ahora vertido la coloca en contradicción con otra afirmación anterior y jurídicamente relevante -venire contra factum proprium non valet-; por fuera de lo expuesto, la invocación que recién ahora se realiza echando mano de un supuesto criterio de amplitud y a una genérica ?mala organización? devienen conceptos novedosos de los que nos encontramos impedidos de fallar (cfr. art. 272 del C.P.C. y C.). Es así que en base a lo antedicho, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por la demandante también en relación a este aspecto del decisorio de la instancia primera. Doy así mi voto por la afirmativa. Por iguales fundamentos el Dr. Kozicki votó en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez Dr. Tivano dijo: En mérito a lo precedentemente expuesto propongo a mi colega de esta Alzada que rechazemos el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y, por los fundamentos dados, confirmemos la sentencia dictada a fs. 777/780 vta., con costas de Alzada a cargo de la parte accionante vencida (cfr. arts. 68 y concordantes C.P.C. y C.). Así lo voto. Por iguales fundamentos el Sr. Juez Dr. Kozicki votó en el mismo sentido. Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1°.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y, por los fundamentos dados, confirmar la sentencia dictada a fs. 777/780 vta.- 2°.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la actora vencida (cfr. arts. 68 y concordantes C.P.C. y C.). Notifíquese y devuélvase.-

026827E