

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Intervencion Qururgica Infeccion Ausencia De Culpa Medica

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Intervención quirúrgica.

Infección. Ausencia de culpa médica Se confirma el rechazo de mala praxis médica, pues una vez intervenida la actora los actos médicos fueron encuadrados dentro de los habituales para un paciente que sufre una complicación quirúrgica y la conducta desarrollada por los médicos infectólogos se encuentra encuadrada en las normas habituales de la especialidad. Buenos Aires a los 9 días del mes de Mayo de 2019, reunidas las Señoras Jueces de la Sala "J" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: "R C c/ Fundación Para la Lucha contra Enfermedades Neurológicas y otros s/ Daños y Perjuicios?". La Dra Marta del Rosario Mattera dijo: I.- La sentencia obrante a fs.1456/1485 rechazó la demanda incoada con costas a la actora vencida.- La presente acción se origina en el reclamo efectuado por la accionante con motivo de las secuelas -que según sus dichos- padeció a causa de la practica quirurgica a la que fuera sometida con la intervención del co demandado Dr. P J. M, en las instalaciones de la codemandada "Clinica Fleni" (Fundacion para la Lucha contra las Enfermedades Neurológicas de la Infancia) prestadores de la cartilla médica de la tambien demandada Organización de Servicios Directores Empresarios "OSDE BINARIO?".- Contra el decisorio de grado apela la accionante cuya queja luce en el libelo obrante a fs. 1544/1586.- Corrido el pertinente traslado de ley obran a fs. 1588/1592 y 1593/1603 los respectivos respondes de las contrarias.- A fs.1605se dicta el llamado de autos a sentencia, providencia que se encuentra firme, encontrándose en consecuencia las actuaciones en estado de dictar sentencia.- II.- Los agravios de la parte actora se centran fundamentalmente en torno a una incorrecta valoración de la prueba producida en autos, en especial del peritaje médico legal, que el Juez de grado entendiera no acreditada la mala praxis médica ni el obrar negligente u omisión del Dr M, que de haber actuado debidamente, hubiera evitado el dañoso desenlace, que no se haya considerado las explicaciones técnicas del experto, respecto a la urgencia de la intervención como del prodecimiento llevado a cabo, y que concluyera el sentenciante erróneamente, en que no puede reprocharse impericia o falta de diligencia en el obrar médico, exonerando asi de culpa al demandado.- Asimismo cuestiona la no valoración de la infección contraída, ni la falta de un correcto y debido consentimiento informado, sumado a las desprolijidades de la historia clínica llevada a cabo por FLENI como la imposición de costas a su parte.- III.- Como previo y antes de entrar en el tratamiento de los agravios deducidos, cabe precisar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 aprobado por la ley 26.994 contempla de manera expresa lo relativo a la "temporalidad" de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7° sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.- Las consecuencias son los efectos, -de hecho o de derecho- que reconocen como causa, una situación o relación jurídica por ende atento que en los presentes obrados la situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior, corresponde analizar la cuestión a la luz de la misma, así como la doctrina y jurisprudencia a ella aplicable sin perjuicio de señalar, que en líneas generales a idéntica solución se arribaría aplicando las normas pertinentes de este último cuerpo legal. IV.- La sentencia en análisis efectúa un pormenorizado estudio de la responsabilidad profesional, su configuración y requisitos, asimismo sostiene la tesis a la que adhiere esta Sala que el profesional del arte de curar brinda en general obligaciones de actividad (de medios) (Bueres, A., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Ábaco, 1979, pág. 148), y no puede ni debe comprometerse a un resultado (ley 17.132, art. 20), ello no implica que no deba aplicar su saber científico y dirigir su accionar a procurar la salud del enfermo, en el contexto que le quepa actuar y conforme la dolencia que a aquél le aqueje. Sin olvidar que debe hacerlo con la prudencia y diligencia que las circunstancias requieran, así como implementando las reglas y los criterios terapéuticos aceptados (Conf. C.N.Civ., esta Sala, 11/9/2007, Expte. N° 19198/1997, "Aguirre, Rene Héctor c/ Lespada, Pedro y otros s/ daños y perjuicios", ídem, íd., 28/3/2008, Expte. N° 29.446/98, "Gulman, Leonardo Rubén c/ Regina Mater SRL y otro s/ daños y perjuicios", 10/3/2015 Expte. N° 28.245/2010 "Oyaneder Mansilla María Angélica de Lourdes y otros c/ Noel Mariano Augusto y otro s/ daños y perjuicios entre muchos otros).- La obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan sólo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, de prestar asistencia técnicamente adecuada, poniendo al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su título acredita y prestándole la diligente asistencia profesional que su estado requiere.- Es decir, que su conducta profesional debe representar un actuar diligente y prudente de acuerdo a las circunstancias del caso, en la que el galeno no se compromete a alcanzar un fin determinado, sino que se obliga a cumplir una

prestación eficaz e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalan como más aptas para el logro de los objetivos del paciente- enfermo).- En consecuencia, la omisión de esta carga representa la base fundamental de los llamados casos de "mala praxis", en los que por un error de diagnóstico o un inapropiado tratamiento clínico o quirúrgico, nace la responsabilidad civil del médico con sustento en el elemento subjetivo de la culpa (conf. Labombarda, Pablo M., "La responsabilidad del Estado por la mala praxis médica en hospitales públicos", L.L. 07/12/2004, pág. 1).- Éste es el criterio también sostenido por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia: "tradicionalmente la obligación asumida por el profesional médico ha sido definida como 'obligación de medios' -ello, sin perjuicio de los singulares supuestos en que puede calificarse como de resultado-, por lo cual el galeno compromete la prestación de sus servicios, con base en los conocimientos médicos, poniendo en el cumplimiento de su labor la diligencia y cuidados que la misma requiere según las circunstancias de personas, tiempo y lugar conforme lo disponía el 512 del C.C. (actual Art 1724 del CCYCN), debiendo tomar las medidas que normalmente conducen a determinado resultado, pero sin garantizar este último" (C.N.Civ., esta Sala, 24/08/2005, Azurduy, Cristina Rina y otro c/ Hospital Gral. de Agudos Dalmacio Vélez Sarsfield y otros?; Idem., id., 17/08/2010, ?B., E. A. c. S., J. I. y otros s/ daños y perjuicios, E. D. 28/12/2010, N° 12.657).- No existe un concepto de culpa profesional diferente al que se describe en las aludidas normas, las que nos proporcionan el concepto de culpa civil, al decir que ésta consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiera la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a la circunstancia de las personas, del tiempo y del lugar. Ello viene a significar que cuando el facultativo incurre en la omisión de tales diligencias, ya sea por imprudencia, impericia o negligencia, falta a sus obligaciones y se coloca en la posición de deudor culpable. (ConfCNCiv., esta sala, 23/6/2011 Expte. 90.579/2003 ?Rivera Cofre José Alejandro y otros c/ Clínica Gral. de Obstetricia y Cirugía Nstra. Sra. de Fátima y otros s/ daños y perjuicios? ídem31/5/2012 Expten N° 89.973/2007 ?Lamas Dora c/ O.S.C.O.M.M y otro s/ daños y perjuicios responsabilidad Prof. Médicos y Auxiliares? entre otros muchos).- A los fines de fundar este último criterio, se acude a las directivas que emanaban del art. 902 del Código de fondo, (actual art 1725 CCYCN) ?cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos?, lo cual resulta lógico en vista de los mayores deberes que incumben a quienes se hallan habilitados para desempeñarse como profesionales por la capacitación que supone el título universitario y la especialización que hubieren alcanzado.- En conclusión, la culpa profesional es la culpa común o corriente. El tipo de comparación será el de un profesional diligente, prudente, que corresponda a la categoría o clase en la que quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto (Pérez de Leal, Rosana, ?Responsabilidad civil del médico - tendencias clásicas y modernas?, capítulo II, Ed. Universidad, 1995; Vázquez Ferreyra, Roberto A., ?Responsabilidad civil médica - Error en el diagnóstico patológico. Valoración de la culpa profesional. Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones?, L.L. 1999-F- 21;ConfCNCiv esta sala, 17/8/2010,expte. N° 106479/2005 ?Benitez Eduardo Aparicio c/ Sarabayrouse Juan Ignacio, y otros s/ daños y perjuicios?).- Cabe señalar que el vínculo de causalidad exige la concurrencia de una relación efectiva y adecuada entre una acción u omisión y el daño de que se trate. A tales efectos, se hace necesario realizar un juicio de probabilidad, determinando que el daño se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito; en otros términos, que la consecuencia dañosa es la que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas conforme lo establecía el art 901 Cód. Civil, y la determinación de la existencia de tal nexo causal constituye una cuestión de hecho que debe ser resuelta por los jueces, ameritándose las pruebas arrimadas en autos (Conf. C.N.Civ., esta sala, 9/7/2005, Expte. 52.188/99, ?Benito Sarmiento, Cristina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires?; Ídem., id., 4/6/2009, Expte. 150.949/95 ?Ávila Fernández, Basilia c/ Hospital General de Agudos J. M. Ramos Mejía y otros s/ daños y perjuicios? Idem., id., 17/08/2010, ?B., E. A. c. S., J. I. y otros s/ daños y perjuicios, E. D. 28/12/2010, N° 12.657? Id., id., 31/5/2011, Expte. 117.079/2001 ?Salguero de Fratte, Gladys c/ OSDE (Organización Servicios Directos Empresarios) y otros s/daños y perjuicios?Id id, 31/5/2012,Expte N° 89.973/2007 ?Lamas Dora c/ O.S.C.O.M.M y otro s/ daños y perjuicios responsabilidad Prof. Médicos y Auxiliares?) entre muchos otros.- La prueba de la relación causal, cuando menos en su fase primaria, puramente material, incumbe a su pretensor. Es una simple aplicación del principio que fluye del art. 377 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación. Más allá de que los sistemas o normas sobre los distintos tipos de responsabilidad tienden a defender al damnificado, ello no conlleva a una desnaturalización del sistema de pruebas, ni a la existencia de responsabilidades automáticas cuando el hecho y la causa no aparecen probados?. (L. 96137/92 - "Castelli, José Corado c/ MCBA s/ daños y perjuicios", CNCiv. - Sala D - 04/04/2000).- Asimismo y en cuanto a la responsabilidad de los hospitales y clínicas recién surgirá, en principio, cuando se acredite la culpa médica. Vale decir, que el incumplimiento de aquéllas necesariamente va a estar ligado al incumplimiento previo de los deberes que estaban en cabeza de los galenos.- Al respecto, se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre los hospitales y clínicas una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda. O sea, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general

de la buena fe (art. 1198, primer párrafo, del C.C. y actual Art 961 del CCYCN). En otros términos, existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesoria para la preservación de la personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Es que si el hospital se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente es responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida (Ver Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad", suplemento especial La Ley, septiembre de 2005, p. 4; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 468, N° 1431 quáter, 5° edición, Buenos Aires, 1987).- El establecimiento asistencial se compromete con el paciente a cumplir una determinada prestación médica, en un vínculo contractual por el cual pesa sobre él un deber de responder que es reflejo o de garantía por el actuar ajeno, debiendo cargar en forma directa dicho deudor con las consecuencias dañosas que la actividad imputable a los sujetos afectados a tal fin han generado. El fundamento de esa responsabilidad reside en la existencia de una obligación de garantía por la conducta de los encargados o ejecutores materiales de la prestación (Augusto César Belluscio, "Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad civil de los sanatorios" L.L. 1979-C-23, nro 5) (CNCiv. Sala F, agosto 27/ 2010, L. 536.580 "Hourteillan Horacio Ismael y otro c/ Palacios, Mónica Mabel y otros s/ daños y perjuicios", expte. n° 24.919/99, ver voto del Dr. Fernando Posse Saguier) Ídem Sala F, 20/10/2014 ? C. C. M. c/ OSDE y otro s/ daños y perjuicios? Cita: MJ-JU-M-90571-AR | MJJ90571 | MJJ90571).- Asimismo y en cuanto a la obra social tiene dicho la jurisprudencia de esta Excm. Cámara que es responsable por su prestadora, ya que debe haber ponderado convenientemente su idoneidad, para el cumplimiento de las prestaciones a sus afiliados, concluyendo sobre la aptitud y provecho que habrá de redundar en beneficio de su población a través del contrato de locación de servicios que celebraron.- Frente al afiliado damnificado por el incumplimiento de una prestación médica debida, resulta irrelevante la modalidad de contratación adoptada por la obra social con el prestador del servicio de salud porque la obra social asume frente a sus afiliados una obligación accesoria y tácita de seguridad por la eficiencia del servicio de salud' (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Bs. As., 2004, Ed. La Ley, t. II, pág. 480 y sigtes. (CNCiv. Sala F, septiembre 30/ 2014, "Franco, Iris Lorena y otros c/ Zaibac, María Aída y otros s/ daños y perjuicios - responsabilidad de profesionales médicos y auxiliares", Expte. N° 86.315/2005? ídem 20/10/2014 ? C. C. M. c/ OSDE y otro s/ daños y perjuicios? Cita: MJ-JU-M-90571-AR | MJJ90571 | MJJ90571) ídem esta sala Expte N° 60.055/2013 ? Cataldi Samanta Violeta c/ Sánchez Zinny Alberto y otros s/ daños y perjuicios?).- V.- No puede dejar de recordarse que, en procesos como el presente, el dictamen pericial adquiere una especial significación desde que resulta ser, en la generalidad de los casos, la "probatoprobatisima" (conf.: Rabinovich Berkman, R.D. "Responsabilidad del Médico", pág. 239, núm. 52, ed. Astrea, 1999).- En materia de procesos de daños y perjuicios por mala praxis, la prueba pericial resulta de particular relevancia en lo que se refiere al análisis de la conducta desarrollada por el profesional actuante, así como a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama.- Se ha dicho que en materia de responsabilidad médica se acentúa el significado de la pericia, que es evaluada según las reglas de la sana crítica. Cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse. Sin embargo, esa importancia no implica aceptación lisa y llana. El juez no homologa la pericia, la analiza, la examina, la aprecia con las bases que contiene el art. 477 del Código Procesal (Conf. Cipriano, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)", en LL, 1995-C-623; CNCiv esta sala, 10/3/2015 Expte. N° 28.245/2010 ?Oyaneder Mansilla María Angélica de Lourdes y otros c/ Noel Mariano Augusto y otro s/ daños y perjuicios? ídem 5/11/2015 Expte N° 111.441/2011 ?Montoya Cristian Martin c/ Sociedad Itlaiana de beneficencia de Buenos Aires y otro? s/ Daños y Perjuicios).- El dictamen pericial obrante a fs. 912/935 efectuado por el especialista en Neurocirugía Dr. Mario Alberto Rott y el especialista en enfermedades infecciosas Dr. Jorge Vicente Quiroga dictamina y tal como detalladamente señalara el sentenciante de grado, que la actora fue intervenida por primera vez el día 3-1-12005.- La misma refería episodios autolimitados de lumbalgia bilateral de varios años de evolución, y un mes previo a la internación presentó instalación súbita de lumbociatalgia izquierda con parestesias y claudicación de la marcha con trastorno sensitivos, los signos de compromiso radicular según constan en la HC (fs. 51) no estaban presentes, sin contractura muscular paraverterbral, reflejos normales,...presentaba alteración de la sensibilidad superficial a nivel de L4 izquierda y alteración de la sensibilidad profunda alteración de los valores musculares y tono en miembro inferior izquierdo a nivel de las raíces L4,L5 y S1,...en cuanto a su estado general y conforme la historia clínica la paciente presentaba obesidad.- Indica el informe que la paciente fue intervenida en cinco oportunidades por hernia de disco, dos toilettes quirúrgicas de la herida y una cirugía correspondiente a la colocación de vía central en quirófano.- Que conforme la prueba ofrecida y antecedentes de la actora, la misma presentaba una patología que a criterio del experto, debía ser intervenida quirúrgicamente dado que ya había realizado tratamiento conservador kinésico como farmacológico, y los estudios complementarios se observa una hernia de disco extruida y migrada (desplazamiento del fragmento discal dentro del conducto raquídeo) si bien hubiese sido conveniente a criterio del perito hacer un tratamiento de adelgazamiento, previo al acto

quirúrgico, dado que por lo antecedentes recabados no se evidencia un situación de emergencia.- En cuanto a las complicaciones padecidas se consigna "...infección de sitio quirúrgico por enterococofaecalis y enterobacter..." y según clínica médica una discitis.- Se trata de una infección profunda de los tejidos intervenidos puede considerarse intraoperatoria.- Señala el dictamen que la actora al momento del examen desde el punto de vista infectológico no presenta osteomielitis en actividad.- En cuanto a la primera operación, de las constancias de la historia clínica no surge un estado de emergencia en la actora y respecto a la segunda surge que la misma estaba indicada, dado que continuaba con marcado dolor y presentaba disminución de fuerza en miembro inferior izquierdo, por lo cual se practicó una resonancia nuclear y a fs 56 el consentimiento informado menciona recidiva de hernia discal.- La recidiva se define como la presencia de nuevo material en el canal raquídeo proveniente de un segmento previamente intervenido tanto el mismo lado como el opuesto.(ver rpta 20) los índices de recidiva citados en la bibliografía se ubican entre el 3% y 19%.- En cuanto a la cicatriz que padece la actora y si tiene vinculación causal con los hechos de autos, destaca que todo acto quirúrgico para tratamiento de patología de columna cervical deja una cicatriz, en el caso de la actora no se considera que deba ser tratado estéticamente ya que debe tener en cuenta que la paciente padece hipotiroidismo y antecedentes de infecciones de heridas quirúrgicas que constan en la HC del Hospital Militar Central a fs 103 y 110.(ver rpta 24)- En relación a los antecedentes médicos de la actora se trata de una paciente con hipotiroidismo, obesidad, apendicetomía, colecistectomía y disritmia cerebral (según consta HC del HMC) y cesárea.- Había consultado en diversas oportunidades como consecuencia de lumbalgia y refirió en la evaluación pericial que se le había indicado tratamiento quirúrgico de hernia de disco lumbar, en el Sanatorio Guemes.- Fue internada el día 3/11/2005 para tratamiento quirúrgico de hernia de disco lumbar L4 y L5 no especificando en el consentimiento informado la posibilidad de desarrollar una infección a consecuencia del mismo.- Establece la experticia que en el supuesto de no intervenir quirúrgicamente, con la patología evidenciada, es dable suponer evolutivamente un agravamiento de la misma con la edad y los esfuerzos etc.- En cuanto a si la infección del sitio quirúrgico es una complicación que puede evitarse a pesar de adoptarse todas las medidas profilácticas el experto en infectología respondió negativamente, señalando que dichos eventos aun previstos no pueden ser evitados en el 100% de los casos.(ver rpta pto 13 y 14 de fs. 927).- De la documental que surge de autos FLENI puso a disposición de los profesionales actuantes de manera oportuna ya adecuada todos los elementos que se requirieron para tratar a la actora.- Ahora bien señala que la actora presentó un postoperatorio inmediato complicado, dado que luego de la primera cirugía presentó persistencia al dolor, como consecuencia de un fragmento discal residual y luego de la segunda una complicación infecciosa de la región quirúrgica a nivel del espacio intervertebral L4 y L5.- Sin perjuicio de ello se procedió al tratamiento indicado que es la re operación con extracción del fragmento, indicando que "ambas situaciones son complicaciones que se pueden presentar en este tipo de cirugías" y las que fueron resueltas en tiempo y forma (ver fs. 929 rpta 6).- Una vez intervenida la actora, los actos médicos fueron encuadrados dentro de los habituales para un paciente que sufre una complicación quirúrgica y la conducta desarrollada por los médicos infectólogos se encuentra encuadrada en los normas habituales de la especialidad.- En cuanto a si la actora por sus antecedentes y estado al momento de la cirugía presentaba factores propios de incremento de riesgo de infección, la respuesta infectológica fue afirmativa, como si la infección puede ser imputada a la falta de asepsia en el sitio quirúrgico o del establecimiento la respuesta infectológica fue negativa (ver fs. 932 pto 25 y 26).- El dictamen fue objeto de observaciones e impugnaciones a fs 973/984,986/988 996/1002 y fs 1004/1005 respectivamente.- En el responde al pedido de explicaciones de fs. 1021/1031 el perito médico infectólogo señaló en cuanto a la infección profunda esta dado por la ubicación del tejido intervenido, en este caso la columna vertebral y no por el grosor del panículo adiposo.- Asimismo reitera que no es factible la infección "cero" del sitio quirúrgico, en un establecimiento de salud, es una complicación que no puede evitarse a pesar de adoptarse todas las medidas profilácticas, aun en las operaciones totalmente limpias, como las columnarias sobre tejidos superficiales, sin infección aparente, pueden presentar una infección de hasta el 5% según diferentes fuentes.- Una infección del tipo de la descripta en autos no puede ni debe ser necesariamente imputada a la falta de asepsia en el sitio quirúrgico o establecimiento.- Señala los factores propios de incremento del riesgo de infección que presentaba la actora al momento de la cirugía esto es: hipotiroidismo mas obesidad.- Cabe señalar que en el responde de fs. 1025/1031 el perito Mario A. Rot indicó que la obesidad es un factor de riesgo en todo tipo de operaciones, y en cuanto a los kilos que debió haber bajado la actora se debió realizar la relación peso talla aunque no hay un regla fija al respecto, aclarando asimismo que el término complicación, es toda situación anómala que se presente y altere la normal evolución de una patología, durante el tratamiento aplicado ya sea médico o quirúrgico, señalando que dichos eventos no siempre pueden ser evitados aun con un asistencia diligente y oportuna.- En lo relativo a la desprolijidad de la historia clínica atribuida a la codemandada, manifiesta el experto que son simples impresiones personales vertidas por el consultor técnico de la parte actora (ver fs.1029).- Finalmente con estos elementos concretos, el juzgador forma un tipo de comparación abstracto y circunstancial como específico, que sea representativo -axiológicamente- de la conducta que debió observar el sujeto en la emergencia. Y de la confrontación del actuar debido -idealmente supuesto- y el actuar

real, obtiene la conclusión buscada (confr. Bustamante Alsina J., ?Teoría General de la responsabilidad civil?, N° 812, pág. 250 y 251).- Las conclusiones fundadas en principios técnicos cuya crítica no ha sido formulada con bases en argumentos científicos de mayor valor que demuestren su falta de consistencia, ni existiendo otras probanzas que lo desvirtúen, la sana crítica aconseja aceptar sus conclusiones (conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, T. IV, Actos Procesales, pág.720; esta Sala, Expte. N° 75.974/2.000, 22/11/2011, "Lugo, Ernesto c/ Suarez, Eusebio s/ Daños y perjuicios" ídem, 18/2/2014, ?Braccia Mariana Graciela y otro c/ Swiss Medical S.A. y otros s/ daños y perjuicios?).- Sobre estas premisas, no se puede dejar de resaltar el grado de delicadeza y precisión con que se deben valorar las pruebas y circunstancias del caso para determinar la mala praxis, bajo esta perspectiva, a efectos de evaluar la situación de cada una de las responsabilidades, debe colocarse el juez en la situación de las partes en el momento en que los hechos ocurrían, pues la mirada retrospectiva de todo lo que pudo haberse hecho no ayuda a resolver la temática.- Deben colocarse el abogado y el juez en el lugar y tiempo en que el médico actuó y preguntarse si éste lo hizo por uno de los caminos posibles, si fue aceptable la conducta médica en el marco de las circunstancias que rodeaban al caso en esa oportunidad concreta.- No debe olvidarse que el análisis de las conductas, diagnósticos y eventuales tratamientos o intervenciones no pueden sino efectuarse de manera retrospectiva, es decir, valorando las conductas de conformidad a las circunstancias de tiempo y lugar (conf.: art. 512, C. N. Civ., Sala F, 14/06/2000, ?R.G., M.E. y otro c. M.C.B.A. y otro?, L. L. 2001-C, 432, con nota de Roberto Angel Meneghini - DJ 2001-2, 409).- La culpa profesional no se evalúa por el resultado insatisfactorio sino por la inadecuación de los medios empleados o la técnica aplicada, esta imprecisión en la determinación de la adecuación causal entre el obrar médico y el estado actual del actor impide establecer la responsabilidad en los términos que se planteara la presente acción de daños.- El médico será responsable con base en factor subjetivo de atribución, en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá en principio, elementos suficientes para inferir la culpa de que informa el art.512 del Código Civil (Buenos, 1ª edición, pág. 237; 3ª edición renovada, Hammurabi, 2006, pág. 569; Prevot, Juan Manuel: ?Responsabilidad civil de los médicos?, pág. 263, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008).- Sentado ello y del análisis de las referidas pericias médicas resulta dudoso, tener por establecida la necesaria relación de causalidad exigida por la normativa legal, no surge de ellas ningún elemento de prueba, que permita establecer que la causa probable de la hipoglucemia grave padecida se debiera a negligencias, impericias, error de diagnóstico o no haber cumplido con un procedimiento que debía ser el indicado al caso, como para imputar responsabilidad a los aquí accionados.- Sobre la base de la valoración conjunta de los elementos de convicción existentes en autos, mas allá del reparo formulado por el experto en cuanto a la urgencia en la intervención quirúrgica y respecto del cual el sentenciante de grado ha efectuado el pertinente abordaje- he concluir que fueron adoptadas las medidas diagnósticas y terapéuticas relacionados con la patología evidenciada y los actos médicos encuadrados dentro de los habituales para una paciente que sufre las complicación quirúrgica señalada, las que a su vez fueron resueltas en tiempo y forma.- En virtud de la conclusiones periciales reseñadas y que fueran analizadas rigurosamente en el fallo apelado, ello he de concluir que no se ha logrado demostrar la mala práctica médica alegada en la demanda, ni la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil, en síntesis, no ha quedado acreditada en autos que el obrar del profesional haya vulnerado la lex artis, como para imputar responsabilidad alguna en los términos que ha sido iniciada la presente acción de daños, aún atendiendo a las indiscutibles y dolorosas secuelas padecidas.- V.- En cuanto a la historia clínica hemos sostenido que forma parte del acto médico y es el instrumento básico del buen ejercicio sanitario, porque sin ella es imposible que el médico pueda tener con el paso del tiempo una visión completa y global del paciente para prestar asistencia.- Asimismo, la historia clínica tiene una finalidad ética, ya que a través de ella se podrá evaluar la calidad asistencial que es considerada como un derecho del paciente derivado del derecho a una asistencia médica. Ello, en virtud de que se trata de un fiel reflejo de la relación médico-paciente, así como un registro de la actuación médico-sanitaria prestada al mismo, por lo que su estudio y valoración permiten establecer el nivel de calidad asistencial prestada. (Conf CNCIV, esta sala, 2/5/2019 Expte N°30385/2007 ?Cosoli Laura Viviana y otros c/ Clínica Privada Nuestra Señora del Carmen y s/ daños y perjuicios?).- Sin embargo cabe señalar que el llenado defectuoso de una historia clínica no constituye en forma autónoma un supuesto de responsabilidad, los defectos u omisiones en su confección -ante la falta de toda prueba por parte del médico- autorizan a extraer presunciones en su contra (Conf C. de Apel en lo Civ, Com, Minas, de Paz y Trib de Mendoza, 28/12/2012, "G. R. E. c/ G. A. V. s/ daños y perjuicios" MJJ77472).- Aun cuando es cierto que las deficiencias o enmiendas de la historia clínica en algunos casos puedan generar una presunción desfavorable en contra de quienes tienen el deber de confeccionarla y de asentar en ella todos los pormenores necesarios, ese elemento sólo no alcanza para tener por acreditada la culpa de los médicos ni la responsabilidad del ente asistencial, pues debe ponderarse en relación con los antecedentes que presenta cada caso y atendiendo a las demás pruebas aportadas por las partes.(Conf CNCIV, sala L, ?A. M. P. y otros c/ Instituto Dupuytren y otros s/ daños y perjuicios 7/11/2011, Cita: MJ-JU-M-70411-AR | MJJ70411 | MJJ70411).- Cabe advertir tal como lo señalara el sentenciante de

grado, la historia clínica ha sido la fuente en la que los expertos se han basado a fin de elaborar su informe y responder ampliamente los puntos propuestos.- En este sentido no se han acreditado en los presentes obrados, las irregularidades generadoras de responsabilidad, en orden a omisiones de elementos indispensables que debían componerla historia clínica (art 377 del CPCC) ello a tenor de lo expuesto en la analizada experticia, las omisiones detectadas no constituyen fuente de responsabilidad profesional, en la medida que los tratamientos aplicados no hubieran sido distintos y los administrados fueron adecuados al caso.- En cuanto al consentimiento informado no desconozco que en los últimos años la autonomía de la voluntad ha adquirido, un peso que antes no tenía y así, se ha llegado a sostener que la ausencia de consentimiento importa una invasión en la esfera íntima del paciente que por sí sola resulta dañosa y que su falta hace responsable al médico por los riesgos de la intervención aún cuando no haya habido negligencia en la práctica (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad de los médicos", Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, pág.211/212; López Meza, Marcelo J, "Pacientes, médicos y consentimiento informado", LL 2007-B-867) Así hemos sostenido que la licitud de cualquier tratamiento médico está subordinada al mismo. ¿Esta afirmación de la que ya ninguno duda es la manifestación del derecho a la libertad, el paciente debe dar su conformidad para el tratamiento, ejercita ese derecho haciendo uso de la facultad de decidir libremente lo que concierne a su persona? (Tobías José W, ¿El consentimiento del paciente en el acto médico?, E. D 93-803).- Asimismo, el derecho a la salud y a la integridad psicofísica, derechos implicados de manera sustancial en la relación-médico paciente, ha sido desplazada de la órbita de los derechos estrictamente individuales, para quedar enmarcada en el marco de los derechos sociales y colectivos, de forma más contundente a partir de la reforma constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, afianzando la primacía de la persona (arts. 42 y 75 inc. 22. Constitución Nacional).- También cabe hacer referencia a que en la práctica los médicos suelen informar al paciente verbalmente durante la consulta sobre la naturaleza, riesgos, alternativas y beneficios del estudio o la intervención a la que debe someterse pero aún cuando entiendo que la omisión de cumplir con el deber de informar vulnera la autonomía del paciente y su derecho a la autodeterminación, considero que la cuestión resarcitoria debe ser resuelta a la luz de la teoría de la causalidad adecuada, por lo que sólo deben indemnizarse aquellos daños que tengan una adecuado nexo de causal entre la ausencia del consentimiento y el perjuicio que sufrió el paciente (conf. Calvo Costa, Carlos Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año VI, N° 4, Ed. La Ley, pág. 39).- "El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual luego de brindársele suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o bien negarse al mismo (Highton Elena I. y Wierzba Sandra M. "La relación médico paciente: el consentimiento informado" Ad.-Hoc Buenos Aires, 2003 2° ed. Actualizada y ampliada). La ley 17.132 da una pauta específica respecto del deber de informar que pesa sobre el médico, en cuanto dispone su art. 19, inc.3° que los profesionales de la salud (médicos, odontólogos y demás colaboradores) deben "respetar la voluntad del paciente", es decir, que debe requerirse el consentimiento de los pacientes o sus representantes, como paso previo a la realización de un procedimiento, debiendo prestarse por escrito cuando se trata de una operación mutilante. Pensamiento al que adhiero y que hoy se encuentra receptado en la ley 26.529 en los arts. 2 inc. e) y f) y del 3 al 9 con posteriores modificaciones en la ley 26.742. exige en forma insoslayable que antes de consentir un determinado tratamiento, el paciente sea adecuadamente informado -de manera clara y comprensible- sobre distintos aspectos (art. 5), entre los cuales se cuentan riesgos y beneficios de la práctica a realizar.- Tiene dicho la jurisprudencia que el consentimiento informado es un proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación médico-paciente, que culmina con la autorización que el paciente, que goza de discernimiento y de autonomía para tomar decisiones (o, en caso contrario, su representante), confiere al profesional de la salud para la realización del acto médico, previa información oportuna, veraz, clara, comprensible, completa y adecuada sobre su estado de salud, y acerca del tratamiento que se le propone realizar, características, alcances y objetivos del mismo, alternativas terapéuticas (si las hubiera), beneficios esperados, riesgos y posibles complicaciones o efectos adversos relativos al procedimiento, controles y pautas de alarma que debe cumplir, y riesgos para la salud de no aceptar la realización del tratamiento (cfr. Acevedo, Rafael, ob. cit., pág. 84.).(Conf CNCiv Sala B, 5/2/2015 ? C. B. N. c/ B. D. A. y otro s/ daños y perjuicios? Cita: MJ-JU-M-91425-AR | MJJ91425 | MJJ91425).- La jurisprudencia sostiene que para que el consentimiento se encuentre efectivamente acreditado debe probarse que el paciente pudo preguntar y que sus preguntas fueron contestadas por el profesional, y que, dada la operación en particular, el paciente conocía los riesgos que ésta llevaba ínsitos para su salud .- Entiendo que en casos como el presente en que habiéndose adjuntado los instrumentos que acreditan el aludido consentimiento, (ver fs 55,56,265,266,267de la HC) la carga probatoria de la omisión culposa atribuida al galeno, pesaba sobre la accionante, a fin de responsabilizar al médico tratante por las consecuencias no queridas del acto quirúrgico practicado.- Sentado ello y en virtud de las consideraciones expuestas propongo al acuerdo rechazar los agravios de la parte actora y, por ende, confirmar la sentencia de grado en cuando rechaza la demanda promovida.- VI.-Costas Respecto de su imposición, el Código Procesal ha adoptado en

su art. 68, el principio objetivo de la derrota, que no implica una suerte de penalidad para el litigante vencido, sino que simplemente tiene por objeto resarcir a la contraria de los gastos que su conducta lo obligó a realizar.- El principio objetivo del vencimiento que sirve de fundamento a la imposición de las costas no supone necesariamente la derrota del discurso del vencido por el del vencedor, sino que opera también cuando la pretensión del primero (en el caso trasuntada en la gestión recursiva incoada) es inadmitida por deficiencias propias; tal circunstancia acarrea para el oponente el dispendio derivado de la imperatividad de concurrir a defenderse, independientemente de que los argumentos fundantes de la defensa sean o no tenidos en cuenta para repeler la pretensión, por cuanto tan vencido es quien resulta superado por las razones de la contraria como quien fracasa por "mérito" propio.-

Al decir de Chiovenda, la justificación de esta institución está en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar, naciendo su imposición del deber del juez de condenar al derrotado (conf. FenochiettoArazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. 1, pág. 280 y ss.).- En materia de costas, sabido es que como regla ellas deben ser impuestas al vencido (cfr. el primer párrafo del art. 68 del Código Procesal; Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial...", AbeledoPerrot, t. I, pág. 385; Alsina, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil...", Ediar, 1961, t. IV, pág. 535, núm. 7.a; Palacio, Lino. E., "Derecho Procesal Civil", AbeledoPerrot, t. III, pág. 366, núm. 312).- La preservación de la integridad del resarcimiento o, en términos generales, del derecho reconocido en la sentencia, justifica que sea el vencido quien cargue con las costas derivadas del litigio, pues, de lo contrario, los gastos realizados para obtener ese reconocimiento se traducirían, en definitiva, en una disminución del derecho judicialmente declarado.- En virtud de las consideraciones expuestas y a la luz de las circunstancias objetivas de la causa propongo rechazar la queja planteada al respecto, confirmando lo resuelto en la instancia de grado.-

Por las consideraciones efectuadas, doy mi voto para que: a) Se confirme el fallo apelado en todo lo que ha sido objeto de apelación y agravio, con costas de Alzada a la accionante vencida (Art 68 del CPCC).- Tal es mi voto. La Dra. Beatriz A. Verón adhiere al voto precedente. La Dra. Patricia Barbieri no interviene en el presente acuerdo por encontrarse en uso de licencia (Art. 14 del RJN y 34 inc. c) del Régimen de Licencias por Acordadas 34/77 y 12/04 CSJN; conf. Resoluciones N° 362/19 y N°456/19 del Tribunal de Superintendencia). Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales por ante mí que doy fe.

Buenos Aires, 9 de Mayo de 2019. Y VISTOS: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal RESUELVE: 1.Confirmar todo lo decidido en la sentencia en crisis que fuera motivo de apelación y agravios. 2.Imponer las costas de Alzada a la accionante vencida. 3.Para conoce los honorarios regulados a fs 1484 /1485 y que fueran apelados a fs 1491,1493,1503,1519, por altos y bajos respectivamente.- Dado que los trabajos profesionales que abarca la regulación de honorarios venida a conocimiento del Tribunal fueron desarrollados antes de la entrada en vigor de la ley 27.423 (B.O.22/12/17) y que la observación del PEN efectuada al art.64 y otros concordantes de dicha norma (ver Decreto 1077/17 del 21/12/17) exige el análisis de cada caso concreto para evitar la afectación del normal desenvolvimiento del servicio de justicia y el ejercicio de la abogacía, la cuestión se examinará a la luz de las pautas arancelarias previstas por la ley 21.839 (conf.art.7° Cód.Civil y Comercial). Ello, sin desmedro de la aplicación de la nueva normativa arancelaria respecto de los honorarios que se devenguen por tareas profesionales posteriores. En consecuencia el Tribunal resuelve en atención a como ha sido resuelta la cuestión, monto comprometido, naturaleza del proceso, calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado, cantidad de etapas cumplidas, resultado obtenido, y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1, 6, 7, 8, 9, 10, 19, 38 y conc. de la ley 21.839, merituando los trabajos desarrollados por los expertos se aplicará el criterio de la debida proporción que los emolumentos de los peritos deben guardar con los de los demás profesionales intervinientes en el proceso (conf. C.S.J.N., Fallos 236:127; 239:123; 242:519; 253:96; 261:223; 282:361) por resultar ajustados a derecho, confirmar los honorarios regulados a letrados y demás profesionales en la instancia de grado. 4.Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase. FDO.: MARTA DEL ROSARIO MATTERA - BEATRIZ A. VERÓN. ES COPIA FIEL DE SU ORIGINAL QUE OBRA A FS. 1607/ 1618. CONSTE.

040440E