

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 21307/06-STJ-

SENTENCIA N° 49

///MA, 14 de agosto de 2008.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Víctor H. Soderó Nievas, Alberto I. Balladini y Luis Lutz, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Alvarez, para el tratamiento de los autos caratulados: "GULLOTA, Nicolás c/CLINICA VIEDMA S.A. y Otro s/CASACION" (Expte. N° 21307/06-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial para resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 1227/1244 y vta., deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuarial. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:----- C U E S T I O N E S --

-----1ra.-Es fundado el recurso?-----

-----2da.-Qué pronunciamiento corresponde?----- V O T A
C I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Soderó Nievas dijo:-----

-----La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 1211/1219 y vta., por la cual resolvió rechazar el recurso deducido por la actora, confirmando -en consecuencia- en todas su partes el pronunciamiento dictado por el Juez de Primera Instancia de fs. 1116/1135 y vta., que en lo que aquí importa resolviera: I) No hacer lugar a la demanda incoada por el señor Nicolás Gullota contra el doctor Jorge Eduardo Moser y la Clínica Viedma S.A. y las citadas en garantías Federación Patronal de Seguros S.A. y San Cristóbal Sociedad Mutual///.- ///.-de Seguros Generales.-----

-----Contra lo así decidido se presenta la parte actora a fs. 1227/1244 y vta. interponiendo recurso extraordinario de casación, siendo contestado el mismo por la representación de Federación Patronal Seguros S.A. a fs. 1251/1257 y vta., por la

Clínica Viedma S.A. a fs. 1259/1264, y por el apoderado del doctor Eduardo Jorge Moser y de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 1266/1272, respectivamente.- - - -

-----Al respecto, la actora aduce en sustento del recurso extraordinario local deducido, que la sentencia impugnada ha incurrido en la violación de los arts. 18, 28 y 31 de la Constitución Nacional, art. 200 de la Constitución Provincial, arts. 164 en función del 163 inc. 5*), 386 y 388 del CPCyC., por haberse juzgado el caso, con arbitrariedad y absurdidad, ignorando el principio de razón suficiente y las reglas de la sana crítica racional a las que debe ajustarse toda sentencia judicial.- - - - -

- - - - -

-----Respecto de la pericia médica, argumenta que no se han observado los arts. 457 y 477 en función de los arts. 386 y 163, inc. 5* (por remisión al art. 164) del CPCyC., al considerarse dicha prueba como “única e indispensable”, con total desprecio de las reglas de la sana crítica racional que establecen la valoración del conjunto probatorio, incluyendo todos los indicios y presunciones que surjan de los hechos probados y de las normas procesales.- - - - -

-----Argumenta que también se viola el art. 200 de la Constitución Provincial porque para demostrar el derecho del actor se exige la pericia médica con valor de prueba tasada, sin sustento legal y sin una motivación racional (o sea arbitraria y absurda). Asimismo, se viola el art. 200 de la Constitución Provincial y el art. 163, inc. 5* del CPCyC., ///.- ///2.-porque omitió decidir sobre la presunción del art. 388 del CPCyC., planteada en el recurso de apelación, siendo que una resolución favorable sobre esa presunción invertiría totalmente el resultado del litigio; o sea, obtendría una sentencia diferente y favorable a su parte.- - - - -

-----Atribuye a la sentencia contener afirmaciones y apreciaciones dogmáticas, desconociendo constancias del expediente al sostener que el señor Gullota “dejó de producir en tiempo y forma la prueba pericial médica” (fs. 1216 vta.) y que la misma “fue abandonada en su realización por falta de instancia del propio demandante, a cuyo cargo estaba activar su producción” (fs. 1217 vta.). Sostiene que la pericia pudo instarla cualquiera de las partes porque era una prueba común; y que además su parte hizo todo lo que legalmente se pudo para que la pericia se hiciera, la que finalmente no se logró por culpa de la demandada quien no aportó injustificadamente la documentación que les resultaba “indispensable” a los peritos (fs. 932).- - - - -

-----Afirma que se ha omitido la valoración de hechos y pruebas esenciales,

vulnerándose los arts. 200 de la Constitución de la Provincia y 163 inc. 5* del CPCyC., al no ponderarse la confesión ficta de la Clínica Viedma S.A.. Estima que la Cámara violó la doctrina legal de la “previsibilidad” expuesta por el S.T.J.R.N. in re: “KANJE”, Se. N° 51/02; como así también incurrió en el absurdo al valorar la prueba rendida en autos, omitiendo aplicar la teoría de la “carga de la prueba dinámica”.- - - - -

-----En relación a la confesional del demandado Moser, aduce que su valoración es absurda y arbitraria, sin perjuicio de que considera que también se violaron los arts. 400, siguientes y cdtes. del CPCyC., porque se le da valor de “testimonial”///.- ///.-a la “confesional”.- - - - -

-----Finalmente sostiene el recurrente que también se aplica erróneamente la ley de fondo, en el caso, los arts. 512, 902, 1068, 1109, 1113 y cdtes. del Código Civil, etc..- - - - -

-----Se agravia finalmente por las costas impuestas y por el monto de la remuneración que se le asignó en la incidencia resuelta a su favor.- - - - -

-----Previo a ingresar al análisis de los agravios esgrimidos por el recurrente, para una mejor comprensión será menester un breve recuento de los términos en que quedó trabada la litis.-

-----Se inicia el presente juicio sumario con la demanda promovida a fs. 1/8 por el señor Nicolás GULLOTA contra la Clínica Viedma S.A. y el doctor Eduardo Jorge MOSER por la suma de \$ 300.000 y/o en lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con el objeto de obtener la indemnización por negligencia médica que derivó en graves perjuicios físicos, daño moral y material.- - - - -

-----Expresa que, luego de realizar una consulta con su médico de cabecera doctor Ernesto Motti, éste le indicó -previo estudios efectuados- que era necesaria una intervención quirúrgica para sacar una pequeña obstrucción en la arteria carótida. Por indicación de su médico y la falta de derivación de su obra social a Bs. As., consulta al doctor Eduardo Moser. Así es que, a principios del mes de agosto del año 1997 entrevista al Dr. Moser en el área de consultorios externos dependientes de la Clínica Viedma y de dicha consulta surge que, efectivamente, resultaba necesaria la intervención quirúrgica al sólo efecto de prevenir males mayores y no porque estuviera causando algún tipo de perjuicio en aquel momento. En tal sentido, acuerda con el médico y se fija fecha de intervención quirúrgica para el día 9.10.1997.- - - - -///.- ///3.- Señala que, conforme la documental que adjunta, ingresó al lugar en que debía operarse

caminando por sus propios medios el día 8.10.97 a las 7,30 hs. en perfecto estado de salud, fue intervenido el día 9.10.97, en el postoperatorio inmediato se lo traslada a la Unidad de Terapia Intensiva (U.T.I.) y a las 24 hs. a la sala común, alojándose en una habitación con otro paciente. Posteriormente, a las pocas horas, vuelve a la UTI con una isquemia cerebral que le dejaría como secuela una parálisis facial y una hemiplejía que lo incapacitaría de por vida.-----

-----Expresa que, a pesar de los incesantes tratamientos posteriores, no se pudo revertir el cuadro clínico aludido, razón por la que en fecha 24.10.97 se le dió el alta definitiva de la Clínica Viedma.-----

-----Destaca que con anterioridad, en fecha 29.06.94, fue sometido a idéntica intervención en el Hospital Italiano de la ciudad de Buenos Aires, con la diferencia que aquella lo fue en la carótida izquierda. En dicha oportunidad debió guardar reposo en la unidad de terapia intensiva por el plazo de tres días y luego fue trasladado al sector de salas, situación muy diferente a la ocurrida en la Clínica Viedma.-----

-----Seguidamente reseña los daños producidos y que padece, expresando que, a consecuencia del hecho dañoso ha quedado definitivamente inválido para el resto de su vida, motivo por el que requiere ser constantemente asistido por otra persona para las más elementales tareas domésticas y siente la humillación de quien toda la vida se ha valido por sus propios medios. Posteriormente relata los distintos daños neurológicos motores y estéticos, moral y psicológico, lucro cesante, etc., cuantificando los mismos.-----

-----En definitiva, la actora argumenta que el hecho dañoso/// ///.-se produjo por impericia del doctor Eduardo Moser, y que debe responder por el estado lamentable de su salud luego del error médico cometido, en tanto el mencionado profesional no supo interpretar correctamente su tiempo de reposo postoperatorio necesario, por cuanto considera que el daño ocurrió porque se ordenó el pase a sala 48 hs. antes de tiempo. Sostiene que la responsabilidad es contractual, habiendo signado un contrato con el Dr. Moser para su operación.-----

-----Que, a fs. 159/165 se presenta la Clínica Viedma S.A. por medio de apoderado y contesta el traslado conferido solicitando se rechace la demanda habida cuenta de la inexactitud de los hechos que la conforman, la inexistencia en el caso de los factores de atribución de responsabilidad y la nula fundamentación jurídica de la pretensión, etc., todo ello con costas.-----

-----A fs. 181/191 se presenta el doctor Eduardo Jorge Moser, por medio de apoderados,

quien contesta el traslado conferido solicitando también el rechazo de la demanda, con costas.- - -

-----Que, a fs. 197 la parte actora contesta los traslados conferidos respecto de la documental acompañada por las demandadas y niega la autenticidad de la historia clínica acompañada por la Clínica Viedma S.A. por los motivos que expone, fincados esencialmente en el hecho de que la demandada ante el requerimiento previo, había dicho que se encontraba en poder del IPROSS, y en que haya aparecido recién al contestar la demanda.- - - - -

-----Que a fs. 218/225 se presenta la Federación Patronal Cooperativa de Seguros Ltda. a fin de contestar la citación en garantía en su carácter de aseguradora de la Clínica Viedma S.A.- - - - -

-----Que a fs. 238 se presenta el Delegado Liquidador de///.- ///4.-Cenit Seguros S.A. y denuncia el estado de liquidación forzosa de tal compañía.- - - - -

-----Que a fs. 259/266 se presenta San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales, por medio de apoderados y contesta el traslado de la citación en garantía en los mismos términos en que lo hiciera el Dr. Moser.- - - - -

-----Que el Juez de Primera Instancia, mediante la sentencia N° 40 de fecha 15 de abril de 2005 resolvió: “I.- No hacer lugar a la demanda incoada por el sr. Nicolás Gullota contra el sr. Jorge Eduardo Moser y la Clínica Viedma S.A. y las citadas en garantía, Federación Patronal de Seguros S.A. y San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales. II.- Imponer las costas a la parte actora (conf. art. 68 CPCC), sin perjuicio del beneficio de litigar sin gastos oportunamente concedido en autos “Gullota Nicolás s/beneficio de litigar sin gastos” Expte. n° 0765/99/2, de trámite por ante este mismo Juzgado. ...”.- - - - -

-----Que, recurrida tal decisión por la actora a fs. 1148 y expresados agravios a fs. 1159/1174, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, a fs. 1211/1219 y vta., mediante la Sentencia N° 21 de fecha 17 de marzo de 2006, resolvió rechazar el recurso deducido y confirmar en todas sus partes las sentencia apelada, con costas al vencido (art. 68 CPCC.).- - - - -

-----Se llega así a la instancia casatoria derivada del recurso que, por su parte articulara el actor Nicolás Gullota y cuyos fundamentos han sido sintetizados “supra”.- - - - -
- -

-----Antes de comenzar a dar tratamiento a las cuestiones traídas a debate, resulta pertinente formular algunas consideraciones previas sobre la siguiente temática:- - - - -

-----I) LA RESPONSABILIDAD MEDICA. La doctrina y///.- ///.-jurisprudencia nacional aceptan en forma prácticamente unánime, que la responsabilidad de los médicos debe encuadrarse en las reglas del incumplimiento de las obligaciones y no en la de los hechos ilícitos, salvo la hipótesis de delito de derecho criminal, como que se encuentra sometida a los principios generales de las obligaciones que enuncian los arts. 499 y ss. y especialmente 512, 519, 520 y 521 del Código Civil (ver en este sentido, Salvat, “Responsabilidad Civil de los Médicos”, L.L. 8-Sec. Doctrina 9; Colombo, “En Torno a la Responsabilidad Civil de los Médicos”, en LL 36-794; Alsina Atienza, “La Carga de la Prueba en la Responsabilidad del Médico. Obligaciones de Medio y de Resultado” en J.A. 1958-III-587; J.A. 74-525; E.D. 39-480; E.D. 74-563; J.A. 1965-III-67; L.L. 115-106; E.D. 43-337; Acuña Anzorena, “Estudios sobre la Responsabilidad Civil”, p. 197; De Gasperi y Morello, A. M., “Tratado de Derecho Civil”, t. IV, ps. 452/454; Goldschmidt, “Alrededor de la Responsabilidad Civil del Médico” en LL 59-273; Llambías, J. J., Raffo Benegas y Sassot, R. A., “Compendio del Derecho Civil. Obligaciones”, p. 859; Alterini, A., Ameal, O., y López Cabana, J. R., “Causa de Obligaciones”, t. II, 1975, p. 491, n. 1862; JA 74-525, C. Civ. 2ª Cap. Federal con nota de Acuña Anzorena, Arturo; JA 1985-IV-368, C. Nac. Civ., Sala G, con nota del Dr. Burniabran; JA 1983-II-156 y ss., C. Nac. Civ., Sala C, voto del Dr. Cifuentes, con profusión de citas doctrinarias; JA 1988-II-30 y ss.; C. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala 1ª con voto del Dr. Félix Trigo Represas; JA 1980-III-524 y LL 1980-C-294; LL 1976-C-67; LL 1986-A-469; conf. C. Nac. Civ., Sala K, del 13/06/2006, “H., J. M. v. Clínica de la Sagrada Familia y otro”, Publicado en Revista de Jurisprudencia Argentina el 15/11/2006).- - - - -

-----Es que la responsabilidad médica se genera en la///.- ///5.-medida que el desempeño de su actividad haya provocado lesión al interés de cumplimiento que tiene el paciente, que es el acreedor de la prestación.- - - - -

-----La doctrina más moderna propicia juzgar la responsabilidad de los profesionales a la luz del deber general de obrar con prudencia, diligencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Código Civil) que corresponden a las circunstancias de personas, de tiempo y de lugar (art. 512), todo ello dentro del marco de licitud en que tiene que desenvolverse la libertad de no actuar (art. 1071) (conf. GOLDENBERG, Isidoro, “La Relación de Causalidad de la Responsabilidad Civil”, p. 161; BORDA, “Obligaciones”, 3ra. ed., T. II, n° 1310; BUSTAMANTE ALSINA, “Responsabilidad del Médico por Omisión de Asistencia”, LL, 1980-A,408; MOSSET ITURRASPE, Jorge,

“Responsabilidad por Daños”, ed. 1998, t. I, p. 64 y sgtes.).- - - - -

-----En el plano fáctico, el de la realidad, el punto de partida no está constituido por el análisis de la prestación médica en abstracto o a priori, sino por la constatación objetiva de que ha quedado frustrado en concreto el fin al que esa prestación debió orientarse: restablecer la salud (en sentido amplio) del paciente. Si tal frustración ha acaecido, corresponderá -o no- atribuir o imputar el daño a la mala prestación médica a través del análisis de la relación causal entre el daño y el eventual incumplimiento de la prestación.- -

-----En este plano, pues, hemos de situarnos en la estricta órbita de la responsabilidad por culpa o negligencia del médico con los alcances que establece el art. 512 del Cód. Civil. Como bien se ha señalado, para que se configure responsabilidad debe existir la necesaria provocación de un daño, por cuanto sin ese perjuicio objetivable, el mero incumplimiento obligacional resulta jurídicamente irrelevante (HIGHTON, Elena I,///.-///.-“Prueba del Daño por Mala Praxis Médica”, en Revista de Derecho de Daños, N° 5, Bs.As, 1999, p. 75; COSTA, Enzo F., “El Incumplimiento de la Obligación de Asistencia como Causa de la Responsabilidad Médica”, ED, 154-927; TRIGO REPRESAS, Félix, “El Carácter Conjetural de la Medicina y la Configuración de la Mala Praxis Médica”, LL, 1997-C,590).- - - - -

-----Es que la existencia de la relación de causalidad está necesariamente vinculada a la imputación que se hace al autor de las consecuencias de su hecho (arg. arts. 901 y sgtes., Cód. Civil) y es, necesariamente, cuestión previa a la determinación de la culpabilidad (conf. BREBBIA, Roberto H., “La Relación de Causalidad en el Derecho Civil”, Rosario, Juris, 1973, n° 6; GOLDENBERG, Isidoro H., ob. cit., 2da. ed., La Ley 2000, ps. 39 y sgtes.).- - - - -

-----Probada la relación causal, cuando alguien imputa al médico un negligente desempeño o atención soporta la carga de probar no sólo el daño que ha padecido o padece sino la culpa de aquél, la mala praxis en cuanto ha sido causa de ese daño, el factor de atribución de su responsabilidad. Es decir, la carga probatoria corresponde a quien la invoca, con mayor razón si quien pretende una reparación se basa específicamente en el mal desempeño del facultativo (conf. CNCiv., Sala A, 8.7.97, JA, 2000-I-187, secc. Índice n° 44).- - - - -

-----Pero se coincide también con que la posición procesal del demandado no es pasiva, sino que el médico demandado carga con el deber de aportar los elementos necesarios que hacen a su descargo (arg. art. 377 CPCyC.).- - - - -

-----II) HISTORIA CLINICA. Ricardo L. LORENZETTI ha dicho que la historia clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en el que se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del///.- ///6.- paciente.- - - - -

-----Desde el punto de vista jurídico, siendo que el médico tiene el deber de información, la historia clínica es la documentación del mismo. Ello significa que el galeno tiene el deber de informar, asentando los datos relevantes del diagnóstico, terapia y de la enfermedad del paciente. Así se ha dicho que “no debe olvidarse que frente al derecho del paciente a ser informado y acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento”.- - - - -

-----Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplimiento de una carga informativa en el proceso, derivada de aquel deber secundario de conducta.- - - - -
- - - -

-----El galeno debe informar y como consecuencia de ello hacer llegar la documentación en que consta el cumplimiento de dicho débito al proceso. De allí que el incumplimiento de ese deber procesal conduzca a una inversión de la carga de la prueba sobre aquellos hechos que no constan en la historia clínica.- -

-----La historia clínica es un registro de datos médicos sobre el diagnóstico, terapia y evolución de la enfermedad del paciente. Quien lleva un registro de datos tiene obligaciones. En primer lugar, consignar la información relevante para el fin que ha sido creado el banco y no para otra cosa, porque se desvía del objetivo que la ley tuvo en miras al reconocerlo y constituye un acto abusivo (art. 1071 bis, Cód. Civil).- - -

-----De ello se sigue que la persona cuyos antecedentes van a ser procesados debe ser notificada de ese hecho, del tipo de información y del destino que se le van a dar a sus datos, requiriéndosele el consentimiento.- - - - -

-----Apreciada como banco de datos específicos, se ha indicado que la historia clínica debe ser elaborada con precisión,///.- ///.-corrección y con el mayor detalle posible. Por ello se ha indicado que debe contener:- - - - -

-----* Los datos del paciente y de la enfermedad, como así también un relato de los principales hechos. Se ha dicho con base en las opiniones del perito médico de la causa (Cám. Nac. Civ., Sala J, “M., C.R. y otro c/Municipalidad de Bs. As.”, LL del 15.02.94) que deben estar bien redactadas, completas, exactas, resaltando los hechos de mayor importancia, los resultados de la exploración física, indicando los datos negativos

porque señalan que no se olvidó el detalle particular y que el síntoma o el signo no era evidente en el momento de la exploración. Cuando se da el alta al paciente o se lo traslada de hospital, se debe abrir un capítulo denominado epicrisis con el comentario del diagnóstico de ingreso, su evolución y estado de egreso, con firma y sello de médico.- - - - -

-----* Debe ser clara, precisa, completa y metodicamente realizada (SCJBA., Ac 48.759 del 3.11.92).- - - - -

-----* No es el simple relato sino también las consideraciones que hace el médico al terminar de analizar al enfermo y las valoraciones según su criterio.- - - - -
- -

-----* Las historias clínicas deben ser actualizadas diariamente a fin de dar cumplimiento a las normas establecidas en el departamento de cirugía. Todos los resultados de una exploración física deben ser anotados completa y minuciosamente, no sólo para documentar el acto médico, sino para llegar a un diagnóstico y establecer un pronóstico para el bien del paciente, siendo obligación de las jefaturas correspondientes arbitrar los medios e impartir las órdenes necesarias, así como vigilar su cumplimiento (Cám. Nac. Civ., Sala M, 25.11.91, “Sobrero de Alvarez, Delia R. y otro c/Municipalidad de la Capital”, J.A. del 03.06.92).- - - - -
- - - - - Vázquez Ferreyra enseña que “en el citado documento obran o deben obrar no sólo los antecedentes del paciente y su estado actual, sino también la ficha de anamnesis, el diagnóstico, la terapia o tratamiento a aplicar, la evolución del paciente, la medicación suministrada ...” (VAZQUEZ FERREYRA, “La Importancia de la Historia Clínica en los Juicios por Mala Praxis Médica” en LL del 25.03.96).- - - - -

-----La jurisprudencia ha sido muy estricta, señalando por ejemplo que “la historia clínica no es el simple relato, la descripción de una enfermedad aislada: comprende además el comentario, las consideraciones del médico al terminar de analizar al enfermo, y valorar los datos recogidos según su criterio; debe ser clara, precisa, completa y metodicamente realizada. Y su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional” (Cám. Nac. Civ. y Com. de San Nicolás, 23.04.94, J.A. del 15.3.95).- - -

-----La omisión de datos como elementos de inversión de la carga probatoria. Como se ha indicado al tratar el deber de información y la regla probatoria derivada del mismo, las omisiones en la historia clínica producen un efecto jurídico importante: la traslación de la carga probatoria.- - - - -

-----Bueres ha dicho que: “se probó fehacientemente que la historia clínica estaba plagada de deficiencias y de omisiones ... este hecho es imputable a todos los médicos que intervinieron directamente en la atención del menor Estas razones suponen graves irregularidades, son suficientes para generar una presunción judicial de culpa que imponía a los demandados la prueba de su falta de culpa.” (Cám. Nac. Civ., Sala D, “Calcaterra y otros c/Municipalidad de Bs. As.”, LL del 17.09.91).- - - - -

-----Por su parte, Gheresi afirma que la historia clínica///.- ///.-es como la presunción de la contabilidad para el comerciante, si la lleva en orden juega a su favor, pero si es deficiente, incompleta, etc., juega inmediatamente en su contra (GHERSI, Carlos, “Responsabilidad de la Entidad Sanatorial”, en J.A. 1991-III-553).- - - - -

-----Andorno señala que su confección incompleta constituye una presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional (ANDORNO, “Responsabilidad Civil Médica, Deber de los Facultativos”).- - - - -

-----También hay una fuerte línea jurisprudencial en dicho sentido:- - - - -

-----Así, se estableció que “las omisiones y deficiencias de la historia clínica sólo pueden perjudicar a la demandada ya que sus constancias son aptas para interpretar la labor de los médicos actuantes.” (Cám. Nac. Civ., Sala J, “M. C. R. y Otro c/Municipalidad de Bs. As.”, LL., del 15.02.94).- - - - -

-----Se sostuvo: “La carga de la prueba es del actor. El profesional médico no tiene que demostrar su actuar diligente, sino ante lo incompleto de la historia clínica debe aportar al proceso los datos faltantes en la misma, toda vez que dependiendo de él -que tuvo en sus manos el tratamiento del paciente- al no ser arrimados al proceso, crean en su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional, que a él corresponde desvirtuar.” (SCJBA., “Acosta, Ramón y otra c/ Clínica Indarte S.A. y otro”, J.A. del 13.10.93; citado por Galdós, “Prueba, Culpa Médica y Carga Probatoria Dinámica en la Doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires”, publ. en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XXXV, N° 56).- - - - -

-----“La carencia de la referida historia clínica impide contar con un elemento valioso de prueba ... ausencia esta que debe perjudicar a la demandada, a quien le era exigible, como///.- ///8.-colaboración, en la difícil actividad esclarecedora de hechos de la naturaleza de los que se trata” (Cám. Nac. Civ., Sala E, “Sachi de Reggie, Teresa

c/Altman Canestri, Edgardo”, LL. 1981-D-132). (conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. II, ps. 243/255).- - - -

-----III) CONSENTIMIENTO INFORMADO. En principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente. Esta directiva se impone de manera incontenible dado que tiene en cuenta uno de los aspectos más salientes de la libertad personal y, asimismo el enfermo dispone - genericamente- de su cuerpo (insipienter volenti non fit iniuria).- - - - -

-----Visto así el asunto, la persona tendrá derecho a elegir el médico que la asistirá, el sistema operatorio a adoptar entre los aconsejados, el instituto asistencial de internación y hasta podrá ejercer, ad libitum, el derecho de arrepentimiento.- - - - -

-----Bustamante Alsina expresa que el reconocimiento de la existencia de un contrato médico es de suma importancia, ya que la medicina humanista reposa sobre la idea contractualista: es así que el cuerpo -ab initio- no puede ser tocado sin el consentimiento del paciente, en tanto éste sea mayor de edad y no esté privado de la razón (BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, N° 1390, p. 399).- - - - -

-----A fin de obtener la declaración de voluntad del asistido, el profesional tratará de persuadirlo sobre la necesidad del tratamiento. Si a pesar de las sugerencias el enfermo no acepta someterse a la actividad del médico, el galeno deberá negar su ministerio. Esta conclusión fluye de la recta interpretación del art. 19, inc. 3° de la Ley 17.132. Va de suyo que si///.- ///.-el paciente está incapacitado, el consentimiento ha de requerirse de sus representantes legales expresamente instituidos o de los parientes habilitados (que ostentan una representación legal tácita). Si ello no fuera posible, el médico sólo podrá actuar en la medida que lo justifique la situación particular generada por la gravedad extrema del caso. El acto obrado sin consentimiento, fuera de esta última hipótesis excepcional, configura una ilicitud civil y penal.- -

-----La imposibilidad de escrutar la voluntad del enfermo también puede devenir de la urgencia facticamente creada, circunstancia que muchas veces impide, en los hechos, la consulta a los representantes del asistido. Por ejemplo, si durante una operación el cirujano descubre una lesión más seria que la diagnosticada continuará el acto quirúrgico si la inminente y grave situación lo determina. De no mediar esa urgencia,

tendrá que suspender la operación para recabar el consentimiento necesario (Bustamante Alsina, ob. cit. N° 1393, p. 399). En este sentido, la Corte de Casación francesa decidió que si en el curso de una intervención juzgada sin gravedad se descubre la presencia de un tumor cuya extirpación puede tener serias consecuencias, el cirujano se encuentra en el deber de suspender esa oblación para prevenir al enfermo -o a sus representantes- salvo urgencia o necesidad absoluta de proseguir el cometido.- - -

-----Sobre este delicado punto los Mazeaud y Tunc aconsejan que los principios no han de ser rígidos, pues el médico tendrá que considerar si la suspensión del acto quirúrgico para obtener la declaración de voluntad del enfermo, cuando ésta se descarta o puede considerarse segura, no significa una formalidad brutal frente a la perspectiva de realización de una nueva operación, evitable de no exigirse el recaudo ritual (Mazeaud - Tunc,///.- ///9.-“Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Delictual y Contractual”, T. I, Vol. II, ps. 179/180; BUERES, Alberto J. “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Hammurabi, T. 1, ps. 201/203).-----

-----Asimismo, con relación a la información al paciente sobre su estado de salud y tratamiento a seguir, se ha dicho que:- -

-----a) Con miras a la integración del consentimiento el médico explicará al enfermo lo referente a su estado de salud, tratamiento aconsejable, ventajas y desventajas del mismo, etc.. La información se adaptará a las posibilidades de comprensión del asistido, quien por lo general será profano en la materia. En consecuencia, ha de ser simple; no consistirá en el dictado de “un curso magistral”. Tampoco el consentimiento versará sobre los aspectos que hacen a la labor técnica específica del médico, ya que ellos son de resorte exclusivo del profesional.-----

-----b) En nuestro medio y en Francia, entre otros países, se oculta legítimamente al enfermo la información referida a un mal incurable que él pueda padecer (o al menos se deforma la verdad o se impone al asistido la revelación de su estado con la mayor circunspección, según las circunstancias) (BUERES, ob. cit. ps. 204/205).-----

-----En cuanto a la omisión del consentimiento y la negligencia en el tratamiento, se ha dicho que: deben establecerse con precisión las consecuencias jurídicas de la omisión del deber de informar o de su cumplimiento defectuoso.-----

-----Siendo un deber secundario de conducta cuyo incumplimiento puede darse en la etapa precontractual, el mismo puede dar lugar a la nulidad y al resarcimiento del daño

al interés negativo.- - - - -

-----Durante el contrato, puede cumplirse correctamente la///.- ///.-prestación principal y existir falta de información, o bien un cumplimiento culposo de la prestación principal y del deber de informar.- - - - -

-----En estos casos hay que discriminar adecuadamente. Cuando el tratamiento es prestado con culpa, normalmente es irrelevante la discusión sobre el deber de informar, porque la responsabilidad existe con la demostración del primer aspecto.

-----En cambio, cuando la prestación es correcta y no se informó, la cuestión es relevante. También lo es cuando no se puede probar claramente que hubo culpa en el incumplimiento de la prestación principal.- - - - -

-----En estos casos hay que discriminar tanto la culpa como el nexo causal. La culpa surge por no haber informado, o por haberlo hecho defectuosamente, lo que se juzga conforme a los modelos predescriptos. No es necesario negligencia en el tratamiento. En cuanto al nexo causal, la víctima debe demostrar que el daño proviene de un riesgo que debió ser avisado. Si el peligro hubiera sido advertido, la víctima no se habría sometido al tratamiento y el daño no hubiera ocurrido.-

-----Este perjuicio debe ser mayor que el que hubiera sufrido de haber rehusado el tratamiento. Hay casos en que si no se somete al tratamiento la enfermedad le causará mayores perjuicios, y por ello es irrelevante la cuestión.- - - - -

-----Al respecto, debe demostrar que una persona común hubiera rehusado el tratamiento de haber sido informado. La Corte de los Estados Unidos en la causa “Canterbury” estableció un standard objetivo, en términos de qué habría hecho una persona prudente en la posición del paciente si hubiera estado debidamente informada; aunque si el paciente en el caso particular pudo haber rehusado el tratamiento después de la información, la Corte niega la indemnización si una///.- ///10.-persona razonable la hubiera aceptado bajo las mismas circunstancias (LORENZETTI, Ricardo L., “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. I, ps. 212/213).- - -

-----IV) CARGA DE LA PRUEBA. PRESUNCIONES INCUMPLIMIENTO. CULPA. Resulta esclarecedor sobre el punto lo sostenido por el doctor Alberto J. Bueres como integrante de la CNCiv., Sala D, quien se pronunció en los siguientes términos: “... he dicho reiteradamente (in re: “Guevara v. Centro Médico Lacroze”, L. 164091, 28.02.96) que en materia de responsabilidad médica, y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de “actividad”, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). Esta

conclusión, hoy en día parece estar afianzada en el derecho vigente, tras un fructífero debate doctrinal de más de tres lustros, puesto que en las aludidas obligaciones de actividad, cuya infracción genera responsabilidad subjetiva, el “incumplimiento”, cuando menos en el plano “funcional”, se conforma con la culpa, razón por la cual la demostración de ésta entraña tanto como hacer patente aquel incumplimiento -al cual prima facie debe ser dirigida la prueba- (Jordano Fraga, Francisco, “La responsabilidad contractual”, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 170 y ss.).- - - -

-----”No basta, pues, con revelar la mera infracción “estructural” o sea, la causación del daño médico, para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al alterum non laedere provoque antijuricidad, que es asunto diverso. A menos que la ley estableciera lo contrario, cosa que no sucede en el derecho positivo, sentando por sola presencia del daño una presunción “relativa” de culpa que desplazase hacia el demandado la carga de probar su no culpa (o falta de culpa) o bien el caso fortuito ...”///.- ///.- (conf. CNCiv., Sala D, Julio 16, 1998, “Contretars, Juan C. c/ Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.”, JA, 1999-II-496/501, LL. 1999,C-794; idem CNCiv., Sala F, 19.12.2005, “Repetto, Héctor C. c/I.S., P.”, en Revista de “Responsabilidad Civil y Seguros”, La Ley, Año VIII, Nº VI, junio de 2006).- - - - -

-----En la vinculación contractual entre médicos y pacientes se ha destacado que la obligación principal de los primeros, consiste en brindar una atención diligente e idónea del enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, pero sin asegurar que el resultado perseguido se va a lograr, pues a los facultativos les está legalmente prohibido anunciar o prometer la curación fijando plazos, o la conservación de la salud o anunciar agentes terapéuticos de efecto infalible (art. 20, incs. 1*, 2* y 5* de la Ley 17.132). Así se ha recordado que nuestra jurisprudencia tiene resuelto que el médico no se compromete a curar al paciente, sino sólo a proceder con la diligencia común, conforme a las reglas y métodos de su profesión (conf. TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad Civil de los Médicos por el Empleo de Cosas Inanimadas en el Ejercicio de su Profesión”, La Ley, 1981-B-762). De allí que el mero hecho de la no obtención del resultado esperado, pero no prometido, no habrá de implicar necesariamente la responsabilidad del médico, sino que corresponderá a quien pretenda la reparación la prueba de que la no obtención de ese resultado perseguido obedeció a que el profesional no se condujo con la medida, diligencia e idoneidad debidas o que medió un comportamiento defectuoso de su parte.

De ahí que se ha dicho que no basta la existencia de un resultado desafortunado para considerar responsable al///.- ///11.-médico interviniente, sino que es necesario acreditar que ese resultado dañoso se produjo por su negligencia, imprudencia o impericia, en definitiva por su culpa (conf. CNCiv., Sala M, 30/08/2001, “T., H.A. y otro c/L., V. y otro”, Lexis N° 30012226, y doctrina citada; idem CNCiv., Sala F, 19.12.2005, “Repetto, Héctor C. c/I.S., P.”, en Revista de “Responsabilidad Civil y Seguros”, La Ley, Año VIII, N° VI, junio de 2006).- - - - -

-----Sin embargo, no puede desconocerse hoy la gran difusión y aplicación de lo que se dió en llamar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuya concepción se atribuye a PEYRANO (en tal sentido ver Peyrano, Jorge y Chiappini, Julio, “Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”, La Ley, 1991-B-1034; Peyrano, Jorge W., “El Derecho Procesal Postmoderno”, La Ley, 1991-A,915; del mismo autor, “Procedimiento Civil y Comercial, T I, p. 77, Ed. Juris, Santa Fe, 1991; “El Proceso Atípico”, Ed. Universidad de Buenos Aires, 1991, p. 140, y “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, Ed. Zeuz, Rosario, 1983, p. 125), o, como lo postula MORELLO, de la efectiva colaboración en base al principio de solidaridad (Morello, Augusto M., “¿Hacia una Visión Solidarista de la Carga de la Prueba?”, ED, 132-953; del mismo autor, “En Torno a la Carga de la Prueba”, La Ley 1990-E, 1071; “La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso”, JA, 1991-III-552; “La Prueba, Tendencias Modernas”, p. 185, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, p. 58 y sig.; “El Proceso Justo”, Ed. Platense, Bs. As., 1994, ps. 265, 267 y sig.; “El derecho a probar, su perfil constitucional”, ED, 159-259; “Nuevos Daños, nuevas técnicas procesales de protección” en Derecho de Daños, 2da. parte, homenaje al Prof. Félix Trigo Represas; conjuntamente con///.- ///.-Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. y de la Nación”, T. V-A, p. 140), según la cual el peso de la prueba se adjudica a quien está en mejores condiciones de aportarlas -fáctica, técnica, económica o jurídica-, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el cumplimiento del deber de cooperación en el esclarecimiento de la verdad (conf. Galdós, Jorge Mario, en Rev. del Colegio de Abogados de la Plata, año XXXV, n° 56; CNFed, Civ. y Com., Sala II, 08.09.2005, “Sambiase de Craviotto, Myrtha A. c. Hospital Británico de Buenos Aires y Otro”, Revista de “Responsabilidad Civil y Seguros”, Ed. La Ley, Año VIII, abril de 2006, p. 112).- - - - -

-----En definitiva, en materia de responsabilidad médica, queda comprometida la del profesional si se prueba que éste no ha cumplido con la actividad en forma prudente o

diligente, es decir, que obró con culpa (conf. CNCiv., Sala M, del 03.03.1997, “S. de M., H. c/Hospital San Juan de Dios y otros”, La Ley, 1997-C, 956).- - - - -

-----Que, ingresando ahora al examen de la causa traída a debate, se observa -más allá de los distintos agravios esgrimidos por el recurrente-, que el núcleo de la cuestión a dilucidar y donde se centra el thema decidendum, se circunscribe a determinar si los daños sufridos por el señor Nicolás Gullota durante el postoperatorio, son consecuencia de su traslado -supuestamente prematuro- de la Unidad de Terapia Intensiva (U.T.I.) a la sala general -habitación compartida con otro paciente- de la Clínica Viedma. O dicho de otro modo, determinar si de haber permanecido el paciente más tiempo en la U.T.I. se hubiera detectado en forma inmediata el comienzo y evolución de la crisis hipertensiva que sufriera, y que, consecuentemente, se le habría podido aplicar el///.-
///12.-“tratamiento correctivo enérgico y temprano” que para estas emergencias se prevé, y en tal caso, si se hubiera podido evitar el daño en el enfermo.- - - - -

-----En síntesis, determinar si el traslado del señor Nicolás Gullota a la sala general lo privó del control y de la asistencia oportuna ante la crisis hipertensiva sufrida, configurando en tal sentido la orden de externación de la U.T.I. y la falta de un tratamiento oportuno y temprano, la relación de causalidad adecuada con los daños sufridos por el actor.- - - - -

-----En autos ha quedado acreditado que el señor Nicolás Gullota ingresó a la Clínica Viedma S.A. caminando por sus propios medios el día 8 de octubre de 1997 a las 7,30 hs., siendo intervenido quirúrgicamente por el doctor Eduardo Moser al día siguiente; que luego de la operación lo alojaron en la Unidad de Terapia Intensiva (U.T.I.) durante 24 hs., siendo trasladado posteriormente a la sala general (una habitación compartida con otro paciente), retornando a las pocas horas nuevamente a la U.T.I. con una isquemia cerebral, que le dejó como secuelas una parálisis facial y una hemiplejía que lo incapacita de por vida.- - - - -

-----Tampoco se discute en autos, la corrección de la intervención quirúrgica practicada al recurrente (endarterectomía carótida derecha), lo cual al decir del Juez de Cámara que fundamenta la sentencia recurrida -y no impugnada en este aspecto-, revelaría una técnica operatoria irreprochable del Dr. Moser.- - - - -

-----Por otra parte, como invocara el recurrente y conforme a las constancias del expediente, se encuentra también acreditado:

-----* Que el actor era, desde mucho antes de la operación, y es, hipertenso; que tal situación la conocían los///.- ///.-demandados (Historia Clínica a fs. 35; absolución de posiciones del Dr. Moser a fs. 654 vta. “A la Octava”; y absolución de posiciones de la Clínica Viedma a fs. 652, “A la Decimocuarta”).- - - - -

-----* Que durante el postoperatorio los demandados matuvieron una cifra tensional discretamente elevada (“...durante la cirugía y el post operatorio inmediato es deseable mantener cifras tensionales discretamente elevadas para obtener una buena perfusión cerebral ...”) confesional del Dr. Moser a fs. 655 - “A la Decimonovena”.- - - - -
- - - - -

-----* Que en el tipo de operación practicada al actor existe una previsibilidad de entre el 11% (conf. contestación de demanda de la Clínica Viedma a fs. 163), 19% (conf. contestaciones de demanda de Eduardo Moser a fs. 184, de Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. a fs. 220, de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 261) y aún en mayor porcentaje (confesional del doctor Eduardo Moser a fs. 654 vta. “A la Sexta”), de sufrir una crisis hipertensiva como la que tuvo Gullota; y que ante tal crisis se debe realizar un conocido “tratamiento correctivo enérgico y temprano” (ver contestaciones de demandas a fs. 163, 184, 220 y 261).- - - - -

-----* Que no se probó que dicho “tratamiento correctivo” se hiciera -o eventualmente- que fuera oportuno o temprano.- - - - -

-----* Que las razones médicas de los daños irreversibles que sufre el actor tuvieron origen en una crisis hipertensiva (conf. Historia Clínica fs. 35 vta.; contestaciones de demanda de Clínica Viedma a fs. 163, de Eduardo Moser a fs. 184, de Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. a fs. 220, y de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 261).- - -

-----Aclaro, respecto a la absolución de posiciones del representante de la Clínica Viedma, que por tratarse de///.- ///13.-una confesión ficta y carecer de valor absoluto, sólo considero de valor probatorio aquellos hechos que se hallen corroborados por otros elementos de juicio que obran en el proceso.- - - - -

-----Al respecto, este Superior Tribunal tiene dicho que: “La confesión ficta no tiene valor absoluto cuando existen en la causa pruebas u otros elementos que la puedan neutralizar” (STJRN, Se. N° 38/00, “P., R. S. y Otros”); “La confesión ficta crea una situación desfavorable al absolvente, que puede ser destruída por los demás elementos obrantes en autos. El valor de la ficción no puede ser mayor que la realidad y nada obsta a que el perjudicado por ella la destruya mediante prueba en contrario” (conf. Arazi, “La

Prueba en el Proceso Civil”, p. 299; STJRN., Se. Nº 38/00, “P., R. S. y Otros”).- - - - -

-

-----Ahora bien, ante el cuadro de situación antes descripto puede concluirse como lo hiciera la parte actora, que el traslado del señor Nicolás Gullota a la sala general (habitación compartida con otro paciente) lo privó del control y de la asistencia oportuna ante la crisis hipertensiva sufrida, configurando la orden de externación - invocada como prematura- de la U.T.I., la relación de causalidad adecuada con los daños sufridos por el actor?.- - - - -

-----Al respecto, considero que para dar una respuesta adecuada a dicho interrogante, debe diferenciarse la cuestión relativa a la invocada externación prematura, con el tratamiento y/o asistencia de la crisis hipertensiva que padeciera en el postoperatorio el actor.- - - - -

-----En cuanto a la esgrimida externación prematura de la U.T.I., la misma aparece - prima facie- como infundada, en tanto como bien observara el Tribunal “a quo” dicha imputación nace del recuerdo de una supuesta experiencia que habría tenido///.- ///.-el señor Gullota en el Hospital Italiano de la ciudad de Buenos Aires, donde en una intervención similar a la realizada por el Dr. Moser en la Clínica Viedma, se lo habría dejado internado durante 72 hs. en la Unidad de Terapia Intensiva.- - - - -

- - - - -

-----A ello se agrega, en desmedro de la argumentación desarrollada por la actora, que en el caso en examen se encuentra asentado en la Historia Clínica, que el Dr. Kowalyszyn, Jefe del Servicio de Terapia Intensiva, dejó constancia de que al tiempo de la externación de la U.T.I., que “el paciente estaba lúcido, hemodinámicamente compensado, buena evolución postoperatorio ... y en condiciones de pasar a la sala general.” (ver fs. 38 vta. y 137 vta.).- - - - -

-----Por el contrario, donde sí considero que le asiste razón al recurrente, es en relación a la ausencia y/o falta de prueba respecto a la realización del previsto e indicado “tratamiento correctivo enérgico y temprano”, que para los casos de crisis hipertensiva como la padecida por el Sr. Gullota, se aconseja aplicar (conf. contestaciones de demandas de la Clínica Viedma S.A. a fs. 163, de Eduardo Moser a fs. 184, de Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. a fs. 220 y de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 261).- - - - -

-----Y es aquí -ante la ausencia de prueba respecto de que tal tratamiento correctivo se hiciera -o eventualmente- que el mismo fuera oportuno o temprano-, donde la Historia

Clínica juega un rol preponderante y/o fundamental, por cuanto como dijéramos en las consideraciones preliminares -citando a Ricardo LORENZETTI- el galeno debe informar y como consecuencia de ello hacer llegar la documentación en que consta el cumplimiento de dicho débito al proceso. De allí que el///.- ///14.-incumplimiento de ese deber procesal conduzca a una inversión de la carga de la prueba sobre aquellos hechos que no constan en la historia clínica.- - - - -

-----Es que, como se ha señalado al tratar el deber de información y la regla probatoria derivada del mismo, las omisiones en la historia clínica producen un efecto jurídico importante: la traslación de la carga probatoria.- - - - -

-----Gherzi afirma que la historia clínica es como la presunción de la contabilidad para el comerciante, si la lleva en orden juega a su favor, pero si es deficiente, incompleta, etc., juega inmediatamente en su contra (GHERSI, Carlos, “Responsabilidad de la Entidad Sanatorial”, en J.A. 1991-III-553).- - - - -

-----Andorno ha señalado que su confección incompleta constituye una presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional (ANDORNO, “Responsabilidad Civil Médica, Deber de los Facultativos).- - - - -

-----Reiteradamente la jurisprudencia ha destacado la relevancia de las constancias existentes en la historia clínica, sobre la cual la Ley 17732 y su decreto reglamentario 6216/1967 imponen deberes a los directores de establecimientos asistenciales (arts. 40 y 40 inc. 1*, respectivamente), así como que su ausencia y omisiones no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y de asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica (C. Nac. Civ., Sala I, del 7/8/1989, causa 78917; C. Nac. Civ., Sala D, 20/10/1994, L. 47313; C. Nac. Civ., Sala A, del 27/11/1995, L. 172404; C. Nac. Civ., Sala I, del 28/12/1995, causa 86074; Gherzi, Carlos A., “Responsabilidad por Prestación Médico-Asistencial”, ps. 49/53, 55 y ss.; Vázquez Ferreira, “Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina”, Ed.///.- ///.- Hammurabi, p. 224 y ss.).- - - - -

-----Frente al derecho del paciente a ser informado y a acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento. De otro modo, el damnificado por un error carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias (C. Nac. Civ., Sala D, 12/5/1992, causa 95276; C. Nac. Civ. Sala K, 13.6.2006, “H., J.M v.Clínica de la Sagrada Familia y otro”, Publicado en J.A. el 15/11/2006, con notas de Juan M. PREVOT y José MENDELEWICZ).- -

-----En el mismo sentido, en el ámbito jurisprudencial se ha dicho que:-----

-----“Resulta responsable el sanatorio demandado por los daños y perjuicios sufridos por la actora a raíz de una infección de útero que desarrolló luego de dar a luz —en el caso, se le practicó una histerectomía—, dada su omisión en conservar el resultado de los análisis efectuados y el no asentamiento de éstos en la historia clínica de la paciente, teniendo en cuenta que la inversión de la carga de la prueba la obligaba a desvirtuar la presunción de su actuación culposa, demostrando que procedió con toda diligencia y cuidados debidos” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 31/03/2006, “R. de F., J. M. c. Ciudad de Buenos Aires”, RCyS 2006-VII, 93 - LA LEY 17/08/2006, 7).-----

-----“La deficiencia de la historia clínica comporta una presunción clara en contra del médico que tiene la obligación de confeccionarla, dado que dicha falta, de por sí, implica una omisión de la conducta debida de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida, que configura culpa en los términos prescriptos por el art. 512 del Cód. Civil.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II,///.-///15.-08/09/2005, “Sambiase de Craviotto, Myrtha A. c.Hospital Británico de Buenos Aires y otro”, RCyS 2006-IV, 111).-----

-----“Omitir asientos en la historia clínica origina presunciones hominis desfavorables al médico demandado por mala praxis, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, prueba que debe ser apreciada con criterio riguroso” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 15/11/2004, “A., M. S. F. c. Clínica Dussaut S.R.L. y otros”, DJ 30/03/2005, 804).-----

-----“Las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o enmiendas que presente una historia clínica, dan lugar a presunciones “hominis” desfavorables al galeno, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, debiendo dicha prueba apreciarse con criterio riguroso porque la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 09/10/2003, “Chianelli, Stella M. c. Ciudad de Buenos Aires y otros”, DJ 2004-1, 92).-----

-----“El centro de asistencia médica demandado por mala praxis respecto de un niño recién nacido -en el caso, sometido a cinco punciones lumbares por presentar un cuadro de meningitis bacteriana- no puede ser eximido de responsabilidad, pues la

imposibilidad de reconstruir el episodio que incapacitó a aquél física y psíquicamente por estar incompleta la historia clínica, sumado a la falta de registro de consecuencias médicas relevantes y a la inexplicable lentitud del ente asistencial para derivar al menor a un centro especializado, hacen presumir la responsabilidad del demandado” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 03/07/2003, “Blasco, Silvia y otros c. Dirección de///.- ///.-Bienestar de la Armada y otro”, RCyS 2004-I, 92).- - - -

-----“La incompleta confección de la historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar prueba en contrario para exculpar su responsabilidad” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 26/09/2000, “F., M. J. c. Colón S.A.”, LA LEY 2001-A, 118).- - - - -

-----“Ante lo incompleto de la historia clínica, el profesional médico debe aportar al proceso los datos faltantes en la misma dependiendo de él, que tuvo en sus manos el tratamiento del paciente, y que al no ser arrojados al proceso crean en su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional que a él le corresponde desvirtuar” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 20/08/1996, “Buratti de D'agostino, Ofelia c. Clínica Central Munro S. R. L.”, LLBA 1997, 92).- - - - -

-----“La constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 4/9/2001, “P., S. R. y otros c. Clínica Bazterrica S.A. y otros”, La Ley 2002-A, 731).- - - - -
- - - - -

-----Es que el médico debe probar que aportó los medios orientados a la curación. Como indica MOSSET ITURRASPE, también en la denominada obligación de “medios” se promete un cierto resultado que no es la curación del paciente, o resultado final o mediato, sino la atención dirigida a ese objetivo, o sea un resultado más próximo o inmediato. El deudor de la///.- ///16.-atención, el médico, está obligado a colocar en la especie todos “los medios apropiados” para lograr la curación. Y de ahí que le incumba a él la prueba de semejante extremo o requisito. Sigue diciendo: “No se trata, pensamos, de la prueba de la culpa a cargo del acreedor de “los medios”, ni siquiera de la prueba

del incumplimiento. Se trata de que la prueba del cumplimiento -de que se han puesto los medios exigidos- debe pesar sobre el deudor, el médico en la especie que nos preocupa. Entonces, no se trata de exigir a la actora la estricta prueba de la culpa, sino que correspondía a los accionados demostrar eficazmente la “prueba de su cumplimiento”, es decir, la satisfactoria acreditación de haber empleado todos los “medios apropiados” para lograr la curación sin secuelas” (conf. LORENZETTI, ob. cit., T. II, ps. 258/259).- - - - -

-----Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, ha dicho que: “Lo que se pone en manos del profesional no es el tener que demostrar su actuar diligente, sino el que ante lo incompleto de la historia clínica debe aportar al proceso los datos faltantes en la misma, que dependiendo de él que tuvo en sus manos el tratamiento de la paciente, al no ser arrimados al proceso, crean en su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional que a él le corresponde desvirtuar.” (S.C.B.A., “Acosta, Ramón Teófilo y otro c/Clínica Indarte S.A. y otra”, J.A. 1993-IV-63, con elogiosa nota de los Dres. Ghersi y Celia Weingarten, “Responsabilidad Médica. La doctrina de casación de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires”).

-----En autos, como bien observara el recurrente no hay constancia alguna de que se haya efectuado el señalado e indicado “tratamiento correctivo enérgico y temprano” -y eventualmente-, de que el mismo fuera oportuno. No existe///.- ///.-en la Historia Clínica relato y/o descripción alguna del tratamiento aplicado ante la crisis de hipertensión que sufriera el actor en el postoperatorio.- - - - -

-----En consecuencia, ante lo incompleto de la historia clínica y la omisión del profesional médico -y del establecimiento de salud- de aportar al proceso los datos faltantes en la misma, de quien tuvo en manos el tratamiento del paciente, crean un su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional que a él le correspondía desvirtuar.- - - - -

-----En tal orden de ideas, a contrario de lo resuelto por las instancias de grado, la falta de la realización de la pericia médica, más que perjudicar al señor Gullota, concluye perjudicando a los demandados, por cuanto mediante su producción podrían -eventualmente- haber probado que -aún aplicando oportunamente el tratamiento correctivo- el paciente igualmente hubiera sufrido los daños irreversibles que padece.

-----Como ha dicho la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, juega aquí lo que se ha denominado carga interactiva de la prueba, porque en el caso particular analizado eran los demandados quienes estaban en mejores condiciones de acreditar -a través de la

Historia Clínica y demás elementos que tenían a su alcance- que el enfermo igual habría padecido los daños. (art. 377 y cctes. del Cód. Procesal). Opera en esta situación el “deber de colaboración” del galeno, por lo que su actitud en el proceso no puede limitarse a una mera negativa, tiene que “colaborar” en el esclarecimiento de la verdad. (SC Buenos Aires, Ac. 55.133, S-22/8/95, Juez Hitters).- - - - -

-----Ello, en tanto en la actualidad ya no puede desconcerse la gran difusión y aplicación de lo que se dió en llamar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuya concepción se atribuye a PEYRANO (en tal sentido ver Peyrano, Jorge y///.- ///17.-Chiappini, Julio, “Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”, La Ley, 1991-B-1034; Peyrano, Jorge W., “El Derecho Procesal Postmoderno”, La Ley, 1991-A,915; del mismo autor, “Procedimiento Civil y Comercial, T. I, p. 77, Ed. Juris, Santa Fe, 1991; “El Proceso Atípico”, Ed. Universidad de Buenos Aires, 1991, p. 140, y “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, Ed. Zeuz, Rosario, 1983, p. 125), o, como lo postula MORELLO, en “La Efectiva Colaboración” en p. 125), y en “La efectiva Colaboración en Base al Principio de Solidaridad” (Morello, Augusto M., “¿Hacia una Visión Solidarista de la Carga de la Prueba?”, ED, 132-953; del mismo autor, “En torno a la Carga de la Prueba”, La Ley 1990-E,1071; “La Obligación de Cooperación para Acceder a la Verdad en el Ambito del Proceso”, JA, 1991-III-552; “La Prueba, Tendencias Modernas”, p. 185, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1991, p. 58 y sig.; “El Proceso Justo”, Ed. Platense, Bs. As., 1994, ps. 265, 267 y sig.; “El Derecho a Probar, su Perfil Constitucional”, ED, 159-259; “Nuevos Daños, Nuevas Técnicas Procesales de Protección” en Derecho de Daños, 2da. parte, homenaje al Prof. Félix Trigo Represas; conjuntamente con Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Bs. As. y de la Nación”, T. V-A, p. 140), según la cual el peso de la prueba se adjudica a quien está en mejores condiciones -fáctica, técnica, económica o jurídica- de aportarlas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el cumplimiento del deber de cooperación en el esclarecimiento de la verdad.- - - - -

-----En dicho sentido, recientemente la C. Nac. Civ., Sala K, del 13/06/2006, “H., J. M. v. Clínica de la Sagrada Familia y otro” en voto del Dr. Ameal, dijo: “En virtud de dicha teoría se impone el deber de cooperación que deben asumir los///.- ///.- profesionales médicos cuando son enjuiciados. Ello por cuanto quien se encuentre con aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, debe hacerlo, destacándose asimismo, el valor de las presunciones hominis (Publicado en Revista de

J.A. 15/11/2006).- - - - -

-----En conclusión, en materia de responsabilidad médica, queda comprometida la del profesional si se prueba que éste no ha cumplido con la actividad en forma prudente o diligente, es decir, que obró con culpa (conf. CNCiv., Sala M, del 03.03.1997, S. de M., H. c/Hospital San Juan de Dios y otros”, La Ley, 1997-C,956).- - - - -

- - - -

-----Es que para apreciar la culpa médica, debe meritarse en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, tiempo y lugar (art. 512, Cód. Civil), todo ello a la luz de lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil. Y estas pautas deben compararse con el obrar ideal de un médico prudente del tipo al que pertenezca el deudor (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto, “Prueba de la Cupa Médica”, Ed. Hammurabi, ps. 96 y sgtes.). Es necesario entonces, verificar que no se han tomado los recaudos necesarios, los elementos de rutina y que, como resultado de ello, ha sobrevenido el infortunio que padece la víctima.- - - - -

-----Así, se ha dicho que: “En orden a la responsabilidad profesional médica, deben aplicarse los principios generales del art. 512 del Cód. Civil, por lo que cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable” ... “En el ejercicio del arte de curar, los médicos son responsables de las faltas que cometen si ellas resultan de la inobservancia de las reglas comunes de///.- ///18.-prudencia y atención, no de errores científicos o profesionales que no sean groseros, por cuanto la negligencia consiste en hacer algo que no debió hacer u omitir lo que debió haber hecho” (CApelCyC., de San Isidro, Sala I, 20/08/1996, “Buratti D’ Agostino, Ofelia. c.Clínica Central Munro S.R.L.”, LLBA, 1997, 92).- - - - -

-----A tal fin cobran trascendental importancia las constancias de la historia clínica de la cual, conforme señalé anteriormente, no surge siquiera que se hubiera aplicado -ante la crisis de hipertensión- el mencionado tratamiento correctivo; mucho menos, que éste fuera oportuno y temprano.- -

-----Y si a ello le sumamos -conforme señalé también precedentemente-, que en el tipo de operación practicada al actor existía una previsibilidad de entre el 11% (conf. contestación de demanda de la Clínica Viedma a fs. 163), al 19% (conf. contestaciones de demanda de Eduardo Moser a fs. 184, de Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. a fs. 220, de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 261) y aún

mayor (según confesional del doctor Eduardo Moser a fs. 654 vta. “A la Sexta”), de sufrir una crisis hipertensiva como la que tuvo Gullota, y de que la relación causal y la culpabilidad descansan sobre un concepto común: la previsibilidad (ALTERINI, Atilio A., “Responsabilidad Civil. Límites de la Reparación Civil”, op. cit., págs. 138 y 160; ALTERINI - AMEAL - LOPEZ CABANA, T. 1, p. 202), la responsabilidad de los demandados inexorablemente se impone.- - - - -

-----Ello es así, en la consideración de que como dice LORENZETTI, citando a Orgaz, la culpa se asienta sobre la previsibilidad; hay culpa cuando se han podido prever las consecuencia perjudiciales del acto (Lorenzetti, ob. cit. T. I, ps. 461/465; ORGAZ, “La Culpa”, p. 128) y de que en autos///.- ///.-ha quedado debidamente acreditado: 1) que los daños sufridos (isquemia cerebral, que le dejara como secuelas una parálisis facial y una hemiplejía que lo incapacita de por vida), tienen su origen en la crisis hipertensiva sufrida por el señor Gullota en el postoperatorio (conf. Historia Clínica fs. 35 vta.; contestaciones de demanda de Clínica Viedma a fs. 163, de Eduardo Moser a fs. 184, de Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. a fs. 220, y de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 261); 2) que en el tipo de operación practicada existe una previsibilidad de entre el 11% (conf. Clínica Viedma a fs. 163), al 19% (conf. contestaciones de demanda de Eduardo Moser a fs. 184, de Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. a fs. 220, de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 261) y aún mayor (confesional del doctor Eduardo Moser a fs. 654 vta. “A la Sexta”), de sufrir una crisis hipertensiva como la que tuvo Gullota; 3) que ante tal crisis se debe realizar un conocido “tratamiento correctivo enérgico y temprano” (ver contestaciones de demandas a fs. 163, 184, 220 y 261); 4) y que tal tratamiento correctivo no se realizó, o al menos no hay prueba fehaciente que acredite que el mismo se hubiera realizado -y en tal caso- que aquel fuera enérgico, temprano y oportuno.- - - - -
- - - - -

-----En definitiva, resulta claro entonces, que la sumatoria de hechos tenidos en cuenta en esta causa, permite concluir sin hesitación alguna, que en el supuesto que se analiza existió relación de causalidad entre la conducta del médico y el daño sufrido y que padece el actor, ello así, porque se omitieron las diligencias necesaria que exigía la naturaleza de la obligación, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo (urgencia en el tratamiento correctivo aceptado por todas///.- ///19.-las partes), de persona (estado en que se encontraba el paciente) y de lugar (establecimiento médico).- - - - -

-----Que, asimismo dicha responsabilidad del médico, determina a su vez la

responsabilidad de la Clínica Viedma S.A.. Ello, por cuanto independientemente de la responsabilidad directa del médico, existe la obligación de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesorio en ciertos contratos que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Cuando la entidad se obliga a la prestación del servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste, sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida (Conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, séptima edición, Abeledo Perrot, 1992, p. 499).- - - - -

-----Al respecto, se ha dicho que: “El establecimiento asistencial tiene una responsabilidad contractual directa frente al paciente, fundada en un deber tácito de seguridad -obligación de resultado- ya que no le basta con aproximar al paciente profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina, sino que debe asegurarle una prestación médica diligente e idónea técnicamente irreprochable” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16/10/2002, “Chacón, Jorge Eduardo c. R., C. y otro”, RCyS 2002, 1016 - DJ 2003-1, 657); “Las responsabilidades del galeno y del ente asistencial son directas y de naturaleza contractual frente al reclamo del paciente, por lo que al encontrarse vinculados contractualmente, éste tiene acción contractual contra el/-/-/- sanatorio y contra el médico, asumiendo el primero una obligación de seguridad frente al paciente” (Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Sala A, 27/03/2002, “A., M. c. Clínica Modelo S.A. y otros”, DJ 2002-3, 442); “Los institutos de atención médica tienen hacia el paciente, una obligación tácita de seguridad, que funciona como accesorio de la prestación principal, consistente en una correcta y eficiente atención médica -en el caso, se tuvo por probada la mala praxis en que incurrió un anestesista por la cual falleció su paciente luego del parto- y esa responsabilidad funciona, sin interesar que el incumplimiento provenga de un profesional directamente vinculado con la institución o por sustitutos de que se valga la institución o actúen en ella por cuestiones directamente imputables a la misma” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, del 21/03/2002, “V., H. R. y otros c. Municipalidad de Esteban Echeverría y otro”, LLBA 2002, 676); “La responsabilidad médica derivada de la mala praxis cometida por el cirujano demandado debe extenderse a la clínica donde se realizó el acto quirúrgico, cualquiera sea el fundamento de su responsabilidad

—obligación de garantía, deber de vigilancia u obligación tácita de seguridad” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 07/06/2006, “B. de L., A. N. c. C., M. y otros”, LA LEY 05/09/2006, 5); “Acreditada la mala praxis médica -en el caso, por la omisión en realizar los controles, exámenes y tratamientos que exigía la gravedad del cuadro del paciente, provocando un agravamiento que condujo a su deceso- corresponde atribuir responsabilidad al establecimiento médico asistencial, pues éste asume un deber tácito de seguridad -accesorio de su obligación principal, que consiste en brindar asistencia por facultativos idóneos-, no obstante la falta de una estricta relación de dependencia///.- ///20.-entre el médico y la institución” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 14/06/2000, “R.G., M. E. y otro c. M.C.B.A. y otro”, LA LEY 2001-C, 432, con nota de Roberto Angel Meneghini - DJ 2001-2, 409); “Corresponde responsabilizar al hospital demandado por la infección postoperatoria que padeció un paciente -en el caso, mediastinitis- como consecuencia del inapropiado servicio médico que recibió, pues cualquier negligencia u omisión en el tratamiento pone de manifiesto la transgresión de la obligación de seguridad del ente accionado, cuya responsabilidad deriva de su obligación tácita de seguridad, que funciona con carácter accesorio respecto de la obligación principal de prestar asistencia por los medios y personal adecuados” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 07/09/2004, “Manuale, Carlos A. y otro c. Hospital de Clínicas José de San Martín”, RCyS 2004-XI, 39 - JA 2004-IV, 704 - ED 211, 102).- - -

-----En consecuencia, teniendo en cuenta los argumentos desarrollados al tratar la responsabilidad médica, es claro que el ente asistencial aquí co-demandado no cumplió con la obligación de seguridad asumida, por lo que también se lo debe condenar a la reparación de los daños provocados al actor.- - -

-----Asimismo, atento que las aseguradoras citadas en garantía en autos, Federación Patronal Seguros S.A. y San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales, no han invocado causal alguna que las exima de su responsabilidad contractual respecto de los asegurados, ello determina que la condena que se imponga a los co-demandados doctor Jorge Eduardo Moser y Clínica Viedma S.A., deberá inexorablemente extenderse a las mismas (conf. arts. 109 a 120 de la Ley de Seguros N° 17.418).- - - - -

-----Por último, en cuanto a la procedencia y cuantificación/// ///.-de las partidas indemnizatorias que componen el reclamo del actor, atento tratarse de cuestiones de evidente naturaleza fáctica-probatoria, propias de la instancia de mérito y ajenas a la

casación, considero que las presentes actuaciones deberán remitirse al Tribunal de grado, para su efectiva evaluación y cuantificación del daño.- - - - -

-

-----Finalmente, corresponde dar tratamiento a los cuestionamientos esgrimidos por la actora respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios efectuadas en la sentencia impugnada por la incidencia promovida en la audiencia de absolución de posiciones de la Clínica Viedma S.A.- - - - -

-----Al respecto, considero que en lo atinente a las costas, que la Cámara de Apelaciones impuso por su orden, le asiste razón al recurrente, en cuanto a que deben serle impuestas a la Clínica perdidosa de la incidencia.- - - - -

-----Si el Juez de Primera Instancia consideró -a la luz de las disposiciones de la Ley de Sociedades en la materia-, que la representación del Dr. Joelson no había sido debidamente acreditada en autos, al punto que concluyó "... que debe tenerse a la demandada Clínica Viedma por confesa respecto al pliego acompañado a fs. 645 y vta. con los alcances de una confesión ficta, y en cuanto no se acreditó debidamente la personería invocada al acudir al acto procesal citado" (ver fs. 1129), dando así la razón en un todo a la actora incidentista, no advierto motivo y/o fundamento legal alguno que permita apartarnos del principio objetivo de la derrota que establece el art. 68 del CPCyC., debiéndose imponer en consecuencia las costas a la co-demandada perdidosa.- - - - -

-----En nada cambia y/o modifica dicha conclusión, que posteriormente el Juez de grado no haya admitido en la sentencia la confesión ficta del representante de la///.- ///21.- Clínica Viedma, por no encontrarse respaldada por otros elementos de convicción que la convaliden, por cuanto lo que se encontraba controvertido en la incidencia entre las partes, era si el Dr. Joelson había acreditado debidamente la personería invocada al presentarse a la audiencia de absolución de posiciones, cuestión esta que el Juez de Primera Instancia resolvió a favor de la posición de la actora.- - - - -

-----Por el contrario, no tiene razón el recurrente, en cuanto pretende que para la regulación de los honorarios por su actuación profesional en la referida incidencia, se aplique el art. 33 de la Ley de Aranceles N° 2.212 previsto para los incidentes.- - - - -

- - - - -

-----Ello es así, en tanto de la redacción dada por el legislador al art. 33 de la L.A., surge de manera clara que dicho artículo sólo rige en los incidentes que tengan relación con el objeto principal del proceso, y se sustancien de acuerdo a lo previsto en los arts. 175 y

ss. del Código Procesal (conf. ALBRECHT, Paulina - AMADEO, José Luis, “Honorarios de Abogados”, Ed. Ad-Hoc, ps. 287/301).- - - - -

-----En una palabra, sólo habrá incidente siempre que la conducta procesal de una de las partes del litigio obligue a la otra a una articulación, configurándose así una instancia accesoria con respecto a la principal, siendo esta instancia única e indivisible. Puede decirse que es, en pequeño, una verdadera demanda a la que el legislador ha dotado de un procedimiento especial que implica bilateralidad -garantía de la defensa en juicio- y concluye mediante el pertinente pronunciamiento a través de una sentencia interlocutoria (NOVELINO, Norberto J., “Aranceles y Cobro de Honorarios”, Ed. Rubinzal Culzoni, ps. 195/196).- - - - -

-----En cambio, no son incidentes las articulaciones o///.- ///.-incidencias de orden procesal (como la aquí examinada) que resuelven en forma breve y sumaria, donde el valor del trabajo profesional se fijará teniendo en cuenta, la naturaleza y complejidad del asunto, o mérito de la defensa apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo, que la justicia puede apreciar libremente” (CNCiv., Sala C, 30/4/92, “Bruhn, Hilda c/Córdoba, Juan A. y otro”, JA, 1993-II-406).- - - - -

-----En igual sentido, se ha dicho que: “Las incidencias en materia de producción de pruebas no son equiparables a los incidente, por lo que no resulta aplicable el art. 33, L.A.H., sino las pautas del art. 6to.” (CNFed. Civ. y Com., Sala III, 12.12.96, “Cía. Emiliana de Exportación S.A. c/Cap. y/o Armador y/o Propietarios de los Buques Albatros I y Alianza G 1.”); “En materia de incidencia no resulta de aplicación el art. 33 L.A.H., sino que los honorarios deben fijarse prudencialmente.” (CNCiv.y Com.Fed., Sala II, 12.12.1980, “Cynamid de Argentina c/Capitán y/o Propietarios del Buque Marvaliente”). MI VOTO por la AFIRMATIVA.- - - - - A

la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -
- - - - -

-----Adhiero parcialmente a la solución dada por el distinguido colega que me precede en el orden de votación, en cuanto propone condenar a la Clínica Viedma S.A., y hacer extensiva tal condena a la citada en garantía, Federación Patronal Seguros S.A.. Doy razones:- - - - -

-----No reiteraré los agravios que dan fundamento al recurso en examen, ni la secuencia de hechos y circunstancias que dieran origen a la presente causa judicial, por cuanto el Dr. Sodero Nievas ya ha realizado -en su reseña- una descripción pormenorizada de los mismos, a la cual brevitatis causae me remito. Sólo me detendré en las cuestiones que

entiendo,///.- ///22.-dirimen puntualmente la controversia aquí planteada.- -

-----I) La sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de Viedma (voto del Dr. Laborde Loza, al cual adhiere la Dra. Vivas de Vásquez), fundamenta sustancialmente su decisión, en la ausencia de pruebas que acrediten, con rigor científico, que uno o dos días más en la U.T.I. hubieran evitado que el paciente sufriera la crisis hipertensiva y que si esa crisis hubiera sido tratada oportunamente, se hubieran evitado los graves daños que padece el actor.- - - - -

-----Sostiene el Tribunal “a quo” que, la única forma que tenía el Sr. Gullota de probar la mala praxis que le atribuye al Dr. Moser, por tratarse de una cuestión científica, era la pericia médica propuesta por él mismo y abandonada en su realización por falta de instancia del propio demandante, a cuyo cargo estaba activar su producción, por lo que carecen de asidero los agravios del recurrente en cuanto manifiesta que “si la prueba pericial médica se hubiera hecho estamos seguros que hubiera sido favorable a esta parte”.- - - - -

-----En tal sentido, concluye que: “Siendo fundamental la pericia científica para acreditar la responsabilidad civil del Dr. Moser por mala praxis y de la “Clínica Viedma S.A.” por su obligación de seguridad debida al paciente, la que dejó de producirse por inoperancia del actor, el resto de las pruebas reunidas en la causa no alcanzan para demostrar la culpa del médico ni la relación causal entre el acto galénico y el daño sufrido por el paciente”.- - - - -

-----II) La actora, por su parte -más allá de los distintos agravios esgrimidos-, fundamenta la responsabilidad del médico Eduardo Moser y de la Clínica Viedma S.A. (por su deber de seguridad), en el traslado -supuestamente prematuro- desde la///.- ///.- Unidad de Terapia Intensiva (U.T.I.) a la sala general -habitación compartida con otro paciente-, argumentando que de haber permanecido el Sr. Gullota más tiempo en la U.T.I. se habría detectado en forma inmediata el comienzo y evolución de la crisis hipertensiva que sufriera, y que consecuentemente, se le hubiera podido aplicar el tratamiento correctivo enérgico y temprano que para estas emergencias se prevé, evitándose así el daño.- - - - -

-----En ese sentido, considera que el traslado del señor Gullota a la sala general lo privó del control y de la asistencia oportuna ante la crisis hipertensiva ocurrida, configurando tal orden de externación de la U.T.I. y la ausencia de un tratamiento oportuno y temprano, la relación de causalidad adecuada con los daños sufrido por el actor.- - -

-----Para llegar a dicha conclusión, sostiene que -en autos- ha quedado debidamente demostrado: que el actor era -desde mucho antes de la operación- y es hipertenso; que tal situación la conocían los demandados; que durante el postoperatorio matuvieron en el paciente una cifra tensional discretamente elevada, para obtener una buena perfusión cerebral; que en el tipo de operación practicada al actor existe una previsibilidad de entre el 11% y el 19% de sufrir una crisis hipertensiva como la que tuvo Gullota; que ante tal crisis se debe realizar un conocido “tratamiento correctivo enérgico y temprano”; que no se probó que dicho “tratamiento correctivo” se hiciera -o eventualmente- que fuera oportuno o temprano; que las razones médicas de los daños irreversibles que sufre el actor tuvieron origen en una crisis hipertensiva.- - - - -

-

-----III) Como señalé al inicio del presente voto, comparto parcialmente las conclusiones expuestas por el Dr. Sodero Nieves, sólo en cuanto atribuye responsabilidad a la///.- ///23.-co-demandada Clínica Viedma S.A., en tanto considero que en autos, no se encuentra acreditada la culpa del facultativo Eduardo Moser.- - - - -

- - - - -

-----Primero, por cuanto la invocada externación prematura de la U.T.I., como bien observara el Tribunal “a quo” y reiterara el colega que me precede en el orden de votación, aparece infundada, en tanto dicha imputación nace del recuerdo de una supuesta experiencia que habría tenido el señor Gullota en el Hospital Italiano de la ciudad de Buenos Aires, donde en una intervención similar a la realizada por el Dr. Moser en la Clínica Viedma, se lo habría dejado internado durante 72 hs. en la Unidad de Terapia Intensiva. No hay una sola prueba, con rigor científico, que acredite que dos días más en la U.T.I. hubieran evitado que el paciente padeciera la crisis hipertensiva.- -

- - - - -

-----Segundo, y en desmedro de la imputación formulada al médico Eduardo Moser, que dicho profesional no fue quién dispuso la externación de la Unidad de Terapia Intensiva, ya que en autos se encuentra acreditado que fue el Jefe del Servicio de Terapia Intensiva (Dr. Kowalyszyn), quien ordenó dicha externación. Así dejó asentado al tiempo de la externación de la U.T.I., que “el paciente estaba lúcido, hemodinámicamente compensado, buena evolución postoperatorio ... y en condiciones de pasar a la sala general” (ver Historia Clínica, fs. 38 vta. y 137 vta.).- - - - -

- - -

-----A ello se suma que, la intervención quirúrgica practicada (endarterectomía carotídea

derecha) habría revelado -según la sentencia impugnada- una técnica operatoria irreprochable del Dr. Moser, apreciación esta que no ha sido desmentida y/o rebatida por la actora.- - - - -

-----En ese sentido, la sólo ausencia de prueba respecto a///.- ///.-la realización del previsto e indicado “tratamiento correctivo enérgico y temprano”, no puede derivar -por si sólo- en la responsabilidad del demandado, dr. Eduardo Moser, si no se prueba además que éste incurrió en la mencionada omisión.- -

-----Si bien en autos se encuentra probado: 1) que los daños irreversibles que sufre el actor tienen su origen en la crisis hipertensiva ocurrida en la Clínica Viedma al día siguiente de la intervención quirúrgica, esto es el 10 de octubre de 1997 (ver Historia Clínica fs. 35 vta.; contestaciones de demanda de Clínica Viedma a fs. 163, de Eduardo Moser a fs. 184, de Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. a fs. 220, y de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 261); 2) que ante tal crisis resulta menester realizar un conocido “tratamiento correctivo enérgico y temprano” (ver contestaciones de demandas a fs. 163, 184, 220 y 261), tratamiento que -conforme a las constancias de la causa (Historia Clínica, etc.)- no aparece fehacientemente acreditado como oportunamente realizado; de modo alguno puede imputarse tal omisión al demandado Moser.- - - - -

-----Máxime, cuando -en el caso en examen- ni siquiera se ha invocado -mucho menos probado- la responsabilidad del mencionado galeno como jefe de un equipo médico, que habilite extender la responsabilidad a éste por los actos negligentes de los demás médicos y/o agentes que debían y/o hayan atendido al paciente.- - - - -
- - - - -

-----Si bien como señala Bueres, en el ejercicio de la medicina de equipo (un acto quirúrgico, por ejemplo) el director o jefe del equipo orienta y coordina las actividades de quienes lo secundan, por cuanto es quien dirige todas las actividades de los integrantes que lo constituyen, y ése es el principal fundamento por el cual el jefe puede llegar a ser///.- ///24.-responsable por los actos negligentes de los demás miembros; debe también advertirse que esa facultad que responsabiliza al jefe del equipo es también la que debería marcar los límites de su compromiso. Es decir, que la barrera debe llegar hasta donde el jefe pudo o debió controlar, dirigir y coordinar la actuación conjunta (conf. VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Daños y Perjuicios en el Ejercicio de la Medicina, colección Responsabilidad Civil”, vol. 12, Ed. Hammurabi, ps. 73/74; BUERES, “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed, Hammurabi, p. 146).- - - - -

-----En autos, como se dijo antes, el acto quirúrgico practicado habría sido irreprochable, ocurriendo la crisis hipertensiva que derivara finalmente en los daños ahora reclamados, en el postoperatorio cuando el paciente se encontraba en sala general, sujeto al control de la organización médica asistencial (médico de guardia, etc.). O en todo caso, y conforme a la postura asumida por el recurrente, que sostiene como causa fundante de la responsabilidad la invocada externación prematura de la U.T.I., debería haberse indagado la responsabilidad del médico a cargo de terapia intensiva (Dr. Rubén Kowalyszyn) quien ordenara el pase a sala general (ver Historia Clínica).- - - - -

-----Por otro lado las características mencionadas, esto es hasta donde el jefe del equipo médico pudo o debió controlar, dirigir y coordinar la actuación conjunta, son las que nos marcan también el momento a partir del cual el equipo debe tenerse por constituido y posteriormente disuelto. Sobre el particular, para Rubén Stiglitz “en principio la etapa preoperatoria no exhibe nitidamente un equipo constituido. Y a su turno, la instancia postoperatoria no manifiesta sino un equipo disuelto” (conf. TRIGO REPESAS - STIGLITZ, “El///.- ///.-seguro Contra la Responsabilidad Civil Profesional del Médico”, p. 153; TRIGO REPESAS, Felix, “Reparación de Daños por Mala Praxis Médica”, Ed Hammurabi, ps. 168/189).- - - - -

-----IV) Responsabilidad de la CLINICA VIEDMA S.A..- - - - -

-----No obstante lo expuesto, considero -como lo hiciera el voto que antecede-, que le asiste razón al recurrente respecto a la invocada ausencia y/o falta de prueba respecto a la realización del previsto e indicado “tratamiento correctivo enérgico y temprano”, que para los casos de crisis hipertensiva como la padecida por el Sr. Gullota, se aconseja aplicar (conf. contestaciones de demandas de la Clínica Viedma S.A. a fs. 163, de Eduardo Moser a fs. 184, de Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. a fs.220 y de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 261), y que tal falta de tratamiento es atribuible a la organización de la empresa médica, en el caso, a la Clínica Viedma S.A..- - - - -

-----Es que cuando lo que se contrata es la totalidad de los servicios -como habría ocurrido en el caso en examen-, ni siquiera es imprescindible individualizar a los facultativos intervinientes, ni determinar la conducta defectuosa de cada uno de ellos, para que proceda la acción contra la clínica; con tal de que, por supuesto, sí se acredite la prestación defectuosa (conf. BUSTAMANTE ALSINA, “Responsabilidad de las

Clínicas por Mala Praxis de su Cuerpo Médico”, ED., 150-118).-

-----En el caso, se encuentra probada la falta de aplicación del tratamiento correctivo recomendado; esto es la negligencia consistente en la conducta omisiva contraria a las normas que imponían determinado comportamiento solícito, atento y sagaz, por cuanto como señala Mossett Iturraspe, obra con negligencia quien no toma las debidas precauciones que imponían las circunstancias del caso (conf. MOSSET ITURRASPE,///.- ///25.-“Responsabilidad Civil del Médico”, Ed. Astrea, p.197).-

-----Y si bien considero que el actor se ha equivocado en la identificación e individualización del médico responsable de tal conducta omisiva, en cuanto se la atribuye al doctor Eduardo Moser, señalada la misma, la Clínica Viedma S.A. tenía el derecho de requerir la citación (en los términos del art. 94 del Cód. Proc. Civil y Com.) del profesional o los profesionales que estaban a cargo del control y cuidado del paciente Gullota, al momento que éste sufriera la crisis hipertensiva (médico de guardia, etc.) que derivara finalmente en los daños reclamados, por considerar que la controversia les resultaba “común”.- - - - -

-----Es más, teniendo la accionada a su cargo los aspectos administrativos: turnos, guardias, registros, horarios, etc., es indudable que dicho ente asistencial era quien se encontraba en mejores condiciones para individualizar a los responsables de las negligencias imputadas; luego, ante la total falta de prueba del tratamiento correctivo mencionado, y la omisión de ejercer el derecho de citar a los presuntos responsables, dado el deber de cooperación que es de esperar de quien se encuentra en aptitud y comodidad para prestar su ayuda a esclarecer la verdad, resultan de un valor dirimente las presunciones hominis formuladas por el voto del Juez preopinante (historia clínica, etc.).- - - - -

-----Es que en el plano de la responsabilidad médica debe aplicarse una conceptualización dinámica del proceso, que hace necesario e indispensable la evaluación del comportamiento en materia de pruebas, ya que ante la responsabilidad de los galenos y los establecimientos asistenciales, la víctima está ante el secreto del quirófano (y sus actos antecedentes y consecuentes) ///.- ///.-por lo que dichos profesionales y prestadoras de salud muchas veces están en mejores condiciones de aportar elementos de juicio en pos de convencer sobre el esclarecimiento real de los hechos y la más justa decisión de los Tribunales, sumado a que los participantes del acto médico no se limitan al médico en sí mismo sino que muchas veces también aparece involucrada y cuestionada la conducta del grupo médico en sí (equipo médico, jefe de

cirugía, personal paramédico en el postoperatorio, médicos internos que han participado en el hecho). Pero el alivio hacia la carga probatoria de la víctima viene dado por la estricta aplicación, en el proceso, del juego de presunciones judiciales, conducta procesal de las partes, noción de las cargas probatorias dinámicas, etc., donde el que debe probar es el que está en mejores condiciones procesales de hacerlo en función de un hecho concreto siéndole aplicables los principios procesales para la distribución de la carga de la prueba; pero además, cuando la responsabilidad se sustenta en la culpa, en orden a las circunstancias del caso, alcance de la pretensión y defensas, el profesional -y en el caso- la Clínica Viedma, tienen la carga de acreditar su diligencia o que la prestación médica fue diligente e idónea, de acuerdo con las circunstancias particulares (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto - Tallone, Federico, “Derecho Médico y Mala Praxis”, Ed. Juris, p. 316 y sgtes.).- - - - -

-----Así, se ha dicho que enfocada la cuestión probatoria desde el establecimiento asistencial o del médico demandado por responsabilidad médica, la prueba debe desarrollarse conforme a la doctrina que determina que corresponderán mayores cargas a quien dispone o puede disponer de mejores posibilidades, en razón de la normal posesión de medios idóneos de prueba (Cám.2 C.yC.La Plata, Sala I, 21/4/98, “D.G.B. c/Hospital Zonal de///- ///26.-Agudos Narciso López y otros”. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N° 1 ene-feb 1999, p. 123). Si bien el derecho positivo no ha receptado aún la opinión mayoritaria en la doctrina nacional de lege ferenda, que entiende que la sola presencia de la infracción dañosa genera una presunción “relativa” de culpa que desplaza la carga de la prueba hacia el demandado, a efectos de que éste se encuentre en la necesidad de probar su no culpa o el caso fortuito, ello sin embargo no constituye un obstáculo para que en función del marco normativo que nos ofrece el Código Procesal, se pueda exigir al profesional médico -y aún al ente asistencial- una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos que hacen a la controversia. Si un profesional médico alega que actuó de un modo diligente y pretende que el Juez recepte tal criterio, deberá colaborar con el órgano aportando todos los elementos a su alcance para demostrar su no culpa, pues lo contrario, esto es una conducta pasiva en materia probatoria, constituiría una violación a elementales principios de buena fe, que el Juez no podrá dejar de valorar al momento de dictar sentencia (conf. CNCiv., Sala D, 12.5.92, “Sica, Juan C. c/Entel y otros”, LL, 1992-D-579).- - - - -

-----Ya nadie discute el valor probatorio de la historia clínica; y que en los casos de falta

de constancias en la misma (por resultar incompleta) no pueda suplirse por otros medios probatorios, tales ausencias u omisiones en la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber legal de confeccionarla y de asentar en ella todos los pormenores necesarios de acuerdo a la ciencia médica (conf. CNCiv., Sala I, 28/12/95 (señala que no había constancias de haberse aplicado los medios físicos necesarios para bajar la temperatura del paciente).- - - - - ///.- ///.-En ese sentido, se considera que es primordial obligación de los médicos la confección, conservación y aporte de la historia clínica. Luego, ante su falta o deficiencias, es carga de los accionados demostrar que el proceder médico fue correcto, que se extremaron todos los recaudos y que el resultado ocurrió como un riesgo ordinario que se corre en la respectiva práctica (conf. CNCiv., Sala H, 18/9/96, La Ley 11/6/97).- - - - -

-----En consecuencia, resulta evidente que la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico, quebrantándose el deber de colaboración que debe existir por parte de los accionados para facilitar la prueba, por lo que, ante la ausencia, la carga ha de considerarse invertida. Sin embargo, ello no lleva a una presunción absoluta sino que debe ponderarse en relación a los antecedentes del caso y las pruebas aportadas por las partes. Tal criterio se condice con la exigencia al médico, o al instituto asistencial, de una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos que hacen a la controversia, aportando todos los elementos a su alcance para demostrar su no culpa, pues lo contrario, esto es, una conducta pasiva en materia probatoria, constituye una violación a elementales principios de buena fe, que el Juez no puede dejar de valorar al momento de dictar sentencia. Por eso la omisión de acompañar una historia clínica, o que ésta este plagada de deficiencias y de omisiones, que supone una grave irregularidad, es suficiente para generar una presunción judicial de culpa. De allí que, en tales términos, le correspondía a la accionada, acreditar su diligencia en la atención al paciente (conf. CNCiv., Sala D, 28/05/97; conf. Highton, Elena, “Prueba del Daño por Mala///.- ///27.- Praxis en: Responsabilidad Profesional de los Médicos”, coordinado por Oscar E. Garay, Ed. La Ley, ps. 955/956).- - - -

-----En consecuencia, reconocido como fue, que ante la situación de crisis padecida por el actor resultaba necesaria la aplicación de un “tratamiento correctivo enérgico y temprano” (ver contestaciones de demandas a fs. 163, 184, 220 y 261), sumado a las circunstancias de que en la Historia Clínica no existe constancia alguna sobre la

aplicación del mismo, y que la Empresa Médica demandada no aportó ninguna prueba de haber obrado en el caso con la diligencia que le era exigible, en cuanto no encontró una respuesta rápida, efectiva y adecuada al cuadro presentado, sea por no detectarlo a tiempo o por no haber aplicado el tratamiento con la celeridad necesaria, mal puede entonces sostenerse que el tratamiento fue correcto y oportuno.-----

-----Si bien la responsabilidad de las instituciones galénicas es teóricamente derivada (porque el perjuicio ha sido ocasionado por una persona física), es también directa. Coexiste con la del médico y/o agente autor del acto negligente, porque la empresa se ha comprometido con el paciente o sus representantes a brindar determinados servicios. Si falla en hacerlo, incumple y debe responder en consecuencia.

-----Así ha dicho la jurisprudencia federal que: “Independientemente de la responsabilidad directa del médico frente a su paciente por las culpas en que incurre por su intervención profesional, existe también una responsabilidad directa de la entidad asistencial que se ha obligado a dar asistencia médica al paciente, ya sea onerosa, mediante el pago del servicio o de una cuenta en el caso de seguros de salud u obras sociales públicas o privadas, ya sea gratuita, en establecimientos hospitalarios”, y que “el paciente, cuando///- ///.-reviste el carácter de damnificado, tiene acciones civiles de origen contractual y directas contra el ente asistencial (estipulante) y el médico (promitente)” (CNFedCivCom., Sala III, 4/9/91, ED, 146-384; BUSTAMANTE ALSINA, “Responsabilidad Civil de los Médicos en el Ejercicio de su Profesión”, LL 1976-C-63; ver, además, CNCiv., Sala D, 7/9/84, ED, 112-303). Son dos acciones diversas, separables y de diferente origen. El perjudicado puede optar por acumularlas, o bien por demandar sólo a uno de los deudores.-----

-----La que hace surgir la responsabilidad del ente asistencial “es una obligación tácita de seguridad, que es directa y puede ser subjetiva u objetiva y de resultado según los casos”. Esto último en el sentido del “deber de seguridad, ya que ... no basta con aproximar al paciente profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina, sino que debe asegurársele una prestación médica diligente e idónea, de acuerdo con las circunstancias particulares, la menos reprochable posible”. A estos recursos humanos deben agregarse los medios “materiales (instalaciones, instrumental, medicamentos, etc.) en oportunidad, cantidad y calidad adecuadas” (CNFedCivCom., Sala II, 4/9/91, ED, 146-384; CCivCom. Morón, Sala II, 17/12/91, ED, 151-516; conf. TRIGO REPRESAS, “Responsabilidad Civil de Médicos y Establecimientos Asistenciales”, La

Ley, 1981-D-133; BUERES, “Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos”, ps. 32 y 33).- - - - -

-----Esta idea de la obligación tácita de seguridad ha sido una de las más persistentes, exitosas y sin duda fértiles que ha manejado nuestra jurisprudencia en la materia. Ha estado y sigue estando presente en innumerables fallos, especialmente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, cuya paternidad, según se ha reconocido, corresponde a Bustamante Alsina y ///.- ///28.-a Bueres.- - - - -

-
-----Así, este último jurista, al emitir su voto en autos “Mackinson c/Wilk”, expresaba que “funciona con carácter accesorio de la prestación principal de suministrar asistencia galénica. Y agregaba que “dicho deber jurídico de seguridad deviene irrefragable e inexcusable una vez probada la culpa del médico o persona empleada por el ente para cumplir el servicio” (CNCiv., Sala D, 28/10/82, LL 1983-B-555).- - - - -

-----En autos “B. c/Asociación Médica Lomas de Zamora” se consideró la siguiente cuestión: la demandada, amparándose en una posición formalista, sostenía que no podía condenársela, porque no habían sido accionados también los médicos que trabajaban en ella. Tratábase de un caso obstétrico. El recién nacido había presentado insuficiencia respiratoria, convulsiones y un cuadro infeccioso. Todos estos problemas, según la inobjetada pericia médica, fueron mal tratados. Se había llamado en consulta a un neurólogo. Éste había recomendado la realización de estudios de su especialidad. Los estudios no se hicieron. La negligencia, en tales condiciones, resultaba a todas luces indiscutible.- - - - -

-----Siguiendo a Bustamante Alsina, la Suprema Corte Bonaerense descartó la tesis de la responsabilidad indirecta y refleja, reconociendo la existencia “del deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencial, y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional” (SCBA, 4/8/92, ED, 150-119).- - -

-----Es decir que, como de una misma base (la culpa del médico) se derivan dos diferentes responsabilidades directas, para que cualquiera de ellas funcione será necesaria la acreditación de esa culpa (de ahí que se hable de “responsabilidad///.- ///.- derivada”). Esa demostración es imprescindible, aunque no se traiga al galeno a juicio, pues no es un caso de litisconsorcio pasivo necesario (sin menoscabo del derecho de la accionada a requerir la citación profesional, por considerar que la controversia le es “común”, en los términos del art. 94 del Cód Proc. Civil y Comercial).- - - - -

- - -

-----También es una responsabilidad objetiva. Coinciden Bueres y Bustamante Alsina en que la responsabilidad de las clínicas es objetiva. Es decir que, una vez acreditada la culpa del médico, dicha responsabilidad se torna inexcusable o irrefregable; queda manifiesta la violación del crédito a la seguridad y el establecimiento no puede probar su no culpa en la elección o en la vigilancia.- - - - -

-----Así también se ha dicho que: “Cabe responsabilizar al establecimiento médico demandado por la muerte de un paciente en virtud de la mala praxis del médico que lo atendió, pues, cuando dicha entidad se obliga a la prestación del servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que se preste, sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida” (CNFedCivCom., Sala II, “Sambiase de Craviotto, Myrtha A. c/Hospital Británico de Buenos Aires y Otro”, del 8/9/2005); “Corresponde responsabilizar al nosocomio y a los profesionales actuantes en el parto por los daños y perjuicios derivados de la muerte del hijo de los actores a causa de un daño neurológico severo irreversible, pues, ninguno de ellos dio una explicación que convenza de que la afectación de la salud del niño fuera consecuencia de circunstancias ajenas a la atención profesional, lo que resulta exigible en función del deber de colaborar en el esclarecimiento de la verdad.” (Cám.2a Apelac.en lo Civ. y Com. de La Plata,///.- ///29.-Sala I, del 02/03/2006, “López, Juan M. c. Hospital Italiano de La Plata”, RCyS 2006-VI, 113-LLBA 2006, 1067); “La clínica donde se intervino quirúrgicamente al paciente que, por mala praxis, sufrió una secuela permanente como consecuencia de la operación -en el caso, dificultad para caminar- resulta responsable por aquella lesión y debe afrontar su costo, en tanto obtuvo un beneficio económico al facilitarle a los profesionales la ejecución de las prestaciones médicas” (CNCom., Sala B, 2006/03/23, “G., C.A c/ B., R. y Otros”).- - -

-----En autos: “F. c/Instituto Médico de Obstetricia” se planteó el lógico límite de la objetividad derivada de la mera localización de los hechos dañosos. En esa causa, acreditóse que “los médicos que trataron a la señora C. fueron de la obra social, y si bien el Instituto Médico de Obstetricia fue el lugar donde se desarrolló el parto, lo cierto es que el citado instituto en modo alguno puede ser considerado responsable.”. Ello, porque, de acuerdo con la pericia médica, “no existe mal funcionamiento ni de las instalaciones ni del personal del citado instituto, sin que pueda atribuirse ... culpa o negligencia” (CNFedCivCom., Sala II, 14/2/95, LL, 1996-D-714).

-----Conforme al mismo criterio de la responsabilidad basado en el funcionamiento de las instalaciones y el desempeño del personal, en cambio, se hizo lugar a la demanda en el caso “G. c/Clínica del Norte”, al entenderse que hubo insuficiente infraestructura, a consecuencia de lo cual la institución fue responsabilizada (CNCiv., Sala E, 26/8/87, D., 126-452).- - - -

-----Es interesante la situación plantada en otra causa: “Los médicos que estaban de guardia pasiva e intervinieron en el caso (dos neonatólogos y una anestesista) actuaron en cumplimiento de su cometido y se presentaron en la Clínica Honaine en cuanto se los llamó, pero como consecuencia del///.- ///.-sistema utilizado por el nosocomio, hubo lapsos sin la necesaria presencia profesional. Es decir que si la clínica opta por un sistema, debe responder por las fallas que éste tenga” (CNCiv., Sala J, 29/9/94, LL, 1995-D-562).- - - - -

-----En conclusión, cualquiera sea la tesitura que se acepte, lo cierto es que la doctrina judicial imperante hace recaer la responsabilidad en el nosocomio, si se demuestra impericia o negligencia en la prestación médica.- - - - -

-----Si bien los médicos actúan según las reglas de su ciencia, y en tal sentido, no son dependientes de la clínica, la dependencia existe en los aspectos administrativos: turnos, guardias, registros, horarios, etc., y a ese respecto no cabe duda que el aval de la clínica interviniente representa un margen de tranquilidad, dado por la mayor cobertura que la amplitud de su desenvolvimiento hace presumir frente a la responsabilidad circunscripta a una persona física determinada (CNCiv., Sala B, 11/9/85, ED, 116-285).- - - - -
- -

-----Es que independientemente de la responsabilidad directa del médico existe la obligación de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesorio en ciertos contratos que requieren la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Cuando la entidad se obliga a la prestación del servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daños por deficiencias de la prestación prometida (Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad Civil de los Médicos en el Ejercicio de su Profesión”, La Ley, 1976-C-63; idem, “Teoría General de///.- ///30.-la Responsabilidad Civil”, 6ta. Edición, Abeledo Perrot 1989, p. 471; “GARAY, Oscar, Responsabilidad Profesional de los Médicos”, Ed. La Ley, p. 776).- - - - -

--

-----V) Finalmente, un tratamiento especial merece el nexo causal entre la conducta omisiva (negligencia) señalada y el daño sufrido por el señor Gullota.-----

-----Al respecto, Ricardo Lorenzetti expresa que constituye un error suponer que el concepto jurídico de causa es idéntico a la noción física, por ello no debe confundirse la causalidad jurídica con la médica. El derecho recurre a la causalidad para resolver un problema de responsabilidad y por lo tanto no interesa el problema filosófico o científico sino el dilema práctico de determinar hasta dónde quiere la ley que los hombres respondan por sus actos (LORENZETTI, Ricardo L., “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. II, p. 116).-----

-----Ya nos advertía Jorge Mosset Iturraspe, en las postrimerías de la centuria pasada, sobre el peligro que implicaba la gestación en la esfera médico-científica de un concepto propio de “causa médica”, regido por bemoles típicos de su ministerio. El citado jurista específicamente nos alertaba acerca de que “frente a la flexibilidad y amplitud de la causa jurídica, sorprende la estrechez y limitación conceptual de la denominada causa médica, donde priman criterios de proximidad y eficacia. Frente a una sucesión de hechos, el científico se afana en encontrar el decisivo, el predominante o único como factor etiológico. Si no puede hallarlo -lo cual es bastante habitual- prefiere evitar expedirse sobre la causa alegando que permanece oculta, desconocida, no manifiesta de manera fehaciente. Faltan evidentemente en esa concepción los criterios de///.- ///.-normalidad, tipicidad y previsibilidad, que caracterizan la relación adecuada como causa jurídica. Asimismo, falta la necesaria distinción entre causas concurrentes y excluyentes, causas que se suman sin producir la interrupción del nexo y causas que alteran el resultado” (conf. Mosset Iturraspe, “Responsabilidad Civil del Médico” cit., p. 247).-----

-----Con acierto, se ha reseñado que la causa médica se puede presentar de manera compleja, simultánea o confusa. Por esa razón el Derecho no requiere para pronunciarse, a diferencia de los médicos legistas, saber cuál de todas estas condiciones (que, en rigor de verdad, son sólo dos: las predisposiciones y la culpa médica) es la causa que aparece de manera clara, indudable, certera y manifiesta, dado que el daño pudo haberse producido por una sucesión de actos u omisiones conexas entre sí y dependientes de aquel que constituye la causa primogénita, es decir, por la fusión de ambas condiciones concurrentes. Para la ciencia médica, en cambio, si falta la determinación del único o predominante factor etiológico, según criterios de proximidad

y eficiencia, se prefiere evitar expedirse sobre la causa alegándose que permanece oculta, desconocida, lo que no se compadece en absoluto con los criterios de normalidad y regularidad estadística que caracterizan la relación de causalidad adecuada en su justa concepción (conf. Prevot, “¿Qué es la causa médica?”, en DJ del 12/19/2005, p. 446 y ss. 88).-

-----El hombre de derecho aprecia los fenómenos en la dimensión que se presentan, y, en consecuencia, advierte en ellos regularidades propias de sus limitaciones. El relativismo dimensional de la noción de causa conlleva a una distinta evaluación de la misma. Para un médico, el comportamiento humano será un problema de neuronas, genes e interacciones psicosomáticas; para el historiador o un sociólogo será///.- ///31.- una cuestión de historia, cultura, pautas de conductas internalizadas, determinismos económicos, políticos o sociales.- - - - -

-----Para el Juez, como hombre inmerso en un sistema sociocultural, las explicaciones deben convencer a otros hombres iguales que él, y esas argumentaciones y las consiguientes soluciones las encontrará en el Derecho y no en la física o en la filosofía.- - - - -

-----Además lo jurídico introduce la noción de la justicia para determinar la relación vinculante entre los fenómenos. Como dice Llambías, “aún averiguando que tal hecho deba aceptarse como causa de tal efecto dañoso y tenga que afrontar la reparación del daño producido. Antes de ello, el Derecho se preguntará si es justo que así sea, pues, que todas las conclusiones a que él llega están contempladas bajo el prisma de la justicia” (LLAMBIAS, “Tratado de Derecho Civil”, T. I, p. 336).- - - - -

-----La relación causal física se encuentra recortada en el Derecho. “Así, no debe sorprendernos que la solución jurídica concreta de tal cuestión se detenga, a veces, en un punto determinado, situado más acá de donde iría el examen físico de una serie causal, y se desinteresa de las causas anteriores. Otras veces, en cambio, va más allá de la verdadera causación física y hace surgir responsabilidad de una relación causal hipotética, basada precisamente en la omisión de una causa.- -

-----En una sociedad potencialmente dañosa, en la que el detrimento tiene autor anónimo, en donde se diluye la relación de inmediatez (corpore corpori) que guiaba otras concepciones, y cuando el origen de un resultado es a veces indescifrable, la idea de justicia nos lleva a la necesidad de la reparación del daño, aún cuando la causa del mismo no esté del todo///.- ///.-clara. (MOSSET ITURASPE, “Responsabilidad por

Daños”, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 251, nota 5).- - - - -

-----Es que el Derecho es una ficción respecto de la verdad ontológica. Por ello, cuando el Juez recurre al auxilio de peritos no debe aceptar sus conclusiones como excluyentes para construir la relación causal sino que debe él mismo conceptuarla en base a aquellos datos compaginados con los que le aporte su propia observación (adecuación al relativismo dimensional) y con el recorte que produce la noción de lo justo.- - - - -

- - - - -

-----Esta operación, al considerarse la prueba pericial médica como la única y fundamental herramienta para acreditar el nexo causal, no se ha cumplido en la sentencia impugnada.- - - - -

-----Los peritos generalmente señalan que los resultados dañosos tienen múltiples causas y que la comisión y omisión puede ser una de ellas pero no hay exactitud sobre este punto. Los Jueces, imbuidos de aquella idea aristotélica de buscar una razón suficiente e inmediata, concluyen rechazando la acción.-

-----Por ello se ha dicho que el Juez no puede obnuilarse por la ambigüedad que le presenta la pericia -o en este caso la ausencia- pues ella es propia de un dominio específico de lo observable en el mundo físico. Debe practicar un juicio de razonabilidad que contemple no sólo las relaciones causales físicas sino lo efectivamente calculado por el sujeto como agente supercausal.- - - - -

- - - - -

-----La razonabilidad de las consecuencias debe determinarse histórica y concretamente y deberá tener en cuenta el estado de las cosas en que la acción -u omisión- fue desplegada, cálculos hechos por el autor, lo que razonablemente debía haber hecho, etc.. Juicio de razonabilidad que debe fundarse en la experiencia jurídica del Juez.- - - - -

- - - - - ///.- ///32.-Además, no es posible olvidar que el Derecho regula conductas, proyectadas éstas hacia el “deber ser”, motivadas. El hombre generalmente propone fines, planea cómo conseguirlos y luego actúa en consecuencia; su querer es anterior a la causa eficiente del efecto (conf. ALTERINI, “La Responsabilidad Civil”, Ed. Abeledo Perrot, p. 157).- - - - -

-----El fin perseguido y representado anticipadamente por el hombre permite a éste ordenar, encaminar, dominar el acontecer causal natural poniendo los factores que faltan o absteniéndose de hacerlo para lograr su objetivo. En la observación de un proceso no es difícil advertir “la mano del hombre” cuando éste se propuso lograr un fin determinado.- - - - -

-----El médico en su actuación profesional se propone la curación y tiene poder, dado por el conocimiento, para intervenir en la causalidad natural y ordenarla hacia un fin propuesto. El galeno es un enorme factor supercausal en el proceso patológico, y por ello no es difícil advertir su presencia en el curso de la enfermedad, y el sentido de la misma; ello es, si actuó o dejó de actuar para obtener la curación.- - - - -

- - - - -

-----No se trata aquí de formular un juicio de reproche, propio de la culpabilidad, sino de no dejar de lado la finalidad o representación de la curación para determinar si el hecho galénico ha sido causa de un efecto; en la mayoría de los casos, de un daño (conf. LORENZETTI, ob. cit., ps. 116/130).- -

-----En el caso de autos, ha quedado acreditado: 1) que los daños sufridos (isquemia cerebral, que le dejara como secuelas una parálisis facial y una hemiplejía incapacitante de por vida), tienen su origen en la crisis hipertensiva sufrida por el señor Gullota en el postoperatorio 2) que en el tipo de operación practicada existía una previsibilidad de entre///.- ///.-el 11% (conf. Clínica Viedma a fs. 163), al 19% (conf. contestaciones de demanda de Eduardo Moser a fs. 184, de Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. a fs. 220, de San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales a fs. 261) y aún mayor (según confesional del doctor Eduardo Moser a fs. 654 vta. “A la Sexta”), de sufrir una crisis hipertensiva como la que tuvo Gullota; 3) que ante tal crisis se debe realizar un conocido “tratamiento correctivo enérgico y temprano” (ver contestaciones de demandas a fs. 163, 184, 220 y 261); 4) y que tal tratamiento correctivo no se realizó, o al menos no hay prueba fehaciente que acredite que el mismo se hubiera realizado -y en tal caso- que éste hubiera sido enérgico, temprano y oportuno.- - - - -

- - - - -

-----En tal orden de ideas, partiendo de la finalidad perseguida mediante la intervención quirúrgica practicada, y sumados los hechos señalados en la presente causa, cabe concluir que -en el caso que se analiza- existió relación de causalidad entre la conducta omisiva en la prestación médica y el daño sufrido y que padece el actor; ello así, por cuanto como bien señalara el Dr. Soderó Nievas en su voto, se omitieron las diligencias necesarias que exigía la naturaleza de la obligación, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo (urgencia en el tratamiento correctivo aceptado por todas las partes), de persona (estado en que se encontraba el paciente) y de lugar (establecimiento médico).- - - - -

-----Es que atrás ha quedado aquella vieja concepción gala que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo causal entre una conducta y el resultado nocivo y que vulgarmente se daba en llamar “doctrina del todo o nada”. Según sus más conspicuos defensores, solamente se tenía por cumplimentado el enlace o vínculo causal si en la///.-
///33.-representación objetiva retrospectiva de los hechos que realizaba el intérprete surgía de manera irrefutable que la acción u omisión endilgada al agente había sido la causa del resultado dañoso cuya reparación se incoaba (conf. Prevot, “Consentimiento informado y responsabilidad civil” , en LL. del 23/8/2006, p. 7).- - - - -

-----No voy a explayarme aquí sobre los argumentos que esbozaban quienes defendían a ultranza tal orientación, dado que los mismos han caído en desuso y, salvo contadas excepciones, asistimos actualmente a la consolidación de una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, por sobre todo, reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad, a tal punto que hoy se habla sin añadiduras de “causa probabilística” (conf. Prevot, “El Nexo de Causalidad en los Casos de Responsabilidad Médica”, en LL. del 18.08.2005, p. 2).- - - -

-----En ese sentido, hoy día, podemos afirmar sin hesitaciones, que existe consenso generalizado en que: 1) la ciencia contemporánea se funda sobre verdades hipotéticas no incontro- vertibles; 2) la Medicina y el Derecho no son ciencias exactas; 3) nadie puede decir con absoluta certeza lo que habría ocurrido si el demandado hubiera actuado de otra manera; 4) la causalidad no admite prueba matemática; 5) la teoría de la adecuación causal, en cuanto está estructurada bajo un sistema de regularidad estadística, no puede más que contentarse con una fuerte o suficiente “dosis de probabilidad”.- - - - -

-----Pero ¿cuál es el grado de probabilidad requerida?. La cuestión varía según se trate de un ilícito penal o civil. Así, por ejemplo, en el proceso penal, en cuanto persigue el dictado de una sentencia de condena, la exigencia de un porcentual rayano al 100% es considerado como un valor fundamental en///.- ///.-los modernos sistemas jurídicos, especialmente, dada la presunción de inocencia del acusado. En definitiva, se tiende a salvaguardar valores de inmensa importancia, asegurándose un estándar probatorio más exigente y tratándose de minimizar el riesgo de condenar a un inocente. En el proceso civil, en cambio, rigen diversos criterios de valuación, donde las reglas de la “preponderancia de la evidencia” o del “más probable que improbable” pueden constituir elementos de suma valía, que debidamente cotejados y coadyuvados pueden

ser utilizados por el juzgador para dar por acreditado el nexo causal (conf. Bertochi, “La responsabilidad contrattuale ed extracontrattuale del medico libero professionista”, en “La responsabilidad medica”, p. 71 y ss.; Galán Cortés, “Responsabilidad civil médica” cit., p. 206 y ss.; PREVOT, Juan M., “La Responsabilidad Civil Médica”, J.A., Fascículo 7, 2006 -IV, del 15/11/06).- - - - -

-----En autos, aunque no exista absoluta seguridad respecto de que si se hubiera aplicado en tiempo y forma el tratamiento correctivo recomendado se habría evitado la isquemia cerebral, que le dejara como secuelas una parálisis facial y una hemiplejía que lo incapacita de por vida al actor, teniendo especialmente en cuenta la finalidad o representación de la curación que era dable esperar mediante la intervención quirúrgica practicada, considero que la probabilidad que dimana de tal conducta omisiva asumida constituye elemento suficiente para tener por acreditada la relación causal entre la omisión de aplicar el “tratamiento correctivo enérgico y temprano” y el daño reclamado. Máxime, cuando los propios demandados sostienen que la intervención quirúrgica había resultado exitosa.- - -

-----VI) En consecuencia, considerando que la citada en garantía, Federación Patronal Seguros S.A., no ha invocado///.- ///34.-causal alguna que la exima de su responsabilidad contractual respecto de su asegurada, Clínica Viedma S.A., ello determina que la condena que se imponga a esta última, deba inexorablemente extenderse a la primera (arts. 109, 120 y cc. de la Ley de Seguros).- - - - -

- - - - -

-----VII) Finalmente, respecto a los cuestionamientos formulados por el apoderado de la actora sobre la imposición de costas y regulación de honorarios efectuadas en la sentencia impugnada por la incidencia promovida en la Audiencia de Absolución de Posiciones de la Clínica Viedma S.A., adhiero a los fundamentos y solución propuesta por el colega que me precede en el orden de votación. ASI MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - -

-----El Juez del primer voto considera que debe hacerse lugar a la demanda deducida por el señor Nicolás GULLOTA, atribuyendo la responsabilidad por la praxis médica efectuada, al médico que realizara la cirugía (endarterectomía carótida derecha), doctor Eduardo MOSER y a la CLINICA VIEDMA S.A., proponiendo condenar a ambos y a las citadas en garantías Federación Patronal Seguros S.A. y San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales al pago de los daños y perjuicios y lucro cesante causados al actor.- - - - -

-----Por su parte el colega que vota en segundo término propone hacer lugar parcialmente a la demanda deducida, en tanto considera que sólo debe condenarse a la CLINICA VIEDMA S.A. y a la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A., eximiendo de responsabilidad al señor MOSER y su aseguradora.-

-----En definitiva, los distinguidos colegas preopinantes coinciden en la atribución de responsabilidad, por los daños sufridos por el señor Gullota, en oportunidad de la atención médica prestada, a la CLINICA VIEDMA S.A. y en la extensión///- ///.-de la misma, a la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A.. Y disienten respecto de la responsabilidad que le cabe al doctor Eduardo MOSER, y su correlativa extensión a la citada en garantía San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales, por lo que en el presente voto sólo me limitaré, en atención a la potestad que me otorga el art. 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 2430, a dirimir dicha disidencia.- - - - -

-----Adelanto mi opinión a favor de la propuesta del doctor Balladini, en cuanto éste exime de responsabilidad al médico Eduardo Moser. Doy razones:- - - - -

-----Para que se configure la responsabilidad civil del médico, se deben verificar una serie de presupuestos; sin la concurrencia de algunos de ellos, no habrá obligación de reparar. Ellos son a) Antijuricidad; b) Imputabilidad a título de culpa; c) Daño; y d) Relación de causalidad.- - - - -

-----Esto es sostenido por la doctrina, que dice que son elementos comunes a los regímenes contractual y extracontrac- tual de responsabilidad civil, 1) Antijuricidad; 2) Daño; 3) Relación de causalidad entre el daño y el hecho; y 4) Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad (conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Ed. Abeledo Perrot, p. 86; GARAY, Oscar E., “La Responsabilidad Civil Médica”, Ed. La Ley, ps. 738/739).- - - -

-----Es necesario que concurren todos esos presupuestos para que surja la responsabilidad civil médica (más allá de la denominación que se le otorgue a los mismos), habiéndose señalado así también en numerosos fallos:- - - - -

-----“Para que se ponga en juego el aparato de responsabilidad, es menester que exista la falta médica o el incumplimiento de los deberes profesionales. Para que quede configurada la///.- ///35.-responsabilidad deben concurrir los siguientes requisitos: a) obligación preexistente; b) falta médica (impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los deberes y reglamentos a su cargo); c) daño ocasionado; d)

determinismo causal entre el acto médico y el daño ocasionado; y e) imputabilidad (que el médico sea tenido por culpable del daño).” (CNCiv., Sala d, 16/2/1984, “Roitbarg, Marcelo R. c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios”, La Ley, 1984-C-586).- - - - -

-----“Para que quede comprometida la responsabilidad civil del médico por los hechos cometidos en el ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa en relación a la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado; basta que alguno de estos requisitos fracase para que el profesional quede exento de responsabilidad civil por las consecuencias de su actividad.” (CNCont. Adm. Fed., Sala I, 25/6/1991, “M., N. V. y otro c/Estado Nacional (Policía Federal) y otro”, La Ley, 1992-E-52; idem, CNCiv., Sala L, 13/10/1989, “Suarez de Cidré, María L. c/Convento, Beatriz y otro”, JA, 1991-I-747; La Ley 1990-E-248).- - - - -

-----“La responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere, por lo tanto para su configuración los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir que cuando el profesional médico incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación asistencial, ya por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición del deudor culpable ///.- ///.- (art. 512, Cód. Civil)”. (SCBA., 13/9/1988, “López, Celevidad y otra c/Sanatorio Beltrán y otros”, JA, 1988-IV-693).- - - - -

-----“Para asignar responsabilidad a los médicos por actos concernientes al ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa en la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado.” (CNApel.en lo Com., Sala C, del 11/03/2008, “Musso, Alicia Elsa c. C.E.M.I.C.”).- - - - -

-----“Para que quede comprometida la responsabilidad del médico por los hechos cometidos en el ejercicio de la profesión —en el caso, se responsabilizó a un cirujano que negligentemente realizó una histerectomía total—, el paciente debe demostrar la culpa en la realización de la atención médica prestada, la existencia del daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado, bastando que alguno de esos requisitos falle

para que el profesional quede exento de responsabilidad por las consecuencias de su actividad.” (CNApel. en lo Civil, Sala E, 07/06/2006, “B. de L., A. N. c. C., M. y otros”, LA LEY 05/09/2006, 5 - LA LEY 2006-E, 255 - JA 2007-I, 499; idem CNApel. en lo Civil, Sala E, 04/07/2007, “López de Beltrame, Marta Graciela c. Clínica Privada Mariano Moreno S.A.”, DJ 23/01/2008, 150).- - - - -

-----En autos, la actora fundamenta la responsabilidad del médico Eduardo MOSER, en la supuesta externación prematura de la Unidad de Terapia Intensiva (U.T.I.) a la sala general (habitación compartida con otro paciente), circunstancia esta que a su criterio habría impedido detectar en forma inmediata el comienzo y evolución de la crisis hipertensiva que ///.- ///36.-sufriera GULLOTA, privándolo así de la aplicación del tratamiento correctivo enérgico y temprano que para dicha emergencia (crisis hipertensiva) todas las partes son conteste en que debía aplicarse para evitar el daño.- - -

-----Sin embargo, del examen de las constancias de la causa se advierte que, la conclusión sobre la externación prematura de la U.T.I., sólo nace y se funda en el simple recuerdo de la experiencia que habría tenido el actor en ocasión de una intervención quirúrgica similar, practicada en el Hospital Italiano de la ciudad de Buenos Aires, donde se lo habría dejado internado en terapia intensiva durante 72 hs.- - -

-----No existe en autos ninguna prueba ni aval médico (protocolos médicos, lex artis, etc.) por la cual pueda sostenerse con rigor científico que la externación fuera prematura, o en su defecto, que dos días más en terapia intensiva hubieran evitado la crisis hipertensiva.- - - - -

-----Por el contrario, el único dato relevante sobre dicha temática es el que se encuentra asentado en la Historia Clínica por el Dr. Kowalyszyn (Jefe del Servicio de Terapia Intensiva), quien expresa al tiempo de la externación de la U.T.I. (9/10/97), “paciente lúcido, hemodinamicamente compensado, buena evolución postoperatoria ... y en condiciones de pasar a sala general.” (ver fs. 38 vta., 137 vta.); información esta que fue posteriormente ratificada por el mencionado galeno en su declaración testimonial prestada a fs. 1023/1024 del presente expediente.- - - - -

-----De lo expuesto se desprenden dos conclusiones, la primera que la externación no habría sido prematura (o al menos no se ha demostrado que así fuera), sino luego de haberse constatado médicamente por el Jefe del Servicio de Terapia Intensiva, una buena evolución del paciente; y la segunda, que la ///.- ///.-decisión de pasarlo a la Sala

General, fue del doctor Kowalyszyn, por lo que no cabe de modo alguno atribuir responsabilidad por tal hecho al doctor Eduardo MOSER.- - - -

-----En tal orden de situación, si consideramos que no hay ninguna prueba científica y/o protocolo médico que prescriba y/o indique, para la cirugía practicada, el tiempo de internación en la U.T.I. esgrimido por la actora, o en su defecto que acredite que en el caso de autos la externación fue prematura; debiendo tenerse en cuenta que la misma fue ordenada por el Dr. Kowalyszyn; a lo que se agrega que la cirugía practicada por el Dr. Moser fue técnicamente correcta e irreprochable, no se advierte cual podría ser la culpa médica del demandado MOSER.-

-----Entendiéndose por culpa profesional aquella por la cual una persona que ejerce una profesión falta a los deberes especiales que ella impone (conf. ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, p. 784), siendo en particular la de los médicos, no diferente de la culpa común y corriente en la cual puede incurrir cualquier persona al causar un daño. En ese sentido, precisa Lorenzetti que la responsabilidad profesional es una especie de la responsabilidad por daños, y, consecuentemente, se le aplican los principios generales, no existiendo una culpa médica especial, ni regímenes de excepción (LORENZETTI, “Nuevos Enfoques en la Responsabilidad Profesional”, p. 357).- - - -

-----Así se ha dicho que, la culpa médica consiste en la falta de diligencia o previsión que acarree la infracción de algunos de los deberes médicos, más precisamente, en la violación del deber objetivo de cuidado. En la base de toda responsabilidad galénica ha de existir una culpa médica, y ésta, como omisión de la diligencia del art. 512 del Cód. Civil, equivale al incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis*,///.- ///37.- concebida como criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso de la influencia de otros factores endógenos y exógenos, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida (PREVOT, Juan M., “La Responsabilidad Civil Médica”, *Revista de JA*, 2006-IV, Fascículo 7, ps 42/44).- - - - -

- - -

-----No existe un concepto de culpa profesional distinto de la culpa en general. Aquel no es más que una particularización de éste, que se obtiene como resultado de sustituir el viejo paradigma del buen padre de familia por otro que bien podría ser el de buen profesional (TRIGO REPRESAS, “Nuevas Reflexiones Sobre la Responsabilidad Civil

de los Médicos”, LL 1984-C-586), o médico prudente (GALDOS; “Responsabilidad Profesional y Culpa Médica”); en suma, el de un profesional diligente (MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por Daños”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. VIII, p. 157).- - -

-----Sin embargo, cuando se trata de definir la culpa médica se recurre a la impericia, esto es, la falta de conocimientos médicos y científicos, el apartamiento culpable del modelo profesional, la falta de conocimientos y carencia de habilidades en el ejercicio de la profesión, etc. (GAMARRA, “Responsabilidad Civil Médica”, T. 1, p. 40). Nada de ésto se ha demostrado en el caso de autos.- - - - -

-----En tal orden de ideas, si para que pueda configurarse la responsabilidad médica por mala praxis es necesaria la demostración de que la prestación ha sido cumplida de una manera deficiente, con omisión de las diligencias que la naturaleza de su desempeño impone de conformidad con las///.- ///.-circunstancias del caso, ya sea que se haya incurrido en imprudencia, impericia o negligencia, y en autos ninguno de estos extremos se ha demostrado respecto de la práctica médica desarrollada por el facultativo Moser, no cabe sino rechazar la demandada intentada contra el mismo.- - - - -

-----Máxime, considerando que la intervención quirúrgica practicada por este último reveló, según la ponderación de la Cámara, no rebatida por la actora, una técnica operatoria irreprochable, y que en la responsabilidad profesional la actuación del médico es -como regla general- de medios ya que sólo se compromete a obrar con idoneidad y prudencia adecuadas a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la enfermedad, utilizando las técnicas científicas acordes, pero sin asegurar la curación o el alivio de la enfermedad o el dolor. (conf. LÓPEZ MESA, Marcelo, “El Médico y la Naturaleza de sus Obligaciones”, diario La Ley del 29/04/2008, ps. 1/4).

-----Es que, en la vinculación contractual entre médicos y pacientes se ha destacado que la obligación principal de los primeros, consiste en brindar una atención diligente e idónea del enfermo, sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, pero sin asegurar que el resultado perseguido se va a lograr, pues a los facultativos les está legalmente prohibido anunciar o prometer la curación fijando plazos, o la conservación de la salud o anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles (art. 20, incs. 1, 2 y 5 de la Ley 17.132). El médico no se compromete a curar al paciente, sino sólo a proceder con la diligencia común, conforme a las reglas y métodos de su profesión (conf. TRIGO REPRESAS,

“Responsabilidad Civil de los Médicos por el Empleo de Cosas Inanimadas en el Ejercicio de la Profesión, La Ley,///.- ///38.-1981-B-762).- - - - -

-

-----De allí que el mero hecho de la no obtención del resultado esperado, pero no prometido, no habrá de implicar necesariamente la responsabilidad del médico, sino que corresponderá a quien pretenda la reparación la prueba de que la no obtención de ese resultado perseguido obedeció a que el profesional no se condujo con la medida, diligencia e idoneidad debidas o que medió un comportamiento defectuoso de su parte. De ahí que se ha dicho que no basta la existencia de un resultado desafortunado para considerar responsable al médico interviniente, sino que es necesario acreditar que ese resultado dañoso se produjo por su negligencia, imprudencia o impericia, en definitiva por su culpa (CNCiv., Sala M, agosto 30/2001, “T.,H.A y otro c/ L.,V. y otro”, Lexis N° 30012226).-

-----Por último, cabe señalar que tampoco es dable atribuir responsabilidad como jefe del equipo médico por la invocada falta de aplicación, ante la crisis hipertensiva, del indicado “tratamiento correctivo enérgico y temprano”.- - - - -

-----Es que como bien observara el doctor Balladini, si bien en el ejercicio de la medicina de equipo, el director o jefe del mismo debe orientar y coordinar las actividades de quienes lo secundan, por cuanto es quien dirige todas las actividades de los integrantes que lo constituyen, siendo ello el fundamento por el cual puede llegar a ser responsable por los actos negligentes de los demás miembros del equipo médico, la crisis hipertensiva ocurrió en el postoperatorio cuando el paciente se encontraba en la sala general, sujeto al control de la organización médica asistencial (médico de guardia, etc.), esto cuando el equipo ya se encontraba disuelto.- - - - -

-----En ese sentido, se ha dicho respecto a la responsabilidad emergente de un trabajo médico en equipo, que el primer///.- ///.-problema que se suscita es el de la determinación del momento en que el “equipo” comienza realmente a funcionar como tal y el de hasta cuando continúa en esas condiciones; ya que será recién desde entonces y no más allá de este último momento, que podrá aparecer propiamente la responsabilidad del “jefe del equipo” o del “grupo” de personas componentes del equipo.- - - - -

-----El profesor francés Le Tourneau, ocupándose específicamente del equipo médico quirúrgico, destaca que en la etapa pre-operatoria existe un número importante de profesionales que despliega individualmente su respectiva especialidad, como sucede

por ejemplo con el cardiólogo, encargado del examen cardiológico, o el biólogo a quien se encomienda el análisis del medio interno del paciente por laboratorio; que ya en la faz verdaderamente operatoria, además del cirujano y sus ayudantes o colaboradores, pueden intervenir otros profesionales: como el anestesista, el hematólogo, el anatomopatólogo encargado de examinar la pieza operatoria, o el radiólogo que en el curso de la operación extraerá una placa, cuyo resultado condicionará la prosecución de la intervención por el cirujano, etc. (conf. TRIGO REPRESAS - STIGLITZ, “El Seguro Contra la Responsabilidad Civil Profesional del Médico”, p. 153, N° 32); y aún después de concluida la operación queda pendiente la reanimación del paciente por parte del anestesista, a quien por ello también se lo llama “reanimador”, amén de los últimos controles, curaciones y cuidados (en las comidas, movilidad, etc.), que deban cumplimentarse con relación al operado. Sin embargo, apunta Le Tourneau, en principio no existe todavía un “equipo” nítidamente constituido en la etapa preoperatoria, y a su turno en la post-operatoria lo que se advierte no es sino un equipo ya disuelto o en ///.- ///39.-vías de disolución, habiendo vuelto a retomar cada uno de los respectivos ex componentes su propia autonomía y libertad de acción (Conf. TRIGO REPRESAS, Félix, “Reparación de Daños por Mala Praxis”, Ed Hammurabi, ps. 168/169).- - - - -

-----Es que en los casos de pluriparticipación médica, como ocurre en el acto quirúrgico, cada uno de los integrantes del equipo responde personalmente en la órbita de su especialidad, en razón de actuar con autonomía profesional técnica y científica, por lo que sólo se puede responsabilizar al jefe del equipo médico en los supuestos en que debió y pudo vigilar los actos de sus colaboradores, y mientras el equipo se encuentra vigente y en funciones.- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Sodero Nievas dijo:- - - - -

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo Al Acuerdo: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 1227/1244 y vta., y en consecuencia revocar las sentencias de Cámara y de Primera Instancia dictadas a fs. 1211/1219 y vta. y 1116/1135 y vta., respectivamente. II) Hacer lugar a la demanda deducida por el señor Nicolás GULLOTA, y en consecuencia condenar al doctor Eduardo MOSER, a la CLINICA VIEDMA S.A. y a las citadas en garantía Federación Patronal Seguros S.A. y San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales al pago de los daños y perjuicios y lucro cesante causados al actor. III) Remitir las presentes actuaciones a la instancia de grado a efectos de la cuantificación del daño. IV) Costas en todas las instancias, a las

demandadas perdidosas y sus aseguradoras (art. 68 del CPCyC.). V) Imponer las costas, por la incidencia originada en la absolución de posiciones de la CLINICA VIEDMA S.A., a dicha co-demandada perdidosas (art. 68 del CPCyC.). VI) Dejar sin efecto las regulaciones de ///.- ///.-honorarios practicadas a fs. 1135 vta. y 1219 vta., las que deberán ajustarse al resultado de este pronunciamiento. VII) Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, al doctor Jorge E. CAMPORA en el 30%; a los doctores Ricardo A. CAMPAÑA y Alberto José BRUSA - en conjunto- en el 25%; a los doctores José Antonio SANCHEZ y Alejandro R. BUCKLAND -en conjunto- en el 25% y al doctor Alberto VISINTIN en el 25%. Todos a calcular sobre los honorarios que se le regulen a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.). MI VOTO.- - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 1227/1244 y vta., y en consecuencia revocar las sentencias de Cámara y de Primera Instancia; obrantes a fs. 1211/1219 y vta. y 1116/1135 y vta., respectivamente. II) Hacer lugar parcialmente a la demanda deducida por el Señor Nicolás GULLOTA, y condenar a la CLINICA VIEDMA S.A. y a la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A. al pago de los daños y perjuicios y lucro cesante causados al actor. III) Rechazar la demanda deducida contra el señor Eduardo Moser y la citada en garantía, San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales. IV) Imponer las costas en todas las instancias a la demandada perdidosas (art. 68 CPCyC.) y su aseguradora (conf. art. 110, inc. a) Ley 17.418). V) Imponer las costas, por la incidencia originada en la absolución de posiciones de la CLINICA VIEDMA S.A., a dicha co-demandada perdidosas (art. 68 del CPCyC.). VI) Remitir las presentes actuaciones a la instancia de grado a efectos de la cuantificación del daño. VII) Dejar sin efecto las///.- ///40.-regulaciones de honorarios practicadas a fs. 1135 vta. y 1219 vta., las que deberán ajustarse al resultado de este pronunciamiento. VIII) Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, al doctor Jorge E. CAMPORA, en el 30 %; a los doctores Ricardo A. CAMPAÑA y Alberto José BRUSA -en conjunto-, en el 25%; a los doctores José Antonio SANCHEZ y Alejandro R. BUCKLAND -en conjunto-, en el 25%; al doctor Alberto VISINTIN, en el 30%. Todos a calcular sobre los honorarios que se le regulen a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.). ASI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez

doctor Luis Lutz dijo:- - -

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, la que se circunscribió a la responsabilidad profesional del Dr. Eduardo MOSER y la citada en garantía San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales (conf. art. 39, Ley 2430), ADHIERO en lo pertinente a la solución propuesta por el doctor Balladini. ES MI VOTO.- - - - -

- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

POR MAYORIA

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 1227/1244 y vta., y en consecuencia revocar las sentencias de Cámara y de Primera Instancia; obrantes a fs. 1211/1219 y vta. y 1116/1135 y vta., respectivamente.- - - - Segundo: Hacer lugar parcialmente a la demanda deducida por el Señor Nicolás GULLOTA, y condenar a la CLINICA VIEDMA S.A. y a la citada en garantía Federación Patronal Seguros S.A. al///.- ///.-pago de los daños y perjuicios y lucro cesante causados al actor.-

- - - - - Tercero: Rechazar la demanda deducida contra el señor Eduardo Moser y la citada en garantía, San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales.- - - - -

- - - - - Cuarto: Imponer las costas en todas las instancias a la demandada perdidosa y su aseguradora (art. 68 CPCyC. y art. 110, inc. a) Ley 17.418).- - - - -

- - - - - Quinto: Imponer las costas, por la incidencia originada en la absolución de posiciones de la CLINICA VIEDMA S.A., a dicha co-demandada perdidosa (art. 68 del CPCyC.).- - - - -

- - - - - Sexto: Remitir las presentes actuaciones a la instancia de grado a efectos de la cuantificación del daño.- - - - -

Séptimo: Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas a fs. 1135 vta. y 1219 vta., las que deberán ajustarse al resultado de este pronunciamiento.- - - - -

Octavo: Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, al doctor Jorge E. CAMPORA, en el 30 %; a los doctores Ricardo A. CAMPAÑA y Alberto José BRUSA -en conjunto-, en el 25%; a los doctores José Antonio SANCHEZ y Alejandro R. BUCKLAND -en conjunto-, en el 25%; al doctor Alberto VISINTIN, en el 30%. Todos a calcular sobre los honorarios que se le regulen a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.). Noveno:

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse. FDO. VICTOR HUGO SODERO
NIEVAS JUEZ - EN DISIDENCIA PARCIAL - ALBERTO I. BALLADINI JUEZ -
LUIS LUTZ JUEZ - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: II

SENTENCIA N° 49

FOLIO N° 221/260

SECRETARIA: I