

En la ciudad de General San Martín, a los 30 días del mes de mayo de 2013, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, Ana María Bezzi y Jorge Augusto Saulquin, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: **Bezzi – Echarri – Saulquin**, para dictar sentencia en la **causa Nº 3544/13** caratulada "**T. A. M. C/ MUNICIPALIDAD DE P. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**". Se deja constancia que el Sr. Juez H. Jorge Echarri no suscribe la presente, por encontrarse en uso de licencia.

ANTECEDENTES

I.- A fs. 467/489 y vta. el Señor Juez Titular a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nº 1 del Departamento Judicial de San Isidro resolvió: "*1. Rechazando la excepción de prescripción opuesta por la codemandada Municipalidad de P.. 2. Rechazando la demanda interpuesta por A. M. T. contra la Municipalidad de P. y el Dr. O. R. C.. 3. Imponiendo las costas en el orden causado. 4. Difiriendo la regulación de honorarios hasta quedar firme la presente (Art. 51 Dec. Ley 8.904/77)*".

II.- Mediante providencia de fs. 508, se tuvo por presentado el recurso de apelación interpuesto por la actora y se ordenó el traslado a las partes por el plazo de 10 días.

III.- A fs. 511/514, contestó el traslado conferido el letrado apoderado de la Municipalidad del P..

IV.- A fs. 515, se tuvo presente el domicilio constituido y por contestado el traslado conferido.

V.- A fs. 516, constituye domicilio la actora.

VI.- A fs. 517, se tuvo presente el domicilio constituido en San Martín.

VII.- A fs. 523/526, el codemandado O. R. C. contesta

traslado de agravios y solicita se declare desierto el recurso de apelación y se confirme el fallo, con costas a la actora.

VIII.- Mediante providencia de fs. 527, se dispuso la elevación de las actuaciones al presente Tribunal.

IX.- Recibidas que fueran las mismas -cfr. constancia de fs. 527 vta.- pasaron los Autos para Resolver (cfr. fs. 528).

X.- A fs. 529 y vta., se efectuó el pertinente examen de admisibilidad formal. Pasando los autos al acuerdo sin más trámite, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, la Señora Jueza Ana María Bezzi dijo:

1º) Para resolver en el modo apuntado en los antecedentes, el Sr. Juez a quo reseñó los elementos procesales del caso, y expresó las consideraciones que paso a relatar.

Indicó que la obligación principal a prestar por los profesionales del arte de curar consiste en una actividad calificada técnica y científicamente en pos de la curación, mejoría o alivio del paciente; y que lo prometido, el núcleo de su obligación, es desplegar sus buenos oficios profesionales, con toda diligencia, esmero posible y de conformidad a lo que la ciencia y el arte médico indican, para lograr esa cura o mejoría.

Manifestó que resulta necesario analizar el requisito de la culpa o negligencia médica, acorde con esa obligación de medios; y que el quid de la cuestión reside en dilucidar si el obrar médico del Dr. C., implicó un incumplimiento de los deberes médicos o si el mismo es acorde a la obligación de medios que pesa sobre él. Asimismo, la relación de causalidad entre éste comportamiento y el daño que la actora alega padecer.

Puso de resalto la relevancia que, a tal fin, adquiere el dictamen médico producido en autos y recordó que el informe pericial se erige como la piedra angular en materia probatoria por su incommensurable valor técnico y científico.

Esgrimió que -si bien del mismo se desprende que el estado anatomofuncional actual permite asimilar la incapacidad actual por abolición de la pinza digital con una incapacidad parcial y permanente del 39 % de la total, es decir, reconoce la existencia de un daño en la capacidad física de la actora producida por la dolencia que la acoge- éste no guarda relación causal con las intervenciones quirúrgicas efectuadas por el Dr. C., toda vez que, con posterioridad, el perito médico designado en autos Dr. H. H. E., afirma que *"..Las intervenciones quirúrgicas practicadas en el Htal de P. no produjeron la curación de la patología, aunque tampoco la empeoraron"*.

Explicó que -si bien es cierto lo alegado por la actora, en cuanto que el electromiograma de fecha 13 de marzo de 2004 da cuenta de la existencia de un síndrome de túnel carpiano a nivel bilateral y el de fecha 16 de junio de 2006, indica que la dolencia tiene carácter moderado en el lado izquierdo y en cambio es de grado severo en el derecho- ello no resulta suficiente para acreditar que la dolencia que la actora sufría antes de operarse, se agravó como consecuencia del accionar del médico durante ambas intervenciones.

Expresó que la actora alega que en una de las operaciones efectuadas se vio afectado el nervio mediano, que generó una lesión que resulta definitiva, sin embargo, no sólo no logró acreditar la relación de causalidad entre la lesión que sufre y alguna de las operaciones, sino que se contradice cuando afirma en su escrito de inicio que la misma es definitiva e irreversible, ello habida cuenta que posteriormente denunció como hecho nuevo la posibilidad de una re-operación y acompañó dos presupuestos extendidos uno por el

Hospital A. y otro por el CTO.

Consideró, asimismo, relevante analizar –sin perjuicio de lo expuesto acerca de la falta de relación causal entre el daño que la actora sufre y las operaciones efectuadas por el Dr. C.- el resto de los argumentos esbozados por la actora, con los cuales pretende fundar la mala praxis médica.

Relató que la actora afirma que una de las pruebas de la impericia y/o negligencia del Dr. C., es que éste no le recomendó agotar otras vías antes de la quirúrgica e incumplió con el deber de informar sobre el origen y causa de la dolencia y las eventuales complicaciones; pero que sin embargo, al exponer los hechos en que funda su pretensión, reconoce haber consultado, en junio del año 2005, a otro profesional en el Hospital A., quien también recomendó la vía quirúrgica.

Destacó lo expresado por el perito en cuanto a que surge de las constancias de atención en otras instituciones que se encontraba en control médico por tal patología desde un año atrás aproximadamente.

Esgrimió, con respecto a la alegada precariedad de la historia clínica, que en la historia clínica de la actora, donde se hace referencia a la operación efectuada con fecha 5 de septiembre de 2005, luce el consentimiento informado suscripto por la Sra. A. M. T..

Indicó que la Municipalidad de P., en ocasión de contestar la demanda acompañó como prueba documental la historia clínica de la actora donde se hace referencia a la operación efectuada con fecha 11 de julio de 2005 y en la que luce el consentimiento informado suscripto por la actora.

Relató que la actora embiste contra esta firma y sostiene que la misma no le corresponde, que la historia clínica carece de validez porque fue oportunamente impugnada.

Destacó, entonces, que la documentación acompañada por la demandada fue objeto de traslado a la actora y que la actora se notificó del mismo, no manifestando observación alguna respecto de la historia clínica acompañada, en ocasión de contestar los traslados conferidos, ni al momento de celebrarse la audiencia prevista en el artículo 41 del CCA.

Entendió que, si la firma inserta en la referida historia clínica no le corresponde, debió desconocerla oportunamente y que sus expresiones en ocasión de alegar resultan extemporáneas, máxime si se tiene en cuenta que no existen constancias en autos que den cuenta que la historia clínica acompañada por la demandada obrante fue impugnada, como afirma la actora en su alegato.

Concluyó en que -más allá de las diferencias existentes en las firmas insertas en los consentimientos informados- al no ser éstas desconocidas y sujetas a un examen pericial que determine su validez, son valoradas como pertenecientes a la actora Sra. A. M. T., probando que la misma ha recibido toda la información que las circunstancias del caso requerían y ha consentido la operación.

Entendió que afirmar que no estaba informada, se alza también contra sus propios dichos manifestados en su demanda, habida cuenta que se muestra como una persona preocupada por mantenerse debidamente informada y asesorada sobre su estado de salud, ya que reconoce que en forma previa a entrevistarse con el codemandado O. C., visitó dos médicos, los Dres. L. (Hospital B. S.) y B. (Hospital A.).

Finalmente, destacó lo afirmado por el perito médico actuante quien expresa que no se evidencia en las historias clínicas del Hospital JC. S., alteraciones en la foliatura, contando con protocolos operatorios en ambas operaciones; aunque las mismas constan en estructuras separadas, y que la misma se ajusta a las

reglas y procedimientos de la profesión.

Entendió asimismo, que la actora incurre en una contradicción en cuanto al supuesto obrar negligente del Dr. C. por omitir realizarle los estudios prequirúrgicos, toda vez que de su propio relato de los hechos refiere que el médico le ordena, a modo de estudios prequirúrgicos, exámenes de sangre y orina y un electrocardiograma; que realizados los mismos, retorna a la consulta y siendo sus resultados normales, se fija la fecha de la cirugía para el día 11 de julio de 2005 a las 14 hs. en el mismo hospital.

Consideró, entonces que no resulta un hecho controvertido que los estudios prequirúrgicos fueron ordenados por el demandado, la actora se los realizó y sus resultados fueron normales.

Ponderó lo manifestado por el perito en su dictamen pericial, en cuanto a que tal intervención se realiza habitualmente con anestesia local, sin intervención de equipo de anestesia y/o neurólogo. Además, que surge del informe de la Cátedra de Traumatología de la UBA, que normalmente no se requiere la presencia de un neurólogo y se recomienda la presencia de un anesthesiólogo.

Afirmó que tal recomendación no resulta una exigencia, que su ausencia no puede significar el incumplimiento de un deber a cargo del galeno actuante, y que el Dr. E. admite que se realiza habitualmente sin su intervención.

Consideró que la actora no sólo no ha logrado probar los hechos alegados y que darían cuenta del obrar negligente del Dr. C., sino que se contradice de forma palmaria con sus afirmaciones, ello habida cuenta que la posibilidad de una nueva operación tira por tierra sus afirmaciones, no probadas, en cuanto a que la lesión que le habría causado el obrar médico es irreversible y definitiva.

Analizó lo expuesto por la actora en su alegato, en cuanto que -de acuerdo al informe del Colegio Médico- el demandado no se

encuentra matriculado en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y por consiguiente, está inhabilitado para el ejercicio profesional.

Entendió que la actora ha obrado de buena fe y sus afirmaciones son consecuencia de un error material existente, en tanto que no advirtió que -en ocasión de producirse la prueba informativa dirigida al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires y al Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires- se indicó como nombre del demandado O. R. C., cuando el nombre correcto del mismo es O. R C.; y que es evidente el error de tipeo existente en el pedido de informes requerido por el profesional actuante, motivo por el cual es inviable otorgarle a la prueba indicada el alcance que la actora pretende darle, en oportunidad de alegar sobre el mérito de la misma.

Consideró que la falta de contestación por parte del Dr. C. de la demanda, no implica que pueda interpretarse como su reconocimiento de los hechos. Citó el inciso 1º del artículo 354 del CPCC.

Expresó, finalmente que en el caso no encuentra acreditado el incumplimiento a los deberes que el obrar médico le impone al Dr. C., ni la relación de causalidad entre el daño que la actora sufre y las operaciones practicadas por aquél en el Hospital de P., considerando que no existen elementos que determinen la responsabilidad por mala praxis médica del Dr. C..

Entendió, asimismo, que -en cuanto a la responsabilidad atribuida a la Municipalidad de P.- la parte actora no ha indicado, más allá de la alegada mala praxis sufrida, en qué consiste la falta de servicio o la prestación de un servicio irregular que permita admitir su condena.

Concluyó en que el padecimiento de la actora no guarda relación de causalidad con las operaciones practicadas en el Hospital

de P., ni con las constancias que se dejó de ellas en las diferentes historias clínicas.

2º) La parte actora, básicamente critica la apreciación de la prueba efectuada en la instancia de grado. Así, manifiesta que el fallo reconoce que existen resultados disímiles entre los electromiogramas obrantes en autos, denotando agravamiento en el posterior con relación al primero, pasando de moderado a severo. Contraponiendo ello con la afirmación del a quo, en cuanto a que indica que no sólo no pudo probarse la relación de causalidad sino que esa parte se contradice cuando denuncia la posibilidad de una nueva re-operación.

Manifiesta que es agravio mayor el sustraerse a la realidad del acto quirúrgico y pretender una prueba ajena a la que detenta ante sus propios ojos que es, a su entender, suficiente.

Sostiene que se trata de una cirugía que se desenvuelve en el ámbito de la institución sanatorial, con presencia única de dependientes de la demandada y sin posibilidad de control alguno por parte del paciente o de terceros de su confianza.

Esgrime que sólo resta como elemento probatorio, recurrir a la historia clínica para ver si a través de ella, puede formarse opinión verdadera.

Manifiesta que comete error el a quo al destacar y valorar a favor de la actora, las muchas violaciones a la regla de seguirse con la constitución de la historia clínica.

Se agravia esa parte en cuanto se valora como bien llevada a dicha historia clínica y/o no se le atribuye deficiencias importantes.

Manifiesta que todo elemento ajeno al contenido del secuestro, no puede ser aceptado. Plantea que el a quo no se pronuncia críticamente respecto del contenido de la historia clínica secuestrada. Critica que el perito haya afirmado que la historia clínica fue llevada en debida forma y que el a quo ha ratificado dicha

afirmación.

Manifiesta que corresponde determinar –lo que se solicita– que sólo puede ser considerada historia clínica el solo producto del secuestro en modo de prueba anticipada. Aduce, asimismo, omisiones en la historia clínica.

Se agravia en cuanto el a quo considera que no está probada la relación de causalidad.

Plantea que esa parte que ha alegado que en una de las operaciones efectuadas se vio afectado el nervio mediano, que generó la lesión; y que tal anotación resulta prueba suficiente de que la operatoria de la primera de las cirugías fue deficiente, generando cicatriz queloide y fibrosis que terminaron por afectar definitivamente el nervio mediano.

Se agravia respecto a lo que entiende el a quo por contradicción y manifiesta que la circunstancia de que otra institución médica crea posible una tercera operación y la recomiende, no puede ser considerada contradictoria con la denuncia de incapacidad permanente.

Plantea que el a quo no requirió del perito respuestas pendientes y que el a quo rechaza la condición de precaria que, a su entender, reviste la Historia Clínica.

Indica que las firmas fueron impugnadas por falsas, lo que constituye agravio que se tenga por bien informada a la actora.

Manifiesta que al negarse las firmas es la contraria la que debe probar la afirmación de sus dichos y no invertir la carga probatoria.

Se agravia en cuanto considera el a quo que los exámenes prequirúrgicos, se encuentran cumplimentados, que se tilda por reconocido lo precedente y que la presencia de un anestesiólogo no resulta necesaria.

Se agravia en cuanto a que el a quo descarta el informe del Dr. H. en razón de que éste refiere a una lesión primera y no a una recidiva y que es muy probable que una tercera empeore su sintomatología.

Manifiesta que no existe contradicción, en tanto dicha tercera operación puede erigirse a modo de solución del dolor y no de la incapacidad.

Expresa que constituye agravio tildar de contradictorio los dichos de esa parte, cuando, a su criterio, es el a quo quien resulta contradictorio.

Manifiesta que –como agravio- corresponde tildar de absurda la conclusión del a quo respecto de la falta de contestación de la demanda por parte del demandado.

Sostiene que anteriormente se atribuye silencio respecto del acompañamiento de la historia clínica y la introduce a favor de la demandada, por lo que dota a ese silencio de presunción en contra.

3º) El letrado apoderado de la Municipalidad del P., contesta memorial y manifiesta que no genera una crítica concreta y razonada del fallo; y postula que el recurso interpuesto se encuentra desierto.

4º) Expuestos los antecedentes del presente caso, la resolución recaída y los agravios y respuestas pertinentes, cabe encuadrar jurídicamente el caso traído a debate en el que se invoca la responsabilidad del profesional actuante y del Estado por mala praxis médica en la atención de la actora.

Bajo tales condiciones, entiendo que en el caso se encuentra en debate la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público.

Es que, el planteo de responsabilidad del Estado por falta de servicio o irregular cumplimiento de un servicio público encuentra fundamento en el artículo 1112 del Código Civil, resultando de directa

aplicación por tratarse de una norma de derecho público contenida en el Código Civil.

En efecto, en el supuesto de autos el carácter de funcionario público del médico no puede ser controvertido, ya que ese carácter lo tiene por la existencia de una relación de empleo público, sin que sea determinante para su configuración la retribución, la permanencia prolongada en el cargo, la fuente de la designación o la distinción jerárquica (cfr. SCBA, Ac. 84389, S. 27-IV-2005, cfr. criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, cfr. “Brescia” y “SCBA, Ac. 77960, “Monteagudo”, S. 14-VII-2006, entre muchos otros).

Debo destacar que en los precedentes citados, con fundamentos que comparto, se resolvió que quien contrae la obligación de prestar un servicio –en el caso, de asistencia a la salud de la población- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos, 306:2030, 307:821, 312:343).

Los conflictos originados en dicha circunstancia, ponen en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad (cfr. CSJN, “Jorge Fernando Vadell c. Provincia de Buenos Aires”, sent. Del 18-XII-1984).

La relación del Estado por medio del hospital público con el paciente y la relación médico-paciente, se desenvuelven en el ámbito del derecho público –derecho constitucional y/o administrativo (art. 75

incs. 19 y 23 Constitución nacional y 36 inc. 8 de la Constitución provincial), y consecuentemente la responsabilidad se encuadra en el régimen extracontractual (cfr. SCBA, Ac. 77960, "Monteagudo", S. 14-VII-2006, entre muchos otros).

En este sentido, cabe recordar que: *"La prestación cumplimentada en el establecimiento sanitario oficial es la consecuencia de la asunción por el Estado de una función propia. En efecto, el art. 36 inc. 8 de la Constitución de la Provincia reconoce el derecho a la salud y a esos fines garantiza a todos sus habitantes el acceso a ella en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, sosteniendo el hospital público y gratuito".* Y que *"Ha expresado la Corte Suprema de la Nación que quien contrae la obligación de prestar un servicio de asistencia a la salud lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular. Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado, que se compromete en forma directa, ya que la actividad de sus órganos realizada para el desenvolvimiento de sus fines ha de ser considerada propia de aquél, que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas que son causadas por su actividad (Fallos, 322-1402; y sus citas, 306-2030 y 317-1921)"* (cfr. SCBA, Ac. 77960, "Monteagudo", S. 14-VII-2006 voto Dr. De Lázzari).

5º) Sentado ello, entiendo oportuno recordar en cuanto a la cuestión sustancial debatida –mala praxis- que la SCBA ha señalado que: *"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 sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512, C.C.)." (SCBA, Ac 43540 S 9-4-1991, Ac 44440 S 22-12-1992, Ac 50801 S 21-12-1993, Ac 55133 S 22-8-1995, Ac 56949 S 9-4-1996, Ac 59937 S 25-11-1997, Ac 62097 S 10-3-1998, Ac 65802 S 13-4-1999, Ac 71581 S 8-3-2000, AC 75676 S 19-2-2002, AC 76152 S 17-12-2003, Ac 84616 S 3-3-2004, Ac 87859 S 20-4-2005, Ac 94665 S 24-5-2006, Ac 92771 S 8-3-2007, C 94325 S 13-2-2008, C 98936 S 10-9-2008, C 102615 S 11-2-2009, C 96308 S 30-9-2009, y C 100254 S 16-12-2009).

Asimismo, que *"En los juicios en los que se imputa responsabilidad médica por mala praxis, la prueba debe versar sobre los actos u omisiones del médico que demuestren una actividad negligente o imprudente o falta de la pericia necesaria, pero no solamente sobre el resultado negativo del tratamiento pues aunque ese resultado no fuere el esperado no compromete responsabilidad alguna si aquella conducta considerada reprochable no está probada suficientemente." (SCBA, en causas Ac. 81491 S 16-7-2003, C 90459 S 26-12-2007, C 102615 S 11-2-2009, C 96834 S 3-3-2010, C 103717 S 3-3-2010).*

Por su parte, este Tribunal ha tenido oportunidad de expresar que la prestación médica es una obligación de medios (cfr. Ac. 91.215, sent. del 5-IV-2006, Ac. 96.833, sent. del 13-II-2008), pues es sabido que ni los profesionales médicos ni las autoridades del hospital se obligan a un resultado, sino a dispensar todos los cuidados prescriptos por la ciencia médica conforme a los medios humanos, técnicos y farmacológicos disponibles (cfr. esta Cámara en causa Nº 1693, "Sifredi", del 17/12/09).

En tal sentido, se dijo que *"...la prestación médica dirigida a*

la atención de los pacientes que asisten en su actividad profesional configura una obligación de medios, como principio y salvo excepciones, y no de resultado, dado que estos no están obligados a garantizar la efectiva curación o la indemnidad en las cuestiones de salud que aquellos les proponen, sino a ofrecer los tratamientos apropiados para cada problema de salud que se les presenta. Es decir, el médico debe actuar con diligencia y prudencia y de acuerdo a las técnicas y métodos que la ciencia médica establece para cada tipo de enfermedad o problema de salud. Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que esta culpa puede presentarse bajo tres clases o especies distintas: como negligencia, cuando el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso; se trata de una conducta por la cual no se hace lo que se debe o se hace menos. La segunda especie es la llamada imprudencia: se trata en este caso de aquella conducta que obra precipitadamente, sin prever acabadamente las consecuencias en que puede terminar el actuar irreflexivo. Se hace lo que no se debe o más de lo debido. La última especie de culpa lo constituye la impericia, o sea el actuar con desconocimiento de las reglas y métodos pertinentes. Esta última se encuentra estrechamente ligada al actuar de las personas que desarrollan profesiones liberales, ya que se supone que estos poseen los conocimientos teóricos, técnicos y prácticos propios de su formación académica. En este marco resulta que sólo puede imputarse culpa a los profesionales médicos accionados, es decir, incumplimiento de las obligaciones a su cargo, cuando su actuación puede ser encuadrada en alguna de las especies – fundamentalmente la “impericia” – de actuación reprochable que el orden jurídico establece – cfr. arts. 512 y 902 C.C. - y que hemos detallado anteriormente.” (cfr. esta Cámara en causa Nº 1759/09, “Támola”, del 3/12/09).

6º) Relatados los antecedentes de la causa y consideraciones pertinentes, abordaré el agravio del escrito recursivo de la parte actora por el cual discute la apreciación de la prueba realizada por el *a quo*.

En este sentido, entrando en el tratamiento y consideración de los agravios vertidos por la parte actora, observo que dicha parte efectúa una extensa descripción de lo fáctico (lesión, tratamiento, exámenes anestesia, cirugía, reproches médicos)- ésta arriba al primer agravio a fs. 497 vta.

Cabe recordar entonces, que la crítica debe ser concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión.

Efectuada la labor de comprensión, incumbe luego a la parte la tarea de demostrar cuál es el punto del desarrollo argumental en que se ha incurrido en un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica –dando bases del distinto punto de vista- que lleva a desacierto ulterior concretado en la sentencia. Cuando el litigante sólo manifiesta su disconformidad o discrepancia subjetiva con lo decidido, sin demostrar cuáles han sido los errores incurridos en el decisorio, queda invalidado por falta de argumentos lógicos de crítica antes que por la solidez de la decisión que impugna (en tal sentido, esta Cámara in re causa Nº 7/04 "Mendoza, M.no H. c/ Municipalidad de P. s/amparo", del 3-IX-2004, Expte. Nº 810/06 "Gurisatti, M. Cristina s/ amparo" del 19-X-2006, Expte. Nº 1440/08 "Di Santo, Salvador c/ Municipalidad de La Matanza s/ pretensión declarativa de certeza", del 30-IV-2009, entre otros).

Sin perjuicio de lo expuesto, -y amén de la deficiente técnica recursiva- observo que la actora cuestiona –cfr. lo descripto en el Considerando 2º)- la apreciación de la prueba efectuada por el *a quo*.

7º) En tales términos, la cuestión sometida a consideración reside en dilucidar si las cirugías de túnel carpiano realizadas en el Hospital Municipal Intendente J.C. S., dependiente de la Municipalidad del P. efectuadas por el Dr. O. C., en fecha 11-07-2005 y 05-09-2005, determinaron la impotencia funcional de su miembro superior derecho, y si la misma fue producida por un obrar culposo o negligente atribuible a los codemandados.

8º) En primer término y a modo de marco general, cabe tener presente que la valoración de la prueba es una actividad racional; y en cuanto tal, susceptible de control.

Actualmente se advierte que la labor del juez no se circunscribe a describir los hechos, sino que los "construye", en tanto realiza la definición jurídica de los mismos. Esta definición de los hechos constituye el momento mas trascendente del proceso, pues es el sustrato o la base sobre la cual luego se dice el derecho; y en cuanto, "la verdad de los hechos es la condición de la justicia".

En tal sentido, Michele Taruffo construye la epistemología judicial fáctica, y señala que hay coincidencia en "la idea de que la función de la prueba consiste en establecer la verdad de los hechos", concepto que está difundido en todas las culturas jurídicas. Así, "la prueba es el instrumento del conocimiento encaminado a averiguar la verdad sobre los hechos controvertidos o litigiosos".

Ahora bien, el tema que se presenta es el de la verdad de la determinación de los hechos en el ámbito del proceso; y una primera cuestión deriva "del hecho de que el tema de la prueba se presta, en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica y tiende en cambio, a proyectarse fuera de ella y a penetrar en otros campos: de la lógica, de la epistemología y de la psicología".

No obstante, como lo destaca Taruffo tiene un rol esencial la definición de la verdad. De tal forma, el centro del problema "no es

preguntarse acerca de si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, sino más bien establecer qué puede entenderse por verdad de los hechos en el ámbito del proceso y cuando, en que condiciones y por que medios aquella puede alcanzarse”. (TARUFFO, Michele; “La Prueba de los Hechos”, Editorial Trotta, Madrid, 2005, ps. 21, 22).

Para definir el concepto de verdad, Taruffo opta por la teoría semántica de la verdad como correspondencia. Ello, por razones filosóficas, epistemológicas, y aquellas referidas al contexto representado por el proceso. En el mismo concepto, sostiene Ferrajoli que la idea de verdad que mejor se adapte al contexto del proceso, se vincula con el presupuesto evidente de que “la administración de justicia tiene que ver con fenómenos del mundo real”.

Así, se impone la idea fundamental de contextualizar la verdad. Por ello, la referencia al contexto no sólo es útil, sino necesaria; y vinculado al concepto de verdad, se encuentran el de verosimilitud y el de probabilidad.

De lo expuesto, tal como inicié el considerando, surge que la valoración de la prueba es una actividad racional; y en cuanto tal, susceptible de control.

Esta Cámara, ha tenido oportunidad de apuntar que en materia de prueba rige para el Juez el principio de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica – cfr. art. 384 CPCC –, es decir aquellas reglas *“que son aconsejadas por el buen sentido aplicado con recto criterio, extraídas de la lógica, basadas en la ciencia, en la experiencia, y en la observación para discernir lo verdadero de lo falso”* (cfr. SCBA, Ac. y Sent., 1959, V.IV, p. 587).

Debo señalar que en materia de prueba el juzgador tiene un amplio margen de apreciación, por lo que puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos

de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado. No está obligado, por ende, a seguir a las partes en todas las argumentaciones que se le presenten, ni a examinar cada una de las probanzas aportadas a la causa, sino sólo las pertinentes para resolver lo planteado (CSJN, Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271 y 291:390, entre otros).

9º) Sentado ello, cabe recordar que la Suprema Corte de la Provincia ha señalado reiteradamente que: "...para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinado que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión jurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 CC). Vale decir que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquélla (arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114, del Código citado; conf. causas Ac. 41.868, sent. del 26IX1989; Ac. 43.168, sent. Del 23IV1990; Ac. 43.251, sent. del 26II1991; Ac. 44.440, sent. del 22XII1992; Ac. 49.964, sent. del 2XI1993á; Ac. 49.478, sent. del 14VI1994; Ac. 55.133, sent. del 22VIII1995; Ac. 58.142, sent. del 24IX1996; Ac. 55.404, sent. del 25III1997; Ac. 68.799, sent. del 26X1999; Ac. 66.336, sent. Del 2VIII2000; Ac. 71.453, sent. del 7II2001; Ac. 70.056, sent. del 21III2002; Ac. 81.298, sent. del 11VI2003; Ac. 87.410, sent. del 9VI2004; Ac. 88.305, sent. del 3VIII2005)" (conf. SCBA, causa L. 88.330, "C., E. contra Fisco Provincia de Buenos Aires. Indemnización daños y perjuicios", del 31/8/2007).

10º) Ahora bien, a fin de resolver sobre la responsabilidad esgrimida por la apelante en relación con los codemandados, señalaré, en primer lugar, que -de la Historia Clínica acompañada en

autos surge Orden de Internación y Orden de Egreso en el Hospital J.C. S., P., Buenos Aires, de fecha 05-09-05. Seguidamente, obra Hoja de Internación donde se describe el síndrome de túnel carpiano. Además, a fs. 20 de la misma, bajo el título “Motivo de Internación” se consigna “Sind. Túnel Carpiano D. Recidivante”. A fs. 22, con fecha 05-09-05 en detalle de “Evolución”, se expresa que la paciente fue intervenida quirúrgicamente por Síndrome de Túnel Carpiano Recidivante. Se describe, asimismo, fibrosis cicatrizal. A fs. 23, luce agregada Hoja Quirúrgica con Protocolo Operatorio. Posteriormente, a fs. 24 luce agregada Epicrisis que describe que la paciente fue intervenida quirúrgicamente por síndrome de túnel carpiano recidivante. Luego, a fs. 25 obra Hoja de Medicación e Indicaciones, Detalle de Consultorios Externos (cfr. fs. 26). Seguidamente, luce agregado Consentimiento Informado, de fecha 05-09-2005, el que se encuentra firmado, así como la copia de Consentimiento Informado de fecha 11-07-05 también firmado -sin que la apelante haya introducido un cuestionamiento al respecto en tiempo oportuno- (ver fs. 123 del expediente principal). Asimismo, a fs. 116, obra copia de Hoja de Internación y Egreso de fecha 11-07-05, donde se describe el síndrome de túnel carpiano. A fs. 122 obra Epicrisis que refiere a la misma patología.

Cabe destacar que del informe pericial efectuado por el experto –el Perito Médico Legista y Especialista en Ortopedia y Traumatología, Dr. H. H. E. (a fs. 367/372, con las aclaraciones de fs. 393/394)- se desprende que: “La actora fue sometida a dos intervenciones quirúrgicas en el Htal. J.C. S., la inicial el 11/07/05 con diagnóstico de de síndrome de túnel carpiano derecho, y la segunda el 05/09/05, por recidiva de la enfermedad. El cirujano actuante fue el codemandado en estos autos, contando el equipo quirúrgico con un ayudante e instrumentadora”.

Afirma, asimismo, que: *"cuando el cuadro doloroso no cede, o si la etiología es de otra naturaleza, deber a explorarse la región quirúrgicamente, y luego de eliminar el factor compresivo (tenosinovitis, ganglión, tofo, tumor, exostosis, etc.), dejar completamente abierto el canal carpiano"*.

Por otra parte, expresa que: *"en el caso de autos, el tratamiento implementado en el Htal. De P. fue quirúrgico, sin cumplimentarse otras terapéuticas; aunque surge de las constancias de atención en otras instituciones que se encontraba en control médico por esta patología desde un año atrás aproximadamente. La persistencia de la sintomatología luego de lapsos variables de tiempo justifica la opción por la terapéutica quirúrgica. Consta en la documentación asistencial la firma del consentimiento informado"*.

Indica que el electromiograma de fecha 16/06/06, realizado en el Htal. B. S. de Gral. Rodríguez, informa de la presencia de una lesión neurogénica axonomielínica de tipo neuropraxia en el nervio mediano a nivel del túnel carpiano bilateral, de grado severo en el lado derecho (segunda recidiva postquirúrgica), y de grado moderado en lado izquierdo. Dicho resultado alude a persistencia de la compresión nerviosa, y no a una sección anatómica y/o funcional.

Exterioriza que no se evidencia en las historias clínicas del Htal. J.C. S., alteraciones en la foliatura; contando con protocolos operatorios de ambas operaciones; aunque las mismas constan en estructuras separadas, se ajusta a las reglas y procedimientos de la profesión.

Indica que no resulta necesaria la evaluación rutinaria por Neurología de pacientes afectados de síndrome del túnel carpiano.

Expresa las intervenciones quirúrgicas practicadas en el Htal. de P. no produjeron la curación de la patología, aunque tampoco la empeoraron.

Enuncia que la actora consultó en otros centros asistenciales previamente al Htal. de P., siéndole indicada terapéutica quirúrgica.

Manifiesta que la tendencia a la cicatrización queloide condiciona desfavorablemente la curación clínica y electromiográfica de la compresión del nervio mediano y que la actuación de ningún profesional podría asegurar un resultado favorable de la patología padecida por la actora.

Por su parte, en el informe de fs. 403/405, el traumatólogo Especialista en Mano y Miembro Superior, Dr. Gustavo Nizzo Miguens, en respuesta a lo solicitado en la instancia de grado, expresa que en materia de terapias recomendadas, para los grados moderado y grave, corresponde la cirugía directamente. Asimismo, indica que normalmente no se requiere la presencia de un neurólogo y se recomienda de presencia de un anestesiólogo.

11º) En tal contexto, cabe recordar que dada la naturaleza de la cuestión, el dictamen pericial médico resulta ser el medio probatorio fundamental para formar convicción, pues asesora al judicante en temas que escapan a su formación profesional y a la del medio de la gente (arts. 902 y 512 del Código Procesal, y doctrina causas CC0102 MP 125501 RSD-568-3 S 28-8-2003, “Giménez, Juan Manuel c/ Hospital Interzonal General de Agudos s/ Daños y perjuicios”; CC0001 QL 7284 RSD-108-4 S 14-10-2004, “Juárez, Carlos Alberto c/ Hospital Municipal de Agudos Mi Pueblo s/ Daños y perjuicios”, CC0001 LZ 52340 RSD-71-2 S 21-3-2002, “Vico, Hilario R. y otros c/ Municipalidad de Esteban Echeverría y otro s/ Daños y perjuicios”, CC0102 MP 111888 RSD-196-1 S 12-6-2001, “Oyanguren, H. Marcelo c/ Clínica de Fractura y Ortopedia s/ Daños y perjuicios”, CC0102 LP 213583 RSD-131-93 S 28-9-1993, “Lima, H. Antonio y ot. c/ I.P.E.M. s/ Daños y perjuicios”, CC0102 LP 213584 RSD-131-93 S

28-9-1993, “Lima, H. Antonio y ot. c/ Von Wernich, Roberto s/ Daños y perjuicios. Beneficio”, y esta Cámara en causa nº 1802, Gigena, del 27/4/10, entre otros).

12º) En tal sentido, noto contundente la afirmación del experto, en cuanto ha expresado que las intervenciones quirúrgicas practicadas en el Htal. de P. no produjeron la curación de la patología, aunque tampoco la empeoraron. Además, lo señalado por el perito -en la contestación a la impugnación efectuada de fs. 393/394, donde se solicitan aclaraciones- manifestando que: *“la falta de consignación en la historia clínica del interrogatorio obedece a modalidades y características del trabajo médico, resulta obvio colegir que si la actora consultó por síndrome del túnel carpiano, se la habrá interrogado en tal sentido, ya que de no resultar así, no se hubiera concretado la cirugía”*. Seguidamente, asevera el experto, que: *“sin poder conocer las motivaciones del cirujano interviniente, se presupone que todo acto médico intenta buscar la curación, no constituyendo un resultado desfavorable presupuesto ineludible de un acto médico erróneo”*.

Advierto relevante que –seguidamente- el perito agrega que: *“en ningún procedimiento médico o quirúrgico se encuentra garantizada la curación y/o el alivio de la dolencia”* Explica el experto, por otra parte, que: *“la tendencia a la cicatrización con formación excesiva de fibrosis resulta imposible de prever”*.

13º) Bajo tal contexto, ponderando las constancias obrantes en la causa y la pericia citada, con sus respectivas aclaraciones, considero que no se encuentra demostrada la exigida relación de causalidad. Tampoco se ha acreditado en autos que hubiera existido inadvertencia alguna, mala praxis o grave error de diagnóstico y tratamiento imputable al galeno, Dr. C., por su accionar en las cirugías de túnel carpiano realizadas a la actora en el Hospital

Municipal Intendente J.C. S., dependiente de la Municipalidad del P. efectuadas por el Dr. O. C., en fecha 11-07-2005 y 05-09-2005.

En efecto, cabe recordar que: *“La prestación profesional debida por el médico consiste en una actividad técnico-científica, cuya finalidad última es la recuperación de la salud del paciente. Sin embargo, el logro de esta finalidad no queda garantizado por dicho profesional, por lo que el mismo cumple con la obligación a su cargo, exhibiendo un obrar cuidadoso y diligente, tanto en el diagnóstico como en el tratamiento a seguir. Es que el médico no puede asegurar la curación o mejoría del paciente, sino que sólo compromete una actividad calificada técnica o científicamente, orientada a alcanzar aquella finalidad. De ello resulta nítido que su obligación es de medios”* (cfr. CC0000 JU 42666 RSD-20-51 S 11-2-2010, “Troilo, Daniela Eva c/ Telleria, Andrés y otros s/ Daños y perjuicios”).

Asimismo, al respecto se ha expresado que: *“La obligación asumida por el profesional medico frente al paciente reviste, en principio, el carácter de una obligación de medio y no de resultado, consistente en la aplicación de su saber y de su proceder a favor de la salud del enfermo, y aunque no esta comprometido a curarlo, sí lo está a practicar una conducta diligente, que normal y ordinariamente, pueda alcanzar la curación”*. (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, “A., C. R. y otro c. H. Gral. de A. D. V. S. y otros”, 24/08/2005, ED 216, 549, AR/JUR/9043/2005).

14º) En tal sentido, advierto que los agravios citados, vinculados a la valoración de la prueba resultan improcedentes. En efecto, observo que las pruebas ofrecidas y producidas en la causa, valoradas de modo integral, no resultan suficientes para tener por acreditado que los hechos hubieran sucedido efectivamente del modo en que la actora lo expone en su demanda, y con ello, que se halle configurada la pretensa responsabilidad de la comuna codemandada

y del codemandado galeno Dr. C., quien realizara los procedimientos quirúrgicos citados. Todo lo cual, no encontrándose acreditada la relación de causalidad entre el daño y la responsabilidad endilgada, me lleva a coincidir con el magistrado de grado, concluyendo en que – por todo lo mencionado precedentemente- no se halla configurado en el caso de autos, un supuesto pasible de generar la responsabilidad de la Municipalidad de P. y/o del codemandado Dr. O. R. C., sellando la suerte negativa del recurso de apelación interpuesto. Razón por la cual, corresponde rechazar el recurso en análisis y confirmar lo resuelto en la instancia de grado.

15º) En cuanto a la distribución de las costas en esta alzada, cabe aclarar que al momento del dictado de la presente se encuentra vigente la ley 14.437, que modificó el artículo 51 del CCA e impuso en el inciso 1º como criterio rector el principio objetivo de la derrota, en lugar de la distribución de costas por su orden.

En tales condiciones, cabe recordar que en el terreno procesal, en principio la aplicación de las normas es inmediata en aquéllas causas pendientes, debiendo los actos procesales regirse por la ley vigente en el momento en que se produce, razón por la cual, en este caso, debe aplicarse la norma en su redacción actual (cfr. CCCSM, sala Segunda causa 48028/2 S. VII/2000).

Bajo dichos parámetros, corresponde decidir el modo de imposición de las costas de alzada en autos.

En este supuesto, en que parte de la actividad procesal recursiva se desarrolló en vigencia de la ley 14.437, corresponde que las costas de esta instancia se impongan a la actora en su calidad de vencida (art. 51 inc. 1 in fine ley 12008, texto según ley 14.437, a *contrario sensu* Causa Nº 3412 “Becerra” del 20-02-2013).

16º) Por todo lo expuesto, y por los fundamentos aquí dados, propongo: **1º)** rechazar el recurso de apelación interpuesto por

la parte actora y confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravio. **2º)** Imponer las costas de esta instancia a la parte actora en su calidad de vencida (art. 51 inc. 1 in fine ley 12008, texto según ley 14.437). **3º)** Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 DL 8904). **ASÍ VOTO.**

El Sr. Juez Jorge Augusto Saulquin votó a la cuestión planteada en igual sentido y por los mismos fundamentos, con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

En virtud del resultado del acuerdo que antecede, el tribunal **RESUELVE:** **1º)** rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia de agravio. **2º)** Imponer las costas de esta instancia a la parte actora en su calidad de vencida (art. 51 inc. 1 in fine ley 12008, texto según ley 14.437). **3º)** Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 DL 8904). Se deja constancia que el Sr. Juez H. Jorge Echarri no suscribe la presente, por encontrarse en uso de licencia. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ANA MARIA BEZZI

SI////////

//////////GUEN LAS FIRMAS.

JORGE AUGUSTO SAULQUIN

ANTE MÍ

ANA CLARA GONZÁLEZ MORAS

Secretaria

Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo –San Martín

Registro de Sentencias Definitivas Nº..... F°.....