

//tencia No. 40

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ

Montevideo, tres de marzo de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: **"NIEVES CORTE, SHIRLEY Y OTROS C/ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PRIMERA DE SOCORROS MUTUOS Y OTROS - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN"**, IUE: 2-21568/2011.

RESULTANDO QUE:

I) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 57/2013 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 10mo. Turno se falló:

"Ampárase parcialmente la demanda instaurada. En su mérito, condénase a la demandada Asociación Española Primera de Socorros Mutuos y codemandados Dres. Víctor Soria y Antonio Calvo a abonar a los padres del paciente fallecido Matías Larrosa, Yove Larrosa y Shirley Nieves, el 30% de la suma de U\$S20.000 a cada uno (veinte mil dólares estadounidenses) más intereses desde la demanda por concepto de daño moral.

Establécese la cifra de U\$S7.000 (siete mil dólares estadounidenses) más intereses legales desde la interposición de la demanda por daño moral a cada uno de los hermanos del joven

Matías Larrosa, Sres. Horacio, Marcia y Sebastián Larrosa en el porcentaje indicado del 30% peticionado en la demanda.

Desestimándose el rubro daño material por ayuda futura a los padres y daño moral iure hereditatis, por no corresponder..." (fs. 457-467).

II) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia identificada como SEF-0007-000093/2015, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, con discordia de uno de los Sres. Ministros integrados, se revocó la sentencia recurrida y, en su lugar, se desestimó la demanda (fs. 566-589).

III) La actora interpuso recurso de casación a fs. 594-616, y expresó en síntesis los siguientes agravios:

La Sala incurrió en un error "grosero" al apartarse de las normas relativas a la responsabilidad contractual y extracontractual (arts. 1319 y 1555 del Código Civil).

La demanda se fundó en la responsabilidad médica de la mutualista y de sus dependientes, por haber cometido una serie de errores inexcusables, por no haber intervenido en forma rápida y certera, pero también por pérdida de la chance, extremo que la Sala omitió considerar.

Los demandados eran los encargados de velar por la salud del paciente que a la postre falleció. Recaía sobre ellos una presunción de culpa, dado que no actuaron con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1324 del Código Civil). Son médicos especialistas de larga trayectoria académica, por lo que no puede sostenerse que actuaron de acuerdo con la "lex artis".

Existió, de parte de la accionada, una conducta omisa, negligente e imprudente al no haber actuado cuando la vida del paciente se estaba deteriorando. Convocar un Ateneo neuroquirúrgico seis días después del ingreso del paciente al centro de salud y luego, esperar cuatro días más para intervenirlo, fue lo que provocó la obstrucción total del sistema mecánico de la válvula y la presión intercraneana que sufrió el paciente antes de morir.

Consta en la historia clínica que desde la primera de las internaciones se manifestó la disfunción valvular mecánica y que las cefaleas y los vómitos fueron una constante, antes y durante los cuatro ingresos a la mutualista.

No existió error de diagnóstico, sino desidia injustificada para actuar.

El perito distingue dos situaciones: la primera (internaciones de diciembre de

2007 y marzo de 2008) y la segunda (internación de abril y fallecimiento del paciente). En la primera, señala que hubo una correcta atención, sin perjuicio de que podía haberse adelantado un tratamiento; en la segunda, sostuvo que se verificó un "incorrecto análisis de situación y de riesgo".

El Tribunal se apartó del dictamen pericial y de las manifestaciones realizadas por el perito en la audiencia de fs. 401-403.

Tampoco valoró correctamente la confesión del Dr. Soria quien, como Jefe de Servicio, participó de la decisión de realizar la intervención luego de cuatro días. Además, comprometió a los Dres. Johnston y Spagnuolo señalando que debieron haber practicado la cirugía cuando el paciente se agravó.

El Tribunal omitió que los demandados no cumplieron con la carga de la efectiva contradicción (art. 130 del C.G.P.). Tampoco agregaron tomografías que se encontraban en su poder, por lo que hubiera correspondido aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

En definitiva, solicitaron que se anulara la sentencia recurrida y que se condenara, en forma solidaria, a los codemandados en los términos solicitados.

IV) Conferido traslado del recurso fue evacuado por los co-demandados en escritos de fs. 625, 639 y 651 quienes, por los fundamentos que expusieron, solicitaron su rechazo.

V) Elevados y recibidos los autos, se convocó a las partes para sentencia, acordándose la misma en forma legal y oportuna.

CONSIDERANDO:

I) La Corporación, por mayoría de sus integrantes naturales, acogerá el recurso de casación interpuesto y, en su mérito, confirmará el pronunciamiento de primera instancia.

II) A juicio de la mayoría que conforma esta decisión, la actuación tardía de los codemandados determinó una pérdida de chance de sobrevivencia del paciente Matías Larrosa, por lo que corresponde casar la sentencia impugnada y, en su lugar, confirmar la sentencia condenatoria impuesta en primera instancia, por los fundamentos que se expresarán.

Quienes suscriben el presente fallo, entienden que más allá de las diversas posiciones que sustentan en cuanto a la interpretación del art. 270 del C.G.P. (Cfme. Sentencias de la Corte Nos. 250, 508/2013, 178/2015 y e/o), y la posibilidad de ingresar al análisis en este grado de casación del material fáctico considerado por los órganos de mérito,

coinciden en el subexamine que el "ad quem" no efectuó una ponderación del material probatorio que se ajuste a las reglas de la sana crítica y que, por ende, conllevan a su necesaria revisión conforme el elenco de agravios estructurados en el recurso interpuesto.

En éste sentido, los Sres. Ministros que acuerdan la decisión en mayoría concuerdan con la valoración probatoria efectuada por la Sra. Jueza *a quo* y por el Sr. Ministro integrante disorde.

III) Matías Larrosa Nieves nació el 10 de setiembre de 1992, siendo asistido desde ese momento en la Asociación Española Primera de Socorros Mutuos debido a las malformaciones que presentó, entre ellas las encefálicas. En ese momento, se le diagnosticó hidrocefalia, estenosis de acueducto y agenesia de cuerpo calloso. Debido a su hidrocefalia, fue intervenido quirúrgicamente en enero de 1993, oportunidad en la que se le realizó una derivación ventrículo peritoneal (D.V.P.) con un sistema pediátrico de baja presión. La cirugía no tuvo complicaciones.

En diciembre de 2007, el paciente presentó un cuadro con cefaleas, vómitos y crisis convulsiva. Los estudios que se le practicaron evidenciaron las malformaciones ya conocidas, un sistema ventricular morfológicamente alterado, ausencia de signos de hipertensión endocraneana y de edema

transependimario. El catéter ventricular estaba bien posicionado. Apareció una imagen compatible con un pequeño quiste coloide o plexo coroideo en sector anterior del *septum pellucidum*. Se planteó el diagnóstico de disfunción valvular. Se le dio el alta el 31 de diciembre de 2007.

El 3 de marzo de 2008 presentó un cuadro de cefaleas intensas, vómitos y tendencia al sueño. Fue visto en la emergencia de la Asociación Española y permaneció internado durante tres días. Los médicos que lo atendieron no comprobaron signos de disfunción valvular y le otorgaron el alta con indicación de control.

El 22 de marzo de 2008 reingresó con un cuadro similar (cefaleas, vómitos y trastorno de conciencia pasajero). La inspección de la válvula no evidenció alteraciones. Se puncionó el reservorio del sistema y se envió a analizar el líquido céfalo raquídeo. Los estudios no demostraron infección. El paciente, al igual que en las dos ocasiones anteriores, mejoró. En ese momento, se pensó en una posible disfunción mecánica parcial. Dado que Matías Larrosa estaba bien en esa oportunidad, no se planteó, de urgencia, la resolución de su problema.

El 9 de abril de 2008 tuvo cefaleas, vómitos y un cuadro de pérdida de conocimiento

que requirió asistencia médica urgente, con auxilio ventilatorio e ingreso en la unidad de cardiología de la mutualista. Se constató un cuadro febril intercurrente. Mejoró rápidamente, quedando lúcido, extubado y sin déficit neurológico en horas.

El 14 de abril del mismo año se le practicó un electroencefalograma, en el cual se comprobó un moderado sufrimiento cerebral, sin actividad epiléptica.

El 15 de abril se documentó en la historia clínica que el ateneo neuroquirúrgico que se formó decidió la realización de una tercera ventriculocisternostomía, que se realizaría el 18 de abril. Con esta intervención, se planeaba transformar la derivación a fin de medir la presión y resolver la hidrocefalia del paciente.

A las 23:20 horas del 15 de abril, se escribió en la historia clínica que, durante la tarde, el paciente presentó un nuevo episodio de disfunción valvular, con cefaleas y depresión de vigilia.

A las 3:20 horas del 16 de abril, el médico intensivista comprobó que el paciente hizo un paro cardio-respiratorio y se lo comunicó al neurocirujano de guardia.

A las 7:15 horas del 16 de

abril Matías Larrosa fue operado de urgencia, se comprobó que el catéter ventricular estaba obstruido y se realizó una derivación ventricular externa frontal derecha con retiro del sistema proximal previo.

El paciente nunca mejoró.

El 17 de abril de 2008 se le diagnosticó muerte cerebral.

IV) El tema de la culpa profesional implica el análisis de si es posible visualizar un concepto particular de culpa médica.

La noción clásica de culpa supone la confrontación de un determinado comportamiento con el modelo legal establecido en el art. 1344 del Código Civil: el del "buen padre de familia".

El problema se evidencia cuando el comportamiento o actuación a comparar es, a su vez, la de un profesional especializado en cualquier materia, pues, en ese caso, al variar uno de los términos de la comparación, necesariamente debe variar el otro.

No podría compararse la actuación de un profesional con la de alguien que simplemente pueda catalogarse como un buen padre de familia.

En rigor, se deben equilibrar ambos extremos de manera de hacer posible la

comparación, y entonces se enfrentará al profesional actuante con el modelo abstracto de un profesional medio, el que debe actuar con cuidado y diligencia, y de conformidad con las reglas de la respectiva profesión (cf. Gamarra, Jorge, *Responsabilidad Civil Médica*, t. I, 1ª ed., reimpresión inalterada, F.C.U., marzo de 2000, págs. 40 y 41).

En tal contexto, el perito de autos (Prof. Dr. Saúl Wajskopf, Director de la Cátedra de Neurocirugía de la Universidad de la República) destacó que, desde diciembre de 2007 hasta el episodio que produjo su fallecimiento, Matías Larrosa presentó una disfunción valvular intermitente. Esta disfunción se manifestó clínicamente en las cuatro oportunidades en que se atendió en la Asociación Española. En todas esas ocasiones, se sospechó ese diagnóstico y en tres de ellas fue planteado directamente por parte de los neurocirujanos actuantes. El experto afirmó que la última tomografía computada que se le realizó (el 13 de abril de 2008) permitió documentar este diagnóstico, ya que se notaba un aumento del tamaño ventricular.

A pesar de la sospecha de disfunción valvular, en tres ocasiones se optó por un control clínico evolutivo. En su cuarta y última internación, el paciente se mantuvo sintomático

(cefaleas y vómitos) y la tomografía computada presentó un resultado diferente a los anteriores. En función de esto, el ateneo propuso una cirugía de coordinación (tercera ventriculocisternostomía y transformación en derivación externa del sistema colocado), operación que no pudo ser realizada debido a la agravación clínica que presentó el paciente ese mismo día.

En su dictamen, el experto distinguió dos situaciones diferentes.

La primera situación la ubicó entre diciembre de 2007 y el 22 de marzo de 2008, fecha en la cual ocurrió el penúltimo episodio de disfunción valvular; y concluyó que, en este lapso, Matías Larrosa fue asistido, estudiado y controlado en forma correcta.

La segunda situación comprende la internación en abril de 2008, los últimos episodios de disfunción con severa agravación, la cirugía de emergencia y la muerte del paciente. En el marco de esta segunda situación, si bien el especialista dictaminante manifestó que el planteo que realizó el ateneo neuroquirúrgico de la Asociación Española constituyó una opción válida y positiva entre varias posibles, fue categórico al concluir que: "la resolución de hacerlo de coordinación cuatro días después no fue la mejor opción, creo que fue un incorrecto análisis de

situación y de riesgo" (fs. 379).

Otro error de tratamiento que puso de relieve el perito fue el siguiente:

"La Dra. Johnston asistió al paciente la noche del 15.4.2008 y se puso al tanto de todo lo sucedido y lo resuelto hasta ese momento. Decidió no actuar y vigilar al paciente. Vistos los antecedentes, la evolución clínica y la tomografía, también creo que fue un incorrecto análisis de situación y de riesgo" (fs. 380).

En su declaración en audiencia, el perito reiteró que la decisión del ateneo neuroquirúrgico no fue la mejor en cuanto a la oportunidad de practicar la operación (fs. 401 vto. *in fine*). En otras palabras, luego expresó que: "En este caso la decisión de hacer la operación 4 días después no fue lo más indicado" (fs. 402).

A juicio de la mayoría, el experto pronunció una afirmación contundente que resulta idónea para tener por acreditado el apartamiento de la *lex artis* en cuanto a la tempestividad de la actuación médica cuando, al ser interrogado acerca de qué habría pasado si, a las 23:20 horas del 15 de abril de 2008, la Dra. Johnston hubiese adoptado una solución quirúrgica frente al cuadro grave que presentaba el paciente, respondió: "A mi juicio hubiera habido altas chances de

una evolución positiva y podría salvarse el paciente”
(fs. 402 vto.; el subrayado no luce en el texto original).

En este sentido, los Sres. Ministros que acordaron en mayoría entienden que no existen motivos para apartarse de la prueba pericial practicada, por lo cual consideran que el Tribunal transgredió ostensiblemente lo dispuesto en los arts. 140 y 184 del C.G.P.

Refiriéndose a la valoración de la prueba pericial, la Suprema Corte de Justicia sostuvo con anterioridad que si el dictamen aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél (Sentencias Nos. 352/2004 y 1.303/2011).

Devis Echandía enseñaba, en criterio que se comparte, que el rechazo por el Juez del dictamen pericial debe basarse en razones serias que debe explicar, en un análisis crítico tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones y de las demás pruebas sobre los mismos hechos, que lo lleve al convencimiento de que, o bien aquéllos no aparecen suficientes, carecen de lógica o son contradictorios entre sí, o bien no existe la relación lógica

indispensable entre esos fundamentos y tales conclusiones o éstas contrarían normas generales de la experiencia, hechos notorios, otras pruebas más convincentes, o resultan absurdas, increíbles o dudosas por otros motivos (*Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, pág. 348).

En definitiva, las conclusiones del dictamen pericial asumen eficacia convictiva, rango de probabilidad o verosimilitud preponderante, apta para conformar la plena prueba en sede civil (cf. Sentencias Nos. 62/2009, 211/2010, 2.434/2010, 273/2013, 401/2013, 289/2014 y 174/2015 de la Corporación, entre muchas otras), convicción que, en el presente caso, estimo que no resulta desvirtuada por prueba idónea de signo contrario.

En función de la secuencia fáctica descrita en el dictamen pericial y en la valoración de la prueba que postulo, entienden acertada la condena impuesta por la Sra. Jueza a quo a responder en carácter de pérdida de una chance.

Sobre esta cuestión, Gamarra expresa:

"Si el enfermo no pierde ninguna probabilidad, el comportamiento culposo del médico es irrelevante, porque no ha causado el daño, porque el daño no existe (...). Por consiguiente la

interrogante es ¿tenía el paciente alguna probabilidad que pudiera perderse al tiempo en que se produce la culpa del médico?" (Gamarra, Jorge, Responsabilidad Civil Médica, tomo 2, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, mayo de 2001, pág. 333).

Y, en la hipótesis en examen, esta interrogante que formula retóricamente el Maestro fue contestada en términos categóricos por el señor perito, elemento probatorio esencial que amerita la revocatoria anunciada.

V) La conducta procesal desplegada por las partes ha sido correcta, no dando mérito a especial condenación en gastos causídicos.

Por tales fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría,

FALLA:

ACÓGESE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO Y, EN SU MÉRITO, REVÓCASE LA IMPUGNADA Y CONFÍRMASE EN SU LUGAR EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL EN EL GRADO.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

**DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA**

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE, por entender que
corresponde desestimar el
recurso de casación inter-
puesto.

1) En el caso, los actores
(padres y hermanos de Matías Larrosa) demandaron a la
Asociación Española Primera de Socorros Mutuos por
responsabilidad contractual (el causante, Matías
Larrosa, era afiliado a esa mutualista) y a los Dres.
Víctor Soria y Antonio Calvo por responsabilidad
extracontractual, "debido a la omisión en el
cumplimiento de sus obligaciones, error inexcusable que
reúne las notas de negligencia médica" (fs. 31vto.).

Sostuvieron que la mutua-
lista demandada omitió prestar una adecuada asistencia
al paciente, quien contaba con un diagnóstico certero
desde su internación. Ello, por cuanto no puso a su
alcance todos los medios de los que disponía,

incurriendo en una injustificada demora en cumplir con sus obligaciones (cambio de válvula o intervención quirúrgica), demora que determinó la pérdida de la chance de salvación de Matías Larrosa (fs. 32).

2) En cuanto a la valoración de la prueba realizada por la Sala.

No es de recibo el agravio.

Para analizar este punto, caber partir de la reseña de la historia clínica que, con base en el dictamen pericial, realizó la Sala en el considerando II de su decisión:

a. En diciembre de 2007 es internado y se planteó el diagnóstico de "disfunción valvular". Se otorgó el alta el 31.12.2007, con controles indicados. Fue atendido por Dres. Tarigo, Calvo y Soria.

b. El 3 de marzo de 2008 nuevamente presentó cefaleas intensas, vómito y tendencia al sueño. Internado durante 3 días, no evidenció signos de disfunción valvular; se dio el alta con controles, fue atendido por [los] Dres. Prinzo y Soria.

c. El 22 de marzo de 2008 presenta cuadro similar (cefaleas, vómitos y trastorno de conciencia pasajero) por lo que lo internan. Es

asistido por los Dres. Soria, Nicoli y Spagnuolo. La inspección de la válvula no evidenció alteraciones y los estudios no demostraron infección. El paciente mejoró rápidamente. El Dr. Nicoli consigna en la Historia Clínica "se plantea una disfunción mecánica parcial. Dado que el pte. está bien en este momento no se plantea su resolución de urgencia", y el Dr. Spagnuolo agrega "De acuerdo con Nicoli...". Se le otorga el alta el 24 de marzo, a los 2 días de su ingreso.

d. El 9 de abril de 2008 ingresa de urgencia (pérdida de conocimiento, requirió auxilio ventilatorio). Fue visto por los Dres. Córdoba y Soria.

e. El 13 de abril, el Dr. Soria advierte comparando las TC de ese día y el anterior "una discreta dilatación de los ventrículos laterales y del 3er. ventrículo", consignando que "Será analizado el caso en Ateneo Neuroquirúrgico en el día de hoy...". El paciente pasó a CI Neuroquirúrgico de la AE y se mantuvo según el Dr. Córdoba y otros colegas "...con cefaleas y algún vómito".

f. El día 14 de abril se realizó un EEG que fue informado por el Dr. Lorenzo como "moderado sufrimiento cerebral...No se observa actividad epiléptica".

g. El 15 de abril se hace

constar por el Dr. Soria la decisión del Ateneo Neuroquirúrgico: "...la realización de una 3er. ventriculocisternostomia que se llevará a cabo el día viernes. Se transformará la derivación que tiene una derivación externa a los efectos de medir la presión...Se espera con ello poder resolver la hidrocefalia del paciente y que quede libre de sistema de derivación...". Se deja constancia de haber comunicado esta decisión a los padres y de su aceptación. Ese mismo día 15 de abril, la Dra. Johnston deja constancia que "en la tarde de hoy, habiendo pasado a C. Intermedios, presenta nuevo episodio de disfunción valvular, con cefaleas y depresión de vigilia. Válvula dura. Dado que mejoró y tiene programada cirugía, se vigilará".

h. El 16 de abril a la 3.50 horas, el médico intensivista consigna la situación de PCR y el tratamiento efectuado y agrega: "Se comunica a neurocirujano de guardia". Ese día a las 4.30 horas, la Dra. Johnston deja constancia que está en "midriasis bilateral (se hizo adrenalina), punciono el reservorio, viene escaso LCR xantocromico. Presión 2 cms. de agua. Obstrucción alta? Hipotensión? Se decide cirugía de emergencia, intentaré D.V. Ext...". A continuación aparece una larga nota del Dr. Spagnuolo resumiendo parte de la evolución y destacando lo acontecido en las

últimas horas, concluye: "Evidentemente estamos ante una disfunción valvular, con varios episodios previos de disfunción...". Se operó el 16 de abril a las 7.15 horas y se pudo constatar que el catéter ventricular estaba obstruido y se realizó una Derivación Vent. externa frontal derecha con retiro del sistema proximal previo. Al finalizar la cirugía "persiste midriasis bilateral"- Dra. Johnston.

El paciente nunca mejora y se diagnostica muerte cerebral el 17 de abril de 2008.

Ahora bien, los recurrentes cuestionaron, en lo medular, la valoración que el Tribunal realizó del informe pericial glosado a fs. 374-380 (complementado en la audiencia de fs. 401-403) y de la historia clínica del paciente.

Con respecto a la errónea valoración de la prueba como causal de casación, esta Corte, en mayoría, sostiene, con base en el art. 270 del C.G.P., que: *A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, el ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en la que la propia Ley prescribe que, verificándose ciertos presupuestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia*

previamente fijados; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en el absurdo evidente, por lo grosero e infundado.

Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica como la revalorización de la prueba no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a esa materia convertiría esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica en una tercera instancia no querida por el legislador (...).

A mayor abundamiento: el ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el art. 140 del C.G.P. revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible (cf. Sentencias Nos. 2/2000 y 228/2006, entre otras).

En este marco, considero que la valoración de la prueba realizada por la Sala (art. 140 del C.G.P.) no fue ni arbitraria ni absurda, así como tampoco resulta reñida con las reglas de la sana crítica, todo lo cual nos indica que no es susceptible de revisión en casación.

Luego de la minuciosa reseña que de la historia clínica del paciente se realizó en el considerando II, la Sala, en el considerando III, destacó que el perito había distinguido dos situaciones:

La primera, desde diciembre de 2007 hasta el penúltimo episodio de disfunción valvular, el 22 de marzo de 2008, en la que el experto concluyó: "El joven Larrosa siempre fue asistido, estudiado y controlado en forma correcta" (fs. 379).

La segunda, "la internación en abril de 2008, los últimos episodios de disfunción con severa agravación, la cirugía de emergencia y muerte del paciente" (fs. 379). Aquí el experto sostuvo que si bien el planteo del Ateneo Neuroquirúrgico de la Asociación Española de practicar al paciente una tercera ventriculocisternostomía y la transformación en derivación externa del sistema colocado fue "una opción válida y positiva entre varias posibles", la decisión de hacerlo "cuatro días después no fue la mejor opción", lo cual, a su juicio, importó "un incorrecto análisis de situación y de riesgo" (fs. 379).

A ello agregó que la conducta desplegada por la Dra. Johnston el 15 de abril de 2008, cuando decidió no actuar y vigilar al paciente,

también derivó de un incorrecto análisis de situación y de riesgo, dados los antecedentes, la evolución clínica y la tomográfica (fs. 380).

Finalmente, entendió que la cirugía de emergencia fue oportuna (fs. 380).

No obstante las dudas que al perito le merece la actuación de los médicos en la última internación del paciente, coincido con la Sala en que, como surge de los términos del propio dictamen, se trata de un caso sumamente opinable debido a los síntomas equívocos que presentó el paciente, que, precisamente, llevaron a que los médicos tratantes coordinaran la ventriculocisternostomía para cuatro días después.

Entonces, como bien dijo el Tribunal citando jurisprudencia de la Sala Civil de 7° Turno, cuando el médico se enfrenta con dudas científicas o con márgenes de alternativas posibles, resulta difícil fijar los límites de lo que es correcto y de lo que no es, y por eso es que un simple error o la no elección de una alternativa no basta para configurar un apartamiento de las reglas del arte médico si tal conducta no está asociada a un obrar negligente (considerando III, fs. 560).

En la especie, no podemos soslayar la constante preocupación demostrada por los

médicos tratantes de Matías Larrosa, lo cual nos revela cuán lejos está este caso del concepto de negligencia en materia de responsabilidad médica.

Como surge de la reseña de la historia clínica realizada por el perito (fs. 374-377), a Matías Larrosa se le realizaron varias tomografías computadas y resonancias magnéticas, se convocó a un Ateneo que reunió destacados especialistas en neurocirugía para analizar su situación (martes 15 de abril) y allí se resolvió realizarle la tercera ventriculocisternostomía el día viernes 18 de abril, esto es, tres días después.

Se trata de una intervención que debe ser necesariamente coordinada y que no se practica de urgencia, tal como surge del testimonio del Dr. Álvaro Córdoba (fs. 248-250), quien participó en el Ateneo neuroquirúrgico donde se tomó la decisión de practicarle al paciente una tercera ventriculostomía endoscópica de coordinación (fs. 248vto.).

El Dr. Córdoba explicó que el procedimiento neuroendoscópico "(...) se hace con un sistema óptico dentro del cerebro, localizando un área que se llama piso del tercer ventrículo, y realizando una perforación en el mismo para tratar de solucionar la hidrocefalia" (fs. 248vto.).

Es un procedimiento que siempre se plantea en forma coordinada y que tiene la ventaja de que "(...) en un 85%, aproximadamente, de los casos se puede intentar retirar la válvula al paciente y dejarlo libre de sistemas de derivación. Como estos pacientes tienen una derivación de muchos años es conveniente intentar esta técnica. Este fue el fundamento de la decisión" (248vto.).

Además, sostuvo que "(...) hay que coordinar con tiempo su realización en este tipo de pacientes que [han] sido [multitratados] con un sistema previo de derivación, porque el manejo de los regímenes de presión intracraneana en estos enfermos no es igual al de otro enfermo totalmente virgen" (fs. 248vto.).

Ello está demostrando que la tardanza en la coordinación de la operación que el perito resaltó en su dictamen no implica un obrar negligente, desde que el procedimiento se coordinó para el tercer día luego del Ateneo (lo que no puede tacharse de excesivo) y dicha coordinación resultó fundada en las características particulares del paciente.

Véase que se trataba de un enfermo que, prácticamente desde que nació el 10 de diciembre de 1992, fue asistido en la Asociación Española por varias malformaciones, entre ellas, las

encefálicas; que, tempranamente, se le diagnosticó que padecía hidrocefalia, estenosis de acueducto y agenesia de cuerpo calloso. Y que con diagnóstico de hidrocefalia, es intervenido quirúrgicamente en enero de 1993, oportunidad en la cual el Dr. Perillo le realizó una derivación ventrículo peritoneal (informe pericial de fs. 374).

Además, el Dr. Córdoba resaltó que cuando el 13 de abril de 2008 revisó al paciente, no había elementos para tratarlo con urgencia (fs. 249). Y explicando las anotaciones de la historia clínica del 9 y 13 de abril de 2008, expresó que, en una, "(...) se establece que se realizó TAC sin cambios, apirético, sin cefaleas, algún vómito que repitió en la mañana, se indica control clínica". En la otra, "TAC, sin cambios, extubado, lúcido, cefaleas, no vómitos, fiebre 38, pasará a CTI neuroquirúrgico y se planteará punción de reservorio" (fs. 249). Destacó, también, que, en ese momento, no tenía signos claros de disfunción valvular (fs. 249vto.).

Preguntado el significado que tiene la anotación que hizo en los días 9 y 13 de abril de 2008, a saber: "sin cambios, sin cambios significativos en TAC", contestó: "Ese examen se hace para ver el tamaño ventricular, cuando hay una disfunción clara el mismo se modifica y podría aumentar.

Cuando permanece incambiado es un elemento que topográficamente no evidencia disfunción" (fs. 250). Y preguntado si el TAC es o no un procedimiento determinante para diagnosticar la disfunción valvular, contestó: "En la mayoría de los pacientes es un elemento fundamental para la determinación de ello. Y por eso se realiza en forma seriada" (fs. 250). Finalmente, expresó que en el Ateneo se analizaron los estados que presentaba el paciente (cefaleas, vómitos, pérdida de conciencia) y que tales síntomas no necesariamente son constitutivos de una disfunción valvular, por la complejidad de la fisiopatología de la hidrocefalia (fs. 250).

En mi opinión, las explicaciones brindadas por el Dr. Córdoba excluyen todo atisbo de negligencia en su proceder y en el de los médicos tratantes, quienes también participaron en el Ateneo (fs. 251).

En cuanto a la asistencia brindada al paciente en el último episodio de su enfermedad, en abril de 2008, la prueba rendida en autos demuestra no sólo que fue atendido con la máxima diligencia por los médicos de guardia, sino que los síntomas que presentaba no hacían pensar que pudiera descompensarse súbitamente, como sucedió.

En tal sentido, el Dr.

Silvio Demoro, médico intensivista de guardia, grado 3, expresó que debido al cuadro que presentó el paciente (sudoración perlada en la frente y revolución ocular), decidió pasarlo del sector de cuidados intermedios (donde estaba internado) al CTI. Se quedó con él y pidió consulta al neurocirujano de guardia, que era la Dra. Elizabeth Johnston, quien concurrió y no hizo mayores indicaciones a las que ya tenía el paciente (fs. 244vto. y 245). A posteriori -dijo- "(...) el niño estaba bien, lúcido, respondía a las órdenes, bien de presión arterial, con máscara de oxígeno. Habré permanecido una hora más y me retiré para examinar otras historias de pacientes. Me llaman de enfermería a las dos horas aproximadamente, y me dicen 'paro cama 5', identifiqué perfectamente al paciente y fui de inmediato, e inicié maniobras de reanimación. Respondió y procedimos a la intubación y en ese momento ordené que llamasen al neurocirujano de guardia, ya había salido del paro cardíaco. Indagué en enfermería para saber si había habido algo premonitorio, enlentecimiento del ritmo cardíaco o movimientos anormales, pero me dijeron que no. Que el paciente estaba tranquilo y que cuando miran el monitor tenía una línea isoeléctrica y pensaron que tenía un desperfecto mecánico (...). Y luego lo revisan y ven que el paciente está en paro. Esto ocurre en fracciones de segundos (...). En un lapso de minutos

vino la Dra. Johnston, que era la neurocirujano de guardia, que ya lo había visto antes y lo llevó al block quirúrgico. Volví a ver al paciente luego de la cirugía. Lo esperé en la unidad. Estaba en coma" (fs. 245-245vto.).

La mera lectura de este testimonio está demostrando la extrema diligencia con que los dependientes de la demandada actuaron en la emergencia y que en todo momento el paciente fue atendido y valorado de acuerdo con los síntomas que presentaba, minuto a minuto.

En cuanto a la intervención que en este episodio le cupo a la Dra. Elizabeth Johnston (neurocirujana de guardia, grado 2), estimo que de ninguna manera puede ser calificada de negligente, pese a que el perito dijo que el análisis de situación y riesgo que realizó fue incorrecto.

Dicha profesional se encontraba de guardia en la noche del 16 de abril y en la madrugada siguiente. En esa oportunidad, atendió permanentemente al paciente, lo controló y constató que en la primera descompensación los síntomas no variaban de aquellos considerados en el Ateneo, lo cual demuestra que la decisión de esperar al 18 de abril para realizar la cirugía fue adecuada a las circunstancias del caso.

Véase que cuando se produjo el segundo de los episodios y varió sustancialmente la sintomatología del paciente, se decidió a realizar una intervención de emergencia, la cual, en las propias palabras del perito, fue oportuna.

El testimonio de la Dra. Johnston es claro al respecto. Dijo haber ingresado en la guardia y que la llamaron de noche por un paciente que, estando internado, había presentado una descompensación (fs. 204). "El paciente -dijo- estaba en el CTI neuroquirúrgico, concurrí a verlo. Y me enteré [por] la historia que hacía varios días que había ingresado. Estaba siendo atendido por los médicos del servicio de neurocirugía. Había hecho varios episodios similares al que motivó la consulta durante la internación. Había tenido compromiso de conciencia, dolor de cabeza; yo interpreté como disfunciones valvulares. Cuando yo lo vi estaba despierto, lúcido, sin dolor de cabeza. Para el viernes siguiente tenía planificada una cirugía, creo que yo lo vi un martes de noche. Decidí vigilarlo, comuniqué la situación al neurocirujano, grado 4, Dr. Spagnuolo, y hablé con los familiares del paciente, explicándoles que la evolución podía empeorar y que la solución era quirúrgica. Y que si se presentaba otro cuadro similar se iba a intervenir

de urgencia (...). Lamentablemente, horas después, alrededor, de las 4 de la mañana, me llaman que el paciente había entrado en coma. Concurrí nuevamente al CTI desde mi domicilio, vi al paciente que estaba en coma, muy grave, en una situación neurológica de extrema gravedad, y como medida de salvataje, puncioné el reservorio de la válvula de derivación, esperando que viniera líquido céfalo-raquídeo para aliviar la presión intracraneana, pero no vino líquido, por lo cual decidí intervenir de emergencia. Practiqué la cirugía, conjuntamente con Spagnuolo, realizamos una derivación externa, y allí sí vino líquido céfalo-raquídeo, por lo que se confirmó la disfunción valvular por obstrucción del catéter ventricular" (fs. 204vto.).

Preguntada por qué en oportunidad de la primera visita al paciente decidió aguardar la fecha de la cirugía fijada para días después, contestó: "Seguí los lineamientos de la decisión que se había tomado en el equipo neuroquirúrgico, dado que el paciente había presentado cuadros similares al de las 23.30 horas, y no se había indicado la cirugía. Se habían realizado maniobras de bombeo de la válvula. Ya en la segunda visita era un paciente grave" (fs. 205).

Preguntada si en la consulta de las 23.30 horas le comunicó al cirujano, grado

4, la decisión de esperar la evolución del paciente, contestó: "Lo consulté y él estuvo de acuerdo en vigilar estrechamente al paciente y realizar la cirugía en caso de repetición de un cuadro similar" (fs. 205-205vto.). Y luego agregó: "De las anotaciones de la historia surge que el paciente había presentado episodios similares y en ningún momento se había tomado la decisión de intervención de urgencia para solucionar la disfunción valvular. El cuadro era absolutamente similar a los anteriores y cuando lo vi la primera vez, estaba consciente, hablaba, no quejándose de dolor de cabeza" (fs. 207).

Los dichos de la Dra. Johnston fueron corroborados por el testimonio del Dr. Edgardo Spagnuolo (médico neurocirujano, grado 4), (fs. 208-210), quien, además, manifestó haber estado totalmente de acuerdo con la decisión de aguardar la intervención quirúrgica decidida en el Ateneo (fs. 209vto.).

En relación con este último extremo, cabe señalar que, de acuerdo con el testimonio del Dr. Julio Schertz (fs. 222-223), las tomografías que se le practicaron al paciente en marzo y abril de 2008 no mostraron cambios significativos respecto a la que se le practicó en diciembre 2007, sin evidencia de nuevas lesiones con relación a seis meses

atrás (la última fue del 13 de abril de 2008). Y en ninguna de las cinco tomografías se habla de edema, que significa sufrimiento ventricular.

No hay que olvidar que en marzo de 2008, esto es, un mes antes del último episodio, se le practicó al paciente una punción de reservorio, con resultado positivo. Al respecto, y teniendo a la vista la historia clínica, el Dr. Edgar Nicoli declaró: "Al día siguiente, 23/03/2008, puse que el paciente mejoró francamente, estaba despierto sin cefaleas, refirió cefaleas en los últimos meses, que calmaban con Perifar. El citoquímico del líquido encéfalo-raquídeo dio normal. Se plantea una disfunción mecánica parcial. No se planeó la resolución de urgencia porque el paciente estaba bien en ese momento" (fs. 225). Y más adelante, el Dr. Nicoli expresó que el 22 de marzo de 2008 hicieron un examen de la válvula y tenía un buen funcionamiento clínico (fs. 225).

Además, obra en autos el testimonio del Dr. Eduardo Larrañaga, médico intensivista de CTI neuroquirúrgico, quien también vio al paciente en el episodio de abril de 2008. Sobre su estado declaró: "(...) lo vi en dos o tres oportunidades en cuidados intermedios y en CTI. Cuando lo vi en cuidados intermedios estaba clínicamente bien, y evaluado diariamente por especialistas neurocirujanos

(...). En cuidados intermedios estaba lúcido, estaba bien, controlábamos la paraclínica, se le administraban medicamentos indicados por los especialistas. Se alimentaba vía oral. El único medicamento era, creo difenil, que evita las convulsiones. No recuerdo con precisión. Luego en el postoperatorio estaba en coma, muy grave, y ya no se recuperó" (fs. 252-252vto.).

Preguntado si cuando lo vio en el preoperatorio había o no signos que hicieran sospechar un agravamiento, contestó: "Clínicamente estaba lúcido, tenía un TAC de cráneo que había dado sin alteraciones y estaba siendo evaluado por neurocirujanos. El examen clínico era normal. No pensaba que el paciente fuera a hacer una descompensación" (fs. 252vto.).

Es, precisamente, la prueba obrante en autos, en especial, los testimonios técnicos precedentemente analizados y la completa historia clínica del paciente, donde consta, al detalle, todo el tratamiento que la mutualista demandada le brindó para paliar y curar su mal, lo que me lleva a apartarme, fundadamente, como exige la ley (art. 184 del C.G.P.), de la opinión del perito con respecto a la actuación de los dependientes de la demandada en el episodio de abril de 2008, expuesta tanto en el informe de fs. 374-380 como en la audiencia de fs. 401-403.

Y ello porque se demostró que la opción tomada en el Ateneo neuroquirúrgico no fue tardía, sino que era la que correspondía al estado del paciente y a la evolución de su enfermedad. No lo digo yo; lo dicen los prestigiosos médicos especialistas que participaron en el Ateneo y que conocían, al detalle, la historia del paciente y los exámenes que constantemente se le hicieron (tomografías computadas, etc.). Y porque también se demostró que la actuación de la Dra. Johnston en la emergencia se adecuó al modelo del buen profesional, idóneo y bien informado, prudente y diligente, que actuó conforme a las reglas de la práctica médica, esto es, conforme a aquellas que constituyen el acervo técnico o el saber científico de la profesión (cf. Gamarra, Responsabilidad Civil Médica, T. 1, 1ª edición, abril de 1999, págs. 40-41), siendo de destacar que las decisiones que tomó estuvieron siempre avaladas por un médico neurocirujano, grado 4, como era el Dr. Spagnuolo, lo cual revela la prudencia con que actuó.

En suma, del análisis de las probanzas allegadas a la causa, valoradas en su conjunto, racionalmente, a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 140 del C.G.P.), cabe concluir, sin esfuerzo, que la atención médica proporcionada por la mutualista y sus dependientes a Matías Larrosa no merece

reproche, ni antes ni después del último episodio de su enfermedad.

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

cial condena procesal.

DISCORDE: en cuanto entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación deducido, sin especial

I) En primer término, la recurrente se agravia de la omisión del Tribunal de considerar su reclamo por "pérdida de la chance".

No se advierte ningún error de derecho en la actuación de la mayoría del Tribunal, ya que al advertir la ausencia de culpa, no ingresa al análisis de ninguno de los rubros de daño pretendidos.

En este mismo pasaje de su escrito, la parte pretende relevar como error del Tribunal que no se aprecie como elemento constitutivo de la culpa el obrar de la Dra. Johnston en las etapas finales del paciente.

Para ello, entiende que al momento de reclamar por "pérdida de la chance de obtener un mejor tratamiento", se estaba incorporando tal actitud como constitutiva de su pretensión.

Y más importante aún; entiende que el análisis de dicha conducta estaba en la

sentencia de primera instancia.

Considero que la deducción de este agravio contra la sentencia de segunda instancia resulta contraria a lo dispuesto por el art. 272 del C.G.P.

La sentencia de primera instancia solo consideró la conducta referida a la decisión adoptada en el Ateneo Médico Neuroquirúrgico de realizar una cirugía de coordinación, lo que fue calificado como inoportuno.

Transcribiré los pasajes de la sentencia de primer grado, a efectos de ilustrar sobre la conclusión que adelanté.

"Pues bien, el Sr. Perito Profesor Dr. Saúl Wajskof - Director de la Cátedra de Neurocirugía de UDELAR, luego de un pormenorizado y exhaustivo examen de toda la documentación, especialmente de la Historia Clínica indica: 'El planteo que realizó el Ateneo Neuroquirúrgico de la AE - 3er ventriculocisternostomía y la transformación en derivación externa del sistema colocado - fue una opción válida y positiva entre varias posibles.

Pero la resolución de hacerlo de coordinación cuatro días después no fue la mejor opción, creo que fue un incorrecto análisis de la situación y de riesgo'".

En la audiencia de Examen

Pericial reitera:

"En el Ateneo Neuroquirúrgico de la Asociación Española la opción no fue la mejor en cuanto a la oportunidad a mi juicio".

Observa el experto:

"Cada paciente requiere tiempos especiales, en algunos casos tres días o tres meses puede ser lo correcto.

En este caso la decisión de hacer la operación cuatro días después no fue lo indicado".

Advierte el facultativo:

"La suma de todos los cambios y agravaciones lleva a la conclusión de que se estaba viviendo un descompensación final".

Llama a reflexión el Perito en cuanto a que:

"En la segunda situación. La internación de Abril de 2008 los últimos episodios de disfunción con severa agravación, la cirugía de emergencia y muerte del paciente: El paciente se mantuvo sintomático y se evidenció un aumento del sistema ventricular en la TC, hechos que difieren de las intervenciones anteriores".

(...)

Concluimos pues que se ha configurado sin lugar a dudas la responsabilidad médica alegada en la demanda, referida al incorrecto actuar de los dependientes de la demandada en la decisión adoptada en el Ateneo Médico de Neurocirugía de fecha 15/04/2008 de realizar un Tercer ventriculocisternostomía, transformando la derivación existente en una derivación externa a efectos de medir la presión postoperatoria, planteando el retiro del sistema actual a fin de resolver la hidrocefalia del paciente y que coordinó para cuatro días después, siendo ello absolutamente excesivo en virtud de la gravedad, cambios en los síntomas de disfunción valvular y estado de salud de descompensación, que presentaba el joven Matías, de forma evidente.

Se estima pues que existió pérdida de una probabilidad de tener una mejor y adecuada atención temprana. Se configura entonces la pérdida de "Chance".

En suma los especialistas neurocirujanos co-demandados de la Asociación Española no actuaron en forma adecuada, cuidadosa, atenta, al examinar la situación del paciente en cuanto a riesgo y oportunidad al decidir la intervención proyectada que se realizaría cuatro días después, siendo muy dilatado en el tiempo el diferimiento, en atención a los síntomas y

cambios del enfermo que indicaban un agravamiento de la afección que padecía y por tanto imponía urgencia en el tratamiento adecuado -3er ventriculocisternostomía y la transformación en derivación externa del sistema colocado- DVP.

(...)

Con la prueba incorporada a la causa quedó acreditada la configuración de la culpa de los dependientes de la demandada, Asociación Española Primera de Socorros Mutuos, **intervenientes en la incorrecta decisión adoptada en el Ateneo Médico Neuroquirúrgico**, por no ser temprana y oportuna, de la intervención quirúrgica al paciente coordinada para el día 18/04/2008, habiendo fallecido el 17/04/2008 y plenamente fundada la pretensión de la demandante.

(...)

En el sub-judice la culpa médica, radica en no adoptar las medidas necesarias y adecuadas a tiempo para el tratamiento adecuado y oportuno de la afección que padecía el joven Matías Larrosa de disfunción valvular de acuerdo a su estado y gravedad, que requería urgencia en la correcta intervención proyectada.

En cuanto a los co-demandados Víctor Soria y Antonio Calvo, ambos admiten haber participado y prestado conformidad con lo allí

decidido..." (destacados no originales).

De la transcripción de la sentencia se desprende que la Juez de primera instancia consideró que el accionar culpable estaba constituido por la decisión del Ateneo Médico, lo que determinó la existencia de "*pérdida de la chance*" de recibir un oportuno tratamiento.

No se hace ninguna referencia a la conducta adoptada por la Dra. Johnston al momento del agravamiento que derivó en el fallecimiento del joven Larrosa, circunstancia que fue analizada en la pericia realizada en autos.

La parte actora, que apeló la sentencia de primera instancia, no introdujo tal omisión del pronunciamiento como agravio eventual en el recurso de apelación, ante la posibilidad de acogimiento de los agravios de los contrarios.

Más aún; la conducta de la Dra. Johnston fue introducida como circunstancia exculpante por los codemandados SORIA (fs. 494) y CALVO (fs. 515 vto.) en sus respectivas apelaciones, pero la actora no hace ninguna referencia al punto a la hora de contestar (fs. 527-528 vto.).

El hecho de que la demandada no expusiera los argumentos referidos al momento de deducir apelación contra la sentencia

definitiva que les fue desfavorable, ni lo hiciera al momento de evacuar el traslado del recurso de apelación deducido por los demandados haciendo referencia a los hechos de los que hoy pretende valerse, torna inadmisibile el planteo por extemporáneo (Cf. Sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nos. 515/2014, 455/2013 y 731/1994).

II) Por otra parte, a pesar de que se citan diversas normas, los agravios deducidos fincan en recalificar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal para luego, en base a los hechos tenidos por probados, calificarlos jurídicamente.

El Tribunal de segunda instancia realiza una interpretación de la prueba pericial, para concluir que no surge acreditada acción culposa alguna por parte de los demandados.

Respecto de la casación fundada en errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, adhiero a la posición de la mayoría de los integrantes de la Corte en cuanto a que dicha causal se reduce a los supuestos en los que se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada; o, en el caso de que corresponda aplicar el sistema de la sana crítica, cuando se incurra en absurdo evidente, por lo grosero e infundado de la valoración realizada (Este criterio fue sostenido por la

suscrita en oportunidad de integrar la Suprema Corte de Justicia en Sentencias Nos. 594/2013, 4248/2011 y 408/2000).

La parte señala como normas infringidas, los arts. 140 y 184 del C.G.P.

A mi criterio, no corresponde a la Corporación revalorizar todo el material probatorio para encontrar la valoración alternativa. Es carga de la parte detallar en qué pruebas se funda la valoración que entiende adecuada y, de qué forma, el Tribunal se apartó de las pruebas y reglas de valoración aplicables.

Esta interpretación se funda en la lectura conjunta de los arts. 270 y 273 inc. 2 del C.G.P.

Tal exposición surge del escrito de casación, pero no logra desacreditar la valoración formulada en la sentencia.

La valoración realizada por el Tribunal de mérito resulta ajustada a las reglas de la sana crítica y en ningún sentido puede ser considerada absurda o arbitraria.

III) No ha existido en autos ninguna omisión de pronunciamiento referido a lo que la recurrente denomina confesión judicial, que no es tal.

Las constancias en la

historia clínica han sido analizadas en su totalidad por parte del Tribunal.

La decisión adoptada en el Ateneo de Neurocirugía debe ser valorada como adecuada teniendo como base las conclusiones del Sr. Perito interviniente.

El perito expresó a fs. 379 que *"El planteo que realizó el Ateneo Neuroquirúrgico de la AE (3er. Ventriculocisternostomía y la transformación de derivación externa del sistema colocado) fue una opción válida y positiva entre varias posibles. Pero la resolución de hacerlo de coordinación cuatro días después no fue la mejor opción, creo que fue un incorrecto análisis de la situación y de riesgo"*.

El Perito aclara en audiencia de fs. 402 que la cirugía que se resolvió realizar practicada habitualmente de coordinación en nuestro país.

Resulta relevante que el perito diga: *"Hasta el momento del paro cardíaco no puede decirse que hubo cambios tan trascendentes que obligaran por sí solos a tomar decisiones quirúrgicas de emergencia"*; y aún más relevante que agregue: *"En mi opinión el saber lo que pasó y no poder abstenerme de ello, teóricamente debió haberse adelantado pero visto desde otro punto de vista por las rápidas mejoras*

también puede considerarse si todo hubiera salido bien que se habría actuado correctamente".

Considero que la conducta de los demandados debe ser valorada teniendo como pauta su actuación en las circunstancias en las que se encontraban y no teniendo presente el conocimiento de los hechos posteriores.

Es allí donde la mayoría del Tribunal encuentra que la posibilidad terapéutica adaptada (cirugía de coordinación), resultaba una alternativa adecuada al diagnóstico.

A mi criterio, no ha existido apartamiento por parte de la Sala de las conclusiones del Sr. Perito, las que son analizadas de conformidad con la normativa aplicable.

De este modo, la mayoría que concurrió al dictado de la sentencia sostuvo: *"Así, ha de partirse de que el dictamen pericial, como medio probatorio que establece un estándar de actuación médica, debe analizarse a la luz del sistema normativo, a los efectos de decidir sobre la responsabilidad pretendida. Esto significa que el juicio de culpabilidad no lo hace el perito, quien solo informa, dado su carácter de experto, acerca de la adecuación de la actuación médica puntual y que emerge de la historia clínica, al o a los modelos estándares requeridos en el*

caso por la lex artis.

En ese marco, resulta que el perito de obrados, con absoluta honestidad, escenifica su opinión en dos ángulos diversos, con manejo de dos situaciones claramente diferenciables: una posterior al hecho desencadenante -la muerte-, y otra anterior al mismo -estado del paciente antes de la operación según la probanza recogida en la historia-.

Es evidente que la primera circunstancia no tiene directa vinculación con el objeto de la prueba inherente al caso, por cuanto es un análisis de qué hubiera pasado si se hubiera actuado en forma distinta. Pero el objeto, como se viera anteriormente, es la precisión de una conducta tipo antes del desenlace, pues se sitúa en la oportunidad y adecuación media de la toma de decisión frente a un cuadro clínico determinado -justamente la segunda circunstancia expresada-. Es la comparación en ese momento la que permite establecer si hubo aplicación correcta de la lex artis o no, que es justamente el fundamento de la pretensión.

Con estas precisiones, resulta que el perito, situado en ese momento, es claro en afirmar que no hubo apartamiento de aquél modelo profesional, por cuanto en el contexto del estado del paciente, nada imponía una actuación inmediata, lo que

puntualmente explica en el dictamen".

Considero que tales conclusiones resultan compartibles.

IV) La conducta de los demandados fue correctamente calificada por el Tribunal como conforme a la *lex artis*, por lo tanto, exenta de culpa.

Respecto al hecho por el cual se dispuso la condena de primera instancia, resolución de realizar cirugía coordinada y no de urgencia, no puede atribuirse ningún apartamiento de la conducta debida a los demandados, tal como se expuso supra.

V) Corresponde asimismo rechazar el agravio por el que la parte entiende que se deja sin objeto los daños reclamados (identificado como agravio cuarto).

No se releva en este agravio cual sería la infracción a la norma de derecho en que habría incurrido el Tribunal.

En la medida que el Tribunal concluyó que no existía culpa, en carácter de consecuencia natural de tal conclusión, desestimó la demanda.

VI) Finalmente, corresponde rechazar el agravio referido al incumplimiento de la intimación de agregar historia clínica -solicitud de que

se aplique la teoría de las cargas probatorias dinámicas- incumplimiento de la carga de la contestación de la demanda (agravios sexto y séptimo).

En primer lugar, la referencia a la ausencia de contestación de la demanda resulta extemporánea luego del amplio debate que ha existido en este proceso, con sentencias en dos instancias que han tenido por base las controversias deducidas por las partes.

No puede entenderse a esta altura que los codemandados no controvertieron en forma los hechos descriptos en la demanda. Resulta suficiente la mera lectura de los detallados escritos que contienen las contestaciones de los demandados para echar por tierra tal argumentación.

Por otra parte, no resulta convocable al caso la teoría de las cargas probatorias dinámicas ya que no ha existido en este expediente ninguna circunstancia requerida de tal proceder. La prueba producida ha sido desarrollada en forma y ha permitido esclarecer los hechos.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA