----En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“V., J. D. c/ O. S. P. C. (O.S.PE.CON.) y Otros s/ Daños y Perjuicios” (Expte. N° 18 – Año 2016 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es técnicamente suficiente el recurso planteado?, SEGUNDA: En su caso, ¿Es justo el fallo apelado?, TERCERA: ¿Es justa la regulación de honorarios apelada? y CUARTA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 796.----------

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

--Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por los codemandados I. M. S. S.R.L. y R. P. a fs. 720, y por la citada en garantía a fs. 721, contra la sentencia de fs. 700/714 que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios entablada por J. D. V. contra R. P., el I. M. S. S.R.L. y la O. S. P. C., condenando a los mismos a abonar a aquél, en el plazo de diez días, la suma de $ 477.953, con más intereses y costas, haciendo extensiva la condena a la citada en garantía TPC Compañía de Seguros. Asimismo a fs. 718 los letrados de la codemandada OSPECON y dicha parte apelan los honorarios por bajos y altos respectivamente. Los recursos fueron concedidos a fs. 722. A fs. 772/774 vta. obra la expresión de agravios de la citada en garantía, y a fs. 775/778 vta. la de los codemandados apelantes. De las mismas se confiere traslado a fs. 779, siendo contestado por la actora a fs. 780/783 y fs. 784/788 vta.. Es de mencionar que a fs. 717 también había apelado la sentencia, la codemandada OSPECOn, mas a fs. 791 se declaró la deserción del recurso. ----------

---I.- Comenzaré por reseñar los agravios de las apelantes y su contestación por la actora. ----------

----1) La citada en garantía TPC Compañía de Seguros S.A. cuestiona que la sentenciante hubiera supuesto la responsabilidad del establecimiento asistencial, atento a la obligación tácita de seguridad que pesa sobre las clínicas respecto de los pacientes, cuya salud deben preservar, agregando que en el caso de una intervención quirúrgica existe una obligación tácita de seguridad, no pudiéndose sostener, en el caso concreto, que el establecimiento asistencial no presentaba deficiencias de asepsia. Es así que señala que la jueza razonó que la responsabilidad de la asegurada viene dada por no haberse acreditado el cumplimiento de las medidas de control y prevención de infecciones hospitalarias. Destaca que la juzgadora no interpretó adecuadamente la pericia médica que da cuenta que el origen de la infección en el actor, si bien se encuentra asociada a la cirugía practicada al mismo, y por ello puede ser considerada hospitalaria, no tiene un origen ambiental, sino que tiene su nexo de causalidad con el

procedimiento quirúrgico. Arguye que la circunstancia de que la infección padecida sea secundaria a la intervención quirúrgica, no implica necesariamente la responsabilidad del nosocomio, dado que el tipo de bacteria reconoce una causa endógena, por lo que la misma era portada por el paciente antes de su ingreso al ente hospitalario, dado que es propia del intestino del ser humano. Vuelve a remitirse a la pericia médica a fin de señalar la inexistencia de nexo causal entre la infección que reconoce una causa endógena y la actividad del establecimiento sanatorial, concretamente no tiene como causa la falta de asepsia del medio sanatorial. Añade que nada indica que el profesional codemandado tuviera relación de dependencia con el sanatorio, por lo que él es el único responsable por su actuación médica. Deja planteado el caso federal y efectúa el petitorio de estilo.----------

---2) La actora contesta estos agravios, y luego de resaltar lo argumentado por la jueza en el sentido de que en este tipo de juicios, la prueba determinante es la pericial, destaca que la misma no mereció objeciones. Dicho ello, sostiene que cuando la apelante invoca que la infección fue generada por el propio organismo del paciente, desconoce las conclusiones de la experticia, donde se expuso que el paciente ingresó al nosocomio con un cuadro prequirúrgico dentro de los parámetros normales. Añade que antes de la operación al actor se habían practicado otras tres, sin que se acreditara la debida esterilización del lugar. También enfatiza que el perito precisó que las manifestaciones clínicas presentadas con posterioridad al acto quirúrgico indican una complicación infecciosa sobreviniente a dicho acto. Y en el decisorio se aludió a ello de manera dirimente, sin que se atacara dicho núcleo fáctico. Alude que tampoco se confutó el razonamiento de la juzgadora respecto a que el galeno debió extremar los cuidados, así como que las medidas terapéuticas implementadas resultaron deficientes frente al cuadro clínico presentado por el actor, a lo que suma el error de diagnóstico del profesional. Es así que concluye que la jueza carga, acertadamente, al sanatorio, las consecuencias de omitir toda prueba que demostrara el cumplimiento de las buenas prácticas hospitalarias y las condiciones de asepsia en el quirófano. Efectúa el petitorio de estilo.----------

----3) Los codemandados P. e I. M. S. S.R.L. expresan agravios, cuestionando el razonamiento de la jueza en cuanto aduce que se produjo una infección en el sitio quirúrgico y que el Dr. P. debió extremar los cuidados y que las medidas terapéuticas implementadas fueron deficientes, amén de que el galeno no aportó elementos probatorios que evidencien la interrupción del nexo causal. Objetan este razonamiento porque señalan que los peritos intervinientes, lejos de respaldar dicha conclusión, destacaron que resulta imposible evitar la infección del sitio quirúrgico, por lo que no se puede conocer a ciencia cierta cuál fue estrictamente la causa del daño. Agregan que, a pesar de lo expuesto por los peritos, la jueza consideró que ello no es obstáculo para dar por cierta la existencia del vínculo causal, enrostrando que no se brindó al paciente

la atención médica debida en el momento oportuno y con la diligencia que las circunstancias pertinentes lo determinaran. Entienden que dicho argumento carece de fundamento. Añaden que en cuanto al obrar diligente del médico, el perito explicó que en sus comienzos, la sintomatología no es clara, que durante la internación del actor no hubo signos de cuadro infeccioso evidente, lo que recién se evidenció en virtud de la leucocitosis resultante del examen de laboratorio del 30 de julio, ante lo cual se realizaron curaciones seriadas, se suministró penicilina y ante la complejidad del cuadro se dispuso su derivación. Vuelven a objetar que, pese a las conclusiones del perito, la "a quo" supone, reconociendo que no es médica, que la sintomatología presentada por V. permitía realizar un previo diagnóstico de dicha infección o de otro tipo, sin explicar cómo arriba a dicha suposición. Remarcan que P. ha probado suficientemente, con la pericia médica y las constancias de la historia clínica, su falta de culpa en la producción del daño, destacando que hasta el momento de la derivación, esto es, hasta el final de la internación, la infección era sólo una posibilidad en base a tardíos resultados de un examen de laboratorio. Agregan que la posibilidad cierta del riesgo de muerte frente a la gangrena, mereció la adecuada conducta médica a través de la derivación a un centro de mayor complejidad, resaltando que antes de ese momento, la infección era una mera posibilidad. Es así que señalan que sí se adoptaron las medidas acordes a las demandas del cuadro de presentación. A continuación efectúan consideraciones acerca de que en la actividad médica siempre es posible el error, amén de que el error de diagnóstico no es imputable si se han tomado las medidas para evitarlo y no se ha puesto de manifiesto una ignorancia en la materia, sólo es generador de responsabilidad cuando media culpa. Afirman que la jueza no ha aplicado las cargas probatorias dinámicas, sino que partió de una presunción de culpabilidad e invirtió la carga de la prueba.----------

En cuanto a la responsabilidad del sanatorio, destacan la conclusión de la jueza respecto a las deficiencias de asepsia en el sitio quirúrgico y a que no se acreditó el cumplimiento de las medidas de control y prevención de infecciones hospitalarias. Nuevamente objetan que la sentenciante no tuvo en cuenta o no interpretó adecuadamente el informe pericial en cuanto se señaló que la infección surge principalmente después de un traumatismo o como complicación de una herida penetrante. Y si bien la infección se halla asociada a la cirugía practicada, y por ello puede considerarse hospitalaria, no tiene un origen ambiental. Arguyen que el sanatorio no es responsable por cuanto la bacteria reconoce una causa endógena, lo que significa que el propio paciente es el portador del germen infeccioso antes de ingresar al establecimiento, o bien ya ingresado, la infección se genera por el propio organismo del paciente. Precisan que la bacteria en cuestión es propia del intestino del ser humano, destacando que en la pericia se señaló que resulta imposible garantizar evitar la infección del sitio quirúrgico; y si bien entienden que la infección referida no tuvo como antecedente una falta de asepsia del medio sanatorial,

recuerdan que el perito señaló que la infección del sitio quirúrgico es inevitable. Dejan planteado el caso federal y

realizan el petitorio de estilo. ----------

----4) La actora contesta estos últimos agravios, y al igual que en la respuesta antedicha, comienza por advertir que la prueba pericial es dirimente en este tipo de juicios y que en ello se basó la jueza. Expresa que la contraria no confutó el razonamiento dirimente de la juzgadora y, como carece de argumentos para ello, decidió tomar párrafos aislados de la pericia que la jueza soslayó parcialmente por sus gruesas deficiencias. Destaca que el sanatorio es responsable, porque aun cuando se tomaran todas las medidas necesarias para evitar la infección, no puede eximirse en virtud de su obligación tácita de responsabilidad, lo que se refuerza ante la falta de prueba del cumplimiento efectivo o no de las pautas de asepsia. En lo que se refiere al error de diagnóstico endilgado al médico, cita el informe pericial del Dr. H., en virtud del cual resulta que el galeno sabía de la infección y no la diagnosticó, y destaca que la sentenciante se basó en dicha pericia para concluir el nexo causal entre la operación y la complicación infecciosa. Continúa citando la pericia en cuanto a que se informó que las medidas terapéuticas implementadas, en la etapa de asistencia posquirúrgica y hasta la derivación a un centro en la ciudad de Buenos Aires, resultaron insuficientes en relación al cuadro clínico de presentación. Remarca que la quejosa cita fragmentariamente la pericia del Dr. P. sin referirse a la del médico forense que no fue impugnada. Arguye que el error de diagnóstico se debió a un obrar con culpa

médica, citando el art. 902 del C. Civil. ----------

---En lo que se refiere a que el paciente era portador de la bacteria, resalta que ambos peritos coinciden en que el paciente ingresó al nosocomio en muy buen estado general, de lo que se infiere que el agente infeccioso se encontraba en el sanatorio, lo que se evidencia con el proceder en el quirófano y la ausencia de higiene entre una operación y otra. Remite a su impugnación a la pericia del Dr. P., amén de remarcar que la parte no refutó lo sostenido respecto a que el sanatorio está en mejores condiciones de aportar elementos de juicio demostrativos del cumplimiento de sus obligaciones.

Efectúa el petitorio de estilo.---------- -

---II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios vertidos a fin de establecer si son suficientes técnicamente, dado que la actora, al contestarlos adujo que los recurrentes no se hicieron cargo de los argumentos dirimentes de la jueza. Para ello primero atenderé los agravios relativos a la actuación del galeno, y luego a los que hacen a la responsabilidad del sanatorio, que involucran las quejas del ente sanatorial y de la aseguradora. No obstante, de manera previa, haré unas breves referencias a la

legislación aplicable.----------

---1) Dada la sanción del Código Civil y Comercial -ley 26994-, y la entrada en vigencia

del mismo a partir del pasado 1° de agosto de 2015 (conf. ley 27077), corresponde que efectúe unas breves consideraciones con relación a su aplicación o no al presente caso. El art. 7 del citado código establece: *"**Eficacia temporal**. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".*----------Se ha sostenido que esta regla está dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver el caso, y establece que debe aplicar la ley de modo inmediato y que no tiene efecto retroactivo, con las excepciones previstas. Para entender adecuadamente el tema ha de decirse que: la ley entra en vigencia a partir de la fecha que establecen (art. 5); esa ley describe un supuesto de hecho y quedan subsumidos en ella todas las relaciones jurídicas futuras; las que están en curso pueden verse afectadas y entonces hay que establecer reglas de aplicación; la regla general es la aplicación inmediata a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes, la excepción es que las leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo; la segunda regla general es que la ley no puede tener efectos retroactivos, la excepción es que una ley lo establezca expresamente, pero en ese caso, no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. La ley fija una fecha a partir de la cual comienza su vigencia (art. 5) y deroga la ley anterior, de manera que no hay conflicto de leyes. El problema son los supuestos de hecho, es decir, una relación jurídica que se ha cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y son regulados por la ley posterior. La norma, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzados por este efecto inmediato. Por ejemplo, si se contrajo matrimonio, o se constituyó un derecho real, o se cumplió un contrato, ello queda regulado por la ley anterior. Si la ley pretende incluirlas, hay que aplicar la regla de la irretroactividad. Las que están en el proceso de constitución son alcanzadas por la nueva ley. Por ejemplo, si se está constituyendo un derecho real o celebrando un contrato o una sociedad o un matrimonio, pero todavía no se concluyó. Las consecuencias son todos los efectos de hecho, o de derecho que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, en Lorenzetti (Director): "Código Civil y Comercial Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores,
2014, T° I, págs. 45/47). ----------
---La cuestión referida a la aplicación inmediata de la nueva ley a las consecuencias de

las relaciones o situaciones jurídicas existentes, plantea diversos interrogantes y no menos posturas, según sean los casos a considerar. Al respecto, y dado que el art. 7 del CCyC es, en lo sustancial, copia del art. 3 del C. Civil, se ha expuesto que las discrepancias a las cuales este último artículo dio lugar han sido resueltas por la jurisprudencia sobre la base de situaciones concretas, nunca en abstracto y, mucho menos, teniendo en consideración el estadio procesal en el que el expediente se encuentra (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", LL del 22/04/2015, cita online: AR/DOC/1330/2015). Lo expuesto por la jurista mendocina fue en relación al Acuerdo Plenario de este Cuerpo N° 194 del 15/04/15, cuya parte dispositiva en su art. 1 establece: *"Disponer que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó".* Vale aclarar que en los considerandos de dicho acuerdo, se argumentó que *"…a los efectos meramente orientadores, esclareciendo algunos criterios que habrán de aplicarse para brindar previsibilidad y certeza a los operadores jurídicos, tanto integrantes del Poder Judicial, como abogados del foro y justiciables, esta Cámara señala que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo, se produce una consolidación jurídica de la causa o un "consumo jurídico", que lleva aparejada la consecuencia de que en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz del mismo ordenamiento".* Mas seguidamente se aclaró *"Ello así con excepción de aquellos supuestos que se pudieran presentar como hechos en curso de ejecución, esto es, que no se agotaron con el dictado de la sentencia sino que comenzaron a existir a partir de ella".* ----------Como se puede apreciar, la disposición contenida en el acuerdo plenario citado tiene una mera finalidad orientadora, sentando una regla general, pero ello no obsta a que se prevean excepciones que puedan presentarse en los casos particulares, de allí que, más allá de la crítica que se deriva de la cita doctrinaria efectuada, no encuentro que este Cuerpo considerara que estas cuestiones puedan resolverse en abstracto, sino que, de acuerdo a la regla general sentada, habrá que ponderar su aplicación al examinar cada caso concreto. No escapa al suscripto que Kemelmajer cuestiona concretamente algunos considerandos del acuerdo, entre ellos, los referidos a que la revisión de las sentencias de grado dictadas durante la vigencia de los códigos anteriores constituiría un atentado contra los derechos individuales amparados por las garantías constitucionales del derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal; y a que la consolidación jurídica de la causa se produce al momento de dictarse la sentencia de grado. Así, siempre en el artículo mentado, destaca la jurista mendocina, que el alegado derecho de defensa juega poco y nada, atento a que las llamadas normas de transición o de derecho transitorio no son de derecho

material; son una especie de tercera norma de carácter formal a intercalar entre las de dos momentos diferentes, de allí que entienda que a través de esa norma formal, el juez aplica la ley que corresponde, aunque nadie se lo solicite, pues se trata de una cuestión de derecho (iura novit curia). Añade a ello que el hecho de que se haya dictado una sentencia que no se encuentra firme no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable, y expone a continuación diversos casos concretos, con diversa solución según el supuesto de

hecho.----------

----Como no pretendo extenderme al respecto más allá de lo estrictamente necesario para precisar la aplicación o no del CCyC al caso en estudio, sólo referiré que en cuanto a la naturaleza de las normas de derecho transitorio, en opinión contraria a la de la Dra. Kemelmajer, el Dr. Julio César Rivera entiende que las mismas son sólo una herramienta que da el legislador a las partes y al juez para saber cuál sería la respuesta a la cuestión de fondo. De allí que sostiene que la norma de derecho transitorio es insuficiente porque no trata el caso de las relaciones jurídicas sometidas a proceso al tiempo de entrada en vigencia de la nueva ley, lo que bien pudo haber hecho la nueva ley. Es así que focaliza el problema en que lo que cabe decidir es si se aplica o no un nuevo derecho de fondo a una relación jurídica sometida a juicio, teniendo a la mano una herramienta insuficiente por omisión. Y en cuanto al compromiso o no de derechos y garantías constitucionales en esta materia señala que aun cuando se descartara la idea de que en el proceso existe una relación jurídica procesal, lo cierto es que la traba de la litis hace que las partes no puedan ya modificar sus pretensiones, con lo cual la etapa de alegación y prueba se ajustará a esas pretensiones, lo mismo que la sentencia habrá de ser dictada conforme a ellas (principio de congruencia), aspecto crucial que debe tenerse en cuenta al tiempo de decidir si la ley nueva se aplica a los juicios en trámite y cómo se aplica (conf. Rivera, Julio César: “Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el Congreso)”, en LL del 04/05/2015, cita online: AR/DOC/1424/2015). ----------En un trabajo posterior, Rivera sostiene concretamente que los hechos ilícitos se rigen por la ley que estaba en vigor al tiempo en que el hecho ilícito se produjo, pues ese es el momento en que se establece la relación jurídica entre los agentes del hecho. Y vuelve sobre la aplicación de la nueva ley a los juicios en trámite explicitando que esta aplicación no es el mero ejercicio del principio “iura novit curia”, ya que este principio opera cuando las partes han conocido y podido invocar el derecho y no lo han hecho, o lo han hecho mal o calificado erróneamente la acción. Aquí se trata de un derecho que las partes no conocieron ni pudieron conocer porque no existía cuando se trabó la litis. Las partes han invocado, alegado y probado sobre hechos y derecho; y de acuerdo a ello han pedido cierto efecto. La sentencia no puede pronunciarse sino sobre esa petición, pues de otro modo se

afectaría el principio de congruencia que integra la garantía de defensa en juicio según la jurisprudencia de la misma Corte Suprema (conf. CSN, in re: “Becerra, Juan José c/ Calvi s/ cumplimiento de contrato”, del 07/07/15). En dicho antecedente el más alto tribunal federal sostuvo que en reiteradas oportunidades ha resuelto que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Const. Nacional. Y que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos. Finalmente el autor citado refiere que excepcionalmente podría sostenerse la aplicación de la ley nueva cuando la sentencia a dictarse no sea declarativa de derecho sino constitutiva. En tal caso parece que el derecho debería consolidarse, constituirse conforme al derecho vigente a la fecha de la sentencia final (conf. Rivera, Julio César: “El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes”, publicado en elDial.com - DC 1F98, el 07/08/2015).----------Ahora bien, en la especie se discute una cuestión de responsabilidad contractual, concretamente una contratación de prestación médico-asistencial, demandándose indemnización por los daños y perjuicios por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones contraídas por los codemandados. Tales incumplimientos se ubican a fines de julio y principios de agosto de 2007 (ver demanda a fs. 05/06). Al respecto se ha sostenido que el artículo 962 del C. Civil y Comercial establece que *“Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.* La regla es, pues, que el CCyC no es aplicable a los contratos constituidos, modificados o extinguidos conforme al C. Civil o al C. de Comercio, pues se trata de normas supletorias, planteándose los problemas con las reglas contractuales indisponibles para las partes (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, págs. 148/149). ----------Dado que en la especie la contratación, el incumplimiento endilgado y los daños que se atribuyen, fueron ubicados temporalmente en el año 2007, es claro que tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia del nuevo código, por lo que corresponde aplicar la normativa del C. Civil, sin perjuicio de alguna eventual referencia a la nueva normativa.----------

----2) Como dije, en primer lugar examinaré los agravios referidos a la actuación del galeno. La apelante argumenta, a favor de su postura, que el perito ha explicado que en sus comienzos la sintomatología no es clara, que durante su estadía en el sanatorio el

paciente no exhibía hallazgos sistémicos de la patología infecciosa, que no se constató crepitación, y que recién con el examen de laboratorio del 30/07/07 se presentó la posibilidad de una infección, ante lo cual se adoptaron las medidas correspondientes, terminando en la derivación a un centro de mayor complejidad (ver fs. 775 vta., último párrafos/776, primeros párrafos). A ello agrega que la jueza se basa en una suposición, reitera que hasta la derivación la infección era una mera posibilidad y por ello no figura en la historia clínica del I. M. S., por lo que entiende que la jueza no se fundamentó en las pericias, con las cuales se revela que no existió culpa en el actuar del galeno demandado (ver fs. 776/777). ----------Ha de considerarse que, respecto de la actuación del médico, la juzgadora juzgó contradictoria e incompleta la pericia del Dr. P. de fs. 558/577 (ver sentencia a fs. 706, 3er. párrafo, 706 vta., 1er. y 3er. párrafos), lo que ha llevado a la misma ha basarse fundamentalmente en la pericia forense de fs. 631/635, la que no fuera impugnada (ver sentencia a fs. 705, 1er. párrafo, fs. 707, 2do. párrafo y fs. 708 vta./709). Es así que basándose en esta última pericia, la sentenciante expuso de manera dirimente, entre otros argumentos, que el resultado de la arteriografía efectuada, según las anotaciones remitidas fue normal, y que atento el resultado del laboratorio efectuado el 30/07/07 en el que existían alteraciones de valores que indicaban la presencia de un cuadro infeccioso, se ameritaba la indicación de la práctica de cultivos para determinar y confirmar la etiología del cuadro (ver sentencia a fs. 706 vta., 2do. párrafo, y pericia a fs. 632, pto. m); así como que el Dr. H. dijo que la derivación a un centro asistencial porteño se sustentó en la presentación de un cuadro de isquemia de pie izquierdo secundario al acto quirúrgico, tal como figura en las anotaciones de la historia clínica como se señala en el escrito de la derivación efectuada, no figurando en las anotaciones la consideración del cuadro infeccioso (ver sentencia a fs. 708, 3er. párrafo, y pericia a fs. 632 vta., 1er. párrafo). Y resulta destacable la referencia que efectúa la juzgadora en cuanto a que el perito dictaminó que *“Las medidas terapéuticas implementadas en la etapa de asistencia posquirúrgica de la excéresis de tumor plantar, y hasta su derivación a centro médico ubicado en la ciudad de Buenos Aires resultaron insuficientes en relación al cuadro clínico de presentación, y esto se sustenta, de acuerdo a las constancias remitidas, en una interpretación no ajustada a las características clínicas del cuadro de presentación y de los resultados de estudios practicados, considerando al mismo, tal como figura en el parte de derivación (fs. 327), como emanado de un proceso de isquemia (alteración propia del tejido privado de oxígeno), no señalando su vinculación con cuadro infeccioso bacteriano en curso, hecho confirmado al ingreso al centro asistencial de la ciudad de Buenos Aires”* (ver sentencia a fs. 708 vta., 2do. párrafo, y pericia a fs. 634 vta., ptos. 12 y 2).----------De lo antedicho se aprecia que la juzgadora, basándose en la pericia forense, consideró que el galeno tratante no advirtió u omitió diagnosticar el cuadro infeccioso

que se presentaba como posible luego de la intervención quirúrgica, y por ello se concluyó en que las medidas terapéuticas adoptadas hasta la derivación del paciente, resultaron insuficientes. Dicha conclusión, reitero, basada en el dictamen del forense, no es confutada en la expresión de agravios, ya que el quejoso básicamente se apoya en la pericia de fs. 558/577, descartada por la jueza, y cuando se refiere a la pericia del forense lo hace de manera incompleta. Al respecto habré de recordar que ninguna crítica efectúa el apelante al razonamiento de la sentenciante por el cual descartó por incompleta y contradictoria la experticia no tenida en cuenta. Amén de ello, de la pericia forense, toma lo que resulta conveniente a su postura, omitiendo la porción que lo perjudica. Concretamente me refiero a lo indicado por el perito forense en cuanto a que las manifestaciones clínicas presentadas con posterioridad a la operación del 26/07/07 resultaban indicativas de una complicación infecciosa sobreviniente al acto, y que la sucesión de eventos clínicos confirman dicha presunción (ver pericia a fs. 632, pto. j). Agrega que no se encuentra señalado el motivo de la indicación de penicilina (ver pericia a fs. 632, pto. o), lo cual confirma que se omitió explicitar el diagnóstico de infección. También resulta relevante lo expuesto por el perito, y que omite considerar la recurrente, que las manifestaciones clínicas de presentación hacían previsible considerar la concomitancia de un cuadro infeccioso en curso (ver fs. 632 vta., pto. p, 2do. párrafo); y destaco, a fin de dar sustento a lo expuesto acerca de que las medidas adoptadas fueron insuficientes, que el perito informó que la gangrena gaseosa presenta un curso rápidamente progresivo y devastador, con un período de incubación de 1 a 4 días, que las características descriptivas de la gangrena se condicen con la evolución del cuadro sufrido por el actor; así como que el tratamiento de estas gangrenas es muy urgente y se basa en medidas quirúrgicas con desbridamiento y extirpación de todos los tejidos afectados, y la administración de antibióticos activos a altas dosis (ver pericia a fs. 633, pto. x, 3er. y 5to. párrafos).----------A la luz de lo expuesto resulta claro que del dictamen en el que se fundamentó el decisorio, se desprende que las medidas adoptadas fueron insuficientes, ya que luego de la operación el 26/07/07 ya se presentaba un cuadro compatible con la infección padecida, por lo que dados los tiempos de incubación de la gangrena, se “perdieron” cuatro días -equivalente a este tiempo de incubación- (los análisis de laboratorio son del 30/07/07) sin que se tratara la afección con la urgencia que las circunstancias exigían. Es así, que amén de la deserción que postularé, la conclusión de la juzgadora resulta acertada. En un supuesto similar se decidió que debe descartarse la existencia de un error de hecho excusable, si se rotuló al paciente con determinado diagnóstico sin practicarse los estudios para confirmarlo o descartarlo cuando existían signos que autorizaban a dudar del mismo, optándose por acudir a una tomografía, de resultados inciertos, y descartando una mielografía, indispensable para asegurarlo (SCBNA, 18/6/91, cit. En Lorenzetti, Ricardo Luis: “Responsabilidad civil de los médicos”, Rubizanl-Culzoni Editores, 1997,

T° II, pág. 61). La similitud con la especie, reside en que, de acuerdo a la pericia forense, debió haberse comenzado a tratar el cuadro como infeccioso de manera inmediata, y realizar de manera urgente los exámenes de
laboratorio, lo que se omitió hasta el día 30/07/07.----------
---Sin perjuicio de lo anterior, y como lo adelanté, la apelante no se hizo cargo del razonamiento dirimente de la jueza y de la fundamentación de la sentencia en las conclusiones centrales de la pericia forense. Al respecto es de recordar que es sabido que crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, se debe trasuntar un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. CN. Civ., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442). La crítica razonada no se sustituye con una mera discrepancia, sino que debe implicar el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 941). En el mismo sentido es sabido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf. CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era. Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472). Este es el criterio sostenido por esta Sala en numerosos antecedentes, entre ellos, recientemente, CANE, Sala “B”, SDL Nº 20/2010 del 10/05/10. ----------Por las

razones expuestas, propongo al acuerdo la deserción parcial del recurso de la demandada en lo que se refiere al agravio aquí examinado por insuficiencia técnica (conf. arts. 268 y 269 del rito).----------

---3) En lo que respecta a la responsabilidad de la sociedad codemandada propietaria del establecimiento sanatorial, tanto los agravios de ésta como los de la aseguradora convergen en atacar el decisorio en dicho aspecto. Es de resaltar que el interés de la aseguradora radica en que la sociedad codemandada es la asegurada (ver copia de póliza de fs. 164/165). Los agravios resultan ser muy similares, y en algunas porciones idéntica. Así se cuestiona que se responsabilice a la clínica -en realidad a la sociedad propietaria, mas por razones de simplificación me referiré a la clínica, sanatorio, nosocomio o establecimiento- en razón de la obligación de seguridad y por no haberse acreditado el cumplimiento de las medidas de control y prevención de infecciones hospitalarias. Se señala que la jueza no tuvo en cuenta o no interpretó adecuadamente el informe pericial que da cuenta de que el origen de la infección si bien se encuentra asociada a la cirugía practicada al actor, y por ello puede ser considerada hospitalaria, no tiene un origen ambiental por lo que no existe nexo causal con el procedimiento quirúrgico. Se agrega que el tipo de bacteria en cuestión reconoce una causa endógena, por lo que el portador del germen es el propio paciente antes de su ingreso al nosocomio, o bien, habiendo ingresado, la infección fue generada por el propio organismo del paciente, añadiendo que la bacteria es propia del intestino del ser humano. Se precisa que la infección de referencia no tiene como antecedente una falta de asepsia del medio sanatorial y que la pericia indicó que la infección del sitio quirúrgico es inevitable (ver en especial fs. 772 vta., dos últimos párrafos; fs. 773, dos primeros párrafos; fs. 773/vta., dos primeros párrafos; fs. 774, 2do. párrafo; fs. 777 vta., 1er. y 3er. párrafos; y fs. 778). ----------La juzgadora razonó, sobre la responsabilidad del instituto sanatorial, señalando que corresponde responsabilizar al ente por la conducta del galeno, a quien responsabilizó por omisión configurativa de “mala praxis”, al no advertir a tiempo una infección postoperatoria y no adoptar las prácticas necesarias exigidas por las circunstancias (ver sentencia a fs. 709 vta., anteúltimo párrafo). Como se puede apreciar, y más allá de que la sentencia siguió discurriendo acerca del origen de la infección a lo que me referiré más abajo, en el decisorio se responsabilizó al establecimiento por la “mala praxis” del galeno, lo cual quedó confirmado de acuerdo a lo expuesto en el considerando anterior. Y ello no fue atacado en los agravios de las recurrentes. Por lo tanto habré de postular nuevamente la deserción de los recursos por no atacarse este argumento dirimente. Es de señalar que lo argüido por la jueza, amén de no haber sido confutado, se ajusta a lo sostenido por la doctrina. Es que aun cuando el médico no sea dependiente de la clínica ni esté subordinado a ella -argumento de la aseguradora a fs. 774, último párrafo-, y en ese supuesto no pueda considerarse la responsabilidad refleja o indirecta del art. 1113, 1er.

párrafo del C. Civil-, el establecimiento sanatorial responde ante los daños padecidos por el paciente durante su estadía o intervención en el mismo. Para ello se ha entendido que el establecimiento responde por el accionar del médico en virtud de lo dispuesto por el art. 504 del C. Civil. Así se ha considerado que, por un lado, se computa la autonomía científica que tiene el médico respecto de las autoridades del establecimiento, y por otro, la verdadera raíz de las declaraciones voluntarias vinculantes. En consecuencia, entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge, entonces, que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual (conf. Bueres, Alberto J.: “Responsabilidad civil de los médicos”, Ed. Hammurabi, 1994, T° 1, págs. 372/376).--------Amén de que lo antedicho sella la suerte de deserción de los recursos, la sentenciante siguió considerando las pericias respecto a que las infecciones en las heridas quirúrgicas se adquieren en el momento de la intervención, ya sea por flora endógena del paciente o exógena proveniente del personal o de la sala de cirugía; tuvo en cuenta de manera especial las operaciones anteriores a la del actor quien tuvo que esperar cuatro horas para ser intervenido, y valoró lo expuesto por el Dr. H. en el sentido de que no existe elemento alguno que permita realizar una valoración retrospectiva respecto al cumplimiento efectivo o no de pautas de asepsia en el quirófano (ver sentencia a fs. 709 vta., último párrafo/710, 1er. párrafo). ----------En base a lo anterior, tuvo por probada la responsabilidad del establecimiento asistencial, atento la obligación tácita de seguridad destinada a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por accidentes o por cualquier otra circunstancia (ver sentencia a fs. 710, 2do. párrafo); y si bien afirmó que esta obligación es de medios (ver sentencia a fs. 710, 3er. párrafo), tuvo en cuenta la situación de inferioridad del paciente, precisando que el establecimiento se encuentra en mejores condiciones de aportar elementos de juicio demostrativos de que su personal ha cumplido diligentemente con las exigencias que impone la medicina hospitalaria (ver sentencia a

fs. 710 “in fine”).----------

----Nuevamente aquí encuentro ausencia de crítica en los agravios examinados, ya que si bien la jueza tomó en cuenta todo lo expuesto por los peritos y que la obligación de seguridad es de medios, consideró especialmente la circunstancia de que en el mismo quirófano se habían practicado tres operaciones antes de la del actor, por lo que las circunstancias del caso exigían, amén de la situación de inferioridad del paciente, que fuera la clínica quien demostrara el cumplimiento de las medidas exigibles para evitar la infección. Más aun cuando el perito forense dictaminó, con relación a las cirugías celebradas el mismo día, que no existen elementos que permitan valorar retrospectivamente si se cumplió o no con las pautas de asepsia en el quirófano (ver fs.

631 vta., pto. e).----------

---A lo expuesto cabe añadir que el planteo de la sentenciante se ajusta a lo sostenido por parte de la doctrina en cuanto se estima la responsabilidad contractual directa de la institución asistencial respecto del paciente que se origina en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia médica por intermedio de los facultativos del cuerpo médico. La vigencia de esta obligación de seguridad, en general y en determinados contratos, ha encontrado razón de ser suficiente en la norma del art. 1198, 1er. párrafo del C. Civil, que contiene el principio de la buena fe. Esto se refuerza en el caso de la responsabilidad médica, dado que todo lo que haga a la salud de la población es problema de interés general, de allí que en el acto médico se presenta un aspecto social que aparece en el objeto. Estos motivos, el respeto a la persona humana y la necesidad de protección del consumidor -de asistencia galénica- que es el más débil, justifican la extensión que se acuerda al deber tácito de seguridad. De tal suerte, el enfermo estará necesitado de probar la culpa del médico, pero no con el fin de poner en marcha el deber reflejo del ente sanatorial, sino para patentizar la transgresión de la obligación de seguridad por parte de dicho ente (conf. Bueres, op. cit., ídem, págs. 380/385).----------

---En síntesis de lo expuesto, la obligación de seguridad del sanatorio viene dada no sólo en cuanto a las condiciones de asepsia de sus instalaciones, lo cual no fue debidamente acreditado según se desprende de lo argumentado por la jueza con apoyo en la pericia forense, sino que además dicha obligación resulta del deber de responder por la actuación del médico, cuya negligencia ha quedado firme de acuerdo a lo expuesto en el considerando precedente. ----------

---Por todo lo expuesto, postularé la deserción total de ambos recursos por insuficiencia técnica (conf. arts. 268 y 269 del rito). ----------

---III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se declaren desiertos los recursos de apelación interpuestos a fs. 720/721, con costas a las recurrentes (conf. art. 69 del CPCC).----------

---En cuanto a la regulación de honorarios por los trabajos realizados ante la Alzada, ante la deserción del recurso declarada, no corresponderá regular emolumento alguno a los letrados de las apelantes por resultar inoficiosos sus trabajos en esta sede; y atento el resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas realizadas, propondré regular, al letrado apoderado del actor, Dr. A. M. S. , por las contestaciones de fs. 780/783 y fs. 784/788 vta., en un 31% de los honorarios establecidos para los letrados de dicha parte en la instancia de grado, de acuerdo a lo que se desarrollará en el considerando siguiente, con más el IVA pertinente (conf. arts. 3, 5, 6, 8, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871). ----------Voto entonces a esta cuestión POR LA NEGATIVA. ----------**A LA**

PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Lucero:----------Han interpuesto recursos de apelación los codemandados, I. M. S. y el Sr. R. P. a fs. 720, como así también la tercera citada en garantía TPC Compañía de Seguros a fs. 721, en contra de la sentencia definitiva dictada en autos obrante a fs. 700/714, por la cual se hizo lugar a la demanda que por daños y perjuicios fuera incoada por el Sr. J. D. V., condenando al Sr. R. P., al I. M. S. S.R.L. y a la O. S. P. C., condenándolos a abonar al actor, en el plazo que fija, la suma de $ 477.953 con más intereses y costas, haciendo extensiva la condena en la medida del seguro a la tercera citada en garantía TPC Compañía de Seguros.----------A fs. 718, se presentan los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., por sus propios derechos y apelan por bajos los honorarios regulados a su favor. Asimismo, el Dr. V. A. F., por su representación de OSPECOn, apela por altos los honorarios de los letrados de la parte actora.----------A fs. 772/774 vta., luce agregado el escrito de expresión de agravios de la tercera citada en garantía TPC Compañía de Seguros.----------A fs. 775/778 vta., obra glosada la expresión de agravios de los co-demandados R. P. y el I. M. S.. ----------Ordenados los respectivos traslados a la parte contraria a fs. 779, éste es evacuado por la parte actora mediante escritos de fs. 780/783 y fs. 784/788 vta. ----------I.- La reseña de los agravios formulados por los recurrentes y la contestación que a ellos realizara la actora, ha sido hecha con claridad y suficiencia por el magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones innecesarias.----------

---Si resulta útil, en cambio, identificar cuáles son los motivos de cuestionamiento que fueran planteados por cada uno de los recurrentes. ----------

---A) Así, la tercera citada en garantía TPC Compañía de Seguros, formuló los siguientes agravios, a saber: I) Responsabilidad atribuida al instituto - ausencia de un nexo causal adecuado entre la infección y la actividad de la demandada.----------B) De su lado, los co-demandados R. P. y el I. M. S. S.R.L. plantearon los siguientes cuestionamientos, a saber: II) Valoración de la pericia médica; III) ausencia de error o falta del médico tratante Dr. P. - ausencia del factor subjetivo de imputación “culpa”; IV) ausencia de vínculo causal entre la infección producida en la cirugía practicada y las medidas de control y prevención hospitalarias.--

----II.- En los límites demarcados por los agravios identificados precedentemente, ingresaré a su examen particularizado siguiendo el orden lógico impuesto por su propio contenido, en tanto que el resultado al que se arribe pueda proyectar sus consecuencias en los demás, haciéndolo en conjunto cuando la materia lo permita por su conexidad, continencia o identidad. Asimismo, para su seguimiento los individualizaré con la numeración y nominación con la que fueran descriptos. ----------

----B).-; II) y III) **Valoración de la pericia médica - ausencia de error o falta del médico tratante Dr. P. - ausencia del factor subjetivo de imputación "culpa":** Los agravios del epígrafe se encuentran íntimamente vinculados entre sí, de modo tal que corresponderá examinarlos en conjunto. Y, ello resulta de tal manera, merced a que indiscutiblemente, para evaluar la concurrencia del factor subjetivo de imputación de responsabilidad al profesional médico actuante no puede soslayarse la prueba pericial médica y su valoración.----------Principio por observar que no fue materia de puntual y concreto agravio el plexo normativo en el que la juzgadora de grado subsumiera los hechos del caso a los efectos de emitir su pronunciamiento. Ante ello, y merced a las sobradas razones que expone el magistrado que me precede en la votación, Dr. De Cunto, para sostener que las normas del Código Civil que aplicara la judicante son las que rigen el supuesto planteado en esta litis -en tesitura que, además, comparto-, me eximo de realizar mayores

consideraciones respecto al tópico.----------

---Ingresando derechamente al cuestionamiento dirigido en relación a la valoración de la prueba pericial debo advertir desde el comienzo que, de la lectura de las consideraciones que realizara la juzgadora de grado emana que se apreció que el dictamen producido por el Dr. P. no era suficientemente completo y claro en relación a los puntos de pericia solicitados. Ello emana por caso del siguiente párrafo de la valoración que realizara, que paso a transcribir para conservar la mayor fidelidad que sea posible. Así expresó: *"…En este tópico, el Dr. P. no respondió el punto de pericia cual fue "Que diagnóstico indicaban dichos síntomas, signos y estudios". En efecto no se le preguntó cuáles son los síntomas que debió presentar el paciente para poder diagnosticársele gangrena infecciosa*…", señalando de continuo, en neta tarea de comparación con tal porción que fuera materia de consulta a los peritos médicos que dictaminaran en autos, que el perito médico forense contestó *"…"Las manifestaciones clínicas presentadas con posterioridad al acto quirúrgico llevado a cabo el 27/07/07 para extracción de tumor plantar en pié izquierdo del actor, resultan indicativos de complicación infecciosa sobreviniente a dicho acto."* (Ver: considerando de fs. 706, 2º

párrafo del punto "f"). ----------

----Pero, tal comparación entre los dictámenes pericial que venía realizando la juzgadora no se ciñó a lo apuntado sino que de inmediato añadió el siguiente señalamiento *"…g) El estudio de laboratorio efectuado el 30 de julio/2007 (fs. 509/511), en el que se refiere como resultados relevantes la presencia de 21.600 leucocitos por mm3 (leucocitosis) con 83% de neutrofilia, y una eritrosedimientación de 95 mm en la primera hora, asociado al cuadro clínico del afectado (dolor con edema, aparición de flictenas en el dorso del pie, flujo comprometido en cuarto y quinto dedo), inducían a sostener como diagnóstico presuntivo a la presencia de infección bacteriana en curso. El Dr. P. al referir a los resultados de los análisis de laboratorio dijo: "El análisis realizado el 30/07/2007*

informaba un aumento de los glóbulos blancos de 21.6 mil/mm3 con desviación hacia la izquierda de la fórmula leucocitaria, la que indicaba la presencia de un posible cuadro infecciosos de tipo bacteriano, (…) h) El Dr. P. en el ítem "m" señaló cuál fue el tratamiento que se le aplicó a V. ante los resultados de la arteriografía y los análisis clínicos, más, incurre en el mismo error que el antes señalado, cual fue no responder a lo que se le pidió en el punto de pericia. En este caso "Qué tratamiento debió aplicarse a la vista de los resultados de arteriografía y de laboratorio el día 30/07/2007 y la evolución post operatoria". De inmediato señaló y valoró que el Dr. H. que *"El resultado de la arteriografía efectuada fue, según se consigna en las anotaciones remitidas, normal. Atento al resultado del laboratorio efectuado el 30 de ese mes, en el que existían alteraciones de valores que indicaban la presencia de un cuadro infeccioso en curso, ameritaba la indicación de la práctica de cultivos (sanguíneos y de muestras obtenidas en la zona afectada) para determinar y confirmar la etiología del cuadro (germen productor) y eventualmente dar inicio de la terapia específica"* (Sic)(Ver: considerando de fs. 706 vta.). ----------Asimismo, más adelante identificó una contradicción en el dictamen del perito P., para concluir e indicar que, por ello, se basaría en el informe del Dr. H.. A partir de tal plafón, adelanto opinión en cuanto a que toda referencia a las conclusiones periciales emitidas por el perito médico Dr. P. devienen en vacías de contenido impugnativo, en tanto remiten a una valoración y eventual fuerza de convicción, relativa a los hechos que interesan al proceso, que no responde a la realizada por la judicante de suerte tal que resultan, a todo evento, una valoración paralela y distinta pero no crítica de la que se efectuara en la sentencia.----------Y, en punto a ello, es que con basamento en el dictamen del mencionado médico forense, Dr. H., la Sra. Juez a quo estimó que no obstante que el resultado de la arteriografía, según anotaciones remitidas, fue normal, el resultado del laboratorio en cambio (el que fue efectuado el 30/07/2007) ya registraba las alteraciones de valores que indicaban la presencia de un cuadro infeccioso por lo que se imponía la práctica de cultivos para determinar y confirmar la etiología del cuadro (Ver: considerando de fs. 706 en concordancia con el punto "m" de la pericia -fs. 632-). ----------Otro dato trascendente es que el perito médico forense, Dr. H. señaló, al describir la evolución post operatoria del paciente, que la derivación del Sr. V. a un centro asistencial ubicado en la ciudad de Buenos Aires se realizó sin que figure anotación alguna en la historia clínica que considerare el cuadro infeccioso.----------En tal sentido se visualiza y se lo corrobora claramente con la referencia que en el punto "h" –de los puntos de pericia de la parte actora- y del punto 7 –de los puntos de pericia de la parte demandada- del dictamen que realizara el mencionado galeno, quien indicó textualmente: *"…En el registro correspondiente al día 30 de julio se anota mejoría local y general y a la hora 16 de ese día se consigna informe de arteriografía normal. Laboratorio dentro de lo normal.(…) El día 31 según de la historia clínica figura que paso bien la noche, con menos*

dolor. El día 01 de agosto se anota que se encuentra en mal estado local del pié y se efectúa gestiones para su traslado urgente a la ciudad de Buenos Aires. (…) Ingresa a centro derivado el día 01 de agosto a la hora 19:31, donde se refiere, ingreso de paciente sin antecedentes clínicos relevantes derivado por complicaciones sobrevinientes (dolor en 4º y 5º dedo de pié izquierdo 24 a 48 hs. de acto quirúrgico para excéresis de tumor plantar con evolución tórpida y con arteriografía normal), presentando celulitis con necrosis en 4º y 5º dedo y planta de pié con dolor, flogosis y crepitación en dorso de pié izquierdo, con presencia de aire en partes blandas a estudio Rx efectuado. (…) Se efectuó punción de partes blandas en pié afectado obteniéndose cultivo positivo para clostridium perfringes. Se inicia antibioticoterapia y se decide la amputación infrapatelar de ese miembro. (…) Posteriormente presentó una evolución esperable hasta el alta concedida el día 11 de ese mes y año." (Sic)(Ver: punto "h" de la pericia médica forense, fs. 631 vta. "in fine" y fs. 632; y, considerando de fs. 708, 3er. apartado). ----------

----------Asimismo, en concordancia con tal conclusión, al responder al punto 7º relativo a la evolución del actor, como así también, a si se fueron adoptando medidas diagnósticas y terapéuticas en relación con la signo-sintomatología que fuera presentando, el experto expresó en lo principal que es menester resaltar que "*…Figura en las anotaciones de la Historia clínica confeccionada con motivo de la asistencia del actor en centro médico de esta ciudad y hasta su derivación a centro médico de Buenos Aires, y tal como se halla señalado en el escrito de la derivación efectuada (fs. 327), que el cuadro clínico presentado por el actor se consideró derivado de un trastorno irrigatorio (isquemia de pié izquierdo secundario a cirugía para excéresis de tumor plantar). No figura en las anotaciones respectivas la consideración de la existencia de cuadro infecciosos en curso, por consiguiente no se adoptaron medidas acordes a las demandas del cuadro de presentación."* (Sic)(Ver: dictamen pericial forense, punto 7º de fs. 634; y,

considerando, 3er. apartado de fs. 708). ----------

----Pues bien, la Sra. Juez a quo, luego de traer a colación tales conclusiones médicas informadas por el perito médico forense -que son aquellas que, lo reitero, son las únicas que considerara-, concluyó que el actuar del galeno demandado en autos, Dr. P. tuvo no solo un actuar profesional negligente, sea por cuanto omitió realizar los estudios que le permitieran conocer sobre el estado del pie –por caso realizar un estudio que permitiera determinar si cursaba o no un proceso infeccioso y en su caso precisar la etiología o germen productor del mismo-, en tanto al no contar con la razonable certeza en el diagnóstico clínico pertinente, no adoptó por consiguiente todas aquellas medidas terapéuticas que requería el cuadro infeccioso que cursaba el actor en su pie izquierdo antes de la derivación. Pero, además, observó que éste omitió consignar "…datos necesarios o no prescindibles…" en la historia clínica que permitan la reconstrucción, con exactitud, del cuadro clínico del paciente (Ver: considerando, 4º apartado de fs. 706

vta. y fs. 708 “in fine”).----------

----De todo lo que se viene reseñando surge evidente la disociación entre la valoración de la prueba pericial médica realizada por el Dr. H. –médico forense de esta Circunscripción Judicial- y su ponderación correspondiente, en relación a la conducta profesional médica evaluada por la sentenciante de la anterior instancia, de un lado; respecto de la fundamentación que ahora se esgrime por los demandados, en tren de sostener que la misma se habría equivocado en el mérito probatorio que realizara pero con sustento en la otra pericial médica, la producida por el perito médico Dr. P. (fs. 558/577), la cual bien o mal pero sin merecer un concreto y razonado ataque al respecto, fuera descartada por la judicante por incompleta y/o contradictoria.----------

Asimismo, la actitud que se extrae de los argumentos pretendidamente impugnativos que se dirigen en contra de lo fallado, puede traducirse en lo siguiente: se remite a seleccionar aquellas conclusiones que parcialmente puedan favorecer su posición y se omiten soberanamente todas aquellas que perjudican a su parte. Ello así, por caso, como lo es resaltar aquello que sostuviera el Dr. P., en cuanto expresó que las manifestaciones clínicas que el Sr. V. presentó con posterioridad a ser intervenido quirúrgicamente el 26/07/2007 no permitían observar un cuadro infeccioso como el que en verdad cursaba, e indicando que la signo-sintomatología puede no ser muy clara en el comienzo del cuadro (Ver: conclusiones a los puntos “i” y “j” de fs. 362; y, expresión de agravios, fs. 775 “in fine” y vta.).----------

----Es que los demandados apelantes desatienden que, con sostén en la pericial médica del Dr. H. –que rememoro es el único informe pericial que consideró la juzgadora puesto que, antes, descartó por las razones que explicitara, la fuerza probatoria del dictamen del Dr. P. en porción que, por consentida, se encuentra firme-, la judicante tuvo por cierto que el Dr. P. no advirtió u omitió diagnosticar el cuadro infeccioso que cursaba el Sr. V. luego de la intervención quirúrgica y antes de ser derivado al Instituto Franchin de la ciudad de Buenos Aires, en el que se lo sometió a una punción del pié izquierdo afectado, obteniéndose cultivo positivo para clostridium perfringes de forma tal que se inició antibioticoterapia procediéndose a amputarle la porción infrapatelar de ese miembro (Ver: pericia médica –fs. 632-). ----------Me detengo para contestar muy brevemente a la siguiente afirmación impugnativa: que se le imputa al Dr. P. error o falta “con la facilidad que proporcionan los resultados ya producidos” (Sic)(Ver: expresión de agravios, 2º apartado de fs. 776 vta.). Para ello basta con remitir a la lectura de lo dictaminado por el perito médico forense al expedirse sobre el punto “k” consistente en determinar si en los análisis clínicos del día 30 de julio de 2007 surgen datos compatibles con un cuadro de infección aguda, y cuáles y porqué son los datos relevantes. A dicha consulta el experto expuso textualmente lo siguiente: *“En estudio de laboratorio efectuado el día 30 de julio de ese año (2007)(fs. 509/511) en el que se refiere como resultados relevantes la presencia de 21.600 leucocitos por mm3 (leucositosis) con 83% de neutrofilia, y una*

eritrosedimentación de 95 mm en la primera hora, lo cual, asociado al cuadro clínico del afectado, inducían a sostener como diagnóstico presuntivo a la presencia de infección bacteriana en curso". Dicha conclusión, en conjunción con lo expuesto al punto "m" de los puntos de pericia, ponen en evidencia lo inaudible de tal postulación que no alcanza a ser más que una mera queja sin crítica verdadera y posible alguna que pudiera ser desarrollada a partir de ella (Ver: dictamen pericial aludido, punto "k" de fs. 632).----------

---Si se complementan dichas conclusiones con la expuesta al punto "x" de la pericia, puede arriesgarse opinión en cuanto que la inadvertencia y la omisión de ejecutar oportunamente el correspondiente tratamiento terapéutico de la infección no detectada en el paciente hoy actor en autos puso en verdadero peligro su vida. Nótese al respecto que el experto describió que la gangrena gaseosa presenta un curso rápidamente progresivo y desbastador, con un período de incubación de 1 a 4 días, puntualizando que las características descriptivas de la gangrena se condicen con la evolución del cuadro sufrido por el actor. Se indicó, a su vez, que el tratamiento de estas gangrenas es muy urgente y se basa en medidas quirúrgicas con desbridamiento y extirpación de todos los tejidos afectados, y la administración de antibióticos activos a altas dosis (Ver: pericial médica, punto "x", 3º y 5º párrafos, de fs. 633).----------

---Es que en tren de apreciar la conducta del cirujano que interviniera en la cirugía, a fin de evaluar si actuó con o sin culpa en lo sucedido con motivo de la infección sufrida por el Sr. V. en su pierna con la bacteria Clostridium perfringes –que no puede soslayarse que se estableció mediante la pericial médica que se encuentra asociada a la cirugía que se le practicara-, debe direccionarse la ponderación de la actuación profesional al análisis a los deberes de cuidado que, como un mandato legal, pesaban sobre él. En tal inteligencia, estimo que resulta un dato que cuenta con sobrado consenso en la comunidad, que tal deber de cuidado es exigible a los profesionales médicos y se acentúa, si se quiere, respecto de cualquier otro actuar profesional, en la medida que se entronca indisolublemente tal consideración con que a éstos se les confía nada más ni nada menos que valores como la salud, la integridad psicofísica y hasta la vida misma de sus pacientes. Esto último, le impone al médico cirujano una obligación de previsión mayor que aquella que puede ser exigida a cualquier otra persona, la que se traduce en un deber de prudencia que requiere que agote todos los recaudos de atención y cautela que le imponen la misma complejidad de su

intervención sobre el cuerpo ajeno (Conf.: arts. 512 y 902 del Cód. Civil).----------

---Nótese y téngase presente que el último artículo de cita preveía nada más ni nada menos que la directiva de apreciación de la conducta profesional consistente en que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos. Este parámetro de estimación en la especie se compatibiliza apropiadamente con la valoración de lo actuado por el profesional demandado por parte de la Sra. Juez a quo

y, a su vez, con el contenido en la órbita obligacional de la norma del art. 909 del Código Civil de Vélez, en tanto contempla una mayor exigencia de prudencia, diligencia y pleno conocimiento de las cosas en aquellos vínculos contractuales que suponen una confianza especial entre las partes. ----------

----Hago notar que estas directivas de imputación de las consecuencias que se encontraban previstas en las normas del Código de Vélez, se hallan replicadas en términos muy parecidos por el art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación que en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1°, Sección 3ª, establece bajo el título "Valoración de la conducta", textualmente lo siguiente: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos. Se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente" (Sic). ----------

---Ésta es, pues, la situación que se presenta en una relación de tal naturaleza, la cual vincula a un paciente con el profesional médico. Este último prestador de un servicio al que se le debe exigir mayor capacidad de previsión y cuidado, adquiriendo el menor descuido o inadvertencia una dimensión especial que le confiere singular gravedad. Concurre a nutrir tal entendimiento el principio de confianza que opera plenamente en la relación entre paciente y el profesional médico, en cuanto que este último habrá de intervenir cumpliendo con la debida vigilancia, control o cuidado en su actuar e, inclusive, con aquello que fuere delegado a otras personas. ----------Se ha dicho en tal hermenéutica que difícilmente se pueda concebir un supuesto en el que el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas sea mayor, como lo es en el caso de los médicos, desde que a ellos se les confía de un modo exclusivo, en determinadas circunstancias, la vida misma de los pacientes, por lo que la menor imprudencia, el descuido, la inadvertencia o la negligencia más leve, adquiere una dimensión especial que le confiere singular gravedad, de modo que no hay cabida para culpas pequeñas pues el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales. La conducta esperada y exigible de quien posee título de médico es la de poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su detentación supone, prestándose la diligente asistencia profesional que el estado del paciente requiere en cada caso. No se trata de exigir una lucha victoriosa contra lo que sea humanamente imposible ni pedir infalibilidad, sino que quien ejerce tal ministerio se halle moralmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud del paciente (Conf: S.T.J. de Entre Rios, Sala Civ. y Com., 23/10/2000, "L.R.N. c/ P.C. y otro s/Sumario, jurisprudencia citada en "Responsabilidad de los profesionales de la salud",

Ed. Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho de Daños, T. 2003-3, pág. 564). ----------Así entonces, bajo tales parámetros fácticos y jurídicos estimo que la valoración de los elementos de prueba seleccionados por la juzgadora de grado para arribar a su conclusión lejos se encuentra de haber sido puesta en verdadera crisis con el planteo pretensamente impugnativo, centrado en postular una supuesta arbitrariedad, abuso o falta de fundamentación que, como viene de verificarse, no aconteció en la especie.----------En resumidas cuentas, coincidiré con el magistrado sufragante en primer lugar, Dr. De Cunto, en cuanto que en esta porción examinada el agravio devino en desierto, por carecer éste de una fundamentación con la suficiencia técnica necesaria (Conf.: arts. 268 y 269 del C.P.C.C.). Así lo voto. ----------A).-; 1); y, B).- IV).- **Responsabilidad atribuida al instituto - ausencia de un nexo causal adecuado entre la infección y la actividad de la demandada - Ausencia de vinculo causal entre la infección producida en la cirugía practicada y las medidas de control y prevención hospitalarias:** Como puede ser advertido de la simple lectura y significación de los agravios enunciados en el epígrafe, tanto la entidad nosocomial como su aseguradora coinciden en postular que la infección sufrida por el paciente actor en autos, con motivo de la intervención quirúrgica llevada a cabo por el médico tratante, Dr. P., no tuvo vínculo causal adecuado con su actividad como organizadora y prestadora de servicios médicos y hospitalarios. Y para aseverarlo básicamente postulan que si bien la infección por clostridium perfringes se encuentra asociada –según el informe pericial médico- a la cirugía practicada al actor y por ello puede ser considerada hospitalaria, no tiene un origen nosocomial o ambiental, sino que *“tiene su “nexo de causalidad” con el procedimiento quirúrgico realizado el 26/7/07.”* (Ver: escrito de expresión de agravios, punto 4º, 3er. párrafo de fs. 777 vta.; y, 2º párrafo de fs. 773). ----------Habida cuenta de lo cual corresponde reseñar brevemente cuál fue la motivación dada por la judicante del anterior grado para asignar el deber de responder al I. M. S. S.R.L., por la mala praxis médica que atribuyera al galeno interviniente. En tal sentido expresó: *“…Corresponde responsabilizar al mencionado ente por la conducta del galeno, a quien en párrafos anteriores responsabilicé por omisión, configurativa de “mala praxis” médica, al no advertir una infección postoperatoria a tiempo, y no adoptar las prácticas necesarias que la índole de la situación requerían, evidenciando un obrar negligente e imprudente que encuadra en el artículo 512 del Código Civil, en tanto se verifica una inacción ante un deber legal que impone actuar.(…) De esta manera, corroborada con toda la prueba que permitió tener por acreditada la responsabilidad del facultativo, se supone la responsabilidad del establecimiento asistencial, atento a la obligación tácita de seguridad que pesa sobre las clínicas y establecimientos asistenciales, destinada a evitar que los pacientes sufran daños corporales, sea por la producción de accidentes o* ***por cualquier otra circunstancia y que consiste en la puesta en práctica de las prevenciones y***

cuidados necesarios para preservar a quienes por tener la salud quebrantada, confían en este tipo de instituciones…” *(…)”…la obligación tácita de seguridad que asume el establecimiento asistencial –en orden al cumplimiento de las medidas de control y prevención de infecciones hospitalarias- es de medios, atento lo aleatorio del resultado. No obstante ello, en el caso concreto, no puede considerarse que se ha acreditado el cumplimiento de esas medidas de control y prevención de infecciones…”* (Sic)(Ver: considerando “C”, fs. 709 vta./710).----------

---Pues bien, a tenor de los argumentos vertidos en un pretendido pero no logrado sustento de los agravios formulados, los recurrentes derechamente soslayan afrontar la verdadera razón dirimente que expusiera la Sra. Juez a quo para atribuirles el deber de responder por los daños sufridos por el actor en autos, Sr. Villagra, por causa del actuar médico culposo considerado como una mala praxis, cual fue, estimar que concurría un factor de atribución objetivo como lo es la obligación tácita de seguridad respecto al actor que vinculaba al establecimiento asistencial con el resultado dañoso. Este argumento central lejos estuvo de ser puesto en verdadera crisis por los argumentos

esgrimidos por los recurrentes. ----------

---Hay cierto consenso doctrinal y jurisprudencial en cuanto que entre el paciente, el médico y el sanatorio media una estipulación a favor de terceros (Doct. Art. 504 del Código Civil), por la cual la clínica, sanatorio o establecimiento asistencial –estipulante y el médico –promitente- se celebraba un contrato a favor del paciente –beneficiario-. Así se originan dos relaciones simultáneas, la del paciente con la clínica, sanatorio o ente asistencial, por un lado; y la del paciente con el médico, por el otro, resultando ser las responsabilidades emanadas de ambos vínculos contractuales y directas (Conf.: Bueres, Alberto, en “Responsabilidad Civil de los médicos”, Ed. Hammurabi, 2ª ed., 1ª reimpresión, T. 1, págs. 372/376 y doctrina citada en nota nº 41). ----------

----Como sustento de esta postura, se parte de la idea de que el médico, en virtud de su independencia técnica, no puede ser considerado como un subordinado del ente asistencial a los fines de cumplir con el acto profesional. En razón de ello, la responsabilidad de las clínicas, sanatorios y entes asistenciales no se rigen por las normas que regulan la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (tal como lo disponía el art. 1113, párrafo 1º del Código Civil de Vélez o el actual art 1753 del C.C. y C.), sino que el deber de responder es de carácter objetivo fundado en la obligación de seguridad de prestar asistencia médica mediante los profesionales de su institución, no pudiendo argumentar ni probar en su defensa la ausencia de culpa en la elección o la vigilancia del médico. ----------

---De tal manera, una vez revelada la culpa del médico, la responsabilidad del ente asistencial se torna objetiva, pues se pone de manifiesto la violación del crédito a la seguridad. Únicamente le estará permitido a las clínicas probar la ausencia de culpa del médico, en tanto la prueba en sentido negativo impedirá el nacimiento de la obligación

de seguridad por falta de una exigencia: la culpa del médico. El deber de seguridad comprometido por el ente asistencial configura una obligación de resultado que éste asume, aunque va referido –en la casi generalidad de los casos- a una obligación de medios (que es la contraída por el profesional médico). ----------

---En definitiva, para que surja responsabilidad de la clínica, sanatorio o establecimiento asistencial, primero debe el médico haber obrado con culpa; en este sentido, la responsabilidad de la institución aparecerá subordinada al incumplimiento previo de la obligación asumida por el galeno frente al paciente.----------Apuntaré, solo a mayor abundamiento, desde otra perspectiva pero con idéntico resultado, que también se opina en una porción de la doctrina contemporánea como una reacción a la postura clásica que se viene de exponer precedentemente, que no puede analizarse la vinculación jurídica en cuestión como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio. Se expone en tal sentido que es esta la vinculación jurídica que debe atenderse, por cuanto el paciente no es un tercero sino parte. Para ello se entiende que el paciente concluye con la clínica un contrato hospitalario ampliado escindible al menos en tres contratos que lo componen necesariamente: un contrato de hotelería, un contrato de seguridad o cuidado y un contrato de atención médica, pudiendo según los casos tener también otros

componentes y obligaciones.----------

---Es decir, comprende y abarca la prestación de distintas especies de servicios, según la concreta modalidad que se haya convenido, incluyendo, en todo caso, servicios denominados extra-médicos –que nada tienen que ver, directa o indirectamente, con la medicina, como son los relativos al hospedaje y alojamiento-, junto con los llamados asistenciales o paramédicos (por ejemplo: la administración de los fármacos prescriptos, las curaciones que pudieran tener que realizársele, la vigilancia y seguridad del paciente, etc.) que normalmente no son realizados de manera personal por los facultativos y si por otros profesionales sanitarios, pudiendo comprender, además, actuaciones estrictamente médicas o no, en atención a si el paciente contrata también con la propia clínica tales actos médicos a realizar por los facultativos que dependan profesionalmente de esta última o, por el contrario, ha optado por escoger libremente a un médico ajeno a la clínica en cuestión (Conf.: Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 12/03/2004, sent. Núm. 203/2004, ponente: Sr. D. Xavier O`Callaghan Muñoz, RJ 2004/2146; id., CNCiv. Sala K, 18/09/2006, “S.A. E. c/ Hospital Privado San Lucas Sociedad Anónima y otros”, L.L., diario 24/11/2006, pág. 7, jurisprudencia cit. por Marcelo López Mesa, en “Tratado de responsabilidad médica”, Ed. Legis, 1ª ed., año 2007, obra colectiva dirigida por Marcelo López Mesa, pág. 231, notas nº 577 y 579). ------A partir de allí se propugna que el vínculo obligatorio que nace entre el paciente y la entidad sanatorial es de naturaleza contractual y directo por el incumplimiento, sin importar que

la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquella (Ver: Lorenzetti, Ricardo L., en “La empresa médica”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 1998, pág. 334/335, letra B). ----------

---Desarrollando estas ideas se ha expuesto que el hecho de que el *solvens* introduzca un tercero para ejecutar el contrato en su lugar en nada altera la naturaleza o fundamento de su responsabilidad, que sigue siendo personal y directa, ya que poco importa si incurre en incumplimiento por su hecho propio o por interpósita persona, ya que el ente asistencial es el contratante y su responsabilidad es contractual. Así en materia obligacional, el deudor es ya el responsable directo por su simple condición de obligado, situación que en nada se altera por el hecho de que emplee a un tercero para ejecutar materialmente el plan de conducta comprometido. La dependencia o no del médico respecto del ente asistencial obligado, entonces, no juega ningún rol apreciable desde esta óptica. ----------

----De probarse la defectuosa actuación del médico, como sucediera en la especie, hace responsable no solo al profesional sino también al establecimiento asistencial donde se desarrollara el procedimiento quirúrgico en el cual, tal como se postula en la expresión de agravios, se produjo la infección (ver: fs. 777 vta., 3er, apartado). Para llegar a esta conclusión, inclusive no hace falta aludir a la responsabilidad derivada de una obligación tácita de seguridad con apoyo en el art. 1198 del Código Civil, sino que basta con observar que el nosocomio es deudor de las prestaciones médicas –aunque las ejecute materialmente otro, esto es, el profesional de la medicina en la especialidad que corresponda-, y, en esa medida, responde naturalmente en el carácter de deudora por el incumplimiento de su obligación. Según esta concepción doctrinaria, pues, la obligación principal del establecimiento asistencial no se agota en la provisión de los profesionales necesarios para la atención del paciente, sino que consiste en prestar al enfermo el servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor, el cual, obviamente, no se encuentra garantizado, dado que se trata de una obligación de medios. En esta línea de pensamiento, ante la defectuosa prestación del plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye la obligación principal del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto, irregular o defectuoso cumplimiento comprometerá su responsabilidad y la del ente asistencial por el incumplimiento de su obligación principal. Es de allí, que adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial y será este último quien responderá en el marco del contrato por su propio incumplimiento (Conf.: Sáez, Luis R. J. “La responsabilidad de las clínica, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor”, ver: en Piccaso, Sebastián – Vázquez Ferreyra, Roberto en “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, Ed. La Ley, año 2011, T. III, pág. 626 y s.s.; id., Lorenzetti, ob. cit., pág. 354 y s.s.). ----------No obstante estas

consideraciones las que, insisto, las realizo solo a mayor abundamiento, lo concreto para el caso es que -tal como lo pusiera de relieve el magistrado de esta sala que me precede en la votación, Dr. De Cunto-, las razones expresadas por la judicante de grado para asignar el deber de responder del ente asistencial y por su obligación concurrente a la aseguradora que fuera citada en garantía de éste, no han sido debidamente criticadas en virtud de lo cual acompañaré con mi voto la propuesta de deserción planteada (Conf.: arts. 268 y 269 del C.P.C.C.).

Así lo voto.----------

---III.- Conclusión: ----------

----Por lo expuesto, propiciaré al acuerdo que se declaren desiertos los recursos de apelación interpuestos, con costas de segunda instancia a cargo de las partes apelantes vencidas en ella (conf.: arts. 69 y 282 del C.P.C.C.).----------Los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en segunda instancia, apreciándolos por su extensión, calidad, eficacia e oficiosidad, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo: al Dr. A. M. S. , letrado apoderado de la parte actora, en al suma equivalente al 31%, de los honorarios que finalmente resulten a favor de los letrados que intervinieran en la anterior instancia luego del tratamiento de la tercera cuestión planteada a resolución del acuerdo en cuanto se plantea que los mismos resultan elevados. Dicho porcentual deberán ser calculados sobre el monto del proceso que se determine en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. pertinente; sin regular honorarios a los Dres. G. H. U., letrado apoderado de los demandados “I. M. S. S.R.L.” y del Sr. R. P.; y, del Dr. L. A. N., letrado apoderado de la citada en garantía “TPC Compañía de Seguros S.A.”, por resultar sus labores cumplidas por ante esta alzada inoficiosas (Conf.: arts. 3, 5, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.349 y 23.871).----------Finalizo el tratamiento de la presente cuestión, pues, pronunciándome en ella por la

NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

---Atento la forma en que se decidió la anterior pregunta, deviene abstracto pronunciarse sobre la presente cuestión. ----------

---**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo:----------

--Atento el modo en que me pronuncio luego del tratamiento de la cuestión anterior, la presente deviene en vacía de contenido por lo que me eximo de pronunciarme en ella. ----**A LA TERCERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto manifestó:----------

--A fs. 718, los letrados de la obra social codemandada apelan sus honorarios con el fundamento en que se hace lugar parcialmente a la demanda, habiéndose rechazado gran parte de la misma. De la lectura de la sentencia no se alcanza a vislumbrar que se acogió la demanda de manera parcial, por el contrario, si bien, se rechazó el argumento sostenido por el actor relativo a la falta de información (ver sentencia a fs. 709/vta.,

considerando B, 3), todas las pretensiones formuladas en la demanda fueron acogidas, la atribución de responsabilidad a los tres codemandados, se extendió la misma a la aseguradora, y se acogieron los tres rubros reclamados por el monto también determinado en la demanda (ver demanda a fs. 11 vta./13 vta., pto. IV). Con todo, la regulación a los letrados patrocinante y apoderado en conjunto en un 9,8% resulta exigua, ya que usualmente este Cuerpo regula a los letrados de la parte perdidosa en un 14% (10% + 40% por mandato). Aun así, en este supuesto, dada la extensión y mérito de las tareas realizadas, postularé regular en un 11,9% (8,5% + 40%) (conf. arts. 6 y 8 del arancel), con más el IVA pertinente, por lo que se acoge el recurso a los fines indicados, sin costas porque no las genera la materia regulatoria.----------

---Asimismo en el Otro Sí Dice de fs. 718, el Dr. F., en representación de OSPECON, apela los honorarios de los letrados de la actora, por considerar a los mismos elevados. Los mismos fueron establecidos en un 21% a ambos letrados apoderados en conjunto. Si bien este Cuerpo suele establecer los emolumentos de los letrados apoderados de la parte gananciosa en un promedio de 19,6% (14% + 40%), en la especie, dado que se acogieron todos los rubros y que además se hizo lugar a la demanda por el mismo monto que el reclamado en la demanda, el porcentual antedicho no se manifiesta excesivo. Es de hacer notar que es bastante inferior al máximo legal del 28% (20% + 40%) (conf. arts. 6 y 8 del arancel). En consecuencia postulo el rechazo de este recurso, sin costas por no generarlas la materia regulatoria, quedando establecidos los honorarios del letrado apoderado del actor, por sus tareas ante la Alzada, en un 6,51% del monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia (conf. arts. 8, 13 y 46 del arancel), con más el IVA. ----------Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------**A LA TERCERA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo: ----------Los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., quienes se presentan por su derecho, se alzan en contra de los honorarios que se le regularan en la anterior instancia por estimarlos bajos.----------

----------Asimismo, el Dr. V. A. F., en representación de OSPECON, apela por altos los honorarios de los letrados de la parte actora. ----------

----------En relación al recurso interpuesto con respecto a los emolumentos de los letrados que intervinieran en la anterior instancia en representación y como patrocinantes de la codemandada OSPECON, fueron fijados en la suma equivalente al 9,8% del monto del proceso que sea liquidado oportunamente (7% x 40% = 9,8%).----------

---

----Y tal alícuota resulta prima facie adecuada a las pautas cualitativas y cuantitativas previstas por la ley del arancel en el caso, toda vez que como bien lo señala el magistrado votante en primer término, merced a la posición que asumiera su representada quien peticionó el *"…total rechazo de la acción incoada, con aleccionadoras costas…"* (Sic)(Ver: punto 1 y XI, apartado 2º del escrito

contestatario de fs. 147/154 vta.), la parte por la cual éstos actuaran en el proceso finalmente, a tenor del resultado obtenido con la sentencia dictada, resultó vencida en esta litis. ----------Ello así, allende que no hubieran prosperado algunos argumentos expuestos por la parte actora para sostener su reclamo resarcitorio (por caso, la denunciada falta de información), puesto que la pretensión resarcitoria terminó prosperando por los rubros indemnizatorios pretendidos en la demanda, incluyendo en la condena a la obra social representada y patrocinada por los letrados recurrentes, junto con los dos restantes codemandados y extendiéndola a la aseguradora citada en garantía en la medida del seguro.----------

----Sin embargo, cabe observar que -de común- este cuerpo viene tomando como pauta cuantitativa asignable para la actuación de los letrados que intervienen por la parte vencida en el pleito la suma resultante de aplicar el 10% de la escala mínima y máxima prevista por el arancel para tal situación (Art. 6, 2º apartado de la ley XIII Nº 4). Y si se computa que a dicha alícuota se le debe añadir el porcentual correspondiente a la procuración equivalente al 40% sobre el mismo, se obtiene el 14% al que, en conjunto, corresponderá elevar los emolumentos de dichos profesionales apelantes. Sin embargo dada la extensión y mérito de las tareas resulta ajustado elevarlos al 11,9% (8,5% + 40%). Así lo voto.----------

---Asimismo, en cuanto se apelan por altos los honorarios fijados a los Dres. A. M. S. y A. P. A., letrados apoderados del actor, los que fueran establecidos, en conjunto, en la suma equivalente al 21% del monto del capital de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, si bien reparando que esta alzada suele determinar los honorarios de los profesionales que intervinieran por la parte vencedora en el pleito en la suma resultante de aplicar el 14% con más el porcentual por procuración –cuando ello corresponda- del 40% sobre el mismo, lo cual arroja un porcentual total del 19,6%, atendiendo a que la pretensión resarcitoria deducida no solo prospera en la totalidad de los rubros pretendidos sino también por la cuantía que fuera reclamada, entiendo compartiendo la opinión del Dr. De Cunto, en cuanto que no se aparta de las pautas cuali-cuantitativas del arancel, ni resulta excesiva como lo denuncian la impugnante, siendo prudente y ajustada a las circunstancias particulares que presenta este caso. ----------

---En consecuencia, propongo al acuerdo la desestimación del recurso planteado en contra de los honorarios fijados a los letrados intervinientes por la parte actora. Así lo voto.----------

---En resumen, entonces, propiciaré al acuerdo la modificación del fallo para elevar el porcentual correspondiente a los honorarios fijados, en conjunto, a los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., a la suma equivalente al 11,9% a aplicar sobre el monto del capital de

condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ----------Todo expuesto y concluido, sin costas atento a que la materia no las genera. ----------Culmino de tal manera pronunciándome en la presente cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

---**A LA CUARTA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:----------

--En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I) Declarar desiertos los recursos de apelación interpuestos a fs. 720 y 721, y modificar la sentencia apelada, al sólo efecto de elevar los honorarios de los letrados apoderado y patrocinantes de O. P. C.., Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en conjunto, en un 11,9% del monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA.----------II) Imponer las costas en la Alzada a las apelantes vencidas (conf. art. 69 del CPCC), y sin imposición respecto de la apelación de honorarios.----------III) Regular, por los trabajos ante esta sede, los honorarios del letrado apoderado del actor, Dr. A. M. S. , en un 6,51% del monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA; sin regulación a los letrados de las apelantes, dada la inoficiosidad de sus tareas (art. 3 de la ley XIII Nº 4).

----Así lo voto. ----------

---**A LA CUARTA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo: ----------

--El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, por resulta el mismo fiel reflejo del acuerdo antes alcanzado.----------

---ASI LO VOTO. ----------

--Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**:----------

---------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**:----------

----------DECLARAR desiertos los recursos de apelación interpuestos a fs. 720 y 721, y modificar la sentencia apelada, al sólo efecto de elevar los honorarios de los letrados apoderado y patrocinantes de O. P. C.., Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en conjunto, en un 11,9% del monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA.----------IMPONER las costas en la Alzada a las apelantes vencidas (conf. art. 69 del CPCC), y sin imposición respecto de la apelación de honorarios.----------REGULAR, por los trabajos ante esta sede, los honorarios del letrado apoderado del actor, Dr. A. M. S. , en un 6,51% del monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de

sentencia, con más el IVA; sin regulación a los letrados de las apelantes, dada la inoficiosidad de sus tareas (art. 3 de la ley XIII Nº 4).

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

SERGIO RUBEN LUCERO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2016 - SDC - CONSTE. ----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA