----En la ciudad de T., a los días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Sergio R. Lucero y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo L. De Cunto y R. Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Sucesores de C., R. c/ L., N. H., sus herederos y Otros s/ Daños y Perjuicios - Beneficio de Litigar sin Gastos” (Expte. 199 - Año 2016 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 912.----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo:----------Vienen estos actuados al conocimiento de este tribunal de alzada con motivo de los recursos de apelación que han deducido en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 704/719, los codemandados sucesores del actor N. H. L. y su citada en garantía “S. M. S.A.” a fs.725, el “S. T. S.R.L.” a fs. 722, la ”Obra Social del P. R. y E. de la R. A.” a fs. 727, la citada en garantía “N. S.A. A. de R. C.” a fs. 731; y, la parte actora, sucesores del Sr. R. C. a fs. 724.----------La sentencia definitiva impugnada resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicio promovida por el Sr. R. C. –hoy sus sucesores Sres. M. I. C. H; M. A. C.; R. A. C.; L. A. C. y C. H-, en contra del Dr. N. H. L., el “S. T. S.R.L.” y la “Obra Social del P. R. y E. de la R. A. –OSPRERA-”, condenándolos concurrentemente con las citadas en garantía “S. M. S.A.” y “N. S.A. Aseguradora de R. C.”, a pagar al actor –hoy sucesores-, en el plazo que se fija, la suma de $51.000, con más sus intereses los que manda a liquidar de acuerdo a las pautas indicadas en el considerando respectivo. Asimismo, impuso las costas en un 30% al actor y el 70% restante al litisconsorcio demandado. A fs. 772/773 vta., obra agregada la S.I.C. Nº 073 del año 2016, por la que se aclara la sentencia definitiva dictada obrante a fs. 704/719.-----Los respectivos escritos de expresión de agravios lucen agregados a fs. 857/860 – S. T. S.R.L.-, a fs. 867/872 – sucesores de N. H. L. y su citada en garantía “S. M. S.A.”-, a fs. 861/863 –la obra social OSPRERA-, y a fs. 851/855 –sucesores de R. C.-.----------A fs. 906 y vta., se declara desierto el recurso de apelación deducido por la citada en garantía “N. S.A. Aseguradora de R. C.”.----------Ordenados los respectivos traslados a la parte contraria a fs. 856, 864 y 875, éste solo fue evacuado por el “S. T. S.R.L.” respecto de la expresión de agravios que fueran planteados por la parte actora mediante presentación glosada a fs. 871/872.----------I.- Las partes recurrente han expresado los siguientes agravios, a saber:----------A) Sucesores de N. H. L. y su citada en garantía “S. M. S.A.”: ----------1) **Valoración de la prueba pericial médica**: Cuestiona la valoración de la pericia del cuerpo médico forense que fuera realizada por el juzgador de grado tanto en relación a la mala praxis que se le atribuyera al causante, Dr. L., como también en relación a que se considerara con ella probada la existencia de un oblito quirúrgico en el paciente, Sr. R. C. al realizarle la cirugía de cadera derecha el 16/08/2006 el que tendría nexo de

causalidad con los daños que fueran alegados. Sostiene que tales argumentos son errados y claramente infundados. Expresa que el juzgador a quo otorga una basal y exclusiva importancia a la serie de informes emitidos por el cuerpo médico forense sin dar fundamentación adecuada y precisa a los diversos cuestionamientos e impugnaciones realizadas por las partes. Destaca la importancia de dichos cuestionamientos y las diversas oportunidades que su parte solicitó el reemplazo de los peritos mencionados por carecer de idoneidad, tornando inhábil su dictamen para fundar la sentencia. Admite la importancia de la pericial médica en este tipo de litigios pero –expresa- que, como todas las pruebas aportadas al proceso, debe ser valorada según las reglas de la sana crítica. Insiste en postular en que el peritaje no parece fundado en principios técnicos y científicos inobjetables habiendo sido controvertido su contenido y la idoneidad de los peritos actuantes. Por ello afirma que se equivoca el juez al otorgarle un valor absoluto puesto que las objeciones e impugnaciones fueron numerosas y no resiste un análisis objetivo mediante la aplicación de la sana crítica. Observa que el Sr. Juez a quo se equivoca al afirmar que “S. M. S.A.” haya pedido la intervención del cuerpo médico forense para no afrontar gastos extras para luego persistir en sus cuestionamientos a dicho cuerpo solicitando la designación de un nuevo perito. Indica que su parte y la citada en garantía solicitaron la designación de peritos especializados e idóneos en la materia puntualizando las incumbencias que se encuentran en las especialidades de traumatología e infectología. Rememora la solicitud que realizara en un pedido de revocatoria en el sentido de que se requiera a dicho cuerpo forense si contaban con los profesionales idóneos en la especialidad de traumatología en la ciudad de T. o en otra Circunscripción, a fin de no producir costas innecesarias en el proceso atento a que existía un beneficio de litigar sin gastos otorgado. Apunta que en el supuesto de una negativa a lo solicitado al cuerpo médico forense, es decir, si no contaba con especialistas, se accedería a la designación de profesionales externos. Agrega que también se peticionó posteriormente que se provea a la pericia médica en la especialidad de infectología oportunamente solicitada. A partir de ello afirma que su parte no tuvo contradicción alguna para que diera lugar a interpretaciones sugestivas como menciona el Juez a quo. Asegura que desde un primer momento solicitó peritos médicos especialistas. Observa que los médicos forenses, de quienes no pone en duda su capacidad, desconocen las especiales características del caso puntual. Su distinta especialización, su falta de actualización y cursos técnicos en la materia resulta de vital importancia a la hora de evaluar la idoneidad de los mismos. Indica que jamás supieron explicar la intervención realizada, remitiendo a la consulta bibliográfica del tema que no explicitan, mencionan o citan. De allí, expresa, que contestaron los puntos de pericia según meras suposiciones (indica la respuesta 11º a los puntos periciales solicitados por su parte). Se remite a las impugnaciones formuladas advirtiendo que la pericia fue seriamente cuestionada mencionando que en las mismas se realizan consideraciones de carácter jurídico impropias para los médicos intervinientes. Manifiesta que, en tal sentido, es improcedente la relación de causalidad que se atribuye entre la primer cirugía

realizada y el presunto oblito ya que dicha consideración le correspondía al juzgador. Expresa que la pericia parte de un supuesto falaz toda vez que en el marco de su elaboración técnica debería concluir que se produjo un oblito y que el mismo fue directamente determinante de los daños alegados por el actor. Asegura que ello no fue así, toda vez que los peritos parten del hecho del oblito y de que ello fue la causa de la segunda intervención para luego dar su misma conclusión. Apunta que no lograron analizar adecuadamente y con rigor científico las impugnaciones realizadas respecto de que una gasa estéril no puede producir una infección, limitándose a señalar –dicen- que un cuerpo extraño puede iniciar o exacerbar un proceso infeccioso olvidándose señalar que la propia prótesis era un cuerpo extraño que bien pudo generar o exacerbar el daño alegado. Señalan que esta conclusión fue realizada sin conocer cuál había sido el agente, bacteria o virus generador de la infección ya que ese estudio no se realizó en Río Gallegos por lo cual quizás –especula- pudo haber sido una causal distinta. Considera por otra parte que pareciera que el Juez invirtió la carga probatoria ya que sostiene que dichas conclusiones no están reñidas con el sentido común en cuanto a que la presencia de un cuerpo extraño en el organismo (oblito o gasa), sea el detonante, exacerbe y/o agrave un proceso infeccioso sin que se haya acreditado extremo alguno que permita siquiera sospechar, por no haberse realizado mayores estudios (ver fs. 569 y fs. 590 vta., pto. 5), que la infección que tantos padecimientos le trajo al actor, tuvo otra causa que la determinada por los expertos, o descartar que estos restos tisulares sean el resultado de un olvido en la intervención realizada por el Dr. L. en el S. T. el 16-VIII-2006. Sostiene que en verdad debió haber requerido que se acredite fehacientemente y con rigor científico, que el cuerpo extraño fuese el causante de los daños, máxime, dicen, cuando se desconoce el germen que lo generó y porque en la misma operación el paciente dio su consentimiento para que se implante una prótesis que también resulta un cuerpo extraño.----------

-------2) **Cuantía del daño moral:** Se agravia también de la cuantificación del daño moral admitido sosteniendo que éste resulta inaudito, infundado y producto del mero arbitrio de la parte actora. Asevera que el juzgador de grado no elaboró análisis y fundamentación adecuada a su monto. Efectúa cita doctrinal a la que remito. Destaca que más allá de la difícil tarea que es determinar la dimensión económica del daño moral, sea cual fuere la naturaleza jurídica que se le asigne, el mismo no puede resultar ajeno a la gravedad objetiva del daño. Postula que la facultad del juez de fijar la cuantía del daño moral debe ser usada con prudencia y con ciertas pautas de razonabilidad sin dejar de lado las constancias del caso y lo resuelto en casos similares. Expresa que la sentencia impugnada no brinda detalle o certeza respecto al criterio o razonabilidad de los elevados montos que reconoce, pareciendo que compensa con el daño moral todo aquello que desestimó por improcedente o inconducente y por la sola valoración de lo indicado por el propio actor en su demanda. Solicita por ello que sea readecuado y disminuido el monto fijado.----------

-------B) Agravios del “S. T. S.R.L.”: ----------

-------Expresa que la causa agravio el fallo recurrido en cuanto tiene por demostrado que en la operación realizada el 16 de agosto de 2006, el cirujano L. dejó una gasa en el campo quirúrgico, porque se afirma que la misma fue extraída el 6 de julio de 2007 en el Hospital Regional de Río Gallegos y porque tiene por demostrado el nexo de causalidad entre la gasa y la infección padecida por el entonces actor sin que se haya demostrado el origen de la infección. ----------

--------Expone en relación al primer y segundo de los agravios antes indicados, que el juzgador de grado se basa en la pericia médica del cuerpo médico forense de T. para arribar a sus conclusiones, considerándola irreprochable por el hecho de emanar de ese organismo pese a las impugnaciones y pedidos de explicaciones –nunca satisfechas correctamente-. Postula que yerra el juez al tener por acreditado el oblito pues se basa sólo en la constancia de la historia clínica del Hospital de Rio Gallegos, constancia que no fue ratificada por ningún medio probatorio que acredite objetivamente la existencia de la gasa. Destaca que la sola constancia del cirujano de esa ciudad en la historia clínica no resulta verosímil por sí misma, toda vez que es notable la mala praxis desplegada en esa intervención quirúrgica y de lo que diera cuenta la cirugía que se vio necesario de efectuar el paciente en la ciudad de Buenos Aires como consecuencia de la realizada en esa ciudad sureña. Señala que poco más se dice allí que en Río Gallegos olvidaron bulones dentro del organismo de C.. Cita jurisprudencia que entiende que para la comprobación de un cuerpo extraño en el organismo de un paciente –concretamente de una gasa- debe efectuarse una tomografía computada o ecografía y enfatiza que no existe constancia alguna de que se hubiera realizado ningún estudio ni tomografía axial computada. Advierte que esta necesidad de comprobación objetiva mediante la práctica de estudios complementarios es reconocida por el propio cuerpo médico forense en su respuesta al punto 5º del informe de fecha 11 de marzo de 1944 (Sic) (corresponde al año 2014), ante la pregunta concreta de la parte actora referida a que con qué estudio se podría haber detectado el oblito (gasa), los funcionarios respondieron con una tomografía axial computada (TAC) o una resonancia nuclear magnética (RNM), por lo que –concluye- se reconoció la forma objetiva de comprobación no practicada en Rio Gallegos. Señala como llamativa la contradicción del cuerpo médico forense en su informe de fecha 06 de junio de 2014 en su respuesta al punto 6º que le formulara la parte demandada L., al responder que “El que no sabe lo que busca no entiende lo que encuentra” manifestándose que si se sospechaba la presencia de una gasa la misma se podría haber detectado mediante estudios complementarios por imágenes, incluso la ecografía es útil para este hallazgo. Puntualiza que se insiste en señalar que la forma correcta de hallazgo de la gasa era mediante la realización de estudios complementarios y no obstante ello tienen por demostrado por los peritos que la sola palabra escrita del cirujano de Rio Gallegos es suficiente para tener por acreditada la existencia del oblito. Sostiene y peticiona que por la falta de comprobación objetiva del hallazgo se debe revocar la sentencia. Agrega, subrayándolo, que el método complementario idóneo para certificar fehacientemente que se trataba de una gasa es la remisión del material de anatomía

patológica que hubiera podido determinar objetivamente si se trataba de una gasa u otro material y nada de eso se hizo. Efectúa cita doctrinal y jurisprudencial relativa al tema a la cual remito, para indicar que traducido todo ello en lenguaje corriente quiere decir que una gasa que pase un tiempo prudencial en una cavidad humana sufre un proceso de transformación por lo cual altera su apariencia y se puede confundir con otros tipos de tejidos o procesos mórbidos. Debido a esto, señala, es imprescindible que esa pieza sea estudiada por métodos microscópicos (anatomía patológica) para poder certificar su naturaleza extraña al organismo. Insiste en que la presencia de gasa no ha sido demostrada pese a la persistencia del cuerpo médico forense en atribuir responsabilidad incurriendo para ello en serias contradicciones. En relación al que menciona como tercer agravio expone que este se sintetiza en afirmar que no se demostró el nexo de causalidad entre la existencia de la gasa y la infección que padeció C.. Sostiene que la falta de demostración y la inconsistencia en la que –afirma- incurre la sentencia es aquí más notoria. Explica que la comprobación del nexo de causalidad entre la gasa infectada y la infección que hubiera causado a C., únicamente era comprobable mediante el cultivo del material supuestamente extraído lo que hubiera demostrado no sólo la presencia de la gasa sino también naturalmente el nexo de causalidad. El cultivo y la determinación del germen causante de la infección era absolutamente necesario para la demostración del nexo de causalidad adecuada. Previo a señalar como dudosas las conclusiones a las que arriba el cuerpo médico forense, indica que en el informe de fecha 6 de junio de 2014 a la pregunta si era posible determinar cuál fue la causa y el origen de dicha infección expresan que la presencia de una gasa resulta ser un elemento propiciante y agravante en cuadros infecciosos posquirúrgicos, pero no tiene por cierto que ello sea la causa de la infección. Ya anterioridad, dice, en fecha 6 de diciembre de 2013, el cuerpo médico forense en respuesta al punto c) de la actora, había sostenido que la gasa “puede ser” el que de inicio, exacerbe y/o agrave un proceso infeccioso. Agrega que aun suponiendo que hubiera sido la gasa, las que son estériles, al no haberse cultivado el supuesto oblito no puede asociarse categóricamente éste al germen rescatado en la herida. Señala que de las probanzas de autos resulta que el germen era nativo de la piel y no hay nada que lo conecte con algún material extraño que hubiera quedado en los planos profundos de la herida quirúrgica. Afirma que para que haya sido la gasa el material vehicular para el germen intrahospitalario éste debía tener un perfil asociado al ámbito hospitalario y por el contrario se demuestra que se trató de un germen habitualmente colonizador de la piel del paciente. Observa que en su originaria pericia el médico que actuó en la respuesta a la pregunta nº 6 que formulara su parte sobre si el estafilococo es un germen que coloniza la piel humana, respondió que es uno de los gérmenes más abundantes de la flora habitual de la piel humana, por lo que no acreditado que fuera la gasa la causa de la infección, no puede sino atribuirse ésta a la original cursada en los primeros días del postoperatorio y que responde a la clase mencionada. Reitera que tampoco se demuestra en autos que la gasa, de haber existido, fuera la causa de la infección que aquejó al actor. Destaca que el perito no afirma que fuera la gasa la que dio inicio a la

infección y se limita a decir que su presencia hubiera podido causarla o exacerbarla, pero sí no caben dudas que no se practicó ningún cultivo a la supuesta gasa u oblito quirúrgico. En referencia a la infección indica que la Dra. D., especialista en infectología, en respuesta a la séptima pregunta que le formulara la representación del fallecido Dr. L., responde que no se trató de una infección superficial de herida quirúrgica y luego agrega un estafilococo aereus meticilinosensible germen habitual que forma parte de la flora de la piel, por lo que mal puede sostenerse –dice- que se trató de una infección causada por una gasa. Asegura que este ha sido el origen de la infección y ello no fue cuestionado ni demostrado por la actora, por el contrario –afirma-, su parte demostró que no se probó que la infección fuera causada por un oblito quirúrgico consistente en la ya mentada gasa. Sintetiza, no se demostró el oblito quirúrgico y mucho menos el nexo de causalidad entre el supuesto oblito, gasa y la infección que sufriera C.. ----------

--------C) Agravios de la obra social OSPRERA:----------

-------**Agravio primero:** Sostiene que yerra el a quo al tener por acreditado el oblito solo con la constancia de historia clínica del Hospital de Río Gallegos, constancia no ratificada por ningún medio probatorio que acredite objetivamente la existencia de la gasa. Por otro lado, dice, resulta insuficiente que el cuerpo médico tenga por demostrado tal hecho con solo la constancia del cirujano de Río Gallegos en la historia clínica. Advierte que no existe constancia alguna que al paciente se le hubiera realizado tomografía computada o ecografía para la comprobación de la existencia de un cuerpo extraño. Cita jurisprudencia que sostiene el criterio que para la acreditación del oblito es necesario la realización de diferentes estudios tales como los mencionados. Cita la respuesta al punto 5º del informe de fecha 11 de marzo de 1944 (rectius: 2014) y destaca como llamativa la contradicción con el informe de fecha 6 de junio de 2014 con su respuesta al punto 6º. Insiste que la forma de correcta de hallazgo de la gasa era mediante la realización de estudios complementarios y no obstante ello tienen por demostrado los peritos con la sola palabra escrita del cirujano de Rio Gallegos la existencia del oblito. Indica que tampoco se remitió material de anatomía patológica explicando que la gasa en una cavidad humana sufre un proceso de transformación que altera su apariencia y se puede confundir con otros tipos de tejidos o procesos mórbidos. Por ello, continúa, resulta imprescindible que esa pieza sea estudiada por métodos microscópicos (anatomía patológica) para poder certificar su naturaleza extraña al organismo. Señala que tampoco quedó probada la relación de causalidad entre el obrar del médico y el daño causado apoyándose en la transcripción de un fallo que individualiza.----------

------**Agravio segundo:** Sostiene que yerra el juzgador a quo al resolver que su parte tiene el deber de reparar como consecuencia de ser el “S. T.” su prestador. Expone que no tuvo en cuenta que la obra social garantiza a sus afiliados todas las prestaciones médico asistenciales con el mejor nivel de calidad disponible y que no puede soslayarse –dice- que en nuestra ciudad es de reconocido prestigio el S. T. así como los profesionales que ahí prestan servicios. Observa que en la hipótesis que se considere la existencia de responsabilidad médica esta sería producto de un puro acto médico y no

por defecto de organización institucional del prestador o negligencia de la obra social. Cita jurisprudencia. ----------

------**Agravio tercero:** Estima elevada y excesiva la cuantía del daño moral teniendo en cuenta que el Dr. L. ha fallecido y de prosperar lo será como un bien a reclamar al sucesorio.----------

-----D) Agravio de la parte actora:----------

-----Previa trascripción parcial de la parte pertinente del considerando del fallo, señala que el actor extinto fue sometido durante más de dos (2) años a importantes cirugías y tratamientos infectológicos que, sin dudas, ameritaron importantes erogaciones en medicamentos, estudios, análisis, pomadas, gasas, pañales, curaciones, rehabilitación, etc., al margen de los reconocidos y cubiertos por su obra social. Explica que debido a las características de la dolencia también tuvo que realizar cuantiosos gastos en traslados o movilidad porque la gravedad de la afección incapacitante le impedía utilizar medios masivos de traslación (colectivos) debiendo hacerlo durante dicho lapso de dos años en taxis o remis. Por idénticas razones también debió requerir la asistencia de personal domiciliario para levantarlo, higienizarlo, acostarlo, girarlo, efectuarle curaciones, etc., tanto durante las internaciones como en su hogar durante esos dos años. Por esas circunstancias apuntadas, continúa diciendo, y por todo ese lapso de dos años, se reclamó en concepto de gastos terapéuticos (médicos y de farmacia) la suma de $5.000. Por gastos de traslado y movilidad $2.000. Y, por cuidados domiciliarios $24.000. Es decir, un total de $31.000 y/o la que en más o en menos resultare de la prueba a producirse. De allí indica que se agravia de que el sentenciante haya fijado el resarcimiento por tales conceptos –en conjunto- en la suma que califica como mísera, de $6.000. Explica la calificación antedicha explicando que si se aplica la tasa de interés activa del Banco del Chubut desde la promoción de la demanda al día de la presentación de su expresión de agravios no llega a la suma de $22.000. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones a la que remito. Reconoce que si bien no presentó prueba alguna para acreditar tales desembolsos, manifiesta compartir los argumentos expuesto por el Sr. Juez de grado que transcribe empero se agravia de que, pese a tales motivaciones, a continuación diga, haciendo referencia a la pericia médica, que no se expidió ni hizo referencia sobre la necesidad de contar con un cuidador hospitalario y/o domiciliario a los efectos de fundamentar la suma determinada por el rubro “cuidados domiciliarios”, la cual vuelve a calificar como irrisoria, por cuanto más allá de la experticia lo sustancial para la procedencia de dicho rubro indemnizatorio –explica- radica en la gravedad de la dolencia del extinto Sr. C. que justificaba el servicio de cuidador hospitalario y/o domiciliario tanto durante las intervenciones como en su domicilio particular. Expresa que es un hecho de la realidad que es imprescindible contar con los servicios de tales personas, sea para levantar, vestir, desvestir, higienizar, efectuar curaciones, acostarlo, etc. Indica que no se trata de que los familiares no quieran realizar esas tareas sino que hay que saber hacerlas, porque no es fácil manipular el cuerpo de un enfermo postrado y, cuanto más, si se ha sometido a intervenciones y prácticas como las que transitó el actor durante dos

años producto de cuatro operaciones y terapias de infección. Postula que otro dato de la realidad es que los cuidadores normalmente prestan sus servicios de manera informal y no facturan ni extienden recibos. Expresa que normalmente se trata de personal de enfermería que en sus horarios libres realizan esas tareas. Cita doctrina en apoyo de su posición. Afirma que no existen dudas en el caso sobre la gravedad, intervenciones quirúrgicas y duración de los tratamientos a los que fue sometido el actor, y que tuvo que viajar en dos oportunidades desde Rio Grande a T., a la ciudad de Rio Gallegos y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin haber sido tales circunstancias valoradas adecuadamente por el Sr. Juez a quo a los efectos de determinar el quantum indemnizable por gastos terapéuticos (médicos y de farmacia) y colaterales terapéuticos (traslados, movilidad y cuidados domiciliarios), fijándose una suma que no guarda relación cuantitativa con dichos antecedentes. Indica que la suma de $6.000 determinada por el a quo resulta insuficiente y mezquina al no tener relación adecuada con la gravedad de la dolencia, las terapias y prácticas a las que fue sometido, ni con los viajes que tuvo que realizar y al tiempo de convalecencia. Refiere a los criterios generales que gobiernan la indemnización de los gastos examinados que atañen a la finalidad que debe presidirlos (terapéutica), la razonabilidad de las erogaciones (ausencia de abusos o excesos) y la causalidad (deben conectarse con las lesiones producidas por el hecho dañoso). Afirma que en el caso tales parámetros han sido satisfechos desde que la dolencia del actor fue generada por la mala praxis, requirió razonablemente que tuviera que afrontar de su bolsillo gastos que no se encuentran incluidos en la cobertura de la obra social ni tampoco por la asistencia pública gratuita. Insiste que la necesidad de efectuar las erogaciones derivadas de las situaciones reseñadas constituye un hecho de público y notorio por lo que pide que sea incrementado el monto resarcitorio por tales conceptos aún en defecto de prueba directa de los desembolsos. Con cita doctrinal de apoyo señala que no siempre se puede documentar suficientemente los gastos detallados, que algunos medicamentos se venden sin suscribirse facturas sino simple tickets, que los profesionales no otorgan a veces recibos por el pago de sus honorarios, que la multiplicidad de comprobantes se traduce en la pérdida de pequeños instrumentos, añadiendo que el lesionado y sus familiares, ante el infortunio, no se encuentran en condición anímica como para gestionar todos los comprobantes de los pagos que realizan para la curación. Puntualiza que el fallo le causa agravio porque si bien consideró que los gastos cuyo reconocimiento reclama guardan relación de causalidad adecuada con el daño inferido por el responsable y que no requieren de acabada prueba documental, finalmente los determina de manera mezquina. Se pregunta qué importa si el gasto se originó en cuidados hospitalarios y/o domiciliarios a los efectos del resarcimiento. Asimismo se interroga sobre qué duda cabe de que el actor con 68 años de edad, con gravísimas secuelas incapacitantes derivadas de las intervenciones e infecciones sufridas, que estuvo internado en las ciudades de T., Rio Gallegos y Capital Federal, requirió de la asistencia de un cuidador hospitalario y domiciliario. Se agravia igualmente del modo de imposición de las costas toda vez que, postula, que no hubo un vencimiento parcial y mutuo ya que se determinó la

responsabilidad del demandado en el hecho lesivo y los rubros indemnizatorios que no prosperaron no fue porque el sentenciante compartiera los argumentos de los litisconsortes sino por el fallecimiento del actor tornándose abstracta su consideración y procedencia. Señala que al demandar lo hizo por la suma que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos. Efectúa citas jurisprudenciales y doctrinales en apoyo de su posición a la que remito. Termina solicitando que se incremente el monto de los rubros: gastos terapéuticos, de traslado o movilidad y por cuidados domiciliarios en su justa y equitativa medida. ----------

--------La co-demandada “S. T. S.R.L.” contesta a los agravios formulados por la parte actora apuntando primariamente que le resulta difícil responder a los mismos atento a que no fueron planteados con la claridad necesaria. No obstante entiende que se vierten dos agravios, uno, relativo a que no se hiciera lugar al monto pedido en concepto de indemnización por gastos médicos y colaterales; el otro, en referido a la distribución de las costas. En relación al primero de ellos expresa que tal como lo señala el magistrado a quo si bien los gastos de esta naturaleza se presumen en cuanto guardan relación con las circunstancias del caso, la importante suma peticionada en concepto de pago a asistentes hospitalarios y domiciliarios no fue justificada con ningún comprobante. Apunta que no hay un solo recibo de salarios o de otra naturaleza que justifique la elevada erogación que dice haber efectuado C.. Cita jurisprudencia en apoyo de su posición. En relación al segundo agravio expone que pese a lo que afirma la actora ha sido vencida en importante suma respecto del rubro gastos médicos y terapéuticos y se ha rechazado la indemnización pedida por incapacidad sobreviniente. Termina solicitando que se rechacen los agravios de la actora. ----------

-------II.- En los límites fijados por el contenido de los agravios que se han reseñado, por razones estrictamente lógicas ingresaré a su análisis comenzando por aquellos que fueran planteados por los litisconsortes pasivos para, luego, y de corresponder, hacerlo con los que fueran planteados por la parte actora. ----------

-------Asimismo, con el fin de facilitar la rápida ubicación de su tratamiento, en todos los casos, se los individualizará del mismo modo que su precedente reseña. Por otro lado, advierto que cuando por su conexidad, continencia o identidad de cuestiones así lo permita se procederá al examen en conjunto. ----------

------A).-, 1).-; B).-; C).-, Agravio primero).- **Valoración de la prueba pericial médica – existencia del oblito quirúrgico – nexo de causalidad con la infección**: Todos estos agravios, los que fueran planteados por los integrantes del litisconsorcio pasivo conformado por el galeno demandado, Dr. L., su aseguradora “S. M. S.A.”, el sanatorio T. y la obra social OSPRERA, se encuentran íntimamente vinculados entre sí, en tanto que todos ellos refieren a la valoración probatoria que el juzgador de grado hiciera de la pericia médica producida por el Cuerpo Médico Forense como sustento principal del decisorio que impugnan.----------

-----La indicada vinculación justifica sobradamente ingresar a su tratamiento en conjunto, por cuanto emana del fundamento con el que se intenta sustentar cada uno de ellos que,

desde las distintas aristas propuestas en los cuestionamientos vertidos por los recurrentes, se coloca en disputa la misma valoración probatoria y su consecuente conclusión adversa a su posición defensiva oportunamente planteada por cada uno de los mencionados integrantes del litisconsorcio pasivo. ----------

------Ello así, toda vez que los agravios individualizados en el epígrafe intentan -directa o indirectamente- dirigir su ataque a la valoración o mérito que el juzgador de grado realizara de la prueba pericial médica, allende de las impugnaciones deducidas en contra de ella, para de allí intentar poner en crisis la existencia misma del oblito quirúrgico denunciado en demanda como fundamento de la mala praxis atribuida al médico traumatólogo demandado; y, también, de haber existido tal oblito, a colocar bajo cuestión su vinculación causal con la infección que produjera las dolencias sufridas por el Sr. C., que son las que ocasionaran los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se reclama en demanda. ----------

------En primer lugar corresponderá atender al cuestionamiento dirigido a la intervención que le fuera dada por el tribunal de grado al cuerpo médico forense.----------

------Así pues, los sucesores del médico traumatólogo interviniente, Dr. N. H. L., y su aseguradora “S. M. S.A.”, postulan que no responde a las constancias de autos lo aseverado por el juzgador en cuanto éste indicó que fue a su pedido que se le diera intervención a dicho cuerpo médico oficial. Por el contrario, afirman que en varias oportunidades su parte solicitó el reemplazo de los peritos oficiales por carecer de idoneidad, para afirmar de allí, que torna inhábil al dictamen emitido por dicho cuerpo auxiliar de la justicia.----------

------Respecto a dicha intervención corresponde rememorar que el Sr. Juez a quo expresó en los considerando del fallo apelado lo siguiente, a saber: *“…Amén de resultar sugestivo que uno de los impugnantes (S. M. S.A.), haya pedido expresamente la intervención del Cuerpo Médico Forense, para no afrontar “gastos extras” (ver fs. 549), y luego persistir en sus cuestionamientos a dicho cuerpo, solicite la designación de nuevo perito, y desista de la informativa a la Sociedad A. de Infectología (ver fs. 649)…” (Sic)* (Ver: considerando II, fs. 713).----------

-------Ante lo cual, principio por advertir que surge de la revisión de las actuaciones que le asiste parcial razón a los aquí impugnantes, en tanto ciertamente su petición originaria relacionada a la solicitud de intervención del cuerpo médico forense fue realizada en el marco del recurso de revocatoria planteado en contra de la providencia de fecha 28/08/2013, obrante a fs. 546. Dicha resolución fue motivada a su vez, por el pedido formulado por la parte actora para que se provea la prueba pericial médica oportunamente solicitada. La providencia dictada en relación a lo solicitado, en lo pertinente, fue la siguiente *“…Atento lo solicitado a fs. 545, y no contando el Tribunal con perito de tal especialidad, líbrese oficial al* ***Colegio Profesional de M.****, a fin de que remita la nómina de traumatólogos matriculados en la zona.”* (Ver: último párrafo de la providencia de fs. 546).----------

-------Ante ello, por presentación obrante a fs. 549 y vta., la representación del

codemandado Dr. L., solicitó que *"…previa a dicha designación…"* se dejara sin efecto la orden de oficiar al Colegio Profesional Médico para que, *"…se remitan las actuaciones al cuerpo médico forense…**a fin de que especifique si cuenta con los profesionales idóneos en la especialidad de traumatología en la ciudad de T., o en alguna otra circunscripción, a fin de que se avoque a la realización de dicha pericial médica**…"* (Sic) (Ver: fs. 549 "in fine") (Lo resaltado en negrita es de mi autoría). ----------

------De modo tal que surge del tenor de lo peticionado en dicha oportunidad de que, efectivamente, no fue solicitado la intervención del cuerpo médico forense a los efectos de que dictamine sobre los puntos de pericia propuestos sino que lo que se pidió fue que se informe si dicho cuerpo contaba o no en su planta con médicos de la especialidad en traumatología. Es decir, no se corresponde tal situación con lo evaluado por el juzgador de grado como un actuar "sugestivo" atribuido a dicha parte codemandada en autos. Empero, desde ya cabe exponer a la par, que ello no invalida "per se" ni la intervención del cuerpo médico forense ni, menos aún, aquello que fue dictaminado por dicho cuerpo auxiliar de la justicia en estos actuados. ----------

--------Pongo de resalto que, en verdad no resulta controvertido la gravitación, la necesidad y la relevancia de la intervención de los peritos médicos en esta clase de litigios en los cuales se intenta dilucidar la existencia de un obrar profesional negligente, descuidado, imperito o imprudente como causa de la provocación de los daños que se denuncian. Tampoco ha sido materia de concreta crítica la preferente valoración que el juzgador indicó que ha de tener la pericia médica aportada por el Cuerpo Médico Forense, ello así básicamente merced a su asegurada imparcialidad (Ver: considerando de fs. 712/713; y, escrito de expresión de agravios de fs. 867 vta. "in fine"/868). ----------

-------Lo que sí es materia de concreto cuestionamiento, en cambio, es la idoneidad de los integrantes de dicho cuerpo auxiliar de la justicia para expedirse sobre los puntos de pericia propuestos y la valoración que de dicho trascendente elemento probatorio ha realizado el judicante de la anterior instancia. Para ello, además, se sostiene que no se tuvo en consideración las impugnaciones planteadas en su contra ni todas las pruebas aportadas al proceso.----------

-------Este particular primer cuestionamiento dirigido a la pericial médica que fuera apreciada por el juzgador de grado para adoptar su decisión, se encuentra dirigido a colocar bajo cuestión la idoneidad misma de los Dres. O. A. H. y D. R. J., médicos forenses que suscribieran el dictamen. Dicha controversia se sostiene, ya desde primera instancia, con apoyo excluyente en la ausencia de especialistas en traumatología en dicho Cuerpo Médico, a pesar de que se expresa que no se pone en duda su capacidad profesional. ----------

------Al respecto corresponde advertir y poner de resalto que la idoneidad de los peritos médicos forenses se encuentra estrechamente relacionada con la fiabilidad que deben poder arrojar sus peritajes. Ello depende en gran medida del cumplimientos de los requerimientos que se exigen reglamentariamente para poder integrar dicho cuerpo forense y de quién compruebe dichos conocimientos (Conf.: Ley XIII Nº 1; y, Acuerdo

Plenario N° 3913/10, S.T.J.Ch.).----------

------Ahora bien, resulta obvio que resulta impensable que el Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la provincia, pueda ser integrado por médicos de todas las especialidades existentes y posibles. De allí que, de común, serán los médicos con la especialidad en medicina legal quienes lo integren -la que, precisamente, es la especialidad requerida por la reglamentación para poder integrar dicho cuerpo auxiliar de la justicia-, a efecto de que dictaminen cuando así lo requiera un tribunal. Dicha especialidad es la que les permite intervenir y dictaminar en múltiples áreas de la medicina.----------

------Las incumbencias profesionales del área de conocimiento de la dicha especialidad involucra, por ejemplo: integrar juntas médicas para considerar y evaluar la capacidad del individuo en los ámbitos laboral, previsional y judicial; realizar y/o presenciar estudios a personas afectadas en su integridad psicofísica o, incluso, post-mortem, a efecto de asesorar a la autoridad judicial en aquello que le sea requerido que expida su opinión; auditar y proveer del peritaje final con todos aquellos elementos técnicos específicos que provean las distintas especialidades y profesiones que intervienen en el hecho en estudio; individualizar con presunción científica fundada toda afectación a la salud de las personas con el objeto de determinar causas y efectos; calificar la enfermedad psicofísica que permita a la justicia encuadrar y ajustar los términos del decisorio en relación a la afectación a la integridad psicofísica (Conf.: art. 6 del Acuerdo Plenario Nº 3913/2010).----

------Es decir, su labor pericial como auxiliar de la justicia es eminentemente multidisciplinaria. Se quiere significar con ello que la Medicina Legal, es una especialidad médica como cualquier otra (cardiología, oncología, urología, pediatría, traumatología, etc.), la que se encuentra regulada por el Colegio Profesional y cuyas incumbencias están dadas por la correspondiente regulación de las especialidades médicas. Precisamente ha sido pensada, de manera particularizada, para intervenir en auxilio de los órganos judiciales con eficiencia y competencia para ello.----------

-------Por otro lado, el planteo impugnativo bajo análisis parece desconocer que en las ciencias médicas la tarea asistencial y la pericial son muy distintas. El trabajo interdisciplinario, la existencia de un paciente, el seguimiento de afecciones, etc.; denotan el desarrollo de una tarea asistencial propia de las que se realiza en hospitales, centros de atención de salud o consultorios, en el marco del ejercicio liberal de la profesión. Allí es donde se desenvuelve la especialidad del galeno que asiste a su paciente en su dolencia. En cambio, la tarea pericial, muy por el contrario a lo expresado en el párrafo anterior, es la que desarrolla un funcionario público, perito oficial, en un marco multidisciplinario -y no interdisciplinario-, que tiene ante sí entrevistados y no pacientes –no conocen ni deben seguir necesariamente el historial clínico de la persona, salvo que deba expedirse sobre las constancias obrantes en dicha historia clínica- y que debe responder a puntos de dictamen concretos formulados por las partes y/o el tribunal.------

-------Por otro lado, que el perito sea o no de la específica especialidad requerida (traumatología) no determina que la prueba pericial se encuentre carente de fundamentos

técnico o científicos, según lo postula la parte co-demandada recurrente – sucesores del Dr. L.-. Es que en tal afirmación la mencionada recurrente no contempla que, en todo caso, siempre la prueba pericial es probabilidad de certeza y no certeza. Esto último, sea que el perito ostente la especialidad específica, o bien, que sea especialista en medicina legal. A todo evento, sea con la intervención de un especialista o de un médico forense, cuanto más elementos de trabajo o análisis se posea mayor será la probabilidad de certeza que arroje la pericia. ----------

------Esto último deriva en que, en definitiva será la apreciación de dicha prueba lo relevante para adoptar una decisión la cual, como bien se lo señala reiteradas veces por este tribunal de alzada, es privativa del órgano jurisdiccional, toda vez que será quien le otorgará mayor o menor fuerza de convicción al informe pericial aportado. Esto último revela la neta distinción entre la tarea del perito (expresar lo que dicen los datos) y la del juez (valorarlos a la luz de los demás datos y pruebas disponibles). Y la tarea de hacer mérito de las pruebas, según la sana crítica, es una potestad-deber de los jueces que es, insisto, absolutamente indelegable.----------

------En este marco de consideraciones, pues, se requiere pasar derechamente a evaluar la corrección o incorrección del mérito que mereciera la prueba en general y la pericial médica, en particular, que fuera realizado por el juzgador del anterior grado. ----------

------Así entonces, corresponde tener presente que previo a estimar que se acreditó la intervención quirúrgica a la que se sometió el Sr. C. -la que fue realizada por el Dr. L. el 16 de agosto de 2006-, y que el mencionado paciente reingresó el 08 de noviembre de 2006 por una fístula en cadera derecha –sin contacto con la prótesis-, por lo que se le realizó tratamiento médico y fistulectomía, apoyándose para ello en lo informado por el cuerpo médico forense quien se expidiera atenido a las constancias de la historia clínica del actor, e indicando que todo ello era concordante con el relato del ayudante de L. en la operación, Dr. A. y la infectóloga a quien fuera derivado, Dra. D., en sus testimonios prestado en autos (fs. 413/414 y 409/410); el juzgador de grado expuso lo siguiente, a saber: *"…Asimismo, de la copia de la historia clínica correspondiente al actor, labrada por el Hospital Regional de Río Gallegos, se desprende* ***que el paciente ingresó el 5 de julio de 2007, y se le diagnosticó un cuadro de infección y aflojamiento de prótesis****. Ante ello,* ***al día siguiente, en una posterior intervención quirúrgica, se le extrae la misma, un "oblito" de gasa encontrado****, y se le coloca un espansor con antibióticos*. *La foja quirúrgica da cuenta además que se envía para cultivo (ver fs. 492), sin que conste su resultado. El 11-VIII07 recibió el alta hospitalaria (ver fs. 500). (…) El 8-VII-08, derivado por su Obra Social al Centro de Medicina Integral de la Ciudad de Buenos Aires, se le practica una nueva cirugía donde se extraen oblitos metálicos, se le coloca una nueva prótesis y se resuelve una fractura de fémur. Luego del acto quirúrgico se produce una descompensación hipotensiva, por lo que fue pasado a la Unidad de Terapia Intensiva (ver. Fs. 457 y 471). El 12-VIII-08 debe ser intervenido nuevamente por una fractura peri y transprotésica, y fue dado de alta el 15-VIII-08."* (Sic) (Ver: considerando I, de fs. 709 vta.).----------

------Lo que se ha transcripto hasta aquí resulta extremadamente útil para el desarrollo del presente examen por cuanto presenta cuáles son los hechos que han sido tenidos por acreditados y, por ende, ciertos por el juzgador para, luego de un profuso análisis genérico de la responsabilidad médica, pasar a desarrollar el mérito del peritaje médico legal aportado a fs. 565/571 de autos. ----------

-------El párrafo que ha sido destacado con letras en negritas en la porción que se ha reproducido textualmente, cuenta con particular relevancia en tanto sirve como un eje temporal ineludible en el análisis a efectuar, desde que es el momento a partir del cual se desenvolvió todo el derrotero posterior a la primera intervención quirúrgica, al menos aquél que se encuentra en estricta e indudable vinculación al reemplazo de cadera al que fuera sometido el actor. ----------

--------Esto último lo digo por cuanto no hay constancia ni dato fehaciente alguno que indique que la primera infección sufrida -y tratada- por el actor fuera la misma que sufriera con posterioridad –casi un año después-. Aclaro que ubico temporalmente la primera infección en la constatada en la fecha de reingreso del actor luego de su primer alta e inmediatamente posterior a la intervención quirúrgica realizada por el Dr. L., esto es, el 08 de noviembre de 2006 teniendo en consideración lo manifestado por la médica especialista en enfermedades infecciosas, Dr. D., testigo que fue la que brindó asistencia y tratamiento al Sr. C. en dicha oportunidad (Ver: testimonial de fs. 409/410). De hecho, resulta ser una circunstancia fáctica sobre la que no se ha disputado en este pleito que el reingreso inmediatamente posterior a la primer alta del actor, fue aquel ocurrido el 08 de noviembre de 2006, aunque solo se indica que fue debido a una fístula en cadera derecha sin contacto con la prótesis. Tampoco lo es, que la referida infección fue tratada médicamente y que se le realizó una fistulectomía.-------

------Cabe precisar, por otro lado, que esta infección, según los dichos de la médica especialista en infectología se trató de *"…Una infección superficial de herida quirúrgica…"*, y que identificó cuál fue el germen que la produjo, indicando que se trató de *"…Un estafilococo aureus meticilinosensible…"*, precisando que *"…es un germen habitual que forma parte de la flora de la piel…"* (Sic) (Ver: respuestas a las preguntas 7ª y 9ª - fs. 409 vta.-).----------

-------Es así que estimo razonable descartar que se pudiera tener válidamente por acreditado; o bien, dicho de otro modo, descarto que se pueda tener por explicado suficientemente en el dictamen del cuerpo médico forense, que este primer cuadro infeccioso fuera el mismo, en una suerte de continuidad o evolución del que -mucho tiempo después- desencadenara el cuadro infeccioso que se le diagnosticó al Sr. C. –insisto, casi un año después (el 05 de julio de 2007)-, con aflojamiento de la prótesis colocada en su cadera derecha, que es lo que derivó en la extracción de la misma al día siguiente, oportunidad ésta que también se descubrió y extrajo el oblito de gasa consignado en la historia clínica elaborada en el Hospital Regional de Río Gallegos donde se le practicara la intervención quirúrgica a tal efecto (Ver: fs. 492).----------

-------Se asevera que no fue suficientemente explicado que el cuadro infeccioso desencadenante del aflojamiento y posterior extracción de la prótesis fuera el mismo que aquel que motivara el primer reingreso y tratamiento al que fue sometido el actor en el S. T.

con motivo de la intervención del Dr. L., por cuanto al responder al punto 12 de los puntos de pericia ofrecidos por el S. T., relativo al interrogante de si *"las infecciones son una complicación común, o no, en una intervención quirúrgica como la realizada al actor y que se indique si se cuenta con indicadores oficiales estadísticos"*, se respondió que: *"La infección es una complicación posible en cualquier tipo de cirugía. En el caso de autos la presencia del elemento extraño (oblito) en la zona intervenida, resultó ser el elemento favorecedor a la instalación y mantenimiento del cuadro infeccioso que facilitó el aflojamiento de la prótesis introducida y demandó su extracción posterior."* (Sic) (Ver: dictamen pericial – fs. 569-).----------

------Como es fácil de verificar de la lectura de la respuesta dada a este punto de consulta, los peritos forenses no dieron ninguna razón que suministrara una posible justificación o explicación, con el necesario apoyo científico, de la conclusión que emiten sobre dicho punto objeto de pericia. Tampoco lo hicieron ante el pedido de explicaciones e impugnaciones deducidas respecto al tópico, omitiendo subsanar tal ausencia de debida motivación de dicha conclusión. Esto es, no aportaron ninguna explicación que motive o de sustento a la aserción de que el elemento extraño (oblito) fue el que originó y mantuvo el cuadro infeccioso productor del aflojamiento de la prótesis lo cual impuso su posterior extracción. ----------

------Esta conclusión pericial de tal manera propuesta en el dictamen bajo examen se emparentaría con la tesitura interpretativa existente en alguna doctrina argentina que, siguiendo a doctrina francesa, sostiene que debe considerarse probado el nexo causal cuando el daño fue precedido por la creación de un riesgo injustificado o por la producción culposa de peligro.----------

-------Esto es, se trataría de considerar la fuente de riesgo como elemento de la prueba del nexo causal sin más. Implica decir que cuando esta fuente de peligro es creada normalmente es la que produce el evento dañoso. Ahora bien, en el extremo de compartir que pudiera ser de aplicación tal inteligencia en la especie, es decir, de ser ser admitida esta posición hermenéutica –adoptándose la opinión que emana de lo así dictaminado por el cuerpo médico forense en este proceso-, debe ser aclarado que siempre lo sería excepcionalmente o por aplicación residual. Esto es así dicho, inclusive por aquellos que la propician, expresando que es inaceptable si se la emplea como único elemento de valoración de la relación causal, pues en tales condiciones se acordaría al juzgador una libertad excesiva. Esto es, solo puede ser invocada tal teoría, siempre en el ejercicio de la función jurisdiccional y con carácter corroborante de otros elementos probatorios aportados al proceso. Nunca por quienes, como los peritos, participan solo en auxilio del órgano decisor, quienes deben aportar fehacientes y fundadas razones emanadas, en el presente caso, de las ciencias médicas (Conf.: C.N.Civ., sala D, 29-2-96, "Turón, C. j. c/ Municipalidad de Buenos Aires", en J.A., 1996-IV-386, comentado por Vázquez Ferreyra, Roberto A., "La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil. Hacia un alivio en la carga probatoria", en L.L. 1996D-988; conforme, Viney, Geneviève, "Les obligations. La responsabilité: conditions", en Ghestin, Jacques, "Traité de Droit Civi, Librairie

Genérale de Droit et Jurisprudence, París, año 1982, pág. 433; en contra, Yzquierdo Tolsada, “La responsabilidad civil del profesional liberal”, Ed. Reus, año 1989: Ver también: Bueres, Alberto en “R. civil de los médicos”, Ed. Hamurabi, año 1992, T. I, pág. 333). ----------

Incluso debe repararse que esta postura hermenéutica fue criticada por confundir la causalidad con la culpabilidad. La creación de una “fuente de riesgo” es considerada como una infracción “abstracta”, un apartamiento del esquema de diligencia exigible en general, con lo cual se lo separa del juicio de la culpa que examina la diligencia concreta. ------La elucidación del caso debe buscarse ubicados temporalmente ya en esta última referida situación de ingreso de C. al mencionado nosocomio público de Rio Gallegos, merced a problemas relacionados al que, cabe considerar, como se viene diciendo, como un nuevo cuadro infeccioso con aflojamiento de la prótesis, por no existir prueba alguna que acredite que fuera la evolución del anterior, situación por la cual se le extrajo la prótesis colocándosele un espansor con tratamiento con antibióticos.----------

------De lo cual, corresponde establecer que aquello en lo que no hay lugar para mayor disputa, a mi entender, es con relación al descubrimiento del “oblito” gasa que se consignara en la historia clínica. Es que, tengo para mí, que éste es un dato que no puede ser desconocido ni en su existencia, ni tampoco lo es, que dicho “olvido” de la gasa ocurrió en oportunidad de ser intervenido el Sr. C. por el Dr. L..----------

------Para así considerarlo interpreto lo siguiente: si el actor no fue operado ni antes ni después de dicha intervención quirúrgica de reemplazo de su cadera derecha, siendo el antecedente inmediato y directo del descubrimiento del “oblito” de mentas la mencionada intervención quirúrgica de reemplazo de cadera a la que se lo sometiera, cabe presumir sin hesitación, y con arreglo a los criterios de probabilidad y razonabilidad que dimanan de la teoría de la adecuación (Conf.: art. 906 del Código C.), que resulta extremadamente probable y más que razonable inducir que el oblito fue producto de un “olvido” del galeno interviniente en la primera y única intervención quirúrgica inmediata anterior (realizada por Dr. L.) a la posterior y subsiguiente extracción de la misma prótesis que le fuera colocada en la cadera derecha del Sr. C..----------

------En cuanto a su existencia tengo en consideración que la fuerza de convicción que arroja lo consignado en la historia clínica en la especie no se ve de manera alguna menguado en este proceso, por cuanto tal dato no fue contradicho por ninguna otra prueba que fuera aportada por las partes en sentido contrario. Nótese que la historia clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en el que se dejan constancia de los acontecimientos principales del acto médico y de todas las circunstancias y pormenores vinculados a la diagnóstico del paciente y los tratamientos que se le han realizado. En punto a ello, hay que poner de resalto que la historia clínica posee un superlativo valor, ya que constituye un importante medio probatorio para las partes cuando llega el momento de juzgar la responsabilidad profesional médica. Lo dicho toda vez que tanto el paciente como los profesionales médicos poseen el indisputable derecho de ampararse en una historia clínica, la que debe ser considerada como veraz y completa

salvo invocación y prueba de lo contrario. En tal dirección se habla de dicha prueba documental de su aptitud para reconstruir, análisis retrospectivo de por medio, el curso hipotético de los acontecimientos, constituyendo un medio de prueba de suma importancia, sobre todo a la hora de efectuarse el dictamen pericial. ----------

-------Se ha dicho en tal sentido que dentro del contexto médico-legal y deontológico del ejercicio de las profesiones sanitarias, la historia clínica adquiere su máxima dimensión en el mundo jurídico, porque es el documento donde se refleja no sólo la práctica médica o acto médico, sino también el cumplimiento de algunos de los principales deberes del personal sanitario respecto del paciente: deber de asistencia, deber de informar, etc., convirtiéndose en la prueba documental que evalúa el nivel de calidad asistencial en circunstancias de reclamación de responsabilidad a los profesionales sanitarios y/o instituciones públicas o privadas (Ver: Tallone, Federico C., “Análisis de la importancia probatoria de la historia clínica en los juicios de mala praxis médica”, en L.L. 2011-F, 336; id., Vázquez Ferreyra, Roberto, “La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica”, en L.L. 1996-B, 807; Hersalis, Marcelo y Rojas Molina, Eugenio, “La historia clínica nuevamente como elemento fundamental en la praxis médica”, en L.L. 2008-F, 282). ----------

--------En suma, tengo para mí, que resulta razonable y altamente probable que el oblito, cuyo descubrimiento se consignara en la historia clínica del Sr. C. elaborada en el Hospital Regional de Río Gallegos, se encuentra vinculado al primer acto quirúrgico inmediatamente previo a su detección, tal como lo expresara la pericial médica (Ver: pericia, fs. 571). ----------

--------Ahora bien, con lo dicho hasta aquí, no abrigo duda alguna sobre la mala praxis en la que incurriera el galeno con la omisión de retirar la gasa al realizar la primer intervención por la que le reemplazara la cadera al Sr. C.. Empero, ello de por sí no implica que deba prosperar sin más el reclamo por los daños y perjuicios que se denuncian en este proceso, por cuanto el deber de responder por tales nocimientos solo operaría si se hubiere acreditado que el “oblito” quirúrgico del que fuera autor el Dr. L. fue la causa adecuada de los mismos.----------

-------Se comparte con el juzgador a quo en que, jurídicamente, se caracteriza el oblito como un daño producido “con la cosa”, en tanto se trata de una cosa sometida al control humano que se independiza o se escapa del acto médico propiamente dicho. Sin embargo, no puede asignársele al galeno las consecuencias dañosas que no pudieron ser causalmente imputadas al oblito.----------

-------Es que indefectiblemente se debe juzgar y determinar si existió causación dañosa por parte de la cosa, lo que conlleva distinguir el hecho (omisivo) del médico y el de la cosa. Si no se acreditó la influencia causal de la cosa (gasa olvidada en el organismo del paciente), mal puede atribuirse las consecuencias cuyo resarcimiento se reclama al médico que intervino en la cirugía en la que se produjo el olvido, si la cosa olvidada no fue la productora de los daños. ----------

------Ya se expuso antes sobre la acreditación del oblito quirúrgico, cuya existencia se

extrae de las constancias de la historia clínica confeccionada en el Hospital Regional de Rio Gallegos, instrumental de la cual no hay resquicio para dudar respecto de su veracidad, allende de las argumentaciones expuestas por la parte co-demandada impugnante, “S. T. S.R.L.”, quien con apoyo en criterios jurisprudenciales varios que se citan e invocan sostiene la necesidad de acreditarlo mediante otros medios (estudios complementarios como la tomografía axial computada o una resonancia nuclear magnética, o incluso, con la fotografía del cuerpo extraño encontrado), puesto que no encuentro y ni siquiera puedo realizar ninguna especulación o hipótesis para inferir lo contrario a la apreciación que se realiza de las constancias obrantes en la historia clínica aportada al caso.----------

------Sin embargo, sí encuentro que le asiste la razón al planteo impugnativo formulado en el sentido de que la sola existencia del oblito no conlleva sin más al reconocimiento del deber de responder por los daños toda vez que resulta de indispensable acreditación que éste fue la causa eficiente o adecuada del proceso infecciosos que derivo en los nocimientos cuyo resarcimiento es reclamados en este proceso. ----------

-------Y si bien no hallo mácula a la consideración realizada por el Cuerpo Médico Forense, en cuanto indicó que la presencia de un cuerpo extraño como la gasa puede ser propiciante y agravante en cuadros infecciosos posquirúrgicos, es dable advertir y señalar -nuevamente- que ello no conlleva de por sí a considerar como cierto que el oblito que en autos se tuvo por acreditado, sea la verdadera causa eficiente del proceso infeccioso que, transcurrido casi un año después de la intervención quirúrgica realizada por el médico demandado en este proceso Dr. L., derivó en que se tuviera que extraer la prótesis colocada en la cadera del actor por su aflojamiento producto de un cuadro infeccioso.----------

------Ciertamente resulta sorprendente que, a pesar de que se indicó a fs. 492, que en tal oportunidad se envió para cultivo la gasa encontrada en esa oportunidad, no se haya aportado a este proceso su resultado. Ahora bien, tal falencia probatoria no puede ser suplida por inferencias conjeturales tan extremas como del estilo de inducir, sin exponer fundamento puntual en concreto que lo sostenga, que la bacteria que se individualizara en la primera infección sin contacto con la prótesis -que data de fecha 08/11/2006-, fuera la misma que produjo el cuadro infeccioso con aflojamiento de la prótesis -que data del 05/07/2007- y todo su derrotero posterior con derivación y traslado del actor al Centro de Medicina Integral sito en la ciudad de Buenos Aires. ----------

------Desde ya que el hecho (u omisión) atribuido al galeno y el daño sufrido en la integridad psicofísica de su paciente, son requisitos imprescindibles o insoslayables para asignar responsabilidad civil a quienes integran el polo pasivo de la estructura subjetiva bipolar de este proceso. Pero no alcanzan por sí solos para asignar el deber de indemnizar puesto que se requiere en indispensable nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño cuyo resarcimiento se pretende. ----------

-------Se ha dicho al respecto, casi sin apartamiento observable, que jurídicamente la relación de causalidad puede ser definida como la vinculación externa, material, que

enlaza el evento dañoso y el hecho u omisión de la persona o de la intervención que le cupo a la cosa. El ligamen causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño.----------

------Constituye entonces un factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso, el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. En tal sentido, se ha dicho que, como presupuesto de la responsabilidad, la relación causal es un vínculo externo que se establece entre el daño –o el peligro de daño- y un hecho que lo ha generado. En virtud de ese perjuicio –o la amenaza de que ocurra- se imputa fácticamente al suceso, que es su fuente, con prescindencia de toda valoración sobre injusticia o reprochabilidad. La causalidad es prioritaria respecto de la culpabilidad o de factores objetivos de atribución, señalándose que, desde la causación de un daño recién se averigua si concurre algún motivo para que alguien deba responder (Conf.: Zavala de González, Matilde, “Actualidad en la jurisprudencia sobre el derecho de daños. Relación de casualidad”, en L.L., 1997-D, 1272; id. Goldenberg, Isidoro, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, año 2000, pág. 40 “in fine”; ídem, Brebbia, Roberto “La relación de causalidad”, Ed. Juris, año 1973, N° 6). ----------

------Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho –por comisión u omisión- de la persona, o de la intervención de la cosa (Conf.: Bustamante Alsina, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Ed. Abeledo Perrot, año 1983, pág. 267; Goldenberg, Isidoro, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, año 2000, pág. 22 y s.s., & 10; Trigo Represas, Félix – López Mesa, Marcelo J., en “Tratado de la responsabilidad civil”, Ed. La Ley, 2ª ed., ampliada y actualizada, año 2011, T. II, Cap. 5, págs. 359 y s.s.). ----------

------De lo que se viene exponiendo, en cuanto al prioritario presupuesto del deber de responder por los daños sufridos por quien reclama su resarcimiento, que implica la necesaria e indispensable acreditación de la vinculación causal entre la conducta del agente -al que se le pretende imputar las consecuencias- con el daño que se le asigna a tal conducta, no corresponde realizar para ello distingo alguno entre los actos de comisión u omisión. Es que ésta es la tendencia que se observa en la jurisprudencia, e inclusive, podría decirse también, que es la postura que se ha venido imponiendo en los proyectos de reformas al Código C. de los años 1993, 1998 y 2012, los cuales no incluyeron ninguna norma similar al art. 1074 de nuestro Código vigente.----------

-------Jurisprudencialmente se ha dicho, en tal inteligencia, que para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901, Cód. Civ.). ----------

------Vale decir que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño; éste debe haber sido causado por aquella (Conf: SCJBA, 20-5-80, “Silvestre c/ Thompson”, D.J.B.A., 119-457 y L.L. Buenos Aires,

1980-471; id., fallo del 14-6-94, in re: “A.G.M. y otro c/ A., E. N. y otra”, L.L. Buenos Aires, 1994-652; id., C. 2ª. C.Com., de La Plata, Sala III, 13-4-82, in re: “Cimino c/ Club Varela Jr.”, D.J.B.A., 123-94; ídem, CNCiv, sala B, 25-10-78, in re: “Massa c/ Amorena”, L.L. 1983-B-318; SCJ de Mendoza, 10-12-56, “Palau, Domingo”, en L.L. 90-364, entre otros muchos).----------

------Y esto es dicho, sea interpretando ampliamente la norma contenida en el art. 1074, o bien aplicando la norma genérica contenida en el art. 1.109 del Código C., mediante la diferenciación entre ilicitudes derivadas de los actos de comisión por omisión o de omisión simple respectivamente. Todo ello sin perjuicio de admitirse, siguiendo a Diez Picazo, que *“de este modo se produce un enlace y un estrecho nexo de unión entre la omisión como causa del daño y la negligencia como fundamento de la responsabilidad, si no se olvida que negligencia es precisamente omisión de cuidado y de precaución”* (Conf.: aut. cit., en “Derecho de Daños”, Ed. Civitas, año 2000, pág. 94, Cap. IV, N° II “in fine”; ver también: Aguiar, Henoch D., en “Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley”, Ed. Tea, año 1950, T. II, pág. 265 y sgtes., N° 42.).----------

-------Se ha explicitado en esta misma dirección que quien omite, por negligencia o por culpa una conducta que guarde conformidad con la naturaleza de las cosas y de las circunstancias (Art. 512, Cód. Civ.) viola lo dispuesto por el art. 1109 y, por ende, es responsable. Del mismo modo, quien intencionalmente se abstiene de realizar un acto para prevenir un daño, porque ha querido ese daño, incurre en violación del art. 1067. En ambos supuestos, entonces, se cumple con el requisito exigido por el art. 1074, que exige que la ley imponga realizar el acto omitido, ya que ésta prohíbe todo hecho que, por culpa o por dolo, cause daño, o en otros términos, obliga a que la conducta de los hombres esté de acuerdo con la diligencia, con la prudencia, que requieren las circunstancias de personas, lugar y tiempo (Conf.: Spota, Alberto G., en “R. por hecho ilícito negativo”, en J.A. 70-16).----------

--------Y, para terminar esta revisión de la postura jurisprudencial encuentro pertinente transcribir parcialmente el voto del Dr. Pliner como integrante de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca, quien respecto a este tópico expuso con la claridad que lo caracterizaba lo siguiente: *“…si se interpretase el artículo 1074 del Código C. ajustándose al rigor de la literalidad de los términos, viendo en ellos una norma absoluta y excluyente, no habría omisión culposa susceptible de comprometer responsabilidad sino en los casos en que el agente dejase de ejecutar un hecho manifiestamente preceptuado en una ley normativa. Pero es evidente que no es ésa la inteligencia de la regla del art. 1074, porque de ese modo la noción de ilicitud quedaría condicionado a un formulismo inconciliable con el principio de nuestra ley contenido en los artículos 1067 y 1109, que suponen la posibilidad de actos intrínsecos o inicialmente lícitos que se tornan ilícitos por la concurrencia del factor subjetivo (dolo y culpa) y la realidad del daño. Existe un marcado paralelismo entre las disposiciones de los artículos 1066 y 1074 del Código C.. Mientras el primero condiciona la ilicitud de los hechos positivos a su expresa prohibición por la ley, el segundo condiciona la ilicitud de las omisiones a la existencia de una obligación*

de ejecutar el acto impuesto por una disposición legal. Sin embargo, la regla del artículo 1066 no tiene en el Código el sentido riguroso que aparenta, desde que en el artículo 1109 se convierte en ilícito todo hecho culposo que causa un daño a tercero, con prescindencia de una previa prohibición legal expresa. No hay, sin embargo, contradicción en los textos, desde que la sanción o la prohibición resultarían de la norma que impone el deber de indemnizar el daño causado por una conducta dolosa o culpable. Y por análogas razones, junto a la ilicitud inicial considerada en el artículo 1074, debe colocarse la posibilidad de coexistencia de conductas ilícitas determinadas por la omisión dolosa o culpable de un deber jurídico de obrar impuesto por ineludibles exigencias de la convivencia humana y los principios de solidaridad que informan la sociedad organizada sobre fundamentos de Derecho." (Sic) (Ver: fallo del 25-3-58, en autos "Ferri c/ Club Estudiantes", en J.A. 1959-V-389). ----------

-------Solo cabría añadir a esta hermenéutica tan claramente expuesta en el párrafo transcripto que, en la especie, tratándose de una omisión enrostrada a un profesional de la medicina no se requiere aludir a un deber impuesto por exigencias de la convivencia humana, o por la solidaridad social o alguna otra formulación general de ese estilo, dado que existe una obligación impuesta normativamente la que, ante su incumplimiento, pone de manifiesto una ilicitud que se caracteriza por el quebrantamiento del derecho objetivo considerado en su totalidad. Es decir, la unidad del ordenamiento jurídico determina la unidad de lo ilícito informando una antijuridicidad genérica en cuanto involucra en su seno tanto el incumplimiento de una obligacional contractual como de una obligación "ex lege".-

-------Es más, diría que como deber primario y fundamental de todo médico, se impone que en el ejercicio de su función o actividad asistencial de la salud, éste deba observar una actuación diligente, es decir, un obrar con el cuidado y previsión exigible según el parámetro provisto por los arts. 902, en conexión con el art. 512 del Código C..----------

-------Ello así, puesto que el contenido de la prestación a cargo del profesional, se integra con un haz de conductas activas o pasivas. Estas se fijan mediante declaraciones emergentes del ejercicio de la autonomía de la voluntad y, en mayor medida por las disposiciones contenidas en las normas legales que regulan la actividad profesional y por las leyes especiales que le resulten de aplicación. En esta inteligencia, es pertinente señalar que la Corte Nacional, al valorar la obligación jurídica de asistencia en el caso de los médicos, ha remarcado que el deber jurídico de obrar se compone no sólo con la carga de actuar con la prudencia y el pleno conocimiento impuesto por las normas del Código C., sino con las que establecen los ordenamientos particulares, propios de los profesionales del arte de curar (Leyes 17.132 y sus modificatorias; 26.549, 26.742 y dcto. regl. 1089/12; y, el Código Internacional de Ética Médica, Declaración de Ginebra, etcétera. Ver: C.S.J.N., in re: "Norma Mabel González Oronó de Leguizamón c. Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines", en Fallos: 306:178 y J.A., 1984-II-373; id., C.S.J.N., 24-10-89, in re: "Amante, Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor", Fallos: 312:1953 y J.A., 1990-II-127; ídem, siguiendo tal doctrina para absolver al profesional demandado, C.S.J.N., in re: "M. Cristina Houston de Otaegui y

otros c. S. San Lucas S.A. y otros", Fallos: 321:1429, L.L., 1997-C-996, J. agrup., caso 11.569). ----------

-------De esta manera, parece indudable que la Corte Federal reconoce u otorga trascendencia jurídica a las normas deontológicas, colocándolas en el rango de fuente del Derecho C., aunque más no fuere de manera mediata, y cuyo incumplimiento puede constituir ilicitud en los términos del art. 1.066 del Código C. para fundar, por ende, ante la infracción a una norma ética o de los deberes de diligencia profesional previstos expresamente por una regla corporativa, la atribución de responsabilidad al profesional que la ha vulnerado (Conf.: Rivera, Julio C., en "Instituciones de Derecho C.", Ed. Abeledo Perrot, año 1994, t. I, pág. 164; id., Carranza Casares, Carlos A., "Relevancia de las normas éticas en la responsabilidad de los médicos", en L.L. 2004-F-1101).----------

--------Doctrinalmente se ha dicho en esta inteligencia, con total acierto a mi ver, que el médico responde civilmente y se ve obligado a indemnizar el daño del paciente porque su comportamiento no se adaptó al parámetro de conducta que venía determinado por la *lex artis* vinculándose tales presupuestos del deber de responder con un nexo de causalidad adecuada; y no, simplemente, porque, con ocasión del tratamiento dispensado al paciente, éste sufra un daño (Ver: Trigo Represas, Félix – López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la R. C.", Ed. La Ley, 2ª ed., año 2011, T. IV, págs. 145/146 y cita de nota n° 430). ----------

------Esto es, se han de satisfacer en el ejercicio de la profesión médica todas aquellas exigencias que son derivadas razonablemente de un actuar diligente, mediante el acabado cumplimiento de las etapas de práctica que, como secuencia lógica se deben agotar en la atención profesional debida. Empero, ello no implica que no subsista o se pueda obviar la exigencia de que concurran todos los presupuestos de la responsabilidad civil para que se puedan imputar consecuencias dañosas al actuar culposo del galeno.----------

------Retomo el itinerario argumental predispuesto al comienzo del presente análisis, para decir que, desde el punto de vista de la proyección legislativa que se observa sobre el tema, es factible observar que el primero de los proyectos de reforma al Código C. que fueran precitados –me refiero al del año 1993-, cuya redacción fuera encargada a una comisión creada por Dcto. 468 del año 1992, establecía en el numeral 1564, lo siguiente: "Las reglas de este capítulo son aplicables a las consecuencias de los hechos y las omisiones" y en las notas se destacaba que, de tal modo, se llevaba el problema de las omisiones al de la causalidad adecuada y, asimismo, se señalaba que el ejercicio regular de la facultad de omitir una conducta no da lugar a indemnización alguna (Ver: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La responsabilidad civil de los albores del siglo XXI", en J.A. 1993-II-817). ----------

------El proyecto de 1998 cuya redacción estuviera a cargo de la comisión creada por decreto 685/95, no sólo no incluyó norma similar al actual art. 1074 del Código sustantivo vigente sino que, además, en su art. 1585 se establecía, ya normativamente, la prevención del daño como un principio y deber genérico, disponiéndose que "Toda persona tiene el deber en cuanto depende de ella: a) de evitar causar un daño no

justificado; b) de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca, o disminuir su magnitud…" (Ver: Proyecto de Código C. de la R. A. unificado con el Código de Comercio, con nota de elevación, fundamentos y legislación complementaria", Ed. Abeledo Perrot, año 1999).----------

-------Finalmente se corona la aludida tendencia legislativa en tal dirección con el Código C. y Comercial de la Nación del año 2012, proyectado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011, el que en su art. 1710, bajo el título "Deber de prevención del daño" reproduce en términos similares el texto del ya citado artículo correspondiente al proyecto del año 1998 (hoy Código C. y Comercial vigente).----------

--------Traigo a colación estas propuestas de reformas unificadoras de los Códigos C. y Comercial, por cuanto ponen en la palestra que el legislador no fue indiferente a la necesidad de poner fin a la estéril discusión acerca de si las omisiones necesitan de norma expresa que consagre el deber de actuar o si existe la libertad de abstenerse susceptible de ser abusada. Es más, en el Código de fondo unificado hoy vigente ya se cuenta con una norma que consagra el deber de actuar –en la medida en que dependa del agente- para evitar cualquier daño no justificado, sea que él lo haya causado o que lo haya causado un tercero. ----------

-------Ahora bien, todo este derrotero argumental lo he realizado para poner en la palestra que, a pesar de que en el caso bajo estudio, sea por una vía interpretativa o por la otra, corresponde tener por acreditado cuál fue el actuar omisivo del médico demandado Sr. L. en ocasión de intervenir quirúrgicamente al actor, Sr. C. -en cuanto incurrió en el oblito denunciado-, dicho actuar omisivo, no se encuentra en relación de causalidad adecuada con el daño sufrido por el actor causante en estos autos.----------

-------Habida cuenta de todo lo dicho hasta aquí, aparece como indisputable que solo si el daño puede ser vinculado causalmente al acto omitido hay lugar para atribuir el deber de responder por cuanto, de otro modo, no será imputable -jurídica ni fácticamente- a dicha acción ilícita; y, por ende, ninguna responsabilidad puede recaer al culpable de tal actuar omisivo por no concurrir la acreditación del indispensable presupuesto del nexo de causalidad adecuado. ----------

------Sabido es que causalidad es, en esencia, una probabilidad, posibilidad u oportunidad de que suceda un evento particular. De allí que, si jurídicamente causalidad es probabilidad, es natural concluir que causalidad es también previsibilidad, porque no puede haber probabilidad relevante que no se haya podido prever. De tal modo causalidad y previsibilidad son términos inescindibles, ya que sin previsibilidad del resultado no existe causalidad. En este punto rememoro que el cuerpo médico forense no aseveró -o no pudo hacerlo con fundamento científico- que el olvido de la gasa encontrada en la humanidad del Sr. C. fuera el factor desencadenante del proceso infeccioso que produjo el aflojamiento de la prótesis que se le colocara en su cadera, sino que solo expuso que "puede ser" un factor propiciante o agravante en cuadros infecciosos posquirúrgicos. Esta opinión experta, por su generalidad, resulta insuficiente para asignar en el particular supuesto bajo análisis, la indispensable causalidad adecuada de manera

tal que sea factible atribuir las consecuencias dañosas sufridas por el damnificado con motivo del cuadro infeccioso que desencadenara la necesidad de extraerle la prótesis y todos los demás sucesos vinculados hasta lograr su alta definitiva. ----------Desde otra perspectiva, es pertinente advertir que constituye una falacia no distinguir entre relación de causalidad y correlación. Aún acreditada la existencia de una correlación entre dos eventos, por caso, en la especie, el olvido de la gasa y el segundo cuadro infeccioso desencadenante de los perjuicios cuyo resarcimiento se reclaman, no necesariamente se deriva de ellos la existencia de una relación de causalidad. La correlación es una medida o grado de relación entre dos variables, mientras que una relación causal requiere -para ser tal- de una relación muchos más estrecha y afinada entre dos eventos, la que existe solo si la ocurrencia del primero lleva aparejado el otro, según un alto grado o coeficiente de probabilidad. En este caso, el primer evento es llamado causa y el segundo evento es llamado efecto o consecuencia.----------La correlación es un enlace lineal entre dos variables; ella significa un vínculo cuantitativo. La correlación indica el grado de linealidad en el enlace de esas variables conexas. En cambio, el nexo y el análisis causal van más lejos; el nexo causal es una relación compleja entre dos variables; la causalidad es un vínculo cualitativo entre ambos eslabones de la cadena, lazo que precisa el sentido de la relación, el camino de la causa al efecto. Esto es, no se puede inferir la existencia de causalidad adecuada a partir de una correlación empírica. El hecho de que dos variables aparezcan estar correlacionadas no necesariamente significa que una esté causando a la otra. La correlación brinda un indicio de causalidad, mientras que la causalidad otorga una certeza de la existencia de correlación. Toda relación causal es una forma de correlación; pero la inversa no es predicable, porque no todo supuesto de correlación configura uno de relación causal en términos jurídicos, ni mucho menos, en términos de causalidad adecuada. ----------Esto es, lo que interesa desde el punto de vista de la responsabilidad es la causalidad jurídica y no la causalidad material. Es que bien se advierte que ésta última es, en muchos casos, más extensa o más restringida que la anterior. Se explica este último aserto del siguiente modo: desde el punto de vista jurídico la causalidad requiere de la previsibilidad del resultado –no solo desde el punto de vista científico- sino desde el punto de mira del sujeto actuante y de la experiencia cotidiana del segmento de gente en el que se ubica el agente. No sería causa jurídica aquella que surgiera de un análisis científico absolutamente ajeno al público en general y al agente de daño en particular, porque faltaría en dicho caso la previsibilidad del resultado desde el punto de vista de un sujeto medio de la categoría, en la especie, se trataría de un médico de la especialidad del Sr. L. –traumatólogo que intervino en la primer cirugía de reemplazo de la cadera derecho del acto- (Conf.: López Mesa, Marcelo J., en opus cit., T. II, págs. 370/373).----------Establecer si la ocurrencia del daño era en abstracto previsible de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, tomando para ello, como módulo, la diligencia exigible a un galeno de la especialidad, da suficiente respuesta acerca de la existencia o no de una relación causal adecuada entre lo “actuado” –autoría-, sea por acción u omisión

del sujeto, y el desenlace sobreviniente –consecuencia-. Esta operación intelectual se denomina en doctrina “prognosis póstuma”, que indica la operación o procedimiento consistente en determinar *ex post facto* la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes. Es el criterio del pronóstico objetivo retrospectivo que aquilata la adecuación de una causa conforme a la regularidad en el acontecer de los sucesos y las reglas dictadas por la experiencia, prescindiendo de la concreta aptitud perceptiva del individuo –previsibilidad subjetiva-.----------

-------Desde tal perspectiva, a tenor de lo dictaminado por el cuerpo médico forense respecto al punto central, cual es, si la gasa olvidada en la primer intervención quirúrgica fue la causante del proceso infeccioso que derivó en la necesidad de extraer la prótesis debiendo someterse a todo el derrotero posterior que se relata al relacionar los hechos en la demanda, tal previsibilidad objetiva “in abstracto” no puede ser predicada en este caso. Ello así desde que la alusión de que el elemento extraño (gasa) *“puede ser el que de inicio, exacerbe y/o agrave un proceso infeccioso”*; o bien, responder al requerimiento de que indique si las infecciones son una complicación común o no en una intervención quirúrgica como la realizada por el Dr. L., con las características señaladas y el porcentaje de casos en los que se presentan infecciones, que *“La infección es una complicación posible en cualquier tipo de cirugía. En cuanto al porcentaje, no se cuenta con indicadores oficiales estadísticos. En el caso de autos la presencia del elemento extraño (oblito) en la zona intervenida, resultó ser el elemento favorecedor a a instalación y mantenimiento del cuadro infeccioso que facilitó el aflojamiento de la prótesis introducida, y demandó su extracción posterior.”* (Sic) (Ver: respuesta al punto c) de fs. 565 vta.; y, respuesta al punto 12 de fs. 569, ambas, del dictamen de cuerpo médico forense), importa más la referencia a una mera condición más no a una verdadera causa adecuada de un resultado dado. ----------

------Finalmente corresponde insistir que el principio de causalidad, desde la óptica jurídica, no se identifica con la causalidad material, por cuanto causalidad jurídica va unida a la imputabilidad, es decir a la conexión de cierta conducta injusta con una consecuencia ilícita. De ello se deriva que, demostrada la relación causal material, corresponde al derecho establecer si el agente del hecho le cabe o no la responsabilidad por los daños sufridos por el damnificado. ----------

--------Desde otra perspectiva es pertinente dejar establecido igualmente que “causa” es el antecedente que, según el curso natural y ordinario de las cosas (“rectius”: de los hechos), es idóneo para producir el resultado. Y, a ella, hay que diferenciarla de la “condición” que son los demás antecedentes o factores que concurren para propiciar ese resultado. Lo que en definitiva debe juzgarse es si un determinado efecto –el daño sufrido por el actor- puede ser causalmente referido al comportamiento positivo o negativo del galeno demandado. En ambos casos, de verificar tal causalidad adecuada, nos hallaríamos frente a una conducta con fuerza causal productora de un suceso reprobado por el ordenamiento jurídico, no así de lo contrario. ----------

-------Es por ello que se comparte la tesitura jurisprudencial que pregona que las

condiciones que operan en el resultado dañoso, de conformidad con la teoría de la causalidad adecuada adoptada por nuestro Código C., aún antes de la reforma por ley 17.711/68, y ratificada luego si se quiere con ella, a tenor del texto del art. 906 del Código C. aplicable al presente caso, no son todas equivalentes sino de eficacia distinta, de modo que sólo cabe calificar de “causa” a la dotada de la mayor fuerza productiva.----------
-------El necesario vinculo causal, de tal manera ponderado, es el que se encuentra ausente en la especie tal como se lo ha venido señalando hasta aquí, por lo cual se perfila en mi voto que propondré al pleno que corresponde revocar el fallo apelado; y, en consecuencia, propiciar que se decida rechazar en todos sus términos la demanda por daños y perjuicios que fuera planteada por el actor, Sr. C., hoy sus sucesores.----------
--------Por todo lo expuesto y concluido, postularé que procede admitir los agravios aquí examinados; y, en consonancia con ello, en tanto devienen abstractos los demás que fueran formulados por los integrantes del litisconsorcio pasivo -relativos a los rubros indemnizatorios y su cuantía- y, más aún, los planteados por la parte actora, me eximo de pronunciarme respecto de ellos. Asi lo voto. ----------
------III.- Conclusión: ----------
------Atento a lo examinado y razonado, propongo revocar en todos sus términos el fallo apelado para rechazar la demanda de daños y perjuicios planteada por el Sr. R. C. -hoy sus sucesores- en contra del Sr. N. H. L. -hoy sus sucesores-. ----------
-------Triunfante finalmente la parte demandada, las costas de ambas instancias deberían ser atribuidas a la parte actora vencida en ellas (Conf.: arts. 69 y 282 del C.P.C.C.). -----
-------Sin embargo, en el marco de lo previsto por el 2º párrafo del art. 69 del Código del rito antes citado, encuentro que en la especie hay suficiente razón para eximir parcialmente a la parte actora perdidosa de la aplicación estricta del principio objetivo del vencimiento a la parte actora en autos.----------
------Lo repito, no omito considerar que la eximición que autoriza el artículo citado es excepcional y de carácter restrictivo, procediendo solo en aquellos supuestos en los que existan motivos fundados. Empero, en tal sentido, habida cuenta que estimo que resulta más que razonable que la parte actora pudiera considerarse con derecho a reclamar resarcimientos por los daños padecidos con motivo de la existencia de un oblito quirúrgico; añadido a lo cual, es factible que una gasa olvidada en el cuerpo de quien fuera intervenido genere un proceso infeccioso como el que sufriera el Sr. C., da suficiente pábulo para que formule el reclamo que finalmente no prospera por las razones antes expresadas. Es decir, la demanda que mediante este resolutorio se rechaza, se encontraba fundada en motivos serios que justificaron que pudiera tener el convencimiento de sentirse asistido por el Derecho para pretender como lo hiciera. La circunstancias que, luego, con el transcurrir de las presentes actuaciones no se pudo acreditar la vinculación causal entre el oblito y el proceso infeccioso que desencadenara los perjuicios cuyo resarcimiento se reclamaba, no esteriliza la mencionada creencia seria –a partir de la existencia conocida del oblito quirúrgico descripta en la historia clínica- de que le asistía el derecho para ello. ----------

-------Como consecuencia de lo cual propongo al acuerdo que las costas de ambas instancias sean asignadas por el orden causado (Conf.: art. 69, 2º párr.. del C.P.C.C.). ----------

--------Así lo voto.----------

--------Por aplicación de la última norma citada, corresponderá adecuar a esta nueva decisión los honorarios regulados en el anterior grado. A tal fin, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado arrojado por las labores profesionales de primera instancia, opino que deben fijarse los emolumentos de los profesionales interviniente en ella, del siguiente modo, a saber: al Dr. C. F. M., letrado apoderado de la parte actora, en la suma equivalente al 14%; a los Dres. J. M. F. C. y R. J. L., letrado patrocinante y apoderado respectivamente de la codemandada “S. T. S.R.L.”, en conjunto y proporción de ley, en la suma equivalente al 11%; al Dr. G. H. U., letrado apoderado de la aseguradora “N. S.A. Aseguradora de R. Profesional”, en la suma equivalente al 2,1%; al Dr. D. G. F., letrado apoderado de co-demandado Dr. L. y de su aseguradora “S. M. S.A.”, en la suma equivalente al 11%; al Dr. I. C. P., letrado apoderado de la obra social OSPRERA, en la suma equivalente al 2,8%; y, a los Dres. D. E. P. y N. I. S., letrados patrocinante y apoderada respectivamente de la misma obra social OSPRERA, en la suma equivalente al 2,1%. Sin que corresponda regular honorarios a la Dra. M. G. M., atento a la inoficiosidad de su actuación en dicha instancia. Todos estos porcentuales a calcular sobre el monto pretendido en demanda con más los intereses reclamados a calcular en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 6, 8, 9, 10, 12, 18, 36, 38, 46 y concordantes de la ley XIII Nº 4; y, leyes 23.349 y 23.871).----------

--------Por aplicación de idénticas pautas apreciativas y de lo preceptuado por el art. 13 de la ley del arancel, estimo adecuado fijar los honorarios profesionales correspondientes a la actuación cumplida en esta segunda instancia, del siguiente modo, a saber: al Dr. C. F. M., letrado apoderado de la parte actora, en la suma equivalente al 3,5%; al Dr. R. L., letrado apoderado de la co-demandada “S. T. S.R.L.”, en la suma equivalente al 3,85%; al Dr. D. G. F., letrado apoderado del co-demandado Dr. L. -hoy sus sucesores- y la citada en garantía “S. M. S.A.”, en la suma equivalente al 3,85%; y, a la Dra. M. G. M., letrada apoderada de la co-demandada, obra social OSPRERA, en la suma equivalente al 1,72%. Todos estos porcentuales a calcular sobre el monto pretendido en demanda con más los intereses reclamados a calcular en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 10, 13 y concordantes de la ley XIII Nº 4; y, leyes 23.349 y 23.871).-------

--------Termino, de tal manera, pronunciándome en la presente cuestión por la NEGATIVA.----------

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

------Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 704/719 -ver también aclaratoria de fs. 772/773-, y los agravios que contra la misma expresaran lo coactores a fs. 851/855, la codemandada “S. T. S.R.L. a fs. 857/860; la codemandada OSPRERA a fs. 861/863, el codemandado L. -hoy sus sucesores- y S. M. S.A. a fs. 867/870 vta., así como la respuesta a los agravios de la actora por parte de la codemandada S. T. S.R.L. a fs. 871/872, me remito a la misma en homenaje a la brevedad. Habré de agregar que asimismo que a fs. 906/vta. se declaró la deserción del recurso de apelación interpuesto por la citada en garantía N. C. de S. S.A.----------

------A fin de un más ordenado análisis seguiré el orden propuesto por el Dr. Lucero, más allá de que es el pertinente por motivos de orden lógico.----------

------I.- Comenzaré, pues, por tratar los agravios vertidos por los integrantes del

litisconsorcio pasivo, relativos a la valoración de la prueba pericial médica, la existencia del oblito quirúrgico y el nexo de causalidad con la infección padecida por C..----------1) Antes de entrar directamente en los agravios, habré de recordar que no se encuentra controvertido que el caso de autos debe resolverse de acuerdo a la normativa del C. C. vigente al tiempo de la operación practicada en agosto de 2006 acto al que se endilga la causa del daño padecido por el actor -hoy sus sucesores- (ver fs. 09 “in fine”/vta., dos primeros párrafos). Así lo anticipó el juez de grado (ver sentencia a fs. 708/vta.), y, reitero, ello no fue objeto de agravio.----------Dicho lo anterior, bien dice el Dr. Lucero que existen quejas del codemandado L. -hoy sus sucesores-, su aseguradora, el sanatorio y la obra social, que merecen un tratamiento conjunto por estar íntimamente vinculadas. En primer lugar, la representación de L. y de S. M. S.A. cuestiona que el sentenciante concluyera en la existencia de mala praxis con fundamento en el dictamen del Cuerpo Médico Forense, la que consideró una prueba concluyente, otorgándole una prevalencia decisiva. Considera que el juez yerra al conferirle a dicha prueba un valor absoluto dado que han sido numerosas las objeciones e impugnaciones. Añade que el juzgador se equivoca al señalar que la aseguradora pidió la intervención del Cuerpo Médico Forense para no afrontar gastos y luego consideró sugestivo que solicitara la designación de un nuevo perito. Afirma que requirió la intervención de peritos especializados e idóneos en la materia, en este caso traumatología e infectología, por lo que solicitó que el Cuerpo Médico informe sobre dicha circunstancia. Destaca que esa averiguación no se efectuó, por lo que la pericia fue efectuada por dos médicos forenses que no cuentan con la especialización requerida, más allá de su capacidad (ver fs. 867/868 vta.). ----------
------Sobre este aspecto, el juez de grado otorgó incuestionable valor prevalente al dictamen del Cuerpo Médico Forense (ver sentencia a fs. 712 vta., último párrafo/713), y consideró *“Amén de resultar sugestivo que uno de los impugnantes (S. M. S.A.), haya pedido expresamente la intervención del Cuerpo Médico Forense, para no afrontar “gastos extras” (ver fs. 549), y luego de persistir en sus cuestionamientos a dicho cuerpo, solicite la designación de un nuevo perito, y desista de la informativa a la Sociedad A. de Infectología (ver fs. 649)…”* (ver sentencia a fs. 713, 2da. mitad). Como lo resalta el colega preopinante, a fs. 546 se proveyó que al no contar el tribunal con perito en tal especialidad, se ordenó librar oficio al Colegio Profesional de M. para que remita la nómina de traumatólogos matriculados. A fs. 549/vta., el representante del médico codemandado y su compañía de seguros planteó revocatoria contra dicha providencia, pidiendo que se envíe la causa al Cuerpo Médico Forense para que especifique si cuenta con profesionales especialistas en traumatología, en virtud de que la actora gozaba del beneficio de litigar sin gastos. Es así que no cabe considerar sugestiva la actitud procesal de la parte que impugnara la pericia y que ahora se agravie al respecto.----------
------Dicho lo anterior, la recurrente cuestiona la falta de idoneidad de los integrantes del Cuerpo Médico Forense por no revestir las especialidades médicas conducentes a fin de ilustrar de la manera más acertada respecto a la intervención quirúrgica de marras y sus

efectos, mas desde ya, no pone en duda su capacidad como profesionales. Al respecto es de considerar que la jurisprudencia ha sostenido que los dictámenes emanados del Cuerpo Médico Forense son el asesoramiento técnico de personas especializadas, cuya imparcialidad y corrección están asegurados (conf. CSJN, 15/04/04, Lexis, n° 4/51870); así como que los dictámenes provenientes del Cuerpo Médico Forense deben ser preferidos a la opinión de otro perito designado en el expediente o a la del consultor técnico de parte, cuando la discrepancia entre los profesionales no es esclarecida con elementos de juicio suficientemente convincentes que autoricen apartarse de las conclusiones de aquéllos, porque se trata de un cuerpo que integra el Poder Judicial y cuya imparcialidad está garantizada (conf. CN. Civ., Sala C, 14/3/03, LL, 2003-D-831). En el mismo sentido se ha dicho que ante las discrepancias existentes con las pericias obrantes en los autos resulta razonable inclinarse por las conclusiones de dicho cuerpo, toda vez que él constituye un cuerpo auxiliar de la justicia cuya imparcialidad está garantizada por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de funcionarios judiciales (conf. CN. Fed. Cont.Adm., Sala V, 30/12/96, elDial-AH184F). ----------

-------Con todo dicha prevalencia del dictamen de los Cuerpos de Peritos Oficiales no es absoluta. Así se decidió que el dictamen de los peritos integrantes de la Dirección de Asesoría Pericial de la Suprema Corte de Justicia (cuya objetividad y capacidad se presumen) prevalece, en asuntos técnicos, sobre cualquier otra opinión (aun profesional), salvo supuestos de incongruencia manifiesta, falta de fundamentación suficiente o evidente absurdo (conf. Cám. 2° Apel. Civ. y Com. La Plata, Sala I, 19/12/96, elDial-WFE51). Esto último es compatible con la pacífica doctrina y jurisprudencia que señala que el juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta unánimemente la doctrina judicial; pero, en consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas por el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá “aducir razones de entidad suficiente” para apartarse de las conclusiones; “razones muy fundadas” para desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho. En esta orientación, el magistrado no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto. En todos los supuestos fundará su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar el informe, concluyendo fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de que su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal C. y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, T° 2, págs. 522/523). Si la prevalencia del dictamen de los Cuerpos Oficiales fuera absoluta, el juez dejaría de ser soberano en la apreciación de las experticias y de esa manera no podría apartarse de la opinión de dichos organismos bajo ningún concepto, lo que contradice la referida doctrina judicial.--

-------No ahondaré en la diferencia entre las especialidades referidas por la apelante traumatología e infectología- y la condición de los médicos forenses, quienes básicamente son médicos legistas, lo que les permite integrar el cuerpo auxiliar de la

justicia y abarcar las diferentes funciones que de manera precisa enumera el art. 6 del Acuerdo Plenario 3913/2010, que mentara el Dr. Lucero, las que no reiteraré a fin de no devenir tediosa la lectura de este decisorio. Sí destacaré que el art. 1 del acuerdo citado exige determinadas disciplinas para los integrantes del Cuerpo Médico Forense, entre ellas, la de medicina legal para los médicos forenses, médicos especialistas en psiquiatría, en anatomía patológica, psicológos, bioquímicos, auxiliares y técnicos, pero no se exige las especialidades de traumatología e infectología referidas. Es así que habré de compartir lo expuesto por el colega prevotante en cuanto a que la falta de especialidad de los integrantes del Cuerpo Médico Forense no invalida la corrección de sus dictámenes, y en definitiva habrá que analizar el tenor de las objeciones planteadas en los agravios a fin de poder concluir o no en dicha corrección.----------2) A fin de evaluar el dictamen cuestionado, es de considerar que los apelantes L. y S. M. S.A. señalan que la pericia parte de un supuesto falaz, ya que los expertos dan por supuesta la existencia del oblito quirúrgico consistente en una gasa. Se afirma que una gasa estéril no puede producir una infección, y que los peritos se limitan a indicar que un cuerpo extraño puede iniciar o exacerbar un proceso infeccioso, pero olvidan que la propia prótesis era un cuerpo extraño que bien pudo tener los mismos efectos, a lo que añaden que se realizó dicha conclusión sin conocer cuál había sido el agente generador de la infección ya que no se realizó dicho estudio en Río Gallegos (ver fs. 868 vta., últimos párrafos/869, 1er. párrafo). Por su parte la representación del nosocomio coincide con la crítica anterior al destacar que se tiene por acreditado el oblito con las meras constancias de la historia clínica del Hospital de Río Gallegos, lo que se considera insuficiente como medio probatorio, dada la que considera notable mala praxis desplegada en la intervención quirúrgica realizada en la capital santacruceña. Cita jurisprudencia relativa a los estudios idóneos para acreditar la existencia de un cuerpo extraño en el organismo de un paciente, tal como una tomografía computada o una ecografía, lo cual es reconocido por el Cuerpo Médico Forense, destacando que no se efectuó ese tipo de estudios. A ello añade que el método complementario idóneo para certificar que se trataba de una gasa, consistía en la remisión del material a anatomía patológica, lo cual tampoco se realizó (ver fs. 857 vta./858 vta.). En términos más o menos similares desplegó su crítica sobre este punto la obra social recurrente (ver fs. 861/862).----------En síntesis, los litisconsortes pasivos apelantes concuerdan en objetar la conclusión del juez, quien basándose en el dictamen pericial, dio por supuesta la existencia de la gasa como oblito quirúrgico de la operación realizada por el Dr. L. en agosto de 2006 en T., para lo cual sólo se cuenta con la historia clínica del hospital de Río Gallegos, donde se realizó una posterior intervención quirúrgica en agosto de 2007. Como bien lo reseña el colega preopinante, el juez de grado repasó la secuencia de intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido el actor originario, destacando que viajó desde Río Grande, derivado por la obra social OSPRERA, a T., para realizarse un reemplazo total de cadera derecha, operación realizada el 16/08/06 por el Dr. L., obteniendo el alta médica el 01/09/06. El paciente reingresó el 08/11/06 por una fístula

en la cadera derecha, sin contacto con la prótesis, realizándosele tratamiento médico y fistulectomía, todo ello de acuerdo a la pericia médica que se basó en la historia clínica del S. T. (ver fs. 77 y 87, y pericia a fs. 565 vta., primeros párrafos), y en las declaraciones testimoniales de los Dres. A. (ver fs. 413/414) y D. (ver fs. 409/410) (ver sentencia a fs. 709 “in fine”/vta., 1er. párrafo). Seguidamente, y de acuerdo a la historia clínica del Hospital Regional de Río Gallegos, el paciente ingresó a dicho nosocomio el 05/07/07 y se le diagnosticó un cuadro de infección y aflojamiento de prótesis. Al día siguiente, en una posterior intervención, se le extrajo un “oblito” de gasa encontrado y se le colocó un espansor con antibióticos, se lo envió para cultivo sin que conste el resultado, recibiendo el alta médica el 11/08/07 (ver fs. 492 y 500, pericia a fs. 565 vta., y sentencia a fs. 709 vta., 3er. párrafo). Finalmente es derivado el 08/07/08 por la obra social al Centro de Medicina Integral de la ciudad de Buenos Aires, donde se le practica una nueva cirugía, se le extraen oblitos metálicos, se le coloca una nueva prótesis y se resuelve una fractura de fémur. Luego de la intervención se produce una descompensación hipotensiva, por lo que es pasado a la unidad de terapia intensiva, se lo opera nuevamente el 12/08/08 por una fractura peri y transprotésica, siendo dado de alta el 15/08/08 (ver fs. 457 y 471, pericia a fs. 565 y sentencia a fs. 709 vta., anteúltimo párrafo).----------Habré de coincidir con el Dr. Lucero en que no existe relación entre la primera infección tratada en T. en noviembre de 2006, y la segunda detectada en Río Gallegos en julio de 2007. En cuanto a la primera, y de acuerdo a lo explicado por la médica infectóloga se trató de una infección superficial de herida quirúrgica y provocada por un germen habitual que forma parte de la flora de la piel (ver fs. 409 vta., respuestas séptima y novena). No se aprecia de la pericia médica que pudiera establecerse alguna relación o identidad entre ambos cuadros infecciosos, y más aun, como lo destaca el Dr. Lucero, cuando entre dichos cuadros transcurrió un plazo considerable de tiempo, y en el segundo se constató el aflojamiento de la prótesis, se la extrajo, así como se hizo lo mismo con el oblito de gasa hallado en dicha oportunidad (ver fs. 492). Es que en el dictamen se señaló que la presencia del elemento extraño en la zona intervenida resultó ser el elemento favorecedor a la instalación y mantenimiento del cuadro infeccioso que facilitó el aflojamiento de la prótesis (ver fs. 569, pto. 12), mas la primera infección fue definida como superficial de herida quirúrgica, por lo que no se aprecia sin más el vínculo entre ambos cuadros. ----------Dicho lo anterior, retomo la crítica de las apelantes en que se dio por presupuesta la existencia de la gasa como oblito quirúrgico con el mero fundamento de la historia clínica del hospital galleguense, sin haberse remitido el material a anatomía patológica ni efectuarse los estudios de diagnóstico por imágenes idóneos. Se recuerda que la existencia de la gasa surge de las constancias de la foja quirúrgica de fs. 492, que integra la historia clínica del hospital santacruceño. En cuanto a la relevancia probatoria de la historia clínica en este tipo de juicios, se ha sostenido que la misma es, desde el punto de vista médico, un documento en el que se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente. Desde el punto de vista

jurídico, siendo que el médico tiene un deber de información, la historia clínica es la documentación del mismo. Así se ha dicho que no debe olvidarse que frente al derecho del paciente a ser informado y acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento. Desde el punto de vista procesal, se trata del deber de cumplimiento de una carga informativa en el proceso, derivada de aquel deber secundario de conducta (conf. Lorenzetti, R. L.: "R. civil de los médicos", Rubinzal-Culzoni Editores, 1997, T° II, pág. 243).----------

-------Asimismo se ha entendido que médicamente se define a la historia clínica como "la constancia escrita de todas las comprobaciones realizadas en el examen médico, como también de todas las efectuadas en el curso de la evolución y de tratamientos instituidos, aun por terceros". Jurídicamente, como un "documento privado (institucional o no) de carácter personalizado, que registra respecto de un enfermo los datos de filiación; antecedentes individuales, hereditarios y familiares; elementos diagnósticos, pronósticos o terapéuticos y establece un relevamiento evolutivo de la enfermedad o lesión de un paciente". La historia clínica posee superlativo valor, ya que, además de constituir el medio idóneo para efectuar un adecuado y permanente control y seguimiento de los pacientes, adquiere singular trascendencia para otros fines. Ellos, en prieta síntesis, son: de carácter legal, estadístico, comparativo, evolutivo, científicodocente, necroscópico, de auditoría y calidad asistencial, etc. (conf. Urrutia, Amílcar R.: "R. civil por mala praxis quirúrgica", Ed. Hammurabi, 2010, págs. 292).----------

--------La doctrina reciente se ha detenido en exaltar la trascendencia de este instrumento, tanto desde el ángulo médico como jurídico. Así el Código de Ética para el Equipo de Salud de la Asociación Médica A. determina en su art. 137 que *"La historia clínica completa es uno de los pilares fundamentales de la atención médica y en ella tienen responsabilidades varios componentes del equipo".* Ferreres recuerda esta elocuente sentencia: "La realidad no es lo que pasó o lo que usted sostiene que aconteció; la realidad es lo que consta en la historia clínica (Brittain, 1989). De consuno, se ha dicho que: "La historia clínica es un elemento de prueba de mucha importancia para demostrar la diligencia o la negligencia del médico", o en otra palabras: "La historia clínica es el medio de prueba por excelencia, cuando llega el momento de juzgarse la responsabilidad profesional médica individual o institucional. Paralelamente, deberá tenerse en cuenta que la historia clínica pasa a ser el eje central del proceso civil, no sólo como prueba documental sino también porque influye notoriamente en la prueba pericial, desde que los dictámenes generalmente pivotean sobre las constancias de aquélla (conf. Urrutia, op. cit., págs. 292/294).----------

--------Por todo lo anterior no puede sorprender que la jurisprudencia nacional reflejara la singular importancia de la historia clínica. Así se ha considerado que *"En estos litigios en que se invoca mala praxis, una prueba fundamental es la constancia documental que emana de la historia clínica, donde puede observarse la evolución médica del paciente y apreciarse los actos médicos realizados conforme a los estándares, por lo cual este instrumento tiene un papel relevante cuando se trata de establecer la relación de*

causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño" (conf. CSJN, Fallos, 324:2689). Es que por lo demás no podrá olvidarse que las mismas normas legales y éticas consagran la obligación de confeccionar la historia clínica, partiendo del art. 40, inc. l) del decreto reglamentario 6216/67 de la ley 17132. En efecto la ley del ejercicio de la medicina y actividades afines impone a quienes ejercen la dirección de los establecimientos asistenciales la obligación de: *"Adoptar los recaudos necesarios para que se confeccionen historias clínicas de los pacientes y que se utilicen en las mismas los nomencladores de morbilidad y mortalidad establecidos por las autoridades sanitarias"* (conf. Urrutia, op. cit., pág. 295).----------

-------En el "sub exámine" se presenta la particularidad de que la foja quirúrgica en cuestión emana de un hospital público, concretamente a fs. 492 luce el membrete "Hospital Regional Río Gallegos. Ministerio de Asuntos Sociales". Es así que en casos de establecimientos sanitarios estatales debe destacarse la categoría jurídica del facultativo, que asume o se enviste de la calidad del funcionario público en el ejercicio de la medicina hospitalaria, cometido estatal por excelencia, sin perjuicio que habrá que hacer una distinción entre el médico de servicio, que será un agente público y el jefe de guardia, director, etc., que constituirá por su jerarquía un verdadero funcionario público. La característica fundamental de los actos medicales, que se incluirán en la historia clínica, revisten la calidad de actos administrativos subjetivos, es decir, producen los efectos jurídicos determinados sobre un sujeto de derecho privado (el paciente). Al decir de Jeze, se trataría de una "manifestación de voluntad, en ejercicio del poder legal, que tiene por objeto constatar una situación general -individual o hechos- con fuerza de verdad legal" (conf. Ghersi, Carlos A.: "R. por prestación médico asistencial", Ed. Hammurabi, 1992, pág. 56). ----------

-------La anotación en la historia clínica o legajo de los diversos actos administrativos señalados *ut supra* da la noción de registración. El registro es entonces, el acto administrativo medical, por el cual el agente o funcionario público, mediante la forma prescripta en el ordenamiento jurídico administrativo, inserta actos, hechos, acontecimientos y todo evento, que considere necesario para establecer la correlatividad secuencial de los actos médicos en la vida del paciente desde la primera visita hasta que se le extiende el acta o fallece. El acto de registro lo hace el profesional de oficio, aun cuando también puede hacerlo por pedido de otro colega, de un paramédico, del superior y hasta del propio paciente. El tópico más importante es el efecto jurídico que produce el acto registrado, se sostiene que se le otorga fecha cierta, produce efectos frente a terceros -sin perjuicio de que se trata de una presunción *juris tantum* sujeta a impugnaciones-, certifica la existencia del acto o hechos y si se tratare de opiniones o dictámenes, obtienen calificación de razonabilidad científica hasta que se pruebe lo contrario. Desde el punto de vista procesal, su apreciación debe ser para el juez la de un elemento idóneo (al igual que los libros contables para el comerciante) ya que si no contiene defectos formales, produce prueba *per se* (conf. Ghersi, op. cit., págs. 57/58).----

-------A la luz de lo expuesto, dada la trascendencia reconocida en este tipo de juicio a la

historia clínica como prueba documental de los hechos y actos médicos, así como la particularidad de que en la especie se trata de un instrumento público que no fuera impugnado o controvertidas sus constancias con prueba en contrario, coincidiré con el colega preopinante en tener por cierto el hallazgo de la gasa detectada como “oblito quirúrgico” de la primera intervención realizada en T. el 16/08/06, ya que no se invocó ni se acreditó otra intervención quirúrgica entre la señalada y la efectuada en Río Gallegos el 06/07/07, en la cual tuvo lugar el hallazgo mencionado. ----------

-------3) En consecuencia de lo anterior, se tiene por comprobado el oblito quirúrgico consistente en la gasa detectada. Médicamente se considera como oblitos quirúrgicos a todos los elementos o instrumentos quirúrgicos “olvidados” o “extraviados” en el interior del organismo durante el transcurso de un acto operatorio. Jurídicamente se ha caracterizado al oblito como un daño producido “con la cosa”, esencialmente porque si bien se trata de una “cosa sometida al control humano se independiza o se escapa del acto médico propiamente dicho”, no obstante lo cual “sigue prevaleciendo el hecho humano pese a su defectuosidad y aunque la cosa estrictamente no haya obedecido dócilmente a la imperfecta acción del hombre” (conf. Urrutia, op. cit., pág. 255). ----------

------Sentado lo precedente, cabe adentrarnos en la crítica efectuada por los litisconsortes pasivos con relación al nexo de causalidad. Es que las apelantes han sostenido que no se ha demostrado dicho nexo entre la existencia de la gasa y la infección que padeció C.. Así la representación del S. T. señala que la comprobación del nexo de causalidad entre la gasa supuestamente infectada y la infección causada a C., sólo era comprobable mediante el cultivo del material supuestamente extraído. A ello agrega que el juez tiene por probado dicho vínculo pese a las dudosas conclusiones a las que arriba el Cuerpo Médico, añadiendo que de las probanzas de autos se desprende que el germen era nativo de la piel y no hay nada que lo conecte con algún material extraño que hubiera quedado en los planos profundos de la herida (ver fs. 859/860). Por su parte, la representación del codemandado L. y de S. M. S.A., remarcó que los peritos no lograron analizar adecuadamente y con rigor científico las impugnaciones relativas a que una gasa estéril no puede producir una infección, ya que se limitan a señalar que un cuerpo extraño puede iniciar o exacerbar un proceso infeccioso, mas olvidando que la propia prótesis era un cuerpo extraño. Añade que se efectuó dicha conclusión sin conocer cuál fue el agente, bacteria o virus generador de la infección, dado que no se hizo dicho estudio en Río Gallegos (ver fs. 868 vta. “in fine”/869, primer párrafo). Agrega que pareciera que el juez invirtió la carga de la prueba, dado que razonó que no se ha acreditado extremo alguno que permita sospechar -por no haberse realizado mayores estudios- que la infección tuviera otra causa que la determinada por los expertos (ver fs. 869 “in fine”/vta., 1er. párrafo).----------

-------En cuanto al nexo causal, es sabido que según la teoría de la causalidad adecuada, no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen igual importancia, sino que debe asociarse a aquel antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata del perjuicio. Por ello, todas las demás condiciones son

periféricas y, por tanto, irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad. La cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar. En resumidas cuentas, la causa del daño es sólo aquella condición que normalmente resulta apta para producir el resultado. Solamente es causa idónea la que, haciendo un juicio de probabilidad, normalmente, según la experiencia de la vida, produce u ocasiona el resultado daño que debe atribuirse al hecho. Las demás son meras condiciones, factores o antecedentes (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A.: "R. por daños. (Elementos)", Ed. Depalma, 1993, págs. 223/224). Este criterio lo he reiterado recientemente en otro precedente de esta Sala "B" (SDL N° 104/18, del 28/12/18).----------La teoría de la causalidad adecuada parte de la base de que sólo puede considerarse jurídicamente "causa" de un resultado aquel hecho que, de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, produce normalmente aquel resultado. No basta, entonces, con que entre ambos extremos (hecho y resultado) medie una relación causal desde el punto de vista físico, sino que es preciso, además, que el resultado aparezca como una consecuencia previsible del hecho. Para establecer si un determinado hecho ha sido la causa adecuada de cierto resultado dañoso el intérprete debe efectuar un juicio de "prognosis póstuma", que consiste en preguntarse si un hombre medio puesto en el momento del hecho podría haber previsto que aquel hecho iba a generar ese resultado. Así el disparo de un arma de fuego es la causa adecuada de la muerte o las lesiones provocadas sobre una persona, porque la experiencia nos enseña que eso es lo que suele suceder en tales casos (se trata, si se quiere, de un juicio estadístico), pero en cambio no es causa adecuada de ese resultado, el hecho de que los padres del autor lo hayan concebido, dado que el solo hecho de tener un hijo no permite prever que éste matará o lesionará a alguien en algún momento de su vida (conf. Picasso, Sebastián, en Lorenzetti, R. L. (Director): "Código C. y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° VIII, págs. 419/420).----------De manera consistente con lo anterior, me expedí en otro antecedente de esta Sala "B", SDC N° 05/17, del 17/08/17. En el mismo argumenté que se ha sostenido que frente a la comprobación de un daño, el jurista debe desandar los acontecimientos que han conducido al resultado del mismo, analizando y descubriendo cuál de todas las condiciones previas alcanza el grado de verdadera causa jurídica. Una vez hecha esa determinación que vincula un daño material con un hecho humano o de una cosa, o entre el perjuicio y una esfera de riesgo, deberá medir el alcance de la responsabilidad, es decir cuáles son los daños jurídicos que desencadenados por ese antecedente, deben ser indemnizados (conf. Vázquez Ferreyra, op. cit., pág. 221). Sabido es que la teoría predominante en la actualidad es la de la causalidad adecuada -hoy consagrada normativamente en el art. 1726 del C. C. y Comercial-, según la cual no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen igual importancia, sino que debe

asociarse a aquel antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata del perjuicio, por ello todas las demás condiciones son periféricas y, por lo tanto, irrelevantes a los efectos de la atribución de la responsabilidad. La cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar (conf. citas de Ángel Yagüez y Santos Briz, en Vázquez Ferreyra, op. cit., pág. 223/224). Es esta teoría la que recoge nuestro Código C., siendo solamente causa idónea la que, haciendo un juicio de probabilidad, normalmente, según la experiencia de la vida, produce u ocasiona el resultado daño que debe atribuirse al hecho. Las demás son meras condiciones, factores o antecedentes (conf. cita de Cifuentes, en Vázquez Ferreyra, op. cit., pág. 224). Ello es lo que se desprende de las previsiones de los arts. 901 y sigs. del C. C..----------

--------En sentido concordante se ha sostenido que la teoría de la causalidad adecuada considera a las condiciones en abstracto, y selecciona como causa a aquella que, además de ser condición necesaria, tenía aptitud para generar el resultado según las reglas normales de la experiencia. Es decir que es causa jurídica del daño la condición idónea “adecuada”, para producirlo, acorde con reglas de probabilidad basadas en la experiencia corriente. Se trata de un problema de regularidad estadística, que por lo tanto requiere pluralidad de casos. En efecto, sólo puede haber previsibilidad cuando preceden situaciones frecuentes en que se ha conectado un cierto antecedente con determinado consecuente como resultado probable. El examen causal es efectuado por el magistrado (o cualquier otro intérprete, como el abogado cuando estudia el caso) erigido en observador óptimo y quien, suprimiendo mentalmente el curso de los acontecimientos tal como ocurrieron (en concreto), formula un juicio de probabilidad: se pregunta si una determinada condición (el suceso motivo de juzgamiento) poseía poder eficiente para producir la consecuencia que se examina, de manera que exista una “adecuación” entre el hecho y el resultado. Dado el primero, ¿era previsible que ocurriera el segundo?. Esa indagación opera *ex post facto:* después del daño y desandando hacia atrás en el camino de los hechos que se interponen (conf. Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, 1999, T° 4, págs. 255/256). ----------

-------Bajo el marco normativo y doctrinario antedicho, resulta relevante la crítica de las apelantes en lo relativo a que para demostrar el nexo causal era necesario contar con el resultado del cultivo y determinación del germen causante de la infección, y que los peritos se limitaron a señalar que un cuerpo extraño puede iniciar o exacerbar un proceso infeccioso sin conocer cuál había sido el agente generador de dicho proceso. En tal sentido asiste razón a las quejosas en cuanto a que en la foja quirúrgica que obra en copia a fs. 492 se señala que se remite material para cultivo mas no se conoce el resultado del mismo. Cabe rememorar que en la demanda, el nexo causal se imputa entre la gasa olvidada -el oblito quirúrgico- por omisión del Dr. L. y la infección que motivó tres

intervenciones quirúrgicas posteriores (ver fs. 09 vta., quinto párrafo). Es que si bien también se hace mención a que el galeno citado olvidó dos pedazos de acero y la punta de una pinza de cirugía (ver fs. 09 va., quinto párrafo), de la pericia médica -en base a las historias clínicas agregadas- se desprende que cuando C. fue operado en Río Gallegos en julio de 2007, el único oblito hallado fue la gasa, y recién en 2008 cuando se le realiza una nueva cirugía en Buenos Aires, se encuentran los oblitos metálicos (ver fs. 471 y 492, y pericia a fs. 565 vta., pto. a), párrafos quinto y sexto), por lo cual no es dable inferir que estos últimos hayan sido consecuencia de la primera intervención quirúrgica practicada en T. en agosto de 2006, sino de la realizada en Río Gallegos en la cual se le extrajo la prótesis. Ello además se corrobora con lo dictaminado por los peritos en cuanto a que es posible que en la extracción de la prótesis de cadera se produzca la rotura de los elementos quirúrgicos utilizados (ver fs. 569, pto. 13).----------

--------En cuanto a las conclusiones vertidas en el dictamen pericial se sostuvo de manera textual que *“La gasa, al ser un “elemento extraño”, ajeno al organismo, puede ser el que dé inicio, exacerbe y/o agrave un proceso infeccioso”* (ver fs. 565 vta., pto. c). Más adelante se afirma que *“La infección es una complicación posible en cualquier tipo de cirugía. En cuanto al porcentaje, no se cuenta con indicadores oficiales estadísticos. En el caso de autos la presencia del elemento extraño (oblito) en la zona intervenida, resultó ser el elemento favorecedor a la instalación y mantenimiento del cuadro infeccioso que facilitó el aflojamiento de la prótesis introducida y demandó su extracción posterior”* (ver fs. 569, pto. 12). También se expresó, en relación a la presencia del oblito que es reconocida la influencia que ejerce la presencia de este tipo de elementos en el desarrollo de infecciones o aflojamiento de prótesis (ver fs. 569 vta., pto. 16); a lo que se agregó que *“Sin dudas que las infecciones son complicaciones posibles en este tipo de cirugías, pero es más esperable si luego se detecta la presencia de un “cuerpo extraño” (oblito) en el foco quirúrgico”* (ver fs. 569 vta., pto. 18). Asimismo se culmina la pericia indicando que *“Existe un nexo causal entre la primera cirugía y las complicaciones sobrevinientes”* (ver fs. 571, pto. 12). ----------

-------Esta última aseveración pareciera indicar que con la pericia cuestionada se acreditó el nexo causal en examen, sin embargo un análisis global de la experticia me lleva a atenuar la certeza de dicha aseveración. Es que los peritos han explicado que las infecciones son una complicación posible en este tipo de operaciones, pero son más esperables ante la presencia de la gasa olvidada como en el presente caso. Como se puede apreciar las conclusiones de los expertos permanecen en el campo de lo conjetural o hipotético, de una posibilidad en base a estadísticas o experiencias -si bien no pueden determinar porcentajes por carecerse de estadísticas al respecto-, mas no de una afirmación en concreto. Ello se reafirma si se repara en que expresan que la presencia de todo elemento extraño es favorecedor de un proceso infeccioso, y como se dice en los agravios, la propia prótesis lo es. Debe recordarse que lo único que se encuentra imputado por la primera operación es el oblito de la gasa, ya que reitero, no existen indicios de que a dicha intervención también pueda enrostrarse los oblitos metálicos. Es

así que resultaba sumamente relevante conocer el resultado del cultivo de la gasa extraída en la intervención realizada en Río Gallegos.----------Me detendré ahora en la respuesta de los peritos a las impugnaciones y pedido de explicaciones de las partes. Los peritos reafirman que la fístula padecida por C. y que motivara su reingreso al S. T. el 08/11/06, no tenía contacto con la prótesis (ver fs. 565 vta., pto. a), 4to. párrafo; y fs. 590, pto. 2), por lo que no se puede relacionar con la gasa olvidada, al menos de manera directa. También reafirman que existe nexo causal entre la presencia de un oblito quirúrgico y un cuadro infeccioso postoperatorio (ver fs. 590 vta., pto. 9), lo cual se trata de una afirmación que se mantiene en la línea de lo conjetural y abstracto, ya que no permite inferir que ese oblito desencadenante del proceso infeccioso padecido por C. haya sido la gasa. Es cierto que luego expresan que entienden que la infección y sus complicaciones son producto de la presencia del oblito narrado (ver fs. 591, pto. 13). Con todo, ante la pregunta concreta de si puede afirmarse indubitablemente que el origen de la infección fue articular protésico, responden que no pueden dar una respuesta que no sea en base a los registros médicos y los datos allí vertidos, y que no se cuenta con una fistulografía para poder objetivar lo escrito por los profesionales (ver fs. 591, últimos párrafos). La siguiente respuesta de los peritos también se desenvuelve en el campo de lo conjetural o posible. Al respecto indican que ante la presencia de una gasa en el sitio quirúrgico y un proceso infeccioso sobreviniente, debe pensarse en primer lugar que el mismo es producto del oblito y no por la colocación de la prótesis (ver fs. 591 vta., 4to. párrafo).----------En cuanto a las aclaraciones que los peritos dieron a fs. 609/610, entiendo que, en lo que se refiere a la acreditación del nexo causal entre el olvido de la gasa y los cuadros infecciosos padecidos por C., vuelven a caer en el campo de la posibilidad o conjetura. Así, al preguntárseles cuál fue la causa y el origen de la primera infección, expresan que la gasa olvidada resulta ser un elemento propiciante y agravante en cuadros infecciosos posquirúrgicos (ver fs. 609, pto. 3); esto se reitera cuando se dice que la gasa, al ser un elemento extraño, ajeno al organismo, puede ser el que dé inicio, exacerbe y/o agrave un proceso infeccioso en curso (ver fs. 609 vta., pto. 5). Se reitera que en la foja quirúrgica relativa a la operación en Río Gallegos se procedió a la toma de muestra del material extraído para cultivos, no encontrándose agregado el resultado de los mismos (ver fs. 609 vta., pto. 7), por lo que no se pudo responder a si el virus o bacteria encontrados en la gasa fuera el mismo que el encontrado en el primer cuadro infeccioso (ver fs. 609 vta., pto. 8).----------De acuerdo a lo expuesto, he de concluir, que los peritos se limitaron a exponer un juicio de posibilidad entre la presencia de la gasa y el proceso infeccioso padecido por C.. Es más en varias oportunidades expresaron que la gasa olvidada pudo dar inicio, exacerbar y/o agravar un proceso infeccioso en curso, lo que confirma que se trata de conclusiones hipotéticas que no han podido ser confirmadas con las pruebas obrantes en autos. Es que la posibilidad importa una mera conjetura, en este caso no por descarte ante la inexistencia de los factores de riesgo habituales o frecuentes, ya que se dijo los

procesos infecciosos son factibles en este tipo de operaciones. La posibilidad se estableció porque se halló la gasa, pero el tenor de las respuestas no excluye la existencia de otros factores de causalidad, y como se dijo, no se pudo determinar, en el supuesto de que la gasa hubiera intervenido en el proceso infeccioso, en qué etapa temporal del mismo y en qué grado de aporte aconteció dicha intervención. El establecimiento de la relación de causalidad adecuada importa, muchas veces un juicio de probabilidad estadística sobre datos concretos, no de posibilidad en base a consideraciones genéricas. ----------

-------No he de eludir que en el caso de la existencia de oblitos quirúrgicos, se ha entendido que habrá de presumirse la responsabilidad del profesional interviniente, operándose a sus expensas una inversión de la carga probatoria (conf. cita de Vázquez Ferreyra, en Urrutia, op. cit., pág. 256). Pero también se ha sostenido que no existen en sentido cabal presunciones de causalidad, pues siempre el pretensor ha de demostrar el contacto físico entre el hecho y un cierto resultado -cuando menos naturalístico-, lo real es que sí puede afirmarse que, a raíz del proceso de cambio operado sobre este presupuesto de la responsabilidad, la doctrina y la jurisprudencia han aligerado las exigencias para que quede revelada la aludida imputación física o material y, asimismo, presumen en ciertos casos y en cierta medida la adecuación de las consecuencias o la producción de ciertos daños (conf. cita de Bueres, en Urrutia, op. cit., pág. 265).----------

------En síntesis de todo lo expuesto habré de concordar con el Dr. Lucero en que no se ha demostrado el nexo causal adecuado entre el oblito quirúrgico endilgado al Dr. L. y los padecimientos sufridos por C. como consecuencia de los diversos procesos infecciosos que padeciera durante un lapso de aproximadamente dos años, dado que los peritos intervinientes se han limitado a formular un juicio de posibilidad que no permite establecer de manera concreta la causalidad aludida, ni el grado de causación o co-causación del elemento extraño en el cuadro infeccioso indicado.----------

-------En virtud de lo concluido es que coincido en acoger los agravios aquí analizados, revocar el fallo impugnado, y por lógica consecuencia, deviene abstracto el tratamiento del resto de los agravios de las codemandadas y de la actora, relativos a los rubros reclamados. ----------

-------II.- Atento lo razonado en los considerandos precedentes, corresponde revocar el fallo apelado, y en consecuencia, desestimar la demanda promovida R. C. hoy sus sucesores- contra N. H. L. -hoy sus sucesores- y otros.----------

-------Dada la revocatoria del fallo que se propicia corresponde readecuar la imposición de costas y la regulación de honorarios de grado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 282 del CPCC. Sobre lo primero, por aplicación del principio general y objetivo de la derrota, deberían imponerse a la actora perdidosa (conf. art. 69 del CPCC, según remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1). Sin embargo, entiendo que se presentan circunstancias que me conducen a considerar que la actora tuvo razones objetivas para creerse con derecho a promover la demanda. Es de recordar que la eximición de costas que autoriza el art. 69, último párrafo del CPCC, es excepcional y de carácter restrictivo. Si bien la norma

deja al juez un margen de arbitrio, sólo se debe eximir de costas sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas, ya que de acordarse con laxitud, la vencida resultaría en verdad una parcial vencedora, al imponer al triunfante el sacrificio patrimonial constituido por el costo de la defensa de quien se vio obligado a litigar. También se ha sostenido que la sola creencia del litigante no es de por sí suficiente para eximirlo de costas, ya que debe mediar una convicción razonable que provenga de circunstancias objetivas que demuestren la existencia de un justificativo (conf. Fenochietto-Arazi: "Código Procesal C. y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Astrea, 1993, T° 1, págs. 282/284).----------

-------Es así que he de concluir que, en la especie, existen circunstancias objetivas por las cuales bien pudo la actora, y luego sus sucesores, creerse con derecho a promover y continuar esta acción, básicamente por cuanto se acreditó el oblito quirúrgico, y porque en la pericia de autos se efectuó un juicio de posibilidad de que dicha circunstancia pudo haber contribuido al proceso infeccioso padecido por el actor. De allí que no se está frente a una "aventura litigiosa" carente de todo respaldo objetivo, o lo que es lo mismo, basada en una mera creencia o deseo subjetivos. Es por ello que concordaré en imponer las costas en el orden causado, en ambas instancias (conf. arts. 69, 2do. párrafo y 282 del CPCC).----------

------En lo que se refiere a los emolumentos, afectando en este caso solamente a los de los letrados, dado el resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas realizadas, resulta adecuado establecer los de grado, de la siguiente manera: al letrado apoderado de la actora, Dr. C. F. M., en un 14%; y a los letrados patrocinante y apoderado de la codemandada "S. T. S.R.L.", Dres. J. M. F. C. y R. J. L., en conjunto, en un 11%; al letrado apoderado de la aseguradora "N. S.A. Aseguradora de R. Profesional", Dr. G. H. U., en un 2,1%; al letrado apoderado del codemandado L. y de la aseguradora "S. M. S.A.", Dr. D. G. F., en un 11%; al letrado apoderado de la obra social "OSPRERA", Dr. I. C. P., en un 2,8%; a los letrados patrocinante y apoderado de la misma obra social, Dres. D. E. P. y N. S., en conjunto, en un 2,1%; sin que corresponda regular a la Dra. M. G. M., atento la inoficiosidad de su actuación en la primera instancia; en todos los casos sobre el monto pretendido en demanda con más intereses a determinar en la etapa procesal oportuna, y con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 6, 8, 9, 10, 12, 18, 36, 38 y 46 del arancel; y leyes 23349 y 23871).----------

------En cuanto a los honorarios por la actuación ante la Alzada, y de acuerdo a las mismas pautas consideradas para los emolumentos de origen, encuentro apropiado regular al letrado apoderado de la actora, Dr. C. F. M., en un 3,5%; al letrado apoderado de la codemandada "S. T.", Dr. R. J. L., en un 3,85%; al letrado apoderado del codemandado L. y de la aseguradora "S. M. S.A.", Dr. D. G. F., en un 3,85%; y a la letrada apoderada de la obra social "OSPRERA", Dra. M. G. M., en un 1,72%; en todos los casos sobre el monto reclamado en demanda con más intereses, a establecer en la etapa procesal oportuna y con más el IVA (conf. arts. 5, 6, 10, 13 y 46 de la ley arancelaria; y leyes 23349 y 23871).----------

----------A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.------
---------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo:----------
---------El resolutorio que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) REVOCAR íntegramente el fallo apelado, para rechazar en todos sus términos la demanda que por daños y perjuicios interpusiera el Sr. R. C., hoy sus sucesores, Sres. M. I. C. H; M. A. C.; R. A. C.; L. A. C. y C. H, en contra del Dr. N. H. L., el "S. T. S.R.L." y la Obra Social del P. R. y E. de la R. A.. 2) IMPONER las costas de ambas instancias por el orden causado. 3) FIJAR, por adecuación a la presente, los honorarios de los profesionales intervinientes en la primera instancia del siguiente modo, a saber: al Dr. C. F. M., en la suma equivalente al 14%; a los Dres. J. M. F. C. y R. J. L., en conjunto y proporción de ley, en la suma equivalente al 11%; al Dr. G. H. U., en la suma equivalente al 2,1%; al Dr. D. G. F., en la suma equivalente al 11%; al Dr. I. C. P., en la suma equivalente al 2,8%; y, a los Dres. D. E. P. y N. I. S., en la suma equivalente al 2,1%. Sin que corresponda regular honorarios a la Dra. M. G. M., atento a la inoficiosidad de su actuación en dicha instancia. Estos porcentuales se deberán calcular sobre el monto pretendido en la demanda más los intereses reclamados a determinar en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. 4) REGULAR los honorarios profesionales de segunda instancia del siguiente modo, a saber: al Dr. C. F. M., en la suma equivalente al 3,5%; al Dr. R. L., en la suma equivalente al 3,85%; al Dr. D. G. F., en la suma equivalente al 3,85%; y, a la Dra. M. G. M., en la suma equivalente al 1,72%. Todos estos porcentuales a calcular sobre el monto pretendido en demanda con más los intereses reclamados, a liquidar en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente.----------
---------ASI LO VOTO. ----------
-------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------
-------El pronunciamiento que corresponde dictar, es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del acuerdo al que se ha arribado. ----------
------Así 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, 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 de la ciudad de T.; RESUELVE:----------
------REVOCAR íntegramente el fallo apelado, para rechazar en todos sus términos la demanda que por daños y perjuicios interpusiera el Sr. R. C., hoy sus sucesores, Sres. M. I. C. H; M. A. C.; R. A. C.; L. A. C. y C. H, en contra del Dr. N. H. L., el "S. T. S.R.L." y la Obra Social del P. R. y E. de la R. A..----------
------IMPONER las costas de ambas instancias por el orden causado.----------
------FIJAR, por adecuación a la presente, los honorarios de los profesionales intervinientes en la primera instancia del siguiente modo, a saber: al Dr. C. F. M., en la suma equivalente al 14%; a los Dres. J. M. F. C. y R. J. L., en conjunto y proporción de

ley, en la suma equivalente al 11%; al Dr. G. H. U., en la suma equivalente al 2,1%; al Dr. D. G. F., en la suma equivalente al 11%; al Dr. I. C. P., en la suma equivalente al 2,8%; y, a los Dres. D. E. P. y N. I. S., en la suma equivalente al 2,1%. Sin que corresponda regular honorarios a la Dra. M. G. M., atento a la inoficiosidad de su actuación en dicha instancia. Estos porcentuales se deberán calcular sobre el monto pretendido en la demanda más los intereses reclamados a determinar en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

------REGULAR los honorarios profesionales de segunda instancia del siguiente modo, a saber: al Dr. C. F. M., en la suma equivalente al 3,5%; al Dr. R. L., en la suma equivalente al 3,85%; al Dr. D. G. F., en la suma equivalente al 3,85%; y, a la Dra. M. G. M., en la suma equivalente al 1,72%. Todos estos porcentuales a calcular sobre el monto pretendido en demanda con más los intereses reclamados, a liquidar en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente.----------

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

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

SERGIO RUBÉN LUCERO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DEL AÑO 2019 - SDC - CONSTE. ----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA