



REGISTRADA BAJO EL N° 173 (S) F°851/859
EXPTE. N° 159169 Juzgado N° 11

En la ciudad de Mar del Plata, a los 15 días de Septiembre de 2015, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "**SUCESORES DE QUIROGA EDITH GRACIELA C/ OSTERA JORGE Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.DERIV.RESP.POR EJERC.PROF.(SIN RESP.ESTADO)**" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 695/705?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I) Dicta sentencia la Sra. Juez de Primera Instancia, resolviendo rechazar la demanda de daños y perjuicios promovida por la Sra. Graciela Edith Quiroga contra Jorge Alfredo Ostera, la citada en garantía "Seguros Médicos S.A." y el ente asistencial "Fundación Médica de Mar del Plata" -Hospital Privado de Comunidad-, con costas a la actora vencida.

II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 729/730 por los herederos de la actora Sres. José Humberto y Cintia Vanesa Louet, con patrocinio letrado del Dr. Rubén Aníbal Gimenez, fundando su recurso a fs. 831/844 con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 851/856.

III) En primer lugar, señalan los apelantes que el consentimiento informado acompañado se trata de un formulario preimpreso



que no autorizaba al cambio parcial de la prótesis de cadera de la actora, máxime cuando el profesional demandado contaba con la totalidad de la prótesis suministrada por la ortopedia.

Sostienen que la omisión de una adecuada información al paciente acerca de los riesgos y alternativas que pueden presentarse durante la intervención quirúrgica, colocan al profesional médico en una incorrección por "defecto de información", debiéndose evaluar cuál hubiera sido la decisión en caso de haberse suministrado correctamente la información.

Alegan que en el caso de autos se realizó una cirugía que consistía en el recambio total de prótesis de cadera izquierda por aflojamiento de la misma, tal como se demuestra en los estudios previos y el diagnóstico del Dr. Jorge Oстера.

Expresan que de existir la posibilidad de evitar el recambio del cotilo de la prótesis, ello debió ser informado previamente, desde que no se trata de una condición inesperada, diferente o poco común en los términos del punto 4 del consentimiento informado suscripto por la paciente.

En segundo lugar, refieren que la sentenciante incurrió en error como consecuencia de basar su sentencia en la prueba pericial producida por el Dr. Alfredo Castro, en la que se dio cuenta que la cirugía efectuada en la "Clínica 25 de Mayo" no obtuvo los resultados esperados en función de sus patologías de base, cuando en verdad dicha intervención quirúrgica fue exitosa, no presentando nuevas luxaciones o movimientos de prótesis.

Indican que la sentenciante valoró y fundamentó su decisorio en un grosero error manifestado por el perito Dr. Alfredo Castro, cuando en realidad debieron valorarse las respuestas a los pedidos de explicaciones oportunamente efectuados por ser esclarecedoras de dicho dictamen pericial.

Agregan que la historia clínica resulta ser un elemento de primordial importancia a la hora de meritar la prueba producida en autos, en



tanto se trata de un documento único y revelador en el que se basó el Dr. Hugo A. Rojas para asegurar que después de la intervención quirúrgica de recambio total de prótesis practicada en la Clínica 25 de Mayo no se produjo ningún aflojamiento de la misma hasta la actualidad.

En tercer lugar, manifiestan que la ingesta de medicación se profundizó después de la intervención quirúrgica practicada por el Dr. Jorge Ostera, de manera que no se puede inferir que dicha cuestión haya conspirado contra la satisfactoria recuperación de la actora.

Consideran que la relación causal que la *a quo* intenta hacer valer con elevado grado de probabilidad con las enfermedades preexistentes de la actora, cae por su propio peso y, por ende, enerva la responsabilidad del galeno accionado.

En cuarto lugar, entienden que la firma del paciente del consentimiento informado efectuado en formulario preimpreso, con la resultante falta de información sobre el hecho acaecido en la cirugía efectuada, implica la responsabilidad indirecta del establecimiento médico asistencial demandado por incumplimiento de su deber de seguridad.

En quinto lugar, sostienen que la responsabilidad de la clínica en el marco jurídico argentino, se encuentra considerada como objetiva, ya que siendo responsable el médico demandado, la clínica también tendrá el deber de indemnizar por un incumplimiento distinto que el del médico demandado.

Exponen que la responsabilidad directa del establecimiento médico asistencial existe sin duda alguna, desde que las secuelas desfavorables sufridas por la paciente se encuentran demostradas a lo largo de la presente causa a través de las historias clínicas correspondientes, pericias médicas y testimonios vertidos, todo lo cual no puede ser dejado de lado.

Citan doctrina y jurisprudencia.

IV) MARCO LEGAL.

A partir del 1 de Agosto de 2015 entra en vigencia el nuevo



Código Civil y Comercial.

Como consecuencia de ello, cabe preguntarse si las presentes actuaciones resultan alcanzadas por las normas procesales contenidas en el Código Civil y Comercial, desde que el mismo incluye abundante normativa en materia procesal (art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional).

Los arts. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional disponen que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por los pactos especiales al tiempo de su incorporación a la Nación Argentina.

Es por ello que las provincias asumen entre los poderes no delegados al Congreso de la Nación el de dictar códigos de procedimientos (argto. arts. 75 inc. 12, inc. 32 de la Constitución Nacional; Lino E. Palacio, *"Tratado de derecho procesal civil"*, Cdad. de Bs. As., 2011, 3ra. Edic. actualizada por Carlos Camps - T. I, pág. 26; Sagües, *"Elementos de derecho constitucional"* - T. II, 2003, pág. 129).

Sentado lo anterior diré que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que -como consecuencia de lo normado por el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional- tienen validez constitucional las normas procesales dictadas por el Congreso Nacional con respecto al derecho común, en el supuesto *"en que sean razonablemente necesarias para el ejercicio de los derechos"*.

Este criterio fue adoptado por el Máximo Tribunal de la Nación en el año 1923 en el caso "Bernabé Correa" (fallos 138:157), en un caso referido a la ejecución de una prenda agraria.

Tal postura fue reiterada por el cimero tribunal nacional en otros casos, resultando válida la aplicación de normas procesales en forma inmediata a los juicios en trámite en tanto no invaliden actuaciones cumplidas con arreglo a leyes anteriores (argto. jurisprud. CSJN *in re "YPF S.E."* de 2001, fallos 324:1411; *"Pluspetrol S.A."* de 2003, fallos 326:2095; *"Verdini"* de 2004, fallos 327:3187; CSJN del 5/2/2011, D.J. 1998-2-951;



entre otros; art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial).

Cabe agregar que las normas procesales se aplican en forma inmediata, sin perjuicio que ello cede frente a principios constitucionales como la defensa en juicio y el debido proceso (argto. arts. 18 y 43 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As., 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 8, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 542 del C.P.C., y 1735 del nuevo Cód. Civil y Com. de la Nación; Osvaldo A. Gozaini, *"Proceso y Constitución"*, Ed. Ediar, Cdad. de Bs. As., 2009, pág. 141/152; Graciela G. Pinese - Pablo S. Corbalán, *"Derecho constitucional"*, Ed. Cathedra Jurídica, Cdad. de Bs. As., 2012, pág. 588/589; Guillermo A. F. López, *"La incidencia de la jurisprudencia constitucional sobre el debido proceso"*, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1996-E, págs. 920/921).

Así lo ha entendido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 105/99, caso 10.194 *"Narciso Palacios c. Argentina"* del 29/9/1999.

Allí se estableció que según lo dispuesto en el art. 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al peticionario le fue negado el acceso a la tutela judicial efectiva en virtud de la aplicación retroactiva de un criterio judicial que modificó la interpretación de la normativa legal aplicable a su caso. Asimismo la Comisión concluyó que por esta decisión la Argentina había dejado de cumplir y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso garantizado por los arts. 8 y 35 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el mismo sentido se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los autos *"Maurice c. Francia"* del 6/11/2005 en que resolvió que la ley francesa de responsabilidad médica del 4/3/2002, no podría ser aplicada retroactivamente a una mala praxis operada antes de su



entrada en vigencia (citado por Aida Kemelmajer de Carlucci, *"La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes"*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Sta. Fe, 2015, pág. 102).

En nuestro país, rige actualmente en materia de prueba el art. 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación que prevé que el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla, quien de considerarlo pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

Ahora bien, para casos como el de autos que deban ventilarse bajo la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, los jueces debemos resolver la distribución de la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación de aportar los elementos de convicción sobre la culpa o de la debida diligencia, lo que constituye una aplicación de la carga dinámica de la prueba (argto. doct. Enrique M. Falcón, *"Tratado de derecho procesal civil y comercial"* - T. X, Ed. Rubinzal-Culzoni, Cdad. de Sta. Fe, 2014, pág. 330).

En torno a ello, aún con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, múltiples fundamentos han justificado la aplicación de la carga dinámica de la prueba, a saber:

- a) El deber de los jueces de priorizar la aplicación de los principios básicos del debido proceso, en especial, el de igualdad -art. 16 de la Constitución Nacional- (Roland Arazi – Roberto O. Berizonce – Jorge W. Peyrano, *"Cargas probatorias dinámicas"*, La Ley 2011-D).
- b) El deber de colaboración de las partes que se desarrolla a partir de la buena fe y probidad procesal, así como también, en el deber de decir la verdad (conf. Jorge L. Kielmanovich, *"Teoría de la prueba y medios probatorios"*, 3era. edición, Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 166).



c) La consideración que la aplicación de las cargas dinámicas de la prueba no es más que una derivación de las reglas de la sana crítica –art. 384 del C.P.C.- (conf. Jorge W. Peyrano, *“Aproximación a las máximas de la experiencia con las reglas de la sana crítica ¿Se trata de dos conceptos disímiles?”*, pub. en Revista de Derecho Procesal, año 2005-1, págs. 215 y sgtes.).

d) La aplicación del principio *“favor probationes”* que permitiría trasladar la carga de la prueba a aquél que se haya en mejores condiciones de probar (conf. Jorge L. Kielmanovich, ob. cit. pág. 74).

Sumado a las razones dadas por la doctrina que han fundado oportunamente la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, su procedencia encuentra avalada tanto por la Corte Suprema de Justicia Nacional como por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Así, el Máximo Tribunal Nacional ha considerado aplicable dicha teoría con fundamento en que: *“...las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía –por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal...”* (CSJN *in re “Galli de Mazzuchi, Luisa Virginia c/ Correa, Miguel Ángel y otro”*, sent. del 6/2/2001; *“Plá, Silvio Roberto y otros c/ Clínica Bazterrica S.A. y otros”*, sent. del 4/9/2001).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia Provincial ha auspiciado en numerosas oportunidades su aplicación, señalando al respecto que: *“...la carga dinámica de la prueba o prueba compartida, hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo...”* (SCBA C. 101.224 *in re “Dillon, Bernardo Alfredo c/ Aparicio, Julio César y otros s/ daños y perjuicios”*, sent. del 26/8/2009; C. 111.814 *in re “M.J.R. c/ Hospital Regional Español s/ daños y perjuicios”*, sent. del 27/6/2012; C. 100.061 *in re*



“Petrola, Gabriel y otro c/ Piccioni, Holver y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 30/11/2011; C. 92.810 *in re “C. D. c/ C. S. s/ daños y perjuicios”*, sent. del 27/4/2011; C. 102.100 *in re “Lucero, Osvaldo Walter s/ amparo”*, sent. del 17/9/2008; entre otras).

Atento el panorama doctrinario y jurisprudencial expuesto, concluyo que, a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba encuentra adecuado fundamento no sólo en el texto expreso de la ley sino en los principios generales que hacen al debido proceso, en la apreciación de la prueba bajo las reglas de la sana crítica, en el deber de colaboración de las partes, así como también, tal como lo expresan la Corte Suprema de Justicia y la Suprema Corte de Justicia Provincial, en la necesidad de hacer primar la verdad jurídica objetiva por sobre una rígida interpretación de las normas procesales (arts. 16, 18 y ccchts. de la Constitución Nacional; art. 15 de la Constitución Provincial; arts. 375, 384 y ccchts. del C.P.C.; art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, y 1735 del Código Civil y Comercial).

No obstante ello, habiéndose producido la prueba del presente juicio con anterioridad a la entrada en vigencia del art. 1735 del Código Civil y encontrándose comprometidos principios constitucionales como la defensa en juicio y el debido proceso, entiendo que el presente caso debe regirse -en cuanto a la carga de la prueba- de conformidad con la ley procesal vigente al momento de la sustanciación del presente juicio (argto. arts. 18 y 43 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As., 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 8, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 542 del C.P.C., y 1735 del Cód. Civil y Com. de la Nación).

VI) Pasaré a analizar los agravios planteados.



Como punto de partida del estudio de la atribución de responsabilidad que objeta la actora, entiendo necesario referirme acerca del sistema de responsabilidad bajo el cuál debe ser juzgado el caso de autos.

En tal tarea, destaco que nos encontramos ante un contrato de prestación de servicios médicos y, por tanto, resulta de particular relevancia expedirse respecto a la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados.

La obligación de medios impone únicamente al deudor el deber de aptitud e idoneidad para adoptar y llevar a cabo aquellas diligencias o medidas que habitualmente conducirán al resultado esperado, sin asegurar la obtención de este último. En cambio, en la obligación de resultado el deudor se compromete a la obtención de éste, por lo cual, ante la frustración de su consecución, se presumirá la responsabilidad (argto. jurisp. esta Sala, causa N° 152989 RSD 81/14 del 8/4/2014).

Por lo tanto, en una obligación de medios, si el deudor demuestra que se comportó diligentemente, al mismo tiempo está demostrando que ha cumplido. En cambio, en una obligación de resultado la diligencia del deudor en el cumplimiento de la obligación (ausencia de culpa) queda fuera de cuestión, debiéndose, pues, concluir que el “solvens” sólo cumplirá con el deber obligacional asumido cuando haya dado satisfacción a su interés último o definitivo esperado por el acreedor (Carlos A. Calvo Costa, *“Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial”*, Ed. Hammurabi pág.120; 123; Picasso, *“Obligaciones de medios y de resultado”*, J.A. 1996-II-718).

En las obligaciones de resultado nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva (siendo el factor de atribución una obligación de seguridad fundada en los arts. 1197 y 1198 del Código Civil, la garantía, el riesgo; conf. art. 1723 del nuevo Código Civil y Comercial).

En cambio, en lo que respecta a las obligaciones de medios: el factor de atribución es subjetivo (ésta es la regla general que impera en esta categoría conf. art. 1768 del Código Civil y Comercial; argto. doct. Bueres,



"El acto ilícito", pág. 61; Pizarro-Vallespinos, *"Instituciones de derecho privado Obligaciones"* - T. II, pág. 624). En el caso de autos la obligación es de medios, es decir se aplica el concepto de culpa de los arts. 512 y 909 del Código Civil (conf. art. 1724 del nuevo Código Civil y Comercial).

En tal supuesto, el Máximo Tribunal Provincial resolvió que: *"...En materia de responsabilidad médica, corresponde al accionante probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, es decir, la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y, desde luego, el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor..."* (SCBA C. 108.497 *in re "Dure de Flores, Rosa c/ Clínica Campana S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios"*, sent. del 21/12/2011, el destacado no es de origen; C. 116.663 *in re "Camus, Isabel c/ Hospital Zonal de Agudos Petrona Villegas de Cordero s/ daños y perjuicios"*, sent. del 4/9/2013; C. 109.731 *"R. C., F. J. y otros c/ C., R. A. E. y otros s/ daños y perjuicios"*, sent. del 2/5/2013).

Ahora bien, la culpa profesional se manifiesta a través de la imprudencia (un obrar irreflexivo, un actuar con ligereza, ya que se hace lo que no se debe o, en todo caso, más de lo debido), de la negligencia (se omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso) o de la impericia, es decir, fruto del desconocimiento de las reglas y métodos propios de cada profesión, que constituyen la *lex artis* que debe guiar la conducta de los profesionales (argto. doct. Carlos A. Calvo Costa, *"Daños ocasionados por la presentación médico-asistencial"*, pág. 140/141; *"V Jornadas Rioplatenses de Derecho"*, San Isidro, junio de 1989; *"I Jornadas Rosarinas para Estudiantes y Jóvenes Abogados sobre Temas de Derecho Civil"*, Rosario, agosto 1989; *"II Congreso Internacional de Derecho de Daños"*, Buenos Aires, junio de 1991, tema *"Responsabilidad de los profesionales"*; Alterini, *"Responsabilidad civil"*, pág. 94 y sgtes.; Orozco Pardo, *"La aplicación del concepto de lex artis al campo de la actividad*



profesional. El caso de la profesión médica” en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Bernardo Moreno Quesada coord. pág. 521).

Los conceptos referenciados evidencian claramente el acierto de la *a quo* al juzgar el caso sometido a juzgamiento dentro del sistema de responsabilidad subjetiva, esto es en el sistema basado en la idea de culpa, y la incorrección de hacerlo, bajo el sistema de responsabilidad objetiva (arts. 512 y 1109 del Código Civil; conf. art. 1723 y sgtes. del nuevo Código Civil y Comercial).

Sentado ello e ingresando al análisis de la prueba producida en función de los agravios esgrimidos, resulta útil recordar que en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de valoración del material probatorio imperante es del de la sana crítica que otorga a los Magistrados la facultad de seleccionar, con base en la experiencia y con un adecuado criterio lógico, las pruebas producidas sobre las cuales cimentará la sentencia (argto. art. 384 del C.P.C.; jurisprud. SCBA Ac. 59.243 del 12/8/1997).

En el caso de autos, los recurrentes objetan, en particular, la valoración probatoria, fundamentalmente en cuanto al dictamen pericial producido por el Dr. Alfredo Castro y a la historia clínica acompañada, de cuyo contenido -a su modo de ver- podría inferirse la responsabilidad médica alegada.

Veamos la prueba producida:

En su dictamen pericial traumatológico, el Dr. Alfredo Francisco Castro expresó que el consentimiento debidamente informado fue entregado el día 20/8/2004 respecto al diagnóstico, tratamiento y riesgo de la intervención quirúrgica, cambios de prótesis totales o parciales a practicarse a la Sra. Edith Graciela Quiroga, y consideró que el aflojamiento protésico aséptico y la luxación son las complicaciones más frecuentes derivadas de una intervención quirúrgica de colocación de prótesis, indicando que la mala calidad de los tejidos blandos en la artritis inflamatoria constituye una de las causas que facilitan la luxación de la prótesis (v. fs. 480/491 vta.).

Y agregó el profesional que *"de acuerdo a lo informado en el parte*



quirúrgico no se realizó el cambio de la copa, ya que se encontraba sin complicaciones, por lo tanto es una indicación válida y que no justifica su recambio", concluyendo que "el médico actuante Dr. Ostera actuó de acuerdo a las normativas vigentes y cumpliendo con los protocolos para este tipo de patologías".

Por otra parte y sin perjuicio que el apelante no lo haya mencionado en su memorial, el perito médico especialista en Ortopedia y Traumatología Dr. Hugo A. Rojas sostuvo que la complicación de la intervención quirúrgica denunciada nada tiene que ver con la elección efectuada del material protésico, considerando que en el acto quirúrgico se toman decisiones sobre la marcha que pueden ser distintas a las previamente pactadas, las que resultan -a su criterio- válidas (v. fs. 546/561 vta.).

En referencia a ello, agregó que *"el Cirujano tiene la posibilidad de tomar contacto 'in situ' con la prótesis (ambos componentes), femoral y acetabular y cambiar el rumbo de la cirugía por determinarlo mejor (...) Uno planea un camino a seguir, pero en un momento decide tomar otro más conveniente o más simple para el tiempo quirúrgico y para el paciente".*

Y en su respuesta al pedido de explicaciones, el experto concluyó que *"la complicación se relaciona con las diversas patologías padecidas por la actora y no a la elección de los componentes protésicos"* (v. fs. 589/592).

De la prueba precedentemente apuntada surge que no le asiste razón al apelante en cuanto a que la responsabilidad profesional del Dr. Jorge Ostera se encuentra acreditada en autos (arts. 375 y 384 del C.P.C.).

En efecto, de los dictámenes periciales médicos producidos surge que las complicaciones padecidas por la Sra. Edith Graciela Quiroga no tuvieron que ver con el material protésico elegido, de modo que la omisión de implantar la totalidad de la prótesis de la cadera en modo alguno encuentra relación de causalidad adecuada con los daños denunciados (art. 520 y 901 del Código Civil, conf. arts. 1726 y 1739 del nuevo Código Civil y



Comercial).

Es decir que el dictamen pericial producido por el Dr. Hugo A. Rojas ha ido más allá al precisar que las complicaciones padecidas por la paciente se debieron a diversas patologías padecidas por la actora (v. fs. 589/592).

En esta instancia del análisis debo referir que -a diferencia de lo sostenido por el recurrente- no encuentro motivos para apartarme del contenido de los dictámenes periciales, toda vez que se encuentran fundados científicamente, y más allá que la cirugía practicada en la Clínica 25 de Mayo haya resultado exitosa, los mismos no arrojan elementos de convicción suficientes para inferir la culpa del profesional interviniente con anterioridad Dr. Jorge Ostera (arts. 375, 384, 474 del C.P.C.).

En torno a ello, cabe recordar que a los fines de determinar la "culpa" del profesional de la medicina resulta **determinante** el contenido del examen pericial producido, desde que -si bien carece de fuerza vinculante para el juzgador- el perito auxiliar de la justicia es la persona idónea para aportar al proceso los conocimientos técnicos específicos en la materia objeto de controversia (argto. jurisprud. esta Sala, causa N° 157698 RSD 260/14 del 4/12/2014; esta Cámara, Sala II, causa N° 125501 RSD 568/3 del 28/8/2003).

Por otra parte, los recurrentes alegan que la paciente debió ser informada previamente acerca de la circunstancia acontecida en la intervención quirúrgica respecto a la necesidad de reemplazar la prótesis sólo parcialmente.

Al respecto, cabe mencionar las constancias de "consentimiento informado" en que la paciente autorizó el *"recambio protésico de cadera requerido"*, refiriendo que *"en caso de ser descubierto durante el procedimiento una condición diferente y no esperada, autorizo al Dr./a. Ostera a realizar el/los procedimiento/s que considere oportuno y necesario"* (v. fs. 601/605).



De allí que habiéndose autorizado el recambio protésico de cadera sin determinar si el mismo sería total o parcial, para el cual -ante circunstancias diferentes y no esperadas- el Dr. Jorge Ostera se encontraba facultado a adoptar los procedimientos que considere oportunos y necesarios, entiendo que tal recaudo se encontraba cumplido (v. fs. 601/605).

Ello pues, la prueba de la culpa profesional y la determinación del nexo de causalidad en materia de consentimiento informado se torna en una cuestión meramente sutil, cuya inobservancia considero no acreditada en el caso de autos (argto. doct. Luis Alberto Kvitko, "*Consentimiento informado*", Tribunales Edic., Cdad. de Bs. As., 2015, pág. 562).

A ello cabe agregar que de la prueba producida así como de la historia clínica acompañada no surge que el reemplazo de la prótesis de cadera haya requerido ser total, así como tampoco que el reemplazo parcial de la misma pueda tratarse de un hecho previsible diferente de muchos otros que pueden acontecer durante la intervención quirúrgica, hallándose comprendida dentro de las "circunstancias diferentes y no esperadas" frente a las cuales la paciente prestó su consentimiento (v. fs. 601/621; arts. 375 y 384 del C.P.C.).

Por el contrario, del dictamen pericial obrante a fs. 546/561 vta. surge que el cirujano, al tomar contacto directo con la prótesis durante la intervención quirúrgica, tuvo la posibilidad de cambiar el rumbo de la misma por considerarlo más conveniente o más simple, circunstancia que sólo pudo evaluar y decidir durante el transcurso de la cirugía, encontrándose facultado para ello de conformidad con el consentimiento informado obrante a fs. 601/605.

Respecto a la manifestación del apelante respecto a la presunta inexistencia de ingesta farmacológica por parte de la paciente previa a la intervención quirúrgica, corresponde señalar que sin perjuicio que ello surge acreditado en el dictamen pericial obrante a fs. 480/491 vta., de cuyo



contenido no encuentro motivos para apartarme, lo cierto es que ello no enerva la culpa profesional cuya existencia no ha sido acreditada en autos (arts. 375, 384 y 474 del C.P.C.).

Finalmente y en lo atinente a la responsabilidad del establecimiento asistencial, cabe recordar que para que exista responsabilidad indirecta de la clínica se requiere un hecho ilícito dañoso cometido con culpa por su dependiente (argto. jurisp. Cám. Nac. Civ., Sala L, Expte n° 13.908/01 (L. 568.586) *in re* "C. de A., O. R. c/ Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina y otros", sent. del 2/2/2012).

El Máximo Tribunal Provincial se ha pronunciado en el mismo sentido, al sostener que *"si no media culpa en el médico interviniente no cabe responsabilizar al establecimiento asistencial con base en su obligación de seguridad, porque la existencia de aquella (la culpa del médico) es la demostración de la violación de ese deber de seguridad"* (argto. jurisp. SCBA C. 111812 del 27/6/2012, C. 99658 del 22/12/2010, C. 105772 del 9/6/2010, entre otros).

En consecuencia y por todo lo dicho, no habiéndose acreditado debidamente la culpa profesional del Dr. Jorge Ostera y -por el contrario- habiendo consentido la parte actora la adopción del procedimiento seguido por el mencionado profesional para el reemplazo de la prótesis, entiendo que no existe deber de indemnizar por parte de dicho profesional así como tampoco del establecimiento asistencial demandado (arts. 375, 384, 474 y ccdtes. del C.P.C., 512, 901, 909 y ccdtes. del Cód. Civil, conf. arts. 1723, 1724, 1726, 1739 y ccdtes. del nuevo Código Civil y Comercial).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA.



NELIDA I. ZAMPINI DIJO: Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 729/730 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 695/705. II) Imponer las costas a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C). III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO. El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gerez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

S E N T E N

C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se rechaza el recurso de apelación interpuesto a fs. 729/730 y, en consecuencia, se confirma la sentencia de fs. 695/705. II) Las costas se imponen a la recurrente vencida (art. 68 del C.P.C). III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

**NELIDA
RUBEN D. GEREZ**

I.

ZAMPINI

Marcelo M. Larralde
Auxiliar Letrado