

**J. L. C/ R. R. Y OTROS.  
S/ DAÑOS Y PERJUICIOS  
Juzgado Civil y Comercial N° 11 - LZ  
Reg. Sent. Def. N°: 189/20**

En la ciudad de Lomas de Zamora, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20 y 3975/20), reunidos en Acuerdo ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, del Departamento Judicial Lomas de Zamora, doctores **Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño** con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa D-\*\*\*-0, caratulada: "**J. L. C/ R. R. Y OTROS. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS**"; y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:

**—CUESTIONES—**

- 1º.- ¿Es justa la sentencia dictada?
- 2º.- ¿Qué corresponde decidir?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, última parte, Código Procesal), arrojó el siguiente orden de votación: doctores **Javier Alejandro Rodiño y Carlos Ricardo Igoldi**.

**—VOTACION—**

A la primera cuestión, el Dr. **Javier Alejandro Rodiño** dice:

I. La magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 11 Departamental, dictó sentencia a fs. 1768/1793 haciendo



lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por L. J. contra R. R. y la tercera traída a juicio Clínica IMA S.A., condenando a estos últimos a abonar a la actora las sumas que estableció, con más los intereses que fijó, haciendo extensiva la condena a la citada en garantía "Juncal Cia. de Seguros S.A." en la medida del seguro contratado. Rechazó la acción contra Laboratorios Klonal S.R.L. imponiendo las costas de su citación por el orden causado e impuso las restantes costas del proceso a los accionados vencidos, difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad.

A fs. 1794 apeló la parte actora, concediéndosele libremente su recurso a fs. 1795. Radicados los autos por ante este Tribunal, a fs. 1846/1847 expresó sus agravios, mereciendo las réplicas que obran a fs. 1874/1876, 1877/1881, 1882/1883.

A fs. 1796 apeló el demandado R. R., concediéndosele libremente su recurso a fs. 1798. Radicados los autos por ante este Tribunal, a fs. 1848/1864 expresó sus agravios, mereciendo la réplica que obra a fs. 1877/1881.

A fs. 1799 apeló el tercero citado Laboratorios Klonal S.R.L., concediéndosele libremente su recurso a fs. 1600. Radicados los autos por ante este Tribunal, a fs. 1835/1843 expresó sus agravios, mereciendo la réplica que obra a fs. 1871/1873.

A fs. 1801 apeló la demandada Clínica IMA S.A., concediéndosele libremente su recurso a fs. 1802. Radicados los autos por ante este Tribunal, a fs. 1865/1867 expresó sus agravios, mereciendo la réplica que obra a fs. 1877/1881.

El día 30/4/2020 se llamaron los autos para dictar sentencia. Dicho llamamiento fue suspendido con fecha 30/6/2020 por no hallarse agregada la documentación reservada aportada al proceso. Requerida la misma a la instancia de origen, aquella fue remitida a esta sede con fecha 22/7/2020. El 28/7/2020 se reanudó el llamamiento de autos para sentencia por providencia que se encuentra firme, consentida y habilita el dictado de la

presente.

## **II. DE LOS AGRAVIOS.**

### **II. i. De la actora:**

Se agravia la accionante de los montos establecidos en la instancia de origen para resarcir los rubros daño moral y daño psicológico por considerarlos exiguos.

Asimismo, erige su crítica respecto del rechazo del daño físico, pues considera que si bien al momento del análisis que le efectuara el perito médico designado en autos la misma no revestía incapacidad, ello ocurrió por haberse realizado una cirugía que reparó los daños sufridos y en virtud de los cuales demanda, mas ello no implica que no haya existido una incapacidad temporaria que deba ser reparada. Por tal motivo peticiona su admisión.

### **II. ii. Del codemandado R.:**

Se agravia el coaccionado del modo en que la magistrada *a quo* resolvió la cuestión correspondiente a la responsabilidad en la generación de los daños padecidos por la accionante.

Estima que el juzgador de grado parte de falsas premisas y presunciones, y no ha tenido en cuenta, para resolver como lo hizo, las objetivas constancias que la causa exhibe.

Sostiene que de ningún modo puede atribuírsele responsabilidad alguna por la generación de los daños, ello en tanto el mismo ha realizado un acto quirúrgico que no ha obtenido reproche alguno por parte de los peritos médicos intervinientes.

Manifiesta en forma enfática el cirujano recurrente, que él no tenía forma de saber que una bacteria tan poco común como la *Burkholderia Cepacia*, podía encontrarse en la Rifamicina proporcionada por Clínica IMA S.A. al mismo para realizar la operación.

En ese mismo sentido manifiesta que la sentenciante de grado ha



valorado erróneamente su responsabilidad; pues aún en caso de considerar que su tarea consistía en una obligación de resultado, la misma lo sería respecto del acto quirúrgico, pero resulta ilógico pensar que dicha obligación alcanzara la verificación de la composición química del antiséptico.

Estima por similares razones, que se ha exculpado erróneamente al tercero citado Laboratorios Klonal S.R.L.. Ello en tanto, el único motivo esgrimido por la Juzgadora de origen para arribar a dicha decisión fue que los frascos aportados por el mismo a las pruebas realizadas por el ANMAT no contenían la bacteria.

Sobre dicha situación, resalta el apelante la respuesta realizada a fs. 763 por el Dr. Tesler a su punto pericial, destacando que conforme lo expresó el experto, era perfectamente posible la realización de un tratamiento sobre el producto "a frasco cerrado" a fin de eliminar la bacteria que el mismo podía contener.

Por tales motivos sostiene que la conclusión arribada en el anterior estrado que atribuye la existencia de la bacteria en el producto a un deficiente estado de conservación del mismo, no resulta atendible. Ello así, porque no se ha demostrado en dónde se constató dicha conservación deficiente —pudiendo ser en el propio laboratorio, en el distribuidor o en la clínica— motivo este por el cual no puede eximirse sin más al laboratorio; y menos aún culparse al médico recurrente por una situación que no estaba a su alcance controlar.

En virtud de lo expuesto peticiona, luego de efectuar un pormenorizado análisis del caso y del modo en que debe atenderse su obrar, la revocación de lo decidido en la instancia de grado y en consecuencia el rechazo de la acción respecto del mismo.

Subsidiariamente recurre los rubros de condena por considerar sus montos elevados, y por no haberse descontado respecto de los mismos, la indemnización percibida oportunamente por la accionante por parte de Clínica IMA S.A. y la citada en garantía.

Por último, remitiéndose a los argumentos antes brindados

peticiona la inclusión en la condena del tercero citado Laboratorios Klonal S.R.L. y la modificación de la imposición de las costas.

### **II. iii De la co demandada Clínica IMA S.A.**

Se agravia la recurrente de la atribución de responsabilidad que contiene el fallo apelado, sostiene que hallándose sobradamente probada la existencia de la bacteria que contaminó a la accionante, en el antiséptico aplicado a la misma en el momento de la intervención quirúrgica —cuestión que se encuentra corroborada a través de las pericias producidas en autos y de los informes remitidos por la ANMAT, el Instituto Malbran y las pruebas de laboratorio efectuadas en forma privada por la Clínica— corresponde en consecuencia, aplicando el art. 40 de la ley de Defensa del Consumidor — que invoca—, atribuir la totalidad de la responsabilidad a tercero citado Laboratorios Klonal S.R.L..

Manifiesta que el mismo, no ha logrado romper el nexo de causalidad que lo responsabiliza y cuestiona por tal motivo la exclusión del mismo en la condena dictada en la instancia de origen.

### **II. iv Del tercero citado Laboratorios Klonal S.A.**

Se agravia el tercero citado del modo en que fueron impuestas las costas en la instancia de origen. Sostiene que habiéndose rechazado la acción en su contra, las mismas debieron ser impuestas a quien propició su citación.

Efectúa un pormenorizado análisis de la responsabilidad del caso, ello para sostener que su intervención en el proceso resultó infundada y que por tal motivo no debe asumir los costos de su defensa.

En virtud de los motivos que brinda, peticiona se revoque lo decidido en la instancia de grado.

## **III. CONSIDERACIONES DE LAS QUEJAS.**

### **III. i. De la responsabilidad:**

a. Inicialmente, cabe poner de resalto que los jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquéllas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones. (CSJN noviembre 8-1981, "Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles" en "Actualización de Juris.", N° 1440, La Ley, 1981 - D, pág. 781)

Tales cuestiones esenciales son ésas que, según las modalidades del caso, resultan para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que —por su naturaleza— influyen preponderantemente en el fallo. (SCBA, AC. 21917, DJBA, T. III, pág. 15, ídem Ac. 35.221 "Ramos de Pagella c/ Escot", 22-4-86)

b. Adentrándome en el tratamiento de la responsabilidad traída a decisión, habré de adelantar entonces que la misma debe ser evaluada en dos esferas normativas diferenciadas.

En primer término y en lo que refiere a la actuación del Dr. R. —cirujano interviniente— lo será conforme al factor subjetivo de imputación, es decir habrá de indagarse en los términos de los artículos 902, 512 y 1109 del Código Civil, si su obrar ha sido culpable. Y en lo que refiere a los restantes legitimados pasivos Clínica IMA S.A. y Laboratorios Klonal S.A. se observará conforme a la responsabilidad objetiva que establece la normativa de defensa del consumidor aplicable al caso.

### **1) Responsabilidad del co demandado R.**

Aclarado ello, cabe entonces recordar que la responsabilidad profesional es aquélla en la que se incurre al faltar a los deberes especiales que la propia profesión impone, por lo tanto para su configuración son necesarios los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir que cuando el profesional médico incurre en omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación asistencial, ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se



coloca en la posición de deudor culpable. (art. 512 Cód. Civil; conf. SCJBA Ac. 45177 del 30-4-91 y Ac. 71581 del 8-3-00 entre muchos otros)

Se trata de un tipo de responsabilidad de naturaleza contractual, donde, pacíficamente la doctrina y jurisprudencia han receptado que, en principio, el profesional asume una obligación de medios y no de resultado. En este sentido se ha dicho que la obligación del profesional de la medicina con relación a su deber de prestación de hacer es de medios, o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado.

Al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, la antijuridicidad de la conducta del deudor, 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 94500 S 13-5-2009, in re "Obando, Orlando Ramón y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización de daños y perjuicios")

En casos como el presente es de destacar, sin embargo, que por tratarse de una cirugía estética, destacada doctrina entiende que se está ante una obligación de resultado, ya que de no prometerse o asegurarse — al menos un cierto grado de certeza— un resultado feliz y realizable al paciente, la experiencia indica que éste difícilmente se sometería a ella. Aún así, sin perjuicio de traducirse la obligación del médico en la consecución de un fin, ello no significa indefectiblemente que toda operación de esta índole haga surgir, fatal o necesariamente, una obligación de resultado, ni que la sola no obtención del embellecimiento perseguido produzca responsabilidad objetiva del cirujano. (Conf. CNCiv Sala D "Gonzalez Paula Alejandra c/ Sampietro Gustavo Emilio s/ daños y perjuicios", Causa D060228, del 3/03/17)

A ello debe colegirse, como lo ha expresado el cintero Tribunal de la Nación al valorar la obligación jurídica de asistencia médica 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 Civil, sino con las que establecen los ordenamientos particulares, propios de los profesionales del arte de curar. (vgr. Código Internacional de Ética Médica, Declaración de Ginebra, etc.), atendiendo a los bienes jurídicos comprometidos (Fallos 306:187 y J.A. 1984- II-373; CSJN 24/10/89 "Amante Leonor y otros C/ Asociación Mutual de Transporte Automotor", J.A. 1990- II-127)

De ello se deriva que para evaluar la culpa médica, su apreciación ha de efectuarse atendiendo a que: "cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902 del Código civil)".

En este orden de ideas habrá de analizarse la conducta desplegada por el demandado Dr. R. R., a fin de evaluar la eventual reprochabilidad de su conducta.

A tal fin y a modo de introducción, habré de remitirme para establecer los antecedentes del caso a la pericia médica realizada por el Dr. Alberto Oscar Belleri, agregada a fs. 610/619, por resultar la más ilustrativa —entre todas las producidas en el proceso— en la objetiva descripción de las historias clínicas y las planillas de seguimiento aportadas como prueba documental, las que debidamente complementa además con la entrevista y el examen semiológico efectuado por el experto a la accionante. Ello sin perjuicio de la ulterior evaluación que realizaré de los restantes dictámenes existentes en autos, los cuales —debo destacar— exhiben elevados fundamentos científicos y uniformes conclusiones.

Surge de la pericia citada que, en fecha 4/7/1998 y por presentar hipomastía bilateral simétrica, la accionante fue intervenida quirúrgicamente con anestesia general en la Clínica IMA de la ciudad de Adrogué, comenzando el acto quirúrgico a las 15:15 hs. y finalizando a las 17:00 hs.. En el mismo acto quirúrgico se le realizó una biopsia de mama derecha por



parte del cirujano G. F. A., y a continuación, se le practicó aumento del volumen mamario mediante inclusión de prótesis de gel de siliconas de superficie texturizada, bilateral y de volumen simétrico (240 c.c.) por parte del cirujano plástico Dr. R. R., demandado en autos. El abordaje fue practicado mediante incisión en surco submamario, y la ubicación de los implantes fue en el espacio retro muscular respecto al músculo pectoral mayor, ambas bilateralmente. La paciente presentó vómitos en el postoperatorio inmediato, que desaparecieron al día siguiente, indicándosele alta el día 5/7/1998. El día 7/7/1998 se presenta a la consulta externa manifestando temperatura febril desde el día anterior por la noche (38,5°C), observándose ambas heridas quirúrgicas congestivas, y la izquierda húmeda. Se le indicó entonces un antibiótico (ciprofloxacina 500 mg) un comprimido cada 8 hs. Y se le tomaron muestras de la supuración para identificación, recuento de colonias y cultivo. El cuadro febril fue mejorando paulatinamente, pero al día 10/7/1998 ambas heridas supuraban, a predominio de la izquierda, encontrándose expuestos ambos implantes, a predominio del izquierdo. El día 11/7/1998 la supuración aminoraba, pero continuaba la exposición protésica del lado izquierdo franca y menor del lado derecho. Por ello el día 12/7/1998 fue reintervenida quirúrgicamente mediante anestesia local. En dicho acto quirúrgico le fue practicada toilette mediante reiterados lavados de ambos lechos quirúrgicos, reavivando los bordes de ambos colgajos y resuturando en tres planos. La evolución postoperatoria fue normal, con las heridas quirúrgicas secas, excepto por el borde inferior del implante izquierdo —que según constancia del 24/7/1998— está descripto como descendido dos centímetros con respecto al derecho, motivo este por el cual, le fue recomendado por el cirujano practicar masajes postoperatorios. En fecha 28/7/1998 el implante izquierdo persistía descendido, reiterándosele la indicación de masajes. Así continuaron las consultas de control hasta el 26/8/1998, fecha en que se describen las mamas como blandas y se le indica continuar con automasajes. (ver transcripción de historia clínica y fichas de seguimiento de



pericia de fs.610/619)

A partir de la última fecha referida —y según lo informa la propia accionante al perito médico Alberto Oscar Belleri en su entrevista— la misma discontinúa las consultas manifestando haber tolerado bien la situación, aunque siempre con alguna molestia del lado izquierdo. Cursó embarazo y parto con fecha 12/5/1999 con lactancia normal; y finalmente en junio de 2000 sufre un cuadro infeccioso, síndrome febril y tumefacción dolorosa en ambas zonas mamarias, mayor del lado izquierdo. Ante dicho cuadro consulta con otro cirujano plástico, Dr. A. F., quien practica en fecha 14/6/2000 y bajo anestesia general el explante de ambas prótesis, constatando en el mismo acto quirúrgico presencia de líquido seroso, encapsulamiento grado VI, plegamientos múltiples de ambos implantes, y ruptura del implante izquierdo.

Tras ello la paciente evolucionó bien, y luego de un lapso de aproximadamente tres meses le fueron incluidos por el mismo cirujano —Dr. F.— nuevos implantes, manteniéndose en evolución favorable hasta el momento de la pericia.

Manifiesta el experto que al momento de la evaluación ambas mamas, como así sus complejos areola-pezones, se encuentran centradas en su ubicación teóricamente normal; y asimismo su estética y textura a la palpación resultan habituales para la zona y tipo de tratamiento. (ver pericia citada fs. 611)

Sentado lo precedentemente expuesto e iniciando la valoración de la conducta del profesional demandado, es del caso destacar que la totalidad de los peritos intervinientes coinciden en la correcta práctica del profesional demandado, tanto en la primera intervención quirúrgica como en la segunda que debió realizar a raíz de la infección padecida por la actora, habiendo el mismo obrado en forma correcta desde la etapa previa a la operación —en lo que refiere a la preparación de la paciente y medidas de profilaxis— como así también en la realización de las dos cirugías que efectuó a la accionante. (ver dictámenes periciales de fs. 229/235, 610/619,



1141/1162 y contestaciones de pedidos de explicaciones e impugnaciones de fs. 654/655, 660, 1173, arts. 348, 474 y cctes del CPCC)

Prosiguiendo con la evaluación probatoria, deben destacarse los dichos del perito médico cirujano Gastón Oscar Babio, quien teniendo en consideración las constancias obrantes en la historia clínica y estudios pre y postoperatorios, juntamente con las fichas de consultorio afirmó que la operación "...fue realizada de conformidad con las reglas aconsejadas por la ciencia médica...". Explicó además, que no resulta tarea obligada de un cirujano verificar antes de cada operación la ausencia de contaminación del contenido de la medicación del quirófano y/o la esterilización del instrumental y demás elementos a utilizarse, tarea esta que —según lo explica— se encuentra a cargo de la clínica.

A su turno, el perito cirujano plástico Dr. Alberto Oscar Belleri afirmó que consideraba idónea la conducta del Dr. R. descrita en el escrito de contestación de demanda, visto que siguió la metodología táctica y técnica ante la situación primaria —mastoplastía aumentativa— y la complicación intercurrente que se presentó en el pos operatorio —infección de las heridas quirúrgicas—. Afirmó además el experto, para sostener sus dichos, "que las pruebas obrantes en autos conforman un mosaico coherente de hechos que hacen verosímil la secuencia descriptiva del responde de demanda" al que alude. (ver fs. 610/619)

Destaco también que en nada varió su impresión el experto Belleri al contestar los pedidos de explicaciones efectuados por la parte actora y el Laboratorio citado, ratificando que la causa de los resultados disvaliosos que sufrió la accionante fue la infección en la herida, la que encuentra asociada directamente a la existencia de Burkholderia Cepacia; bacteria no común que se encontró presente no solo en el lecho quirúrgico, sino también en los frascos de fraccionamiento de la sala de operaciones, como así también en los frascos precintados provistos por el distribuidor a la Clínica IMA, los que fueron luego verificados en el Instituto Malbrán y denunciada su irregular ante la ANMAT. (ver pericia citada fs. 615/619)

Asimismo, ante la impugnación efectuada por parte de Laboratorios Klonal S.R.L., agrega el experto que si bien el antiséptico utilizado —rifamicina— no es el único indicado para el tipo de intervención realizada a la accionante, existe amplia experiencia en su uso para tales prácticas. (ver. fs. 613 y 660)

En modo consonante, a fs. 1141/1162 el perito cirujano Ricardo D'agostino, afirmó que las medidas de profilaxis tomadas por el Dr. R. fueron atinadas, especificando para ello las dosis de antibióticos suministradas a la paciente; efectuando asimismo un pormenorizado detalle de la operación desde su inicio y hasta el ulterior lavado externo con rifamicina y solución fisiológica. Finalizó el experto afirmando que "de acuerdo al parte quirúrgico, se actuó con praxis".

En cuanto al desplazamiento en la mama izquierda, el mismo profesional sostiene que no puede establecerse con certeza la causa del mismo, ello en tanto existen antecedentes de infección y contractura, y aún así, dicho desplazamiento puede producirse espontáneamente sin causas que lo justifiquen. (ver fs. 1141/1156)

A fs. 1173, el experto ratifica su dictámen ante los pedidos de explicaciones de la actora y de la tercera citada Clínica IMA S.A..

Luego de evaluar todas las pericias antes descriptas en forma pormenorizada, como así también las respuestas a las impugnaciones y pedidos de explicaciones de las partes, encuentro en todas ellas un hilo de coherencia argumental y técnica que me persuade para atenerme a sus resultados. (art. 384 y 474 del CPCC)

En forma complementaria y como corolario, resulta a mi criterio de vital importancia el testimonio del Dr. F. —cuya constancia obra a fs. 1042/1044—. Ello toda vez que aquel fue quien operó a la accionante con posterioridad al Dr. R., mitigando la última infección sufrida por la misma y corrigiendo el desplazamiento mamario que sufrió luego de la encapsulación de su prótesis izquierda.

En su relato, que a los efectos de la valoración aquí efectuada



resulta contundente, expresó el testigo que al retirar la prótesis desplazada —la que se encontraba encapsulada— pudo verificar que no existió negligencia médica de su antecesor, aclarando que la ubicación de la mentada prótesis resultaba errónea debido a la deformación capsular y no por haber sido colocada en forma deficiente.

Continúa el deponente con relación a lo expuesto, manifestando que al efectuar la operación constató la existencia de un seroma al que describió como un líquido que se forma dentro de la cavidad en que está el implante, aclarando que el mismo se provoca habitualmente por dos causas; obliteración linfática o infección subliminar.

Explicó el profesional que dicha condición genera el encapsulamiento de la prótesis; y de tal situación, deriva la deformación de la mama.

Ilustró asimismo, que cuando la contracción capsular resulta grave —como ocurrió en el particular— la prótesis llega a romperse; lo que así ocurrió, según lo indica, en la mama izquierda de la actora.

Refirió asimismo, que al sacar la prótesis averiada pudo observar que su ruptura era en forma de grieta, lo que a su criterio confirmaba la ausencia de mala praxis por parte de R.; pues cuando se trata de negligencia médica, usualmente se daña la prótesis con el bisturí, o por rozarla con una aguja o una tijera en el momento de intentar sacarla.

Por último, al ser preguntado por la posible causa del germen que produce los seromas, se refirió concretamente a cuatro posibles elementos: antisépticos locales (líquidos), anestésicos locales (líquidos), instrumental quirúrgico y suturas. (ver declaración de fs. 1042/1044)

Este testimonio aporta un doble valor convictivo, pues, por un lado proviene de un "testigo calificado" —en virtud su profesión— y por otro contiene el relato objetivo y directo de quien intervino quirúrgicamente a la actora luego de la operación que dió origen a este pleito. Por ello la declaración contiene para mí un peso probatorio de contundencia tal, que sumado a los dictámenes periciales antes descriptos, imponen a mi criterio

el rechazo de la acción intentada respecto del Dr. R. R. (Art. 384, 456, 474 y ctes. del CPCC).

Ello en tanto, no ha existido según lo han indicado los distintos expertos que evaluaron la conducta del profesional interviniente, un error que permita verificar la existencia de un obrar culpable del mismo. Coincidiendo todos ellos, en que el resultado disvalioso al que se viera sometida la accionante fue propiciado por una infección respecto de la cual el cirujano demandado no tuvo responsabilidad, debiendo destacar además que —según lo explican todos los expertos traídos a meritar su conducta— el mismo obró de modo correcto también ante dicha contingencia. (arts. 512, 1109 y ctes del CPCC)

Por los motivos hasta aquí expuestos, considero que debe revocarse lo decidido en la instancia de origen respecto del juzgamiento de la conducta del demandado R. R., proponiendo al acuerdo el rechazo de la acción respecto del mismo. (arts. 512, 902, 1109 y ctes. del Código Civil, 375, 384, 456, 474 y ctes. del CPCC)

## **2) Responsabilidad de los terceros citados, Clínica IMA S.A. y Laboratorio Klonal S.R.L..**

Para abordar la temática en cuestión resulta ineludible ponderar en primer término y como directriz obligatoria, la consagración constitucional de los derechos de usuarios y consumidores incorporada a través del art. 42 de la Constitución Nacional, pues ello explica la obligación impuesta al juzgador —independientemente del derecho invocado por las partes— sobre su utilización al tratarse de normativa de orden público. (art. 65 Ley 24.240)

Asimismo, no puede soslayarse que la Constitución Nacional de 1994 ha erigido como garantía fundamental al derecho a la salud, en tanto el citado artículo 42 refiere a la protección de los consumidores y usuarios, asegurando la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, así como el trato equitativo y digno de ellos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



239300312026270908

Este derecho constitucional a la salud se ha afianzado aún más con el elenco de tratados internacionales que aluden a él, y que han adquirido jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna —entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) la Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10 y 12); Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 23 etc.)—. En muchos de ellos se refiere al alcance del derecho aludido, se establecen mandatos específicos para los Estados firmantes en dicha materia, y se fijan los objetivos a seguir como política pública en cuestiones relacionadas esta temática.

Es indudable entonces, que el derecho a la salud y los derechos de los consumidores poseen tutela constitucional y se imponen como derechos fundamentales del ser humano. También es evidente, que en nuestro país se ha producido un gran crecimiento y expansión de los derechos de usuarios y consumidores, que ha comenzado con la sanción de la ley 24.240 en el año 1993, y continuó con la jerarquía constitucional que se les ha brindado en el art. 42 de la Constitución Nacional de 1994, así como con el dictado de las leyes 24.787 y 26.361 modificatorias estas —entre otras— de la ley 24.240. Por último, la incorporación de normas relativas a los contratos de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha terminado de afianzar definitivamente el derecho del consumidor en nuestro país, encontrándose además en franca expansión.

En cuanto al tema particular de que aquí se trata, resulta necesario advertir que han cambiado los tiempos, y las formas de contratación de los servicios médicos en nuestro país. Hoy resulta extraño que el paciente acceda a la prestación de un servicio médico contratando directamente con el profesional, sino que lo hace a través de un contrato con un sanatorio, con una empresa de medicina prepaga —como surge en la especie a través de las fichas de internación de la actora reservadas en autos— o mediante su afiliación a una obra social. Es decir, salvo en



aquellos casos en que el paciente elige y contrata personalmente al médico que lo habrá de atender, aunque integre la cartilla de una obra social o empresa de medicina prepaga, en la mayoría de los casos la relación contractual se concreta directamente con el establecimiento asistencial y/o a través de la cobertura médica del paciente.

Ello así, porque en la generalidad de los casos, quien acude a un establecimiento asistencial lo hace por pertenecer a un plan médico contratado con él, o bien en su carácter de afiliado a una empresa de medicina prepaga u obra social, e ignora a ciencia cierta qué médico será el que finalmente lo atienda o quién será el prestador que le realizará los estudios correspondientes (de ser necesarios), lo que evidencia que el vínculo contractual no se realiza con el galeno, sino con la persona jurídica en cuestión.

Es por ello que sobre el particular viene ocurriendo un viraje doctrinario y jurisprudencial —al que encuentro preciso adherir— y hoy, si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (conf. art. 2, Ley citada), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que —en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos— deben regirse por esa normativa. (conf. Sebastián Picasso y Luis R. J.Sáenz, Tratado de Derecho de Daños, Ed. La Ley Tº III, págs.. 462/465)

Sentada esta directriz y adentrándome en la responsabilidad de la co demandada Clínica IMA S.A., encuentro apropiado reiterar que aún sin perjuicio de la exclusión de la actividad de los profesionales liberales del régimen normativo de defensa del consumidor —lo que implicó, claro está, la evaluación separada de la responsabilidad del médico cirujano actuante— no existe impedimento alguno para el juzgamiento de la actividad de los establecimientos asistenciales a la luz del régimen establecido por la ley 24.240.

Ello en tanto su legitimación pasiva, surge de la propia letra del art.



2 de dicho cuerpo normativo por tratarse de personas físicas o jurídicas que desarrollan profesionalmente el servicio de atención médica, en sus diversas facetas, ya sea en cuanto a la prestación del servicio médico en sí mismo — que se encontrará a cargo del profesional que desarrolle su actividad en la institución— como así también en cuanto a las prestaciones paramédicas o extramédicas.

Al respecto, cabe diferenciar, entre las diversas prestaciones a cargo de este tipo de establecimientos a: 1) los actos puramente médicos, por un lado, que son los que implican el desarrollo de la profesión en sí misma del facultativo; 2) los actos paramédicos, que pueden conceptualizarse como las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste, que son desarrollados en general por personal auxiliar que ejecuta las órdenes del propio médico, y que incluyen la provisión de medicamentos en óptimas condiciones al paciente y el buen estado en que se deben encontrar los instrumentos y aparatos médicos; y 3) los actos extramédicos, que están constituidos por los servicios de hotelería, y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes.

Efectuada dicha distinción, puede afirmarse que en el primero de los supuestos habrá que efectuar un análisis particular del art. 10 bis de la ley 24.240, así el establecimiento asistencial responderá, en general, por el incumplimiento de la prestación médica propiamente dicha, cuando exista negligencia en el desarrollo del plan de conducta a su cargo. En tanto por el contrario, probada la ausencia de culpa del facultativo —como ocurre en el *sub lite*— se habrá cumplido la prestación principal a cargo de la clínica, sin que pueda recurrirse a lo dispuesto por el art. 10 bis antes citado.

Sin perjuicio de ello —y como se anticipara— la obligación del centro asistencial no se agota en la prestación médica principal, restando las paramédicas o extramédicas.

Y dichos supuestos no dependerán ya de la existencia de culpa en el obrar del profesional dependiente, sino que se verán subsumidos



dentro de la esfera objetiva de responsabilidad que implican el deber de seguridad (art. 5º de la Ley 24.240) y los daños causados por cosas viciosas, riesgosas o servicios (art. 40 de la Ley 24.240). (conf. Picasso - Vazquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, Ed. La Ley Tº III, págs. 48/51, 624, 625, 638/641)

Sobre el primero de los factores objetivos de atribución antes aludidos, el advenimiento del derecho del consumo condujo en la Argentina a un replanteo completo de la obligación de seguridad, tal como era concebida clásicamente. En efecto, merced a la nueva normativa constitucional y legal que protege a los consumidores, aquel especial deber de protección aparece ahora expresamente previsto por la ley.

A raíz de ello, la obligación de seguridad que ha dejado de ser tácita en el derecho común luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el derecho del consumo resulta con toda nitidez tanto del art. 42 de la Constitución Nacional como del art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor.

El texto constitucional establece, en lo que aquí interesa, que los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos"; en tanto el art. 5 de la ley 24.240 determina que "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores y usuarios".

Sobre el tópico, a su vez, se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmando que el contenido de la norma fundamental citada "implica consagrar una verdadera obligación constitucional de seguridad en cabeza de los proveedores de bienes y servicios" (conf. CSJN, Fallos: 329:4944, 330:563, 331:819 y 333:203 entre otros)

Ante la existencia de esta verdadera obligación de seguridad expresa, en el ámbito de las relaciones de consumo, continuar hablando para esos casos de obligación "tácita" de seguridad, con fundamento en el



derecho común resulta claramente *contra legem*. La ley 24.240 no es una norma facultativa a la que los jueces son libres de acudir o no según su criterio, sino una ley de orden público (según lo dispone su art. 65) que debe ser aplicada en todo el ámbito de su vigencia y que —según resulta de los arts. 7, 963, 1094 y 1709 del CCyCom— desplaza lo que pueda considerarse previsto por el derecho privado en tales supuestos. (conf. Sebastián Picasso, Luis R. J. Saenz, Tratado de Derecho de Daños, Ed. La Ley Tº II págs. 411/412)

Esta obligación, en el particular caso que nos ocupa, es autónoma de la principal. Ello se advierte del hecho de que la extinción de la obligación principal no siempre coincide con la del débito de seguridad, característica elemental de la obligación accesoria. En efecto, como acontece en la especie, puede ocurrir la extinción de la obligación principal por cumplimiento ante una operación exitosa y subsistir el daño producido por la infección que respondía a la obligación autónoma de seguridad de la clínica, la que —como se dijo— debe ser juzgada bajo el factor de atribución objetivo. (art. 5 Ley 24.240, Picasso y Vazquez Ferreyra, Ob. Citada Tº III, págs. 624 y 641)

Y dicha responsabilidad, no puede sino ser evaluada conjuntamente con la del Laboratorio citado como tercero, ello en función del principio de solidaridad que rige en la materia. (art. 40 Ley 24.240)

Para ello debe recordarse que el artículo 40 de la ley 24.240 menciona a una serie de sujetos que responden indistintamente ante el consumidor dañado. Así están obligados a indemnizar "el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o el servicio".

Este sistema de responsabilidad solidaria se convierte, simultáneamente, en un sistema de garantías. La solidaridad actúa como una forma de identidad en dos sentidos. En primer lugar, le asegura al usuario el cumplimiento de la obligación comprometida, dado que es virtualmente imposible que todos los integrantes de la red solidaria



atraviesen simultáneamente momentos de flojera patrimonial. En segundo lugar, el consumidor sabe mucho menos del producto que adquiere que de la solvencia de quien lo produce. En otras palabras, su expectativa reposa no en la calidad intrínseca del producto, que generalmente desconoce, sino en el prestigio del fabricante o productor. La marca del producto lo convence de su conveniencia con más énfasis que el propio producto, del que poco sabe.

Por último, aunque resulta obvio, el esquema reparatorio que rige frente a los consumidores por el cual "todos los proveedores responden" (o muchos de ellos) no es obstáculo para que luego ellos "salden cuentas" internamente a través de las acciones de repetición correspondientes.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, cuadra destacar que el artículo 40 de la LDC, no hace responder siempre a todos y cada uno de los proveedores de una cadena comercial. De hecho permite la liberación total o parcial de aquel proveedor que "demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". Ello aunque en los hechos resulte complejo demostrar esa ajenidad, ya que el alcance amplio de la noción de riesgo empresario será un claro obstáculo para alegar la existencia de esa causal de eximición.

En lo que refiere a la atribución de responsabilidad en sí misma, el art. 40 de la normativa protectoria citada, es aplicable a todo supuesto dañoso derivado del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio.

Y en ninguno de los dos casos se exige un factor de atribución de tipo subjetivo para hacer responder al proveedor.

Respecto de las cosas viciosas o riesgosas puede decirse que ello, a primera vista suele asociarse con la "responsabilidad por productos elaborados" —como ocurre en el particular— aunque la norma no requiere que exista un producto elaborado, bastando con una cosa viciosa o riesgosa destinada al consumo.

Para ilustrar de mejor modo el concepto, no resulta ocioso recordar que como noción de producto elaborado puede entenderse "toda cosa mueble o inmueble, natural o industrial, destinada a la



comercialización, en cuyo proceso de creación transformación o desarrollo, así como en la preparación para su consumo o uso, haya intervenido la actividad humana"; o productos naturales que requieren la intervención del hombre, tanto en lo relativo a su desarrollo como a su conservación, fraccionamiento o envase. (conf. Camatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto de Defensa del Consumidor Comentado, Ed. La Ley, Tomo II, págs. 855/860)

En cuanto al alcance de la responsabilidad, el referido artículo 40 concreta el deber general de seguridad que, como principio informador del sistema de defensa de los consumidores determinan los artículos 5º y 6º de la Ley.

Señala Lorenzetti, que si bien los proveedores deben adoptar medidas de prevención de riesgos de acuerdo con un estándar de diligencia media, puede suceder que en numerosos casos existan "resultados específicos a lograr, específicamente cuando hay normas regulatorias sobre seguridad, o cuando la expectativa creada en el usuario genera una apariencia de confiabilidad de riesgos". (conf. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, 2ª Edición, Santa Fe, 2009 pág. 151)

En cuanto a los momentos en los cuales el deber de seguridad debe ser observado, cabe señalar que ello sucederá cuando se diseñe el producto o servicio (creación del prototipo y realización de testeos y experimentos), en la etapa de fabricación o elaboración (controlando las distintas secuencias de ese proceso) y, finalmente, al momento de la distribución y comercialización de bienes y servicios.

Si bien se observa que, en la práctica, la atención se suele enfocar principalmente en el momento de producción del bien (en sentido amplio, incluyendo diseño y posterior fabricación), las etapas posteriores deben mantener la inocuidad del mismo no transformándolo en inseguro a causa de una inadecuada manipulación, comercialización o almacenamiento.

Y en dicho punto, es importante tener en cuenta que



determinados bienes o servicios, por su trascendencia, tienen sus propias normas de seguridad respecto de la fabricación, comercialización o prestación, resultando este el caso de los medicamentos. (Ley 16.463)

Sin perjuicio de lo expuesto el deber de seguridad previsto en el art. 5º de la LDC, no constituye una garantía absoluta para los consumidores de que el bien o servicio comercializado no producirá daños en la salud o la integridad física.

En efecto, de la regla general se desprende que el deber de seguridad no cubrirá los daños derivados del uso contrario o ajeno a la naturaleza del bien, siempre y cuando para ello no haya podido ser previsto de modo razonable por el proveedor.

Cuando ello pueda ser previsto por el proveedor, adquirirán importancia los deberes de información y advertencia para que un mal uso de los bienes o servicios no produzcan perjuicio a los consumidores.

En tal sentido, si debiendo informar o advertir, el proveedor no lo hizo, o lo realizó de manera insuficiente, será responsable aún en las hipótesis de uso anormal o bajo condiciones no previsibles del bien o servicio.

Por cierto que en muchos casos no bastará solo con informar o advertir. Cuando los daños sean previsibles o esperables, habrá que llevar adelante diversas conductas concretas que impidan la afectación de la salud o la integridad física del consumidor en la situación concreta.

Mas allá de todo ello y aunque parezca obvio, es necesario demostrar la existencia de relación de causalidad entre el daño sufrido y el incumplimiento del deber de seguridad por parte del proveedor, aun cuando se esté en el ámbito más flexible del derecho del consumidor. Sin embargo, se ha resuelto que la sola acreditación del daño sufrido por una persona en el marco de una relación de consumo hace responder al proveedor por violación del deber de seguridad si este último evidencia una conducta pasiva en el juicio sin aportar elementos que rompan el nexo causal esgrimido. (conf. Chamatropulos, Ob. Citada, págs.. 374/381; CNCiv., Sala



A, "Ramirez, Cesar Antonio c/ Metrovías S.A. s/ Ds. Y Ps., S. 30/5/2012)

Teniendo en cuenta el marco normativo fijado y el desarrollo teórico de los factores de responsabilidad aplicables, corresponde como natural correlato su efectiva evaluación a la luz de la prueba producida en el proceso, a fin de determinar la eventual responsabilidad de la clínica oportunamente demandada —hoy citada como tercero— y el Laboratorio citado.

Para abordar dicha tarea, no puedo dejar de destacar que atendiendo el tipo de relación jurídica de que aquí se trata, la evaluación de la prueba aportada será a la luz de lo dispuesto por el art. 53 de la LDC, es decir que habrá de observarse con mayor rigurosidad la acreditación de los extremos invocados por los terceros citados, en tanto ellos eran sin lugar a dudas quienes se encontraban en mejores condiciones de nutrir de pruebas el proceso.

Sentado ello y puesto en la evaluación del plexo probatorio, considero que en primer término debe abordarse la testimonial producida en autos, pues su contenido servirá como sustrato de base para evaluar los restantes medios probatorios.

Así destaco que a fs. 457/1459 presta declaración C. E. Z., quien se desempeñaba como caba de cirugía de la Clínica IMA al momento de la operación de la accionante.

Expuso la testigo que su tarea consistía en el manejo del quirófano con excepción de las acciones médicas. Es decir, efectuaba el abastecimiento, organización de programas quirúrgicos, formación de equipos y todo lo que tiene que ver con el trabajo de las instrumentadoras.

En lo que respecta al antiséptico aplicado a la actora, especificó que ese producto se utilizó en reemplazo del que la clínica usaba habitualmente —Rifocina de laboratorio Le Petit— explicando que a los pocos días que se reemplazó, el Dr. R. advirtió a la clínica para que dejaran de utilizarlo porque no confiaba en el producto; ello en tanto había tenido problemas con algunas pacientes y lo único que se había cambiado en la



práctica quirúrgica usual era la marca del desinfectante.

A fs. 1009/1014 declaró el Dr. P. G. S., quien resultaba ser médico infectólogo de la Clínica IMA, y sostuvo que en forma contemporánea al caso de la accionante se diagnosticaron cinco infecciones en pacientes sometidas a cirugía de prótesis mamarias, todas ellas provocadas por el mismo germen (*Burkholderia cepacia*).

Manifiestó a su vez que de las cinco infecciones pudo hacerse estudio infectológico en dos de ellas que eran las que tenían secreciones y que debido a lo inusual del germen detectado, él mismo lo llevó personalmente a tipificar al Instituto Malbrán.

Explica que llegaron a asociar el origen de la bacteria con la rifamicina del Laboratorio Klonal, luego de realizar un relevamiento de las historias clínicas de los pacientes y del área quirúrgica, además del cultivo de todos los elementos que se compartieron como factores comunes de la cirugía.

Preguntado el experto si lo acontecido se trataba de una situación habitual, el mismo contestó que no, dado que se trata de un tipo de cirugía con una tasa de infección habitual muy baja.

Asimismo al interrogarlo sobre el modo en que hallaron la bacteria en el antiséptico, el mismo contestó que en la investigación abrieron varios frascos de Rifamicina Klonal de dos partidas diferentes y que una de ellas contenía el germen; aclarando además que se trataba de frascos herméticamente cerrados desde fábrica.

A fs. 1012/1013 luce agregada la declaración del bioquímico R. J. M., quien manifiesta que debido a una serie de infecciones se le solicitó la realización de cultivos de una muestra de una paciente y de muestras de rifamicina. Afirma el profesional que los cultivos fueron positivos a la bacteria *Burkholderia cepacia*, lo que luego confirmara el Instituto Malbrán.

Según lo declara, el cultivo fue sobre material retirado de una prótesis mamaria y de líquido que usaron de la solución de rifamicina. Afirmó que el germen se halló tanto en la muestra de la paciente como en la del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL



239300312026270908

frasco cerrado de Rifamicina Klonal; y que se trata de una bacteria tan infrecuente que en toda su carrera —de 20 años de trayectoria— fue la única vez que la encontró.

A fs. 988/994 luce agregada la contestación de oficio del Instituto Dr. Carlos G. Malbrán, de cuyas constancias surge que los dos cultivos oportunamente presentados por la Clínica IMA en el mismo, contenían *Burkholderia Cepacia*.

Asimismo surge de las actuaciones administrativas labradas por la ANMAT a instancia de la Clínica IMA, que en los dos frascos cerrados —cuya fecha era previa su vencimiento— de Rifamicina de Laboratorio Klonal aportados por la clínica, se encontró la bacteria antes mencionada, hecho este que no ocurrió, por el contrario, al efectuarse la contraprueba con las dos muestras de museo aportadas por Laboratorio Klonal S.R.L.. (ver fs. 838/942 y 1407/1411)

En esta instancia del análisis probatorio, solo queda por remitirse a los informes periciales agregados a fs. 229/235, 610/619, 1141/1162 y contestaciones de pedidos de explicaciones e impugnaciones de fs. 654/655, 660, 1173 ya analizados al momento de tratar la responsabilidad del Dr. R., a los que deben sumarse las conclusiones del producido por el Dr. Marcos Enrique Tesler —a fs. 802/803, 812/814 y 943/944— todos ellos coincidentes en la relación causal entre la existencia de la bacteria en el antiséptico y la infección de la accionante.

Por último y por su especificidad, debe estarse a las conclusiones arribadas por el Perito Farmacéutico Norberto E. Goldenscher, quien afirmó que la detección de contaminación por colonias de microorganismos en un envase original perfectamente cerrado, debe su origen a un problema de contaminación del mismo producto, en cambio un envase abierto, puede ser producto de una inadecuada manipulación del medicamento. (ver fs. 1348)

Analizadas estas probanzas, tengo para mí por acreditadas dos cuestiones, la primera de ellas es que la infección de la accionante fue provocada por la bacteria *Burkholderia Cepacia* y la segunda que la misma



se encontraba presente en los frascos de Rifamicina Klonal, cerrados desde fábrica y en poder de la Clínica IMA.

En dicho contexto y habiendo sido utilizado dicho antiséptico en la operación de la accionante, considero que las consecuencias sufridas por la misma se debieron a la presencia de la bacteria en dicho desinfectante. (arts. 384, 456, 474 y cctes. del CPCC)

No se me escapa, a pesar de lo expuesto, teniendo en cuenta el hilo argumental traído por el laboratorio en su defensa —el que debe traerse a colación en virtud del principio de apelación adhesiva, toda vez que el mismo ha resultado ganancioso en la instancia anterior— que a efectos de deslindar su responsabilidad la empresa citada achaca al Dr. R. su supuesta impericia por haber utilizado en forma impropia el antiséptico y critica asimismo el fraccionamiento del producto en quirófano, motivo por el cual considera que pudo haberse producido su contaminación.

Más, como bien surge del parte quirúrgico que transcribe el Dr. D' agostino en su pericia —ya citada— la utilización de la Rifamicina conjuntamente con solución fisiológica fue para el lavado externo de la herida (ver fs. 1145); y en lo que refiere a su eventual fraccionamiento, cabe recordar que de los informes brindados por la ANMAT en el expediente administrativo que obra a fs. 838/929 se corroboró que la bacteria fue encontrada en los dos frascos cerrados aportados para la prueba correspondiente por la Clínica IMA, por lo que corresponde presumir que el germen ya se encontraba previamente en la solución.

Sin perjuicio de ello, no puedo pasar por alto que conforme lo desarrolla la ANMAT en su informe de fs. 928, la diferencia entre los resultados de los frascos aportados por el laboratorio y los entregados por la clínica pudo deberse a las condiciones de almacenamiento. Esto toda vez que, por tratarse de una solución no estéril puede contener microorganismos, los que —aún en frascos cerrados— pudieron subir su número por haber estado sometidos a temperaturas aptas para su desarrollo. Cuestión esta que no ocurre con las muestras del laboratorio —



de museo— las que se mantienen, conforme a las buenas prácticas de manufactura, en un depósito con temperaturas medidas.

Teniendo en cuenta ello, y no siendo posible determinar en qué parte de la cadena de distribución se produjo el vicio en el antiséptico en cuestión, con apoyo en los principios extensamente desarrollados al inicio del presente apartado, teniendo en cuenta la responsabilidad objetiva y solidaria que establecen los artículos 5 y 40 de la Ley de Defensa del Consumidor y a la luz de lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional, habré de proponer al acuerdo la revocación de lo decidido en la instancia de origen propiciando la inclusión en la condena de Laboratorio Klonal S.R.L. y la confirmación de lo decidido respecto de Clínica IMA S.A. aunque con fundamento en los motivos hasta aquí expuestos. (arts. 1, 2, 3, 5, 40, 65 y cctes. de la Ley 24.240; art. 42 de la C.N.; arts. 94, 384, 474, 456 y cctes del CPCC)

### **III. ii. De los rubros indemnizatorios.**

#### **a. Daño Físico.**

Sobre el tópico debe recordarse que el daño resarcible no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. La cualidad funcional del daño, su resarcibilidad, ciñe el contenido que debe serle asignado.

De tal modo, el artículo 1067 del código Civil, establece que no habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código (es decir, no hay acto que engendre responsabilidad civil resarcitoria), si no hubiese daño causado u otro acto exterior que lo pueda causar. Por ende, el daño es la contrapartida de la reparación y debe congruentemente consistir en una consecuencia que “pueda” ser reparada en alguna forma, más o menos perfecta. (por equivalente o por medio de satisfacción indirecta).

Esta Sala tiene dicho en reiterados pronunciamientos que, más allá de las calificaciones o “nomis juris” que demos a las cosas y a los perjuicios a tarifar, de lo que se trata es de indemnizar justa e integralmente estos últimos. Tan solo la reparación jurídicamente plena o integral, que no



es otra cosa que la indemnización o equivalente dinerario en la medida de lo justo (equitativo) para el caso determinado. (Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, Causa 58.026, RSD-136-4, 27-4-2004 "Olivera, Ramón c/ Microómnibus Quilmes SACIF y ots. S/Ds y Ps)

En cuestiones eminentemente técnicas, como indudablemente se dirimen en este rubro, la prueba pericial adquiere especial relevancia y preeminencia, puesto que integra los conocimientos del juez a través de explicaciones técnicas.

En principio, la fuerza probatoria del dictamen solamente puede enervarse por fundadas razones científicas o técnicas, resultando ilógica la pretensión de contrariarlas con opiniones profanas o discrepancias subjetivas, y, por más amplias que sean las facultades del juez al apreciar las conclusiones y que las mismas no sean vinculantes, el apartamiento debe ser fundado en razones de mucha entidad. (SCBA, Ac. 45797 S 14-5-1991, A y S 1991-I-710)

Todos los dictámenes periciales producidos en autos resultaron contestes en la existencia de un desplazamiento de la prótesis de la mama izquierda de la actora, la que debido a su encapsulamiento sufrió su ruptura debiendo ser retirada y reemplazada mediante la operación llevada a cabo por el Dr. F. (ver dictámenes periciales de fs.fs. 229/235, 610/619, 802/803, 1141/1162 y contestaciones de pedidos de explicaciones e impugnaciones de fs. 654/655, 660, 812, 943/944 y 1173 ya analizados al momento de tratar la responsabilidad y declaración testimonial de fs. 1042/1044 )

Teniendo en cuenta ello, no puedo pasar por alto la existencia manifiesta de una incapacidad física transitoria, en el período comprendido desde la intervención realizada por el Dr. R. y la efectuada por el Dr. F., luego de iniciada esta litis.

Dicha merma, que ha sido palmariamente evidenciada en autos y expuesta al momento de evaluar la responsabilidad de los accionados, a mi criterio merece ser indemnizada. Por tales motivos es que propongo al acuerdo que el rubro bajo tratamiento prospere fijando su cuantía en la suma



de **PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150.000)**.(arts. 165, 384 y 474 del Cód. procesal)

**b. Daño psíquico y tratamiento:**

El daño psíquico puede importar un daño patrimonial indirecto en tanto produce deterioros orgánicos que impiden el ejercicio habitual de la actividad laborativa de la víctima, y en todo caso infligen un daño patrimonial directo al disminuir o afectar la integridad personal. La disminución de las aptitudes psíquicas constituye un daño resarcible, cuando provoca una incapacidad total y permanente, pero también cuando la víctima no desempeña al momento actividad alguna. (Rey, Rosa-Rinnesi, Antonio "La cuantificación del Daño. Sus implicancias" en "Cuantificación del Daño 2001-1" Edit. Rubinzal- Culzoni, pag. 45)

En distintas oportunidades esta Sala ha señalado que el rubro indemnizatorio por incapacidad psíquica tiene una naturaleza diferenciada de las demás minusvalías (Esta Sala I RSD N°265/96, 61/98 y 395/06 entre otras), representando el daño psíquico una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc.

Del informe pericial efectuado por la perito psicóloga Adriana Marcela Bayones —dependiente de la Asesoría Pericial Departamental, se desprende que la actora presenta un cuadro de neurosis histérica, sobre la que ha desarrollado un síndrome depresivo reactivo en período de estado leve, derivado de las operaciones que motivan esta litis y sus resultados. Estima la experta en su evaluación que por tales afecciones la accionante se ve incapacitada en un 10% del valor total, según varemo del Dr. Castex.

Sobre el psicodiagnóstico efectuado por la perito psicóloga, el especialista en psiquiatría designado en autos, Dr. Roberto Miguel Cabrera, ratificó el porcentaje de incapacidad hallado por la facultativa antes citada y recomendó además la realización de un tratamiento psiquiátrico —medicamentoso— y piscoterapia por el término de un año.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y no hallando mérito para apartarme de los dictámenes referido —respecto de los cuales no ha mediado impugnación alguna— estimo justo elevar el monto fijado en la instancia de origen a la suma de **PESOS CIENTO VEINTE MIL (\$ 120.000)** a efectos de reparar el daño estimado en este apartado y su correspondiente tratamiento, lo cual dejo propuesto al Acuerdo. (art. 384, 456, 474 y Ctes. del CPCC)

**c. Daño moral:**

En cuanto a la queja formulada respecto del monto establecido para resarcir el daño moral, diré que la comisión de un acto antijurídico permite por si sola presumir la existencia de tal padecimiento. Se trata de una prueba "in re ipsa", que surge inmediatamente de los hechos mismos. (art. 1078 del Cód. Civ., hoy 1741 del CCyCom)

El daño moral es aquel que afecta principalmente los derechos y atributos de la personalidad, de carácter extrapatrimonial, y su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los mas sagrados afectos. No requiere prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica. (art. 1078 del C.C. Y su doctrina; SCBA 13-6-89, "Miguez Rubén y otro c/ Comarca S.A. y otro" -L 40.790- El derecho Tº 136 pág.526)

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha expresado en casos similares que, al no requerir prueba específica alguna, ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica —daño in re ipsa— correspondiendo al responsable del hecho dañoso acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de dicho daño. (conf. SCBA, causas Ac. 55.648, S. del 14-VI-96; Ac. 57.523, S. del 28-V-96; L.38.931, S. del 10-V-88 en A y S1988-II-114, entre otras)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha impuesto la doctrina que establece que el daño moral tiene carácter resarcitorio, el que surge de textos legales expresos (arts. 522 y 1078 del C.C., hoy 1741 del CCyCom), no teniendo que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este. (“Forni, Francisco y otros c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” F 439.XXI, setiembre 7 de 1989)

Dentro de dicho contexto interpretativo, estimo que la traducción económica del aludido quebranto efectuada en la instancia de origen, no resulta suficiente para mitigar el agravio sufrido por la accionante en este aspecto, motivo por el cual estimo que el mismo debe ser elevado, por lo que propongo al acuerdo fijar su cuantía en la suma de **PESOS TRESCIENTOS MIL (\$ 300.000)**. (art. 165 del CPCC.)

**IV.** En virtud de las razones y fundamentos expuestos en los puntos precedentes, a la primera cuestión planteada, **VOTO POR LA NEGATIVA.**

A la misma primera cuestión, el doctor **Carlos Ricardo Igoldi**, por consideraciones análogas adhiere y **TAMBIEN VOTA POR LA NEGATIVA.**

A la segunda cuestión, el doctor **Javier Alejandro Rodiño** dice:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada, con el alcance indicado en la consideración de las quejas. Imponiendo las costas de Alzada terceros citados Clinica IMA S.A. y Laboratorio Klonal S.A. en su calidad de vencidos (art. 68 del CPCC). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (Ley 8904 y 14967).

**ASI LO VOTO.**

A la misma segunda cuestión, el doctor **Carlos Ricardo Igoldi**, por

compartir fundamentos, adhiere y **VOTA EN IGUAL SENTIDO.**

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente,

**— SENTENCIA —**

En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia apelada debe revocarse parcialmente con el alcance establecido en la consideración de las quejas. **POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y CITAS LEGALES,** revócase parcialmente la sentencia apelada en los siguientes puntos:

I.- Rechazando la demanda respecto del demandado **R. R.**

II.- **Admitiendo el progreso de la acción respecto del tercero citado Laboratorios Klonal S.R.L. (art. 40 Ley 24.240 y 94 del CPCC).**

III.- **Confirmando** aunque por distintos fundamentos **el progreso de la acción respecto del tercero citado Clínica IMA S.A..**

IV.- a) **Admitiendo el rubro daño físico, cuya cuantía se fija en la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$ 150.000).**

b) Elevando el monto fijado para resarcir los rubros:

1) **Daño moral:** A la suma de pesos **trescientos mil (\$ 300.000).**

2) **Daño psicológico y gastos de tratamiento:** A la suma de **pesos ciento veinte mil (\$120.000).**

V.- Imponiendo las costas de Alzada los terceros citados en su calidad de vencidos (art. 68 del CPCC). Difiriendo la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad. (Ley 8.904 y 14.967). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE ELECTRONICAMENTE (ART. 3, 4 Y 6 RES. 480/20 SCBA.) CONSENTIDA O EJECUTORIADA, DEVUELVA A LA INSTANCIA DE ORIGEN.**

**JAVIER ALEJANDRO RODIÑO**  
**JUEZ DE CAMARA**

**CARLOS RICARDO IGOLDI**  
**JUEZ DE CAMARA**



239300312026270908

**GERMAN PEDRO DE CESARE  
SECRETARIO**

**REFERENCIAS:**

Funcionario Firmante: 06/11/2020 09:59:19 - RODIÑO Javier Alejandro -  
JUEZ

Funcionario Firmante: 06/11/2020 10:20:40 - DE CESARE German Pedro -  
SECRETARIO DE CÁMARA

Funcionario Firmante: 06/11/2020 10:44:09 - IGOLDI Carlos Ricardo - JUEZ



239300312026270908

**CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA I - LOMAS  
DE ZAMORA**

**NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS**