

Voces: MALA PRAXIS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - DAÑOS Y PERJUICIOS - INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - INDEMNIZACIÓN - DAÑO MORAL

Partes: D. M. A. c/ Mediconex S.A. Clínica Loiacono y otros | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

Sala/Juzgado: A

Fecha: 29-oct-2020

Cita: MJ-JU-M-129026-AR | MJJ129026

Producto: DP,MJ

Procedencia de una demanda de mala praxis, porque, al momento de atender a un paciente que ingresaba por un accidente de tránsito, los médicos trataron las fracturas de sus miembros inferiores, pero no diagnosticaron -y por lo tanto no trataron- la fractura de su hombro derecho, quedando casi sin movilidad. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

1.-Corresponde admitir la demanda de mala praxis, en tanto que, no sólo se omitió realizar el correspondiente diagnóstico, sino que como consecuencia de ello no se estableció un apropiado plan de atención del paciente de manera tal de brindar respuesta a la totalidad de las afecciones que presentaba, circunstancia que redundó en la consolidación de la fractura de la cabeza humeral con una importante angulación, que generó un grave deterioro de los músculos de la articulación, al punto tal que hoy el actor haya perdido casi por completo la movilidad tanto activa como pasiva del hombro derecho.

2.-Si bien el ingreso a la institución médica el accionante presentaba un cuadro en su miembro inferior derecho que merecía mayor premura en la atención, esa mayor urgencia no debió implicar que se pierda de vista diagnosticar las restantes patologías.

3.-Debe admitirse la demanda de mala praxis contra la clínica, ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquella deviene inexcusable, producto de la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio.

4.-Por más el profesional dispuesto por el director médico para la atención del accionante haya actuado negligentemente, no es posible atribuirle responsabilidad a título personal, en tanto que en el particular no existió una falla en la conformación del equipo técnico de asistencia del

enfermo, sino un inapropiado actuar del profesional que, en su carácter de especialista en traumatología, había sido idóneamente asignado a la atención del accionante.

5.-El pedido de indemnización del daño moral debe admitirse, ya que el accionante fue víctima de una mala praxis médica que le ha dejado secuelas físicas de gravedad y de carácter permanente, que repercutieron en la pérdida casi por completo de la movilidad de su hombro derecho.

6.-Teniendo en cuenta que el médico demandado atendió al actor en su carácter de dependiente de la demandada -esto es, que no existió un contrato particular entre él y el demandante-, corresponde enmarcar su responsabilidad en los arts. 1109 y concs. del CCiv. (del voto del Dr. Picasso).

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 29 días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunidos en acuerdo -en los términos de los arts. 12 y 14 de la acordada n° 27/2020 de la C.S.J.N.- los señores jueces de la Sala "A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "D. M. A. c/ MEDICONEX SA CLINICA LOIACONO Y OTROS s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (EXPTE. N° 92.554/2013), respecto de la sentencia de fs. 427/440, establecen la siguiente cuestión a resolver:

¿ES AJUSTADA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores:

RICARDO LI ROSI - SEBASTIÁN PICASSO A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. RICARDO LI ROSI DIJO:

I.- La sentencia de fs. 427/440 hizo lugar a la demanda entablada por D. M. A. y condenó a "Mediconex- Clínica Loiacono", J. G., G. F. M. D., "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A." y a "Seguros Médicos S.A." -estas últimas en los términos del art. 118 de la ley 17418- a abonarle al actor la suma de pesos cuatrocientos setenta y siete mil (\$ 477.000) con más los intereses a liquidar según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el 8 de noviembre de 2011 hasta el efectivo pago, con costas a cargo de los vencidos.- Contra éste pronunciamiento, se alzan a fs. 728/735 las quejas de "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.", que fueron contestadas por el accionante a fs. 783/797.- A fs. 737/740 lucen los agravios de J. G., que merecieron la réplica del accionante de fs. 799/805.- Mediante la pieza de fs.742/769 "Seguros Médicos S.A." expresó sus agravios, los cuales fueron contestados por el accionante a fs. 807/823.-

A fs. 770/781 fundó sus quejas el accionante, las cuales no merecieron contestación.-

II.- Previo a avocarme al tratamiento de los agravios, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/4/96; CS, en RED 18-780, sum. 29;

CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 -LA LEY, 1985-B, 263-; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).-

III.- Con carácter previo a avocarme al análisis de los agravios formulados por las partes, y a efectos de clarificar las cuestiones controvertidas, creo pertinente realizar una breve reseña de los hechos que dieron origen al pleito.- Las partes son contestes en que el 6 de noviembre de 2011, D. M. A. sufrió un accidente vial en la intersección de las calles Falucho y Cerrito de la localidad de Bernal, Partido de Quilmes, Provincia de Buenos Aires.

En virtud de las lesiones que presentaba, fue trasladado por el personal de Bomberos al Hospital Zonal de Agudos Dr. G. Iriarte de Quilmes, en donde se le diagnosticó fractura expuesta de tibia y peroné derecho y se lo intervino quirúrgicamente de urgencia.

Luego se le colocó una valva de yeso en su pierna derecha y un cabestrillo en el miembro superior derecho, quedando el resto de los politraumatismos a diagnosticar.- Posteriormente, el 8 de noviembre fue derivado por su obra social a la Clínica Loiacono, dirigida por el Dr. J. G., en donde permaneció internado hasta el 20 de diciembre de 2011. En la anamnesis de ingreso se dejó constancia que presentaba politraumatismos, fractura de clavícula derecha, fractura de tibia y peroné en pierna derecha y dolor al movimiento de su miembro superior derecho, estableciéndose en el plan de estudio una interconsulta con traumatología.- En el marco de su estadía en la mencionada institución, fue nuevamente intervenido en su miembro inferior derecho y controlado diariamente.

Además, surge de la historia clínica que durante los primeros días de internación cursó severos dolores en la extremidad del hombro derecho, limitándose la atención de tal afección a la colocación de un cabestrillo y al suministro de analgésicos.- Una vez externado, continuó el tratamiento de manera ambulatoria mediante los consultorios externos de la clínica, siendo atendido por el especialista en traumatología, Dr. G. F. M. D.

En los primeros días del mes de enero fue nuevamente intervenido quirúrgicamente en su miembro inferior derecho, continuando con rehabilitación y sesiones de kinesiología.- Durante éste tratamiento en consultorios externos, el accionante continuó con dolor en su miembro superior derecho, por lo que se le recetaron sesiones de kinesiología.

Dado que la dolencia no cesaba, se le ordenó realizarse una resonancia magnética de hombro derecho, la cual fue realizada el 31/08/2012, detectándose una luxofractura humeral homolateral con desplazamiento posterior de fragmento óseo, con compromiso de los tendones que conforman el manguito rotador.

Asimismo, se le ordenó realizarse una tomografía computada de miembro superior derecho, que se realizó el 22/9/2012 y de cuyo informe surge:

"Con registro para tejido óseo se reconocen trazos de fracturas a nivel del tercio medio de clavícula derecha acompañado de fractura de cabeza humeral homolateral con desplazamiento posterior de fragmento óseo. Dichos hallazgos deberán ser correlacionados con los antecedentes traumáticos del paciente."- En este marco fáctico, el conflicto entre las partes se circunscribe a la respuesta médico-asistencial brindada a las lesiones que habría presentado el accionante en su miembro superior derecho.-

IV.- Fijados estos antecedentes, razones de orden práctico de las cuestiones a tratar imponen abordar en primer lugar los agravios formulados por "Prudencia Compañía Argentina de Seguros S.A." (citada en garantía por "Médiconex-Clínica Loiacono"), "Seguros Médicos S.A." (citada en garantía por el Dr. G. F. M. D.) y por el Dr. J. G. relacionados con la imputación de responsabilidad que se efectuó a su respecto en la anterior instancia.- Para ello, cobran relevancia las conclusiones que surgen de la pericia médica rendida por el especialista en ortopedia y traumatología, Dr. Luis Amado Ferrero y sus contestaciones de fs. 397 al pedido de aclaraciones formulado por el accionante (ver fs. 395).

Cabe destacar que, en esta clase de pleitos en que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia; de modo que, tanto los hechos comprobados por los expertos, como sus conclusiones, deben ser aceptados por el juez, salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen.

Por el contrario, se requiere demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (conf. CNCiv, Sala A, voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro publicado en L.L. 1991-A-358; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal Civil Y Comercial de la Nación", Tomo 8, págs.538/9 y sus citas; Morello-Sosa-Berizonce, "Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación" T. V-B, pág. 455 y sus citas).

Esta consideración estriba en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado. Se lo presume honesto, capaz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina.

Existen dos motivos para la admisión de la fuerza probatoria: presupuesto de que el perito no cae en el error, y por otro lado, el presupuesto de que no tiene intención de engañar.

El dictamen sirve entonces para brindar mayor o menor fe sobre la existencia de las cosas objeto del mismo (conf. Virginia Berlinerblau - Claudia Moscato, "Calidad del Dictamen Médico Legal: Herramientas para su Valoración" en "La Prueba Científica y Los Procesos Judiciales", págs. 44/45; Academia Judicial Internacional; La Ley; 2006).- Para desarrollar su experticia, el especialista examinó físicamente al accionante, tuvo a la vista la historia clínica labrada en la Clínica Loiacono y el resultado de los estudios médicos complementarios (Rx de hombro derecho -frente y perfil- y Rx de hombro derecho).

Sobre la base de estas constancias, corroboró que el accionante sufrió una fractura de clavícula derecha y una fractura expuesta de tibia y peroné derecho que fueron tratadas adecuadamente y sobre las que no cabe ahondar en el análisis. Pero, también refirió que el actor "presenta una secuela grave en el hombro, consistente en una fractura de cuello humeral de hombro derecho consolidada con importante angulación y desplazamiento, con lesión completa de los músculos del manguito rotador" (cfr. fs.361).

Es precisamente en la atención médico-asistencial brindada a ésta lesión en la que debe ponerse el foco para analizar la responsabilidad de los emplazados.- De solo confrontar la citada afirmación pericial con la lectura de la historia clínica adunada al expediente, no caben

dudas en punto a que la imputación de responsabilidad realizada en la instancia de grado respecto del Dr. G. F. M. D. y de "Mediconex- Clínica Loiacono" (como así también respecto de sus empresas aseguradoras) es a todas luces acertada, ya que no existen constancias de que los profesionales que trataron al accionante hayan diagnosticado o mencionado la lesión.

Así fue puesto de resalto por el experto al contestar el quinto punto de pericia propuesto por el accionante, cuando destacó: "según las constancias de la historia clínica, no se diagnosticó las lesiones en el hombro derecho en forma inicial". Aquí yace la primer causal de responsabilidad que torna procedente la acción: en la falta de diagnóstico de la lesión que presentaba el accionante en su húmero derecho.- Como lógica consecuencia, si la dolencia siquiera fue detectada, tampoco se instituyó el tratamiento adecuado.

Al respecto, el perito indicó que ésta afección "se trata en forma quirúrgica, se debe reducir la fractura y suturar los músculos".

Por tanto, si esta intervención nunca se realizó durante la internación del accionante en la Clínica demandada, ni se la programó en el marco de las distintas entrevistas médicas en los consultorios externos, la segunda conclusión cae por su propio peso: la fractura de cuello humeral derecho no fue tratada del modo que imponen las reglas del arte y la profesión (art. 512, 902 y concordantes del Código Civil y art.1724 del Código Civil y Comercial de la Nación).- En pocas palabras, no sólo se omitió realizar el correspondiente diagnóstico, sino que como consecuencia de ello no se estableció un apropiado plan de atención del paciente de manera tal de brindar respuesta a la totalidad de las afecciones que presentaba, circunstancia que redundó en la consolidación de la fractura de la cabeza humeral con una importante angulación, que generó un grave deterioro de los músculos de la articulación, al punto tal que hoy el actor haya perdido casi por completo la movilidad tanto activa como pasiva del hombro derecho (cfr. fs. 361).-

Por ello, las argumentaciones defensivas relativas a la correcta atención brindada a la fractura de la clavícula carecen de valor alguno. Más allá de que el criterio adoptado para tratar dicha lesión haya sido correcto, se soslayó que ésta no era la única afección del miembro superior derecho.- No escapa a este análisis que al ingreso a la institución médica el accionante presentaba un cuadro en su miembro inferior derecho que merecía mayor premura en la atención. Pero, esta mayor urgencia no debió implicar que se pierda de vista diagnosticar las restantes patologías.

Prueba de ello es que, a pesar del apremio que demandaba la atención de la fractura de tibia y peroné, no se dejó de atender la lesión en la clavícula.

Pero, el cuadro de la fractura de la cabeza del húmero derecho fue recién advertido el 31/08/2012, con el resultado de la resonancia magnética ordenada casi nueve meses después de su ingreso a la Clínica Loiacono (8 de noviembre de 2011).- Cabe aquí resaltar que el experto designado en autos precisó que: "no puede permitirse que una fractura de húmero consolide con ese grado de desplazamiento, ya que de ser así presentará una disminución de movilidad del hombro, como en este caso." (cfr. fs. 361 vta.).

A la par, agregó que:"al momento de realizar la RMN del 31/8/2012, ya no era posible instituir un tratamiento adecuado", dejando a la vista la demora en la que se incurrió en el diagnóstico, acabó generando que se consolide una lesión que no fue oportuna y debidamente atendida.- Luego, ninguna duda cabe en punto a la responsabilidad del Dr. G. F. M. D. (asegurado de

"Seguros Médicos S.A.").

Es que, la culpa profesional no es más que la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión, que no es otro tipo que la regulada por los principios generales de la culpa.

De esta manera, en la responsabilidad médica, la diligencia exigible al profesional del arte de curar debe ajustarse a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512, 902 y concordantes del Código Civil y art. 1724, 1725 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación).

Entonces, a la luz de las constancias analizadas, la contravención a elementales reglas del arte de curar aparece así evidente y no requiere de otro tipo de consideraciones.- De este modo, al corroborarse la responsabilidad del médico que atendió al accionante, entra también en juego el deber de responder de la Clínica demandada (y de su aseguradora, en los términos del art. 118 de la ley 17.418). Sobre el punto, recordaré que tanto en mi carácter de juez de primera instancia como ejerciendo mi función jurisdiccional en esta Cámara de Apelaciones, he sostenido que adhiero a la teoría que explica la situación de la responsabilidad de los sanatorios mediante la figura de la estipulación a favor de tercero (art. 504 del Código Civil).

De ésta se desprende que entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario).

De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual (conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos" Tº 1, págs. 372/376).- Desde que el paciente se somete a la prestación asistencial de la clínica, aquél como beneficiario resulta aceptante de la estipulación y puede exigir el cumplimiento de la obligación contractualmente contraída por los "promitentes" (instituto asistencial o cuerpo médico profesional) quedando en cabeza de estos últimos responder por los daños que el paciente pueda sufrir como consecuencia de la deficiente prestación o "mala praxis" médica (conf. Bustamante Alsina, J. "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario", La Ley, 1998-A, 404).- Luego, el damnificado tiene una acción directa tanto contra la entidad prestadora (instituto o clínica) como contra el médico, nacidas ambas acciones de aquella estipulación a su favor.- Se trata, asimismo, de una responsabilidad objetiva del ente asistencial ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquél deviene inexcusable.

De ahí que el paciente debe probar tan solo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", LL, Tº 1990-E, pág. 418).- Por consiguiente, al acreditarse que el médico del que se valió "Mediconex-Clínica Loiacono" actuó negligentemente, queda a la vista el incumplimiento del nosocomio en las obligaciones que se encontraban a su cargo.

Propongo entonces que se confirme la condena dispuesta a su respecto (arts. 504, 512, 520, 902 y concs. del Código Civil) que deberá hacerse extensiva a "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A." y a "Seguros Médicos S.A." en virtud de los contratos de seguro reconocidos y en los términos del art. 118 de la ley 17418.- Habiendo dado respuesta a los agravios de las empresas citadas en garantía, analizaré ahora las quejas formuladas por J. G. con relación a la atribución de responsabilidad efectuada a su respecto en la instancia de

grado.

Recordaré que el director médico, por su función de organizador del establecimiento, es el encargado de constituir los equipos en función de determinadas patologías y el modelo que se utilizará estratégicamente, pero no es quien ejecuta el acto médico.

Bien puede haber responsabilidad por falta de diseño o por haber conformado un equipo o conjunto profesional deficiente en relación a la patología y el modelo estratégico (Gherzi, Carlos A., "El Equipo Médico", en Gherzi, Carlos A. - Weingarten, Celia, Tratado del Derecho a la Salud, Tomo III, La Ley, pág. 83/84), pero no por las consecuencias de un obrar negligente por parte del profesional que ejerció el acto u omisión que generó el daño por el cual se reclama.

Resulta así necesario diferenciar la función que cumple un director de un centro de salud, que no tiene relación estricta con el arte de curar sino con la de organizar, coordinar y distribuir las distintas actividades que allí se despliegan, con las que hacen a la actividad médica terapéutica y diagnóstica, respecto de las cuales aquél no tiene injerencia alguna por carecer de funciones de auditoría (CNCiv., Sala M, voto de la Dra. Mabel De Lo Santos en "V., N. c/ C., O. C. y otros s/Daños y perjuicios", 11/11/13, cita online: AR/JUR/82972/2013).- De este modo, entiendo que por más que en el profesional dispuesto por el Dr. J. G. para la atención del accionante haya actuado negligentemente, no es posible atribuirle responsabilidad a título personal. En el particular no existió una falla en la conformación del equipo técnico de asistencia del enfermo (cuestión que sí le sería imputable al director) sino un inapropiado actuar del profesional que, en su carácter de especialista en traumatología, había sido idóneamente asignado a la atención del accionante.- En consecuencia, propongo al acuerdo revocar la decisión de la anterior sentenciante, debiendo rechazarse la acción entablada contra el Dr. J. G.- V.- Fijado lo anterior, corresponde avanzar en el análisis de las quejas vertidas con relación las partidas indemnizatorias reconocidas en la instancia de grado: a) Incapacidad física sobreviniente:

Contra la suma de pesos trescientos cincuenta y siete mil (\$ 357.000) otorgada en la instancia de grado por este rubro, se alzan las quejas del accionante y de "Seguros Médicos S.A."

El primero, consideró que la suma reconocida resultaba reducida ya que no se había tomado en consideración las limitaciones funcionales e incapacitantes ni se había reparado en los aspectos sociales y laborales de la víctima. La empresa citada en garantía sólo se limitó a impugnar el monto reconocido por considerarlo excesivo.- Cabe destacar que la indemnización por incapacidad sobreviniente está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales de la damnificada, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores.

A tal efecto, no pueden computarse las meras molestias, estorbos, temores, celos, fobias, que casi siempre son secuelas propias de este tipo de accidentes (conf. esta Sala, mi voto en libres n° 465.124, n° 465.126 del 12/3/07, n° 527.936 del 24/06/09, n° 583.165 del 12/04/12, n° 110146/2009/CA001 del 1/8/17 y n° 6613/2013 del 7/7/20 entre muchos otros).- En cambio, debe repararse en el aspecto laboral, la edad, su rol familiar y social; es decir, la totalidad de los aspectos que afectan la personalidad (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil", Obligaciones, T° IV-A, pág. 129, núm. 2373; Trigo Represas en Cazeaux-

Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones", Tº III, pág. 122; Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", Tº I, pág. 150, núm. 149; Mosset Iturraspe, Jorge "Responsabilidad por daños", Tº II-B, pág. 191, núm. 232; Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio- Zannoni "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", Tº V, pág. 219, núm. 13; Alterini-Ameal-López Cabana "Curso de Obligaciones", Tº I, pág. 292, núm. 652).- Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. CNCiv. Sala F, L. 208.659, del 4/3/97, voto del Dr. Posse Saguier).- Ello, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art.1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la ley 26.994, que comenzó a regir el 1º de agosto de 2015 (según la ley 27.077), en tanto dispone que "para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis "Código Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", Tº VIII pág. 528, comentario del Dr. Jorge Mario Galdós al art. 1746).-

En este sentido, concuerdo con el criterio jurisprudencial que relativiza el valor probatorio de los porcentajes de incapacidad, porque si bien constituyen un dato de importancia a los efectos de orientar al Juzgador, lo cierto es que no obligan a éste, a quien, en definitiva, lo que le interesa a los fines de precisar la cuantía resarcitoria es determinar previamente la medida en que la disfunción puede repercutir patrimonialmente en la situación de la víctima, a cuyo fin no podría sujetárselo a estrictas fórmulas matemáticas que, en general, no son aptas para traducir fielmente el verdadero perjuicio que el ilícito provocó en el damnificado (conf. esta Sala, L. 250.357 del 4/2/99, L. 509.931 del 07/10/08, L. 585.830 del 30/03/12, L. 615.638 del 12/08/13 y nº 6613/2013 del 7/7/20 entre otros).- Ahora bien, para dar respuesta a los agravios vertidos por las partes, resulta apropiado repasar las consideraciones técnicas que surgen del informe pericial rendido por el médico especialista en ortopedia y traumatología, Dr. Luis Amado Ferrero (ver fs. 360/361) y de su contestación de fs. 397 a las impugnaciones y pedidos de explicaciones del accionante (ver fs.391/393), de donde se desprende que:

1.- "El actor presenta una fractura del húmero que consolidó muy desplazada. Además, presenta rotura de los músculos que movilizan el hombro. Como resultado de estas lesiones, el actor ha perdido por completo la movilidad tanto activa como pasiva del hombro derecho"; 2.- La lesión se consolidó de esta manera debido a que no fue atendida correctamente, siendo que debía tratarse con una cirugía para "reducir la fractura y suturar los músculos."; 3.- En base a ello, "el actor presenta una incapacidad parcial y permanente del 42%.".- Cabe destacar que no se incorporó al pleito ningún elemento de convicción capaz de desvirtuar las consideraciones periciales previamente transcritas.

Llegado a este punto, es preciso recordar que la prueba pericial debe ser valorada por el Juez de conformidad con las reglas de la sana crítica y demás elementos de convicción que la causa ofrezca, y basado en sus conocimientos personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y las conclusiones del dictamen (conf.

Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado", T° I, págs. 977/978 y jurisprudencia allí citada).- Así, tanto las consideraciones expresadas por el experto, como las explicaciones técnicas en las que se funda, me llevan a otorgarle la fuerza probatoria del art. 477 del Código Procesal, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 386 del mismo cuerpo legal.- A la luz del principio precedentemente expuesto, que otorga un valor relativo a los porcentajes de incapacidad, y a fin de lograr una cabal justipreciación del rubro en análisis, consideraré también que al momento del hecho el accionante tenía 27 años de edad, convivía con sus padres y sus dos hermanos y se desempeñaba laboralmente en la empresa "Servipress Rio de la Plata S.A." realizando tareas de operario. A su vez, se tendrá en consideración que, conforme surge de los autos homónimos sobre beneficio de litigar sin gastos (expediente n° 92554/2013/1), en la actualidad continúa conviviendo con su grupo familiar, y que desde el 17/12/2012 se encuentra desempleado, dado que en esa fecha se produjo el distracto con su empleador por vencimiento de periodo de reserva sin goce de sueldo.- En definitiva, teniendo en cuenta la efectiva afectación padecida por el reclamante, y recurriendo a antecedentes análogos de esta Sala que constituyen parámetros objetivos, considero prudente elevar el monto otorgado por esta partida en la instancia de grado a la suma de Pesos Dos Millones (\$ 2.000.000).- No paso por alto que el monto que aquí se propone excede el reclamo inicial.

Sin embargo, el mismo fue supeditado a lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse (cfr. fs. 56, último párrafo), de modo tal que al acreditarse con las probanzas rendidas un perjuicio mayor al estimado en un principio, me encuentro persuadido de la necesidad de adecuar el valor indemnizatorio a su justa medida para evitar un excesivo rigorismo ritual que, de lo contrario, impediría arribar a una solución equitativa.- b) Daño moral:

En lo que respecta a este ítem resarcitorio, tanto la parte actora como "Seguros Médicos S.A." se agravan por la cuantificación realizada en la anterior instancia. La primera por considerarla reducida, y la restantes por considerarla excesiva.- Considero que el daño moral puede ser definido como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extrapatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Llambías, Jorge Joaquín ob. cit. t° I, pág. 271, núm. 243; Cazeaux en Cazeaux-Trigo Represas, ob. cit. t° I, pág. 215; Mayo en Belluscio-Zannoni ob. cit. T° II, pág. 230; Zannoni, Eduardo "El daño en la responsabilidad civil", pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo "El daño resarcible", pág. 223, núm. 55).-

Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su quantum; para ello debe tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados.

Corresponde, pues, concluir que el daño no puede medirse en razón de las secuelas que denuncia la víctima, pues debe tenerse en cuenta en qué medida los padecimientos

ocasionados pudieron haber significado un grado de afectación y quebrantamiento espiritual (conf. esta Sala, mi voto en Libres n° 466.988 del 19/3/07, n° 464.517 del 03/11/08, n° 586.773 del 02/12/11 y n° 618.012 del 03/09/13 y n° 6613/2013 del 7/7/20, entre otros).- Pueden destacarse dos cualidades en el daño moral: primera, que él supone, no sólo el dolor de afeción, sino también el que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana: dolor físico, perjuicio estético.

Segunda, que el daño moral debe ser el resultado de un ataque a los derechos de la personalidad, a su patrimonio moral, sea directa o indirectamente, sin que obste a ello la circunstancia de que a la par de él se produzca un perjuicio material para la víctima (conf. Acuña Anzorena, Arturo, "La reparación del agravio moral en el Código civil", La Ley, t. 16, n° 532).- En la especie, se advierte que D. M. A. fue víctima de una mala praxis médica que le ha dejado secuelas físicas de gravedad y de carácter permanente, que repercutieron en la pérdida casi por completo de la movilidad de su hombro derecho.

Por lo tanto, no se puede desconocer que -en alguna medida- la víctima de una situación como la descrita precedentemente enmarca el supuesto establecido en el artículo 522 del Código Civil razón por la cual, a la luz de estas pautas ya señaladas, teniéndose en cuenta el sufrimiento y angustia verosímilmente padecidos, y haciendo uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, estimo adecuado elevar la suma otorgada por esta partida a la de Pesos Dos Millones (\$ 2.000.000).-

VI.- En lo que respecta a los agravios vertidos por "Prudencia Compañía Argentina General de Seguros S.A." y "Seguros Médicos S.A." relacionados a la tasa de interés, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" del 20/04/09 y lo dispuesto por el art. 303 del Código Procesal (según ley 27.500), considero que sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

El citado fallo plenario prevé la utilización de la mencionada tasa, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.- En función de lo allí dispuesto, he venido sosteniendo que, en los casos en que la cuantificación de los rubros se ha realizado a valores vigentes a la fecha de la sentencia apelada, corresponde aplicar un interés puro del 8% anual desde la mora y hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.- Sin embargo, la realidad del mercado financiero, contingente y variable, me llevó a revisar el criterio que he venido utilizando, pues considero que la tasa de interés establecida en el mencionado fallo plenario no altera, actualmente, el contenido económico del capital establecido en la sentencia.- En función de lo expuesto, entiendo que desde el inicio de la mora, esto es, desde el ingreso del accionante al nosocomio demandado (8/11/2011) y hasta el efectivo pago, deben calcularse los intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

VII.- En cuanto a los agravios vinculados a la imposición de las costas de primera instancia, por el progreso de la acción contra "Mediconex-Clínica Loiacono", G. F. M. D., "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A." y "Seguros Médicos S.A.", dado el criterio adoptado precedentemente y en virtud del principio objetivo de la derrota, propongo al acuerdo la confirmación de la decisión de grado (art. 68, primera parte del Código Procesal).- Respecto de las costas de Alzada, atento el resultado global obtenido, considero que deberán imponerse

en cabeza de "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A." y "Seguros Médicos S.A.", quienes resultaron sustancialmente vencidos (art. 68, primera parte del Código Procesal).- Por último, con relación al rechazo de la acción contra el Dr. Juan Gozsko, propongo que las costas ambas instancias, sean impuestas en el orden causado, toda vez que el accionante pudo creerse a demandar como lo hizo (art. 68, segunda parte y 279 del Código Procesal).- VIII.- Voto, en definitiva, para que:

1) se revoque la decisión de grado y se rechace la acción contra el Dr. J. G., con costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68, segunda parte y 279 del Código Procesal).- 2) se modifique parcialmente la sentencia apelada elevando las partidas otorgadas en concepto de "incapacidad sobreviniente" a la suma de Pesos Dos Millones (\$ 2.000.000), la de "daño moral" a la de Pesos Dos Millones (\$ 2.000.000); y 3) se la confirme en lo demás que decide y fue objeto de agravios.- Las restantes costas de Alzada deberían imponerse a "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A.", "Seguros Médicos S.A." quienes resultaron vencidos, de conformidad con el principio objetivo de la derrota (art. 68, primera parte del Código Procesal).-

A LA MISMA CUESTION, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I.- Coincido con el Dr. Li Rosi en que se encuentra acreditada la culpa del Dr. G. F. M.D., quien atendió al actor, y al respecto me remito al puntilloso estudio de los hechos del caso efectuado en el voto de mi colega. Sin embargo, discrepo en lo atinente al marco jurídico aplicable a la cuestión en examen.-

II.- Ya he señalado en otras oportunidades las razones por las cuales no adhiero a la teoría que acude a la idea de una estipulación a favor de terceros para dar cuenta de la responsabilidad del médico y la cínica frente a los pacientes (ver mis trabajos "Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS, año VIII n° VIII, agosto de 2006, p. 42, y La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, 2011, p. 201 y ss.; y mis votos in re "T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.", esta sala, L. 582.467, del 14/5/12; "A., N. A. c/ B., A. y otro s/ daños y perjuicios", ídem, L. 593.006, del 21/9/2012; "F., M. G. y otros c/ Clínica Privada Monte Grande S.A. s/ interrupción de prescripción" del 18/5/2020, entre otros).- Sin perjuicio de remitir -a mayor abundamiento- a esas consideraciones, no puedo dejar de señalar que en el Código Civil y Comercial hay una norma expresa que regula estas situaciones, el art. 732, cuyo texto reza: "Actuación de auxiliares.

Principio de equiparación. El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado".- Se advierte entonces que el mencionado código descartó expresamente la teoría de la estipulación a favor de terceros para establecer, directamente, una responsabilidad directa del deudor (en este caso, Mediconex-Clínica Loiacono) por el hecho de la persona que ha puesto a ejecutar la obligación (en el sub lite, el Dr. G. F. M.D.), como por otra parte lo ha señalado expresamente la propia Comisión de Reforma en sus fundamentos (vid. Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R. J., Tratado de Derecho de Daños, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 371 y ss.).- Por consiguiente, no se trata ya de expresar una opinión personal, sino de constatar que la ley ha adoptado una posición concreta sobre este tema, que es diversa de la teoría de la estipulación a favor de terceros, sostenida por la doctrina mayoritaria con anterioridad a la adopción de este nuevo cuerpo legal.- Bien se ha dicho, en este sentido: "No debemos olvidar que el deudor principal frente al paciente es la entidad médica con la que se encuentra vinculada

contractualmente, y el médico, no es más que un tercero que ejecuta dicha prestación.

Y, al respecto, es irrelevante que para cumplir con la prestación principal asumida, el establecimiento o la empresa de medicina prepaga / obra social dependa y se valga de la actividad de terceros (médicos), ya que el incumplimiento es considerado propio, como lo destaca actualmente en forma clara y contundente el art. 732 Cód. Civil y Comercial, en cuanto consagra el principio de equiparación (.). En consecuencia, es indudable que ante el cumplimiento defectuoso de la atención médica imputable al profesional, el deber de responder nacerá en cabeza del deudor principal, que es la entidad médica, sea esta un establecimiento asistencial, una empresa de medicina prepaga o una obra social (.). Concluimos, por último, que el actual estado del derecho privado argentino, exige que definitivamente se acepte el cambio de paradigma: se debe dejar atrás el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos médicos, empresas de medicina prepaga u obras sociales en la estipulación a favor de terceros (con la cual estuvimos alguna vez de acuerdo), para encuadrarla definitivamente en el régimen de defensa del consumidor. La forma por la cual el paciente accede, en la gran mayoría de los casos, a la prestación de servicios médicos, amerita este cambio de apreciación, y su inclusión en un régimen cada vez más creciente" (Calvo Costa, Carlos A., "Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma", LL 2016-C, 974).-

En la misma tesitura, la Sala L de esta cámara ha decidido: "En fin, en la órbita contractual se responde por el hecho de todas las personas de las que se vale el deudor para el cumplimiento de la obligación. El Centro Médico, comprometió una cobertura médicoasistencial a través de sus prestadores y debe responder civilmente por el obrar de ellos (.). Dicha doctrina fue receptada incluso normativamente en la redacción del nuevo artículo 732 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que equipara el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación, al derivado del propio hecho del obligado" (CNCiv., Sala L, 13/5/2020 "C. M. C. c/ O.S.P.A.V.", expte. n.º 62614/2013).- Es cierto que, en este caso, no es de aplicación el Código Civil y Comercial, pues los perjuicios cuya reparación reclama el actor fueron ocasionados con anterioridad a su entrada en vigencia.

Sin embargo, esta Sala ha señalado en infinidad de oportunidades que, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Código Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta sala, 25/6/2015, "C., Jéssica María c/ B., Carlos Ricardo y otros s/ Daños y perjuicios"; ídem, 30/3/2016, "F., Celeste Ester c/ D. P., Virginia Gabriela y otro s/ Daños y perjuicios", expte.n.º 11.725/2013; 11/10/2016, "R., Jorge Oscar c/ A., Adrián Bartolomé y otro s/ Nulidad de acto jurídico" y "A., Adrián Bartolomé y otro c/ R., Jorge Oscar s/ Restitución de bienes", exptes. n.º 47.289/2001 y 38.328/2003; ídem, CAC y C, Azul, sala II, 15/11/2016, "Ferreira, Rodríguez Amelia c/ Ferreira Marcos, y otra s/ Desalojo", LL 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LL 16/11/2015, 3, entre muchos otros).- Descartada la aplicación al caso de la teoría de la estipulación a favor de terceros, y establecido que la clínica responde en forma directa por el daño causado por el médico que atendió al actor, corresponde indagar qué normativa se aplica a la responsabilidad de este último.- Como agudamente lo señala Jourdain: "proporcionando sus cuidados a un cliente de la clínica, un médico asalariado de aquélla no ejecuta una obligación que habría contratado libremente frente al paciente, sino la prestación de trabajo a la que se comprometió frente al establecimiento" (Jourdain, Patrice, "Vers une responsabilité contractuelle des établissements hospitaliers privés du fait des médecins qu'ils emploient",

Revue trimestrielle de droit civil, 1992- 123; la traducción es mía).- Por ello, como lo he señalado con anterioridad (vid. mi obra La singularidad de la responsabilidad contractual, cit., p. 207 y ss.), entiendo que corresponde considerar que el médico dependiente que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (Lorenzetti, La empresa médica, op. y loc. cit.; Tobías, José W., "En tomo a la responsabilidad civil de los médicos", E. D., 84-832; ídem, "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas", op. y loc.cit.; Savatier, René, Traité de la responsabilité médicale en droit français, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1951, t. II, p. 403; Mémeteau, Gérard, "Contrat hospitalier et obligation de soins", Revue de droit sanitaire et social, 1988-517 ; Auby, Jean-Marie, Le droit de la santé, Themis, Paris, 1981, p. 357). Esta es la postura adoptada por la Corte de Casación francesa a partir de los precedentes que ya he citado (vid. Welsch, Sylvie, Responsabilité du médecin, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.).- Una vez más, esta idea está ahora expresamente consagrada por la ley, dado que, desde el momento en que el Código Civil y Comercial se aparta tajantemente del criterio de la dependencia para estructurar la responsabilidad del deudor cuando el incumplimiento es materializado por terceros (art. 732), carece de fundamento seguir sosteniendo que el caso del médico que atiende al paciente en el marco de una clínica, o de un hospital, debe regirse por criterios distintos en razón de que no puede hablarse allí de la existencia de una relación de dependencia.

Haya dependencia o no, el deudor de una obligación responde siempre de modo directo por la inejecución causada por un tercero (arts. 1749 y 732 CCC), lo que priva de todo sustento al alambicado recurso a la teoría de la estipulación a favor de terceros para el caso de los médicos que ejecutan las obligaciones de las clínicas (vid. Picasso-Sáenz, Tratado., cit., t. II, p. 374/375).-

A lo que debe añadirse que -en consonancia con el pensamiento del Dr. Lorenzetti, presidente de la Comisión de Reforma, quien en sus trabajos atinentes a este tema había rechazado explícitamente la teoría de la estipulación a favor de terceros y había defendido la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del médico que actúa en el marco de una clínica (Lorenzetti, Ricardo L., La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p.113, 117/118 y 426 y ss.) -, el citado código establece expresamente que tal estipulación "es de interpretación restrictiva" (art. 1027).- Por supuesto, podría ocurrir que, en algún caso concreto, el paciente haya elegido al médico que habrá de atenderlo, y contratado específicamente con él (como sucede con el paciente que elige ser atendido en un consultorio externo por el médico que figura en la cartilla de una institución médica); pero esto vendría a constituir una excepción que debe ser probada por quien afirma la existencia de esa relación contractual.- En el caso, teniendo en cuenta que el Dr. D. atendió al actor en su carácter de dependiente de la demandada -esto es, que no existió un contrato particular entre él y el demandante-, corresponde enmarcar su responsabilidad en los arts. 1109 y concs. del Código Civil.- En resumidas cuentas, estimo que la culpa del profesional que atendió al Sr. D., que surge prístina del análisis efectuado en el voto del Dr. Li Rosi, compromete, en esos términos, la responsabilidad de la clínica demandada.-

III.- En reiteradas oportunidades he dicho que, para valorar la incapacidad sobreviniente, resulta aconsejable el empleo de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que,

invertida en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba a la víctima.- Este es el criterio que ahora sigue expresamente el art.1746 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo texto reza:

"Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado".- No cabe ninguna duda de que esa redacción conduce necesariamente al empleo de fórmulas matemáticas para evaluar la cuantía del resarcimiento por incapacidad (y, por analogía, también por muerte), pues únicamente por medio de ese instrumento puede mensurarse el capital al que alude la norma (López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746 en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (dir.) - Esper, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV, p. 1088/1089; Picasso Sebastián - Sáenz Luis R. J., comentario al art. 1746 en Herrera, Marisa - Caramelo, G. - Picasso, Sebastián (dirs.) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. IV, 9. 461; Carestia, Federico S., comentario al art. 1746 en Bueres, Alberto J. (dir.) - Picasso, Sebastián - Gebhardt, Marcelo (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 3F, p. 511; Zavala de González, Matilde - González Zavala, Rodolfo, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2018, t. III, p.335; Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R- J., Tratado de Derecho de Daños, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 440 y ss.; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos Carlos G., Tratado de responsabilidad civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 761; Ossola, Federico A., en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.), Responsabilidad Civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016. p. 243; Azar, Aldo M. - Ossola, Federico, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.) - Sánchez Herrero Pedro (coord.), Tratado de derecho civil y comercial, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 560; Acciarri, Hugo A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LL, 15/7/2015, p. 1; "Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad", JA 2017-IV, cita online: AR/DOC/4178/2017; Galdós, Jorge M, "Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 CCCN)", RCyS, diciembre 2016, portada; Sagarna, Fernando A., "Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Código Civil y Comercial", RCyS 2017- XI , 5; Carestia, Federico, "La incorporación de fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica.

Un paso necesario", elDial.com - DC2B5B).- Al respecto se ha señalado: "Frente a la claridad de la directiva (del art. 1746 recién citado), parecería exótico -al menos- sostener que se cumplen las exigencias constitucionales de fundamentación de las sentencias sin exponer, en una fórmula estándar, las bases cuantitativas (valores de las variables previstas por la norma) y las relaciones que se tuvieron en cuenta para arribar al resultado que se determine.

La cuestión no merece mayor esfuerzo, ni desarrollo" (Acciarri, Hugo A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LL, 15/7/2015, p. 1).- Por añadidura, destaco que -a diferencia de lo que sucede con el grueso de las disposiciones referidas a la responsabilidad civil- el mencionado art.1746 del nuevo código sí resulta directamente aplicable al sub lite, en tanto no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar), sino solo a las consecuencias de ella (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación).

En efecto, la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima; únicamente sienta una pauta para su liquidación. Por lo demás, el empleo de fórmulas matemáticas para cuantificar la reparación era ya el método más adecuado bajo la vigencia del Código Civil derogado, aunque -a diferencia de lo que sucede actualmente- la ley no estableciese expresamente la necesidad de su empleo (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234).-

Así las cosas, y dado que el importe que propone el Dr. Li Rosi para enjugar este rubro luce equitativo a la luz de las pautas descriptas, votaré con él también en este aspecto.-

VI.- En relación al daño moral, aunque concuerdo con el monto que propone el Dr. Li Rosi, dejo a salvo mi opinión acerca del criterio que debe aplicarse para su valuación.- Dispone el art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Resalto deliberadamente el término "debe", que señala muy claramente que no se trata de una simple opción para el magistrado, sino que existe un mandato legal expreso que lo obliga a evaluar el perjuicio moral mediante el método establecido por la ley (vid. Picasso-Sáenz, Tratado., cit., t. I, p. 481; Márquez, José F., "El daño moral contractual:interpretación, facultades de los jueces y prueba", RCyS 2020- VII, 63).-

Entonces, por mandato legal expreso el daño moral debe "medirse" en una suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (vid. mis votos como juez de esta sala, 2/8/2017, "M., Enrique Daniel c/ D., José Luis y otro s/ Daños y perjuicios", expte. n.º 81.603/2010; ídem, 19/5/2017, "T., Leandro Rubén y otro c/ C., Luis Agustín y otro s/ Daños y perjuicios", expte. n.º 93.222/2013, entre muchos otros).-

VII.- Con estas aclaraciones, adhiero al primer voto.- La vocalía n°2 no interviene por hallarse vacante.- Con lo que terminó el acto.- RICARDO LI ROSI

SEBASTIÁN PICASSO

Buenos Aires, 29 de octubre de 2020.-

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve: revocar la

sentencia de grado en el sentido que la acción interpuesta contra el Dr. J. G. será rechazada, con costas de ambas instancias en el orden causado; se la modifica parcialmente elevando las partidas otorgadas en concepto de "incapacidad sobreviniente" a la suma de Pesos Dos Millones (\$ 2.000.000), la de "daño moral" a la de Pesos Dos Millones (\$ 2.000.000), y se la confirma en lo demás que decide y fue objeto de agravios.- Las restantes costas de Alzada se imponen a "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A." y "Seguros Médicos S.A.", de conformidad al resultado obtenido y al principio objetivo de la derrota (art.68, primera parte del Código Procesal).- Atento lo decidido precedentemente corresponde adecuar los honorarios fijados en la instancia de grado, de conformidad con lo establecido por el artículo 279 del ordenamiento adjetivo.- Ello así, valorando la calidad, extensión, importancia y resultado de la labor desplegada por los profesionales intervinientes dentro de las tres etapas en que se dividen los juicios ordinarios, la existencia de un litisconsorcio pasivo, monto de la condena con sus intereses, lo establecido por los artículos 3,16,19,20,21,29 y 59 de la ley 27.423 corresponde fijar los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora Dra. S. B. F. en . UMA -(\$.), los del letrado apoderado de Prudencia Cía. Argentina de Seguros, Dr. A. A. C. en . UMA- (\$.); los de la dirección letrada de la codemandada Seguros Médicos, Dr. P. O.A. B. en . UMA -(\$.), Dr. M. A. R. (n) . UMA -(\$.) y los de la Dra. G. A. P. L. en . UMA -(\$.), los de las letradas de la codemandada Mediconex Dra. G. E. F. en . UMA -(\$.) y los de la Dra. A. C. I. en 4 UMA -(\$.). Asimismo se fijan los honorarios de los peritos contador J. L. P., psicóloga S. A. G. y médico Dr. L. A. A. F. en . UMA -(\$.) para cada uno de ellos y los de la mediadora A. M. L. en (\$.).-

Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, de conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la ley 27.423 se fijan los honorarios del Dr. A. A. C. en 116.07 UMA -(\$.), los de las Dras. G. E. F. y A. C. I., en conjunto, en 51.62 UMA -(\$.), los del Dr. M. A. R. (n) en 19.42 UMA -(\$.) y los de la Dra. S. F. en . UMA -(\$.).-

Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la C.S.J.N., comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la C.S.J.N. en la forma de práctica y devuélvase. RICARDO LI ROSI - SEBASTIÁN PICASSO