

L. 607.324 - "A., M. C. c/ S., C. F. y Otros s/ daños y perjuicios" – CNCIV – SALA B – 07/03/2013

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 07 días del mes de Marzo de dos mil trece, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: "A., M. C. c/ S., C. F. y otros s/ daños y perjuicios" respecto de la sentencia de fs. 1135/1143 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO.//-

A la cuestión planteada el Dr. Mizrahi, dijo:

#### Antecedentes

La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 1135/1143, hizo lugar a la demanda promovida por M. C. A. contra C. F. S., Austral Salud S.A. y la obra social Unión Personal de UPCN. En consecuencia, condenó a los accionados—como obligados concurrentes— a pagar al actor una suma de dinero, con más sus intereses. La condena se extendió a Seguros Médicos S.A. y Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., en sus respectivos caracteres de aseguradoras (art. 118 de la ley 17.418)). Las costas del proceso se impusieron a los emplazados vencidos.

La causa tiene su origen en la demanda de fs. 31/35 por mala praxis médica. En dicha oportunidad, el pretensor narró que —a raíz de una consulta odontológica—tomó contacto con el profesional demandado, ya que se le había recomendado entrevistarse con un cirujano especialista bucomaxilofacial. Así las cosas, éste le hizo saber que tenía "una cavidad en el hueso con un riesgo de quiebre", y que el problema se resolvería con una intervención quirúrgica de escasa entidad. El 9 de agosto de 2004 se realiza pues la mencionada intervención;; tuvo una duración de cinco horas y, tras ella, observó que tenía una desfiguración monstruosa e imposibilidad de abrir la boca. Las complicaciones continuaron; lo que le llevó al accionante a realizar una consulta con el equipo de Cirugía III de la Facultad de Odontología de la UBA. Allí se le informó que su patología originaria no requería intervención quirúrgica y que, además, ésta había sido defectuosamente ejecutada. Tuvo que realizar entonces, con otros profesionales, una nueva "cirugía reconstructiva" para subsanar las severas deficiencias que se le había ocasionado con la primera operación.

#### Los agravios

En lo que hace a la cuestión de la responsabilidad dispuesta por el juez de grado, expuso sus quejas el médico demandado C. F. S. a tenor de la pieza que corre agregada a fs. 1211/1233 vta., la que motivó la adhesión de Seguros Médicos S.A. según el escrito glosado a fs. 1245. Estos agravios son replicados por el actor a fs. 1264/1273 vta.

A su vez, obran en la causa los siguientes agravios: del actor, a fs. 1186/1190, al considerar insuficientes los montos indemnizatorios por daños físicos, psicológico y moral; los que son respondidos por Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A., a fs. 1254/1255, y por Seguros Médicos S.A. y el encartado S. a fs. 1256/1259. Consta además agregada a los actuados –a fs. 1233 vta./1244-- las quejas del referido demandado S. por los daños reconocidos y sumas indemnizatorias fijadas en concepto de incapacidad física, daño psicológico, tratamiento psicológico, daño moral, gastos médicos y de traslado, por la tasa de intereses fijada por el juez, y la imposición de costas (con la adhesión de Seguros Médicos S.A.), replicadas por el actor a fs. 1273 vta./1276. Asimismo, se presentaron en la causa-- a fs. 1198/1202-- los agravios de Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. por las sumas concedidas por incapacidad física, daño psíquico y su tratamiento, y daño moral; como así también por la invalidez de las cláusulas claims made dispuesta por el anterior magistrado, y por la tasa y cómputo de intereses. Quejas de la Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación, a fs. 1204/1209, por los importes fijados por incapacidad sobreviviente, daño psicológico y su tratamiento, daño moral, la tasa de interés y su fecha de cómputo. Agravios de Austral Salud S.A., a fs. 1249/1252, por las sumas establecidas por los rubros de incapacidad física sobreviviente, daño psíquico, tratamiento psicoterapéutico, daño moral, gastos médicos y de traslado, por la tasa de intereses aplicada y su fecha de cómputo. El actor, a fs. 1260/1263, procedió a realizar una respuesta en conjunto a los agravios de las tres entidades que se acaban de mencionar.

Se ha de abordar, en primer lugar, la cuestión de la responsabilidad. Luego, si correspondiere, se analizarán los restantes agravios.

### III. La cuestión de la responsabilidad

#### III.1. Contenido de los agravios

Como ya se señaló, en lo atinente al tema de la responsabilidad atribuida por el juez, se agravan el co-demandado C. F. S. y –por vía de adhesión—Seguros Médicos S.A. El contenido de las quejas sobre este punto se puede resumir de la siguiente manera: se señala que el juez realiza una interpretación del dictamen pericial parcial e incompleto y que éste posee contradicciones internas que se invalidan entre sí. Que se podría afirmar, tras una lectura integral de la experticia, que ésta concluye en que la decisión de practicar una intervención quirúrgica maxilofacial al actor ha sido correcta. De todos modos, se la critica porque entiende el quejoso que no ( ) hay motivos para atribuir la paresia labial a la operación que realizó el médico demandado. Se agrega que éste no podía adivinar la patología que padecía el Sr. A.; y que es precisamente la intervención quirúrgica la que permitió arribar a un diagnóstico certero. Que –de cualquier manera-- se estaba ante un caso dudoso, y ese dato permite eximir de responsabilidad al galeno interviniente. Los agravios también apuntan a que el juez nada dice del abandono del tratamiento en el que incurrió el pretensor, y que por ese abandono en el caso ha mediado un “hecho de la víctima” que vendría a liberar al encartado.

#### III.2. Límites en el análisis de los agravios

Debe advertirse que en el estudio y análisis de los agravios he de seguir el rumbo de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa. En efecto, claro está que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T° I, pág. 825; Fenocchiato Arazi. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", T 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201; 144:611).

### III.3. Encuadre jurídico respecto a la responsabilidad de los médicos

A los fines de la responsabilidad que se imputa en los presentes actuados, resulta primeramente indispensable expresar cuáles han de ser los criterios jurídicos que se han de aplicar. En efecto, en lo que se refiere a los médicos, el eventual obrar culposo se juzgará conforme a los parámetros previstos en los artículos 512, 902 y 909 del Código Civil. Sobre esta cuestión, cabe precisar que si bien la culpa se apreciará en concreto, en tanto que se analiza el accionar del obligado en función de los hechos acontecidos y demás circunstancias, de todas formas podría sostenerse que nuestro sistema en materia de culpa es mixto en buena medida, dado que se confronta la actuación concreta del agente con un tipo abstracto; en el caso, cómo hubieran desempeñado su labor médicos prudentes. Vale decir que, para juzgar la diligencia o negligencia en un comportamiento, la comparación se realiza con un modelo que, por supuesto, no existe en la realidad y debe ser imaginado (ver Trigo Represas, Félix Alberto, "Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales", LL, 1981 D 133).

De lo delineado se desprende, en consecuencia, que la obligación que asumen los médicos en sus prestaciones es de medios, y no de resultado, en atención a que el galeno no es un garante de la salud del paciente. Por otra parte, la ley 17.132 prohíbe a los profesionales "anunciar o prometer la curación" y "anunciar o prometer la conservación de la salud" (art. 20, incisos 1° y 2°).

Sin perjuicio de lo descrito, es necesario aclarar que la diligencia y pericia que se exigirá a los médicos presentará ribetes especiales. Es que si bien hace ya más de un cuarto de siglo fue destacado que la ciencia médica tiene sus limitaciones y que siempre existe un álea que puede escapar a las previsiones más prudentes, se subrayó de todos modos que cuando está en juego la vida o la salud de las personas hay una natural predisposición a juzgar con rigor la actuación profesional (ver CNCiv., Sala E, 19 12 1977, LL, 1979 C 20, voto del Dr. Néstor D. Cichero).

Dado entonces que la diligencia de los médicos se ha de apreciar con un criterio severo, se advertirá que en esta materia no se han de excluir las "culpas pequeñas". Ello es así porque -como se dijo- al intervenir valores tan trascendentes, la menor imprudencia, negligencia o descuido más leves, tendrá una dimensión especial que le ha de conferir una singular gravedad; susceptible de desencadenar la responsabilidad profesional. Esto significa que lo que se ha de exigir es una diligencia máxima teniendo en cuenta la mayor capacidad de previsión del profesional; el que en todo tiempo debe tener una posición de prevención, con el deber de adoptar todos los recaudos que resulten indispensables para atender a la seguridad del paciente (ver CSJN, 13-10-89, "Amante c. Asoc. Mutual Transp.

Automotor”, ED, 136-679 , y JA 1990-II-126; esta Sala, “Simone de Del Moral, Emilia Rosa y otros c/ Granja, Miguel Angel y otro s/ daños y perjuicios” , del 18-03-2008, Expte. Libre N°488.465, JA, 2009-I, LLonline; íd., íd., “Martin, Alicia Irene c/ Obra Social Bancaria Argentina s/Daños y Perjuicios”, del 18-07-2008, Expte. Libre N°492.538, el Dial AA4B8C, JA, del 5-11-2008; íd., íd., “Berard de Meligrana, María Beatriz c/ Medicus S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, del 08-04-2008, Expte. Libre N°472.151, ED, del 3-5-2010, LLonline; íd., íd., “Sinicalco, Elisabet Gladys y otros c/ Clínica Boedo SRL”, del 4-3-2009, Expte. Libre N° 502.255; íd., íd., Devita de Varela, Alicia F. c/ Estado Nacional”, del 8-9-2009, Expte. Libre N° 518.481; íd., íd., 16-05-2011, “Gutiérrez Salazar, Jaime Ramiro c/ Clínica Bazterrica S.A.”, Expte. Libre N° 562.329; íd., íd., “Avalos de Olazábal, Alejo c/IOS”, del 21-10-2010, Expte. Libre. 570.202; CNCiv., Sala A, 29-8-1989, “Abraham, Julio c/ Covaro, Jorge A.”, libre N° 43.828; CNCiv., Sala H, 21-6-1995, “Gutierrez, María E. c/ Intermedics”, libre N°161.624; CNCiv., Sala A, 10-9-2001, “Romero, María Inés c/ M.C.B.A.”, libre N° 307.751; Cám. Fed., Civ. y Com., Sala I, 10-8-84, ED, 111-110 y LL, 1985-A-612, 36.757, S; CNCiv, Sala F, 29-2-2008, “B., J. V. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, JA, 2008-IV, fascículo N° 10, del 3-12-2008, p. 59).

No obstante, y conforme a lo ya anticipado, claro está que la sola existencia del daño no será suficiente para provocar la responsabilidad de los profesionales que se ocupan de la salud. Y aquí entran en juego dos cuestiones que deben deslindarse cuidadosamente: la relación causal, por un lado; y la culpabilidad o el factor de atribución, por el otro.

La relación de causalidad -la imputatio facti- se presenta cuando un determinado daño puede ser imputado objetivamente a una persona. Se trata sólo de una cuestión material; sencillamente se verifica una relación causal entre un antecedente y un consecuente y, en función de ella, se determina entonces que el daño acontecido es consecuencia de un hecho determinado (ver Carranza Latrubesse, Gustavo, “Responsabilidad médica y causalidad”, LL, 2003-E-1031; Orgaz, Alfredo, “La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño”, LL, “Páginas de Ayer”, N° 4-2003, p. 23 y sigtes.).

La imputatio facti comportaría –en el caso de la práctica médica—la llamada iatrogenia, entendida ésta no como la interpreta cierta doctrina (ver Costa, Enzo Fernando, “La interrupción del nexo causal en la responsabilidad médica”, ED, 159-1041), sino en un sentido amplio, como surge claramente del diccionario de la lengua y se corresponde con su etimología; o sea la alteración del estado del paciente producida por el obrar del médico, se deba al caso fortuito o a una actuación negligente del profesional (ver Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, ps. 766 y 842, vigésima segunda edición, Madrid 2001; Moliner, María, “Diccionario del uso del Español”, t. II, p. 80, ed. Gredos, Madrid, 1991). Es por eso que si bien toda mala praxis en general lleva implícita una iatrogenia, ésta no necesariamente se ha de producir por aquélla. La patogenia o las consecuencias negativas que sufre el paciente podrán tener origen en su propia predisposición, constitución o sensibilidad; vale decir, en sus factores individuales, de manera que la intervención del galeno lo que hace es disparar o poner en marcha elementos patológicos que hasta ese momento estaban latentes en aquél. No alcanzará pues para responsabilizar al profesional cuando su conducta pueda calificarse de inculpable por haber adoptado todas las diligencias que el caso requería.

Empero, habrá que tener cuidado en delimitar si una consecuencia determinada tiene realmente su causa en el accionar del profesional. Ello en razón de que, a tenor de la directiva del art. 906 del Código Civil, no todas las condiciones necesarias de un resultado

son equivalentes. Causa de un daño es solo aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado. Las demás condiciones, que no producen normal y regularmente ese efecto, serán sólo condiciones antecedentes o factores concurrentes (ver Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", novena edición, p. 270, N° 590; Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", ed. Marcos Lerner, p. 43; esta Sala, 5-4-1999, "Tarrío Cabanas de Ludovico, Mercedes c/ Cabanne, Ana María s/ Daños y Perjuicios", Expte. libre N° 255.011; íd., íd., 23-11-2005, "Ayam, Alicia Mónica c/ Fernández Humble, Raúl s/ Daños y Perjuicios", Expte. libre N° 390.230, "La Ley Online", Gaceta de Paz, Año LXXI, n° 3406, 27/4/2006, p. 1 y ss.; Infobae.com, del 13/2/2006; eDial.com AA3133; Uol Noticias, del 13/2/2006).

Por lo tanto, y conforme a lo expuesto, jugarán dos cuestiones. Una, si el daño tiene su causa en el obrar del médico; la otra, si ese daño se imputará subjetivamente a su autor. En este último supuesto ingresamos en un ámbito propiamente jurídico, pues hay que investigar si se le impone o no a un sujeto la obligación de reparar el perjuicio sufrido por el otro. Nos hallaremos, por ende, en el campo de la imputatio iuris, en tanto corresponderá resolver si se hace responsable a alguien por el menoscabo de que da cuenta quien articula el reclamo (ver, esta Sala, "Berard de Meligrana María Beatriz c/ Medicus S.A. y otro s/ daños y perjuicios", del 08-04-2008, Expte. Libre N°472.151; íd., íd., "Sinicalco, Elisabet Gladys y otros c/ Clínica Boedo SRL", del 4-3-2009, Expte. Libre N° 502.255; íd., íd., Devita de Varela, Alicia F. c/ Estado Nacional", del 8-9-2009, Expte. Libre N° 518.481).

Con el precedente enfoque, en definitiva, habrá que determinar si los elementos analizados -relación causal y culpabilidad- se verifican en los presentes actuados; situación que conlleva a analizar también si el galeno que atendió al actor ha extremado todas las previsiones y cautelas para evitar el daño aquí reclamado. En la dirección apuntada, entonces, se encaminará mi estudio.

#### III.4. La responsabilidad de las clínicas y obras sociales

En lo que hace a las clínicas, y por aplicación de los principios generales, su responsabilidad –en casos como el autos– recién surgirá cuando se acredite la culpa médica. Vale decir, que el responder de aquéllas necesariamente va a estar ligada al incumplimiento previo de los deberes que estaban en cabeza de los galenos que tuvieron a su cargo la atención de la víctima.

Es que en relación a los hospitales, sanatorios y clínicas, se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre ellos una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda. Vale decir, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe (art. 1198, primer párrafo, del Código Civil). En otras palabras, existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesoria para la preservación de la personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Es que si el hospital o la clínica se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente será responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida (Ver Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad", suplemento especial La Ley, septiembre de 2005, p. 4; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 468,

N° 1431 quáter, 5° edición, Buenos Aires, 1987; CNCiv., Sala A, del 2/6/2004, LL del 10/11/2004; Bueres, Alberto "Responsabilidad civil de los médicos", p. 383/384, Buenos Aires, 1992; CNCiv., Sala G, del 25/6/1981, en autos "Abalo, Omar Ulises c/ Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor", Expte. libre n° 269.599; CNCiv. Sala H, 21-6-1995, "Gutiérrez, María E. c/ Intermedics Inc.", libre N° 161.624).

Adviértase que para decretar la responsabilidad en estos supuestos ni siquiera es necesario acudir a sostener que la obligación que pesa sobre los hospitales y clínicas es de resultado, como lo han sostenido pronunciamientos de nuestro fuero (ver, en tal sentido, CNCiv., Sala E, del 25/11/1980, LL 1981 D 133; CNCiv., Sala C, del 9/2/1984, LL, 1985 C 638, s. 36.846; CNCiv., Sala C, del 5/9/2000, in re "Parisi, Roberto J. v. Girado, Juan M.", voto del Dr. Alterini, JA, 2001 II 571; CNCiv., Sala M, del 5/6/2001, en autos "González de Toloza, Perla c/ Armada Argentina", Lexis Nexis n° 1/70005627 1; etcétera). Aunque nos ubiquemos en el ámbito de las obligaciones de medios, se verá que es exigible al ente asistencial una prestación diligente, idónea y técnicamente irreprochable (ver Trigo Represas, Félix, "Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales", LL, 1981 D 133; esta Sala, "Simone de Del Moral, Emilia Rosa y otros c/ Granja, Miguel Angel y otro s/ daños y perjuicios", del 18-03-2008, Expte. Libre N°488.465; íd., "Martin, Alicia Irene c/ Obra Social Bancaria Argentina s/Daños y Perjuicios", del 18-07-2008, Expte. Libre N°492.538).

En lo que respecta específicamente a las obras sociales -como la aquí demandada- por supuesto que deben responder por los perjuicios ocasionados a sus afiliados cuando éstos son atendidos en establecimientos y médicos contratados por ellas, como es el caso de autos. Poco importa, pues, que la actora -para la ejecución de la prestación requerida- haya tenido que contratar a su vez con terceros, ya que en definitiva al afiliado le resulta indiferente que su deudor cumpla sus compromisos por sí mismo o que, como ha sucedido en el presente juicio, se valga de otras entidades y personas con las que tiene una conexión directa contractual para la satisfacción de sus obligaciones (ver, entre tantos otros, a Acuña Anzorena, Arturo, "Responsabilidad contractual por el hecho de otro", en JA, 53-64; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, M. J., "Tratado de la Responsabilidad Civil", t. II, ps. 485/486, ed. La Ley, Buenos Aires, 2005).

No puede soslayarse, además, que la obra social también asume ante sus afiliados una obligación accesoria y tácita de seguridad por la eficiencia del servicio de salud prestado; por lo que su responsabilidad quedará comprometida en los casos de culpa o negligencia de los profesionales intervinientes, o cuando mediere un deficiente servicio de los entes hospitalarios o clínicas que integren su red de servicios. Sobre el asunto, bien se ha dicho que la vida y la salud revisten indiscutible interés social, el que trasciende de lo meramente privado y se proyecta más allá hasta el ámbito del orden público (ver, Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, M., "Tratado de la Responsabilidad Civil", T. II, pág. 484/487, ed. La Ley, Buenos Aires, 2005).

### III.5. Las experticias en la responsabilidad médica

Merece destacarse especialmente que en este tipo de juicios la prueba pericial deviene relevante ya que el informe del experto no suele ser una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (CNCiv., Sala D., en autos "Yapura, Gregoria Erminda c/ Transporte Automotor Riachuelo S.A. s/ Ds. y Ps.", expte. libre n° 77.257/98, del 8/10/02; íd., "Fiorito, José Luis c/ Petersen,

José y otro s/ Ds. y Ps”, expte. libre n° 105.505/97, del 20/09/91). La función de la prueba pericial es de asesoramiento, pues se trata de cuestiones ajenas al derecho respecto de las cuales el Juez no tiene conocimientos específicos. No será el perito quien defina el pleito, pero es indudable que -fundando debidamente su informe- esta actuación, por su peso y envergadura, desplaza por lo regular y quita valor convictivo a otros elementos que no resulten definitorios. Al respecto, es oportuno aclarar que la mera opinión de los litigantes —o lo que abstractamente se haga saber por la vía de la prueba informativa— no puede prevalecer sobre las conclusiones de los expertos, en especial si se advierte que no hay argumentos valederos para demostrar que las mentadas conclusiones fueron irrazonables. La solvencia técnica que se desprende de cada profesión indica que la prueba pericial es la más adecuada, pues ella es el fruto del examen objetivo de las circunstancias de hecho, de aplicación a éstas de los principios científicos inherentes a la especialidad, y de los razonamientos que siguen para dar respuesta a los temas sometidos al dictamen (ver CNCiv., Sala “D”, en autos “Quiros de Delgado, Nélidea c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ Daños y Perjuicios”, expte. libre n° 25.403/93 del 27/12/96. Ver, además, mi anterior voto in re “Chomsky c/ Palavecino s/ ds. y ps.”, del 15/12/2005).

A pesar de lo expresado, corresponde resaltar que las experticias en cuestión se han de evaluar según las reglas de la sana crítica (art. 477 del ritual) y la libre convicción del juez; labor intelectual que tiene que estar sustentada, desde luego, en patrones jurídicos y máximas de experiencia. En este aspecto, téngase presente que las normas adjetivas no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen de los peritos (ver esta Sala, in re “Tarrío Cabanas de Ludovico, Mercedes c/ Cabanne, Ana María”, expte. libre N° 255.011, del 5/4/1999).

### III.6. Estudio de los agravios

A fs. 718/741 presenta su experticia el Dr. H. A. S. P., designado de oficio por el tribunal como perito odontólogo especialista en cirugía maxilofacial; dictamen que es enriquecido con el escrito del mismo experto a fs. 757/768. Señala que la lesión que padecía el actor era la llamada cavidad ósea idiopática de Stafne o cavidad de Stafne. Especifica que, en el caso de autos, el diagnóstico se presentaba “sencillo”, ya que se trataba de un supuesto donde la posición de la cavidad era “típica”, y no atípica; lo que tornaba “injustificada” la intervención quirúrgica, ya que tampoco constituía una patología de riesgo. Efectivamente, la operación —en todo caso— solo podría estar reservada a casos atípicos, donde se plantean dudas diagnósticas razonables, que —se reitera— no era la situación de la causa. Aclara que lo que hizo el médico demandado es practicar una intervención quirúrgica como si fuera un quiste “y no fue un quiste”; “ni siquiera el atisbo de un quiste”; y que no hay confusiones posibles entre él y la dolencia del actor porque “difieren totalmente”. Se insiste que “la etiología de las secuelas se originan a partir de la primera operación. No existen secuelas atribuibles a la segunda intervención quirúrgica”. Los resultados obtenidos con esta última operación “son realmente magistrales” (ver fs. 721 vta., 722, 726, 736, 738, 738 vta., 740 vta. y 764).

Continúa el experto explicitando que una vez “establecido el diagnóstico de sospecha, se admite que no es necesario ningún tratamiento quirúrgico para la cavidad de Stafne”. Y que en el caso “se tomó una decisión terapéutica (la cirugía) sin haberse determinado previamente un diagnóstico nosológico (de certeza). Ni siquiera hay ...un diagnóstico presuntivo”. Vuelve a reiterar el perito que las características que presentaba la lesión (que califica como “típica”), “permitían inferir un diagnóstico prácticamente puntual” (ver fs. 739

vta., 761, 761 vta. y 736 vta.). Esto es, que en la enfermedad del Sr. A. no se observaban dificultades para determinar su dolencia.

Al respecto, repárese que la mala praxis del médico de autos habría sido doble, dado que no sólo practicó una intervención quirúrgica que se podía haber evitado, sino que se incurrió además en errores injustificados al realizar la operación misma. Determina el dictamen que “no fue lo indicado hacer”, y tampoco resultó de acuerdo al “arte de curar”, la eliminación en el paciente de todo el proceso alveolar, incluyendo dos piezas dentarias sanas. Precisamente por esta mala praxis fue necesaria practicar una nueva intervención. Es que el galeno encartado procedió a colocar incorrectamente la placa osteosíntesis de titanio sin efectuarse previamente la fijación intermaxilar intraoperatoria; y “la falla originada por esa mala colocación de la plaqueta, originó mal oclusión intermaxilar” (ver fs. 726 vta., 727, 727 vta., 760 vta. y 764 vta.).

El experto pone énfasis en insistir que no correspondía la intervención quirúrgica; pero —en el caso de hacerla—se tenía que haber efectuado a una escala mucho menor. Reitera que no era necesaria la eliminación de toda la estructura mandibular y el seccionamiento de todo el paquete dentario; o sea, “no debió efectuarse la resección maxilar ni el corte del paquete vasculonervioso dentario inferior”. Incorrectamente, entonces, el médico emplazado procedió a efectuar “una resección maxilar de 4,5 cm. de largo, barriendo con vasos y nervios, produciendo una fractura quirúrgica con pérdida correlativa de hueso, sensibilidad en el labio, completándolo con una osteosíntesis a plaqueta mal efectuada y sin mantener la relación intermaxilar post-quirúrgica quedando una laterodesviación, etc. lo que corrigió posteriormente otro profesional”. Aclara después el perito que en el caso de el galeno decidir realizar la intervención, ésta tendría que haberse limitado “a efectuar un pequeño colgajo muco perióstico lingual y a la extirpación de la lesión” (ver fs. 727, 727 vta., 760 vta. y 764 vta.).

Se podría decir, en suma, que en pocos casos como éstos se tornan tan evidentes la mala praxis médica; y por eso es muy significativo el detalle que, a modo de síntesis, realiza el experto a fs. 767 acerca de los gruesos e injustificables errores en los que incurrió el médico accionado; lo cual determina que es a todas luces inaudible su pretendida defensa. A ello se le agrega que la paresia parcial del hemiorbicular derecho no le permitirá al actor —de profesión músico—ejecutar en el futuro obras de gran compromiso (ver fs. 762 vta.).

La experticia de autos, pues, y contrariamente a lo que dice el médico encartado, no contiene contradicciones internas. De ninguna manera se desprende del informe que la intervención quirúrgica fue correcta en el caso. Los supuestos en que el perito indica como posibles de alguna intervención no son el que presenta la causa. Por lo demás, claramente surge del dictamen que todos los problemas padecidos por el Sr. A. son directa consecuencia de la operación que llevó a cabo el Dr. S., y no a otra situación. Tampoco resulta hábil la defensa relativa a que fue necesaria la intervención quirúrgica para detectar la patología, o que estábamos en presencia de un caso dudoso. Bien dice el perito que se trataba de una lesión “típica” que permitía —sin ninguna confusión—la determinación del diagnóstico sin mayores complicaciones. Por último, el supuesto abandono del tratamiento no incide en lo padecido por el actor. Quiero decir, que los efectos negativos sufridos por el pretensor tienen su causa jurídica en el mal obrar del galeno; mala praxis que —como quedó dicho—no solo se verificó al practicarle al accionante una intervención quirúrgica innecesaria, sino también al llevarla a cabo de un modo tan contrario a las reglas del arte.



Ya fue señalado, en el acápite III.5. del presente voto, la importancia que tienen los dictámenes médicos en casos como los de autos. Es que, por lo visto, no existen razones para apartarse de las conclusiones de una contundente experticia que –sin hesitación– no presenta fisuras de ninguna índole. Por tal motivo, propondré al Acuerdo que se confirme la sentencia de primera instancia en lo que hace a la atribución de responsabilidad dispuesta.

#### IV. La invalidez de las cláusulas claims made decretada en la sentencia de grado

La apelante Prudencia Seguros S.A. se agravia de que el a quo haya declarado la invalidez de las cláusulas claims made de la póliza que la unía a la demandada obra social de UPCN. Argumenta que el juez de primera instancia se ha excedido en sus atribuciones, puesto que todas las partes –al momento de desistir de la prueba pericial contable (fs. 511)— habrían aceptado la validez de las condiciones estipuladas en la póliza cuya copia la quejosa adjuntara con su contestación a la citación en garantía. Por ende, sostiene, la decisión del a quo violaría el principio de congruencia. Por otra parte, agrega que de la declaración de nulidad no se desprende consecuencia alguna, pues la aseguradora ha aceptado la cobertura del reclamo objeto de esta acción, por lo que las mentadas cláusulas no habrían cobrado operatividad.

En primer lugar, debo decir que es cierto que a fs. 511 la actora aceptó la cobertura en las condiciones señaladas por Prudencia Seguros. Ello no obstante, también corresponde señalar que las cláusulas claims made han sido reiteradamente declaradas inválidas e inconstitucionales por esta Cámara de Apelaciones (ver, entre otros, CNCiv, Sala C, 02/05/2006, “Barral de Keller Sarimiento c/ G., J.A.”; Sala L, 29/08/2003, “R., M.A. c/ Obra Social del Personal de Sanidad”).

Por otro lado, como bien apunta la apelante, en el presente caso la aseguradora ha aceptado la cobertura y no ha opuesto defensa alguna al momento de haber sido traída al proceso como garante de la eventual responsabilidad de los demandados. Este cuadro de situación obstaculiza la procedencia del agravio, pues como tiene dicho esta Sala “configura requisito subjetivo de admisibilidad del recurso la circunstancia de que la resolución correspondiente ocasione, a quien lo interpone, un agravio o perjuicio personal, porque de lo contrario faltaría un requisito genérico a los actos procesales de parte, cual es el interés” (in re “SAPEI S.A. Proveedora de Envases Industriales s/concurso preventivo”, 30/09/2010, LL Online AR/JUR/72446/2010).

En efecto, la propia apelante admite que la declaración de nulidad realizada por el sentenciante de la anterior instancia no le produce perjuicio alguno, pues no ha rechazado la cobertura asegurativa; por lo que, ante la inexistencia de agravio, la queja formulada se convierte en una cuestión teórica o abstracta. Destácase, por lo demás, que la declaración de la que se agravia la quejosa no integra la parte resolutive de la decisión, sino que ha sido formulada por el juez obiter dictum.

Por todo lo expuesto, en resumidas cuentas, entiendo que no corresponde hacer lugar a lo requerido por Prudencia Seguros; por lo que propondré al Acuerdo el rechazo del agravio.

#### V. El agravio relativo a la violación del principio de congruencia

El codemandado S. imputa asimismo al juez de grado violar el principio de congruencia, puesto que habría receptado en su decisum la totalidad de las secuelas “que el perito acusa”, excediendo lo reclamado por la parte actora en su demanda. En particular, se refiere a las consideraciones efectuadas en la experticia respecto de las dificultades del reclamante para ejecutar los instrumentos musicales “de boca”, como ser, la flauta. Apoya su reclamo en las directivas del Código Procesal Civil y Comercial, que en su artículo 34 inc. 4° consagra como regla que los jueces deben respetar, cuando dictan las sentencias definitivas o interlocutorias, “el principio de congruencia”; y también en el artículo 163 inc. 6°, que ordena que la sentencia definitiva debe contener “la decisión expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte”. Estas normas, sin duda, determinan claramente que los jueces no están facultados para otorgar algo que no haya sido pedido (extrapetita), o conceder más de lo pedido (ultrapetita). Vale decir, que merecen ser descalificados los pronunciamientos judiciales que desconocen o acuerdan derechos que no han sido objeto de litigio entre las partes o exceden el límite cuantitativo fijado en la demanda (conf. Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, T. 1, Ed. Abeledo Perrot, 1990, pág. 258/259, y jurisprudencia y doctrina allí citada).

Sin embargo, a pesar de las reflexiones precedentes, adelanto desde ya que el planteo formulado por el agraviado no habrá de tener favorable acogida, ya que el actor señala con prístina claridad en su escrito liminar que se dedica a la música desde los 16 años y que “la pérdida de sensibilidad labial” le impide “ejecutar normalmente la flauta travesa y le genera no pocas dificultades en la ejecución de la gaita” (fs. 47). No se entiende pues el agravio, dado que en la demanda se solicita derechamente un resarcimiento por la incapacidad señalada. En pocas palabras, la queja impetrada no tiene sustento fáctico alguno; de manera que propondré a mis colegas su total rechazo.

## VI. La indemnización

El juez de grado determinó a favor de la actora las sumas de \$30.000 en concepto de “incapacidad sobreviniente”; \$20.000 por daño psíquico; \$9.360 para tratamiento psicológico; \$25.000 en concepto de daño moral; y, en fin, \$1.000 por gastos de traslado, movilidad y asistencia médica. Me ocuparé a continuación de cada uno de estos rubros que fueron materia de impugnación por las partes.

### VI. 1. Incapacidad sobreviniente

Es sabido que la indemnización por el daño físico procura el resarcimiento de aquellos perjuicios que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada; disminución que incide en todas sus actividades, vale decir que no se proyectará solamente en la esfera productiva sino también que abarcará los ámbitos social, cultural y, fundamentalmente, el plano individual (conf. CNCiv., Sala C, 21/03/1995, in re: “Arias Gustavo G. c/ Fuentes Esteban”; CNCiv, Sala F, 29-2-2008, “B., J. V. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, JA, 2008-IV, Fascículo N° 10, p. 59).

Es que hay un derecho en el sujeto a conservar ileso e intacto su cuerpo, dado que aun con la mejor evolución posible de las lesiones sufridas será harto difícil o imposible restablecer por completo en el organismo alterado la situación de incolumidad anterior.

Precisamente, es esta situación la que determina un perjuicio reparable (cfr. mi anterior voto in re "Domínguez c. Arakaki s/ds. y ps.", del 31/10/2005). En consecuencia, rigiéndonos por el antes citado principio de la reparación integral, es obligación de los jueces cubrir el demérito que del ilícito resulte a la víctima.

Destácase que de la experticia médica de autos –cuya apreciación se realiza conforme a las pautas enunciadas en el acápite III.5.— surge que el reclamante sufría al momento de realizado el informe “una disfunción en la articulación témporomaxilar, desviación en lateralidad en los movimientos de apertura y cierre, sobrecarga funcional del lado izquierdo por pérdida parcial de la función masticatoria debido a la ausencia de molares en el maxilar inferior lado derecho, hipertonia de los músculos elevadores del lado izquierdo (masetero-pterigoideo interno) y acentuado dolor a la inspección manual por tacto y compresión leve sobre los puntos de inserción ósea inferior y superior de aquellos, bordes anterior y posterior, y masa muscular, como así también en la inserción del músculo temporal en el borde supero anterior de la rama montante del maxilar inferior, resalto condilar al proceder a efectuar movimientos de apertura y cierre...parestesia en la zona topográfica que abarca el hemilabio inferior derecho delimitada desde la línea media verticalmente y hacia la base del mentón, y desde la comisura siguiendo la prolongación de la línea del surco nasogeniano hacia abajo y afuera hasta la base de la mandíbula”. Como bien señala el perito, esta parestesia adquiere una relevancia especial en el actor por su profesión de músico. En efecto, tanto en la ejecución de la flauta como de la gaita, el sonido se produce por el movimiento de los labios, que con la variación de su presión varían la sonoridad del instrumento. Finalmente, es tajante la experticia al señalar que las secuelas indicadas se originan en la primera intervención quirúrgica (fs. 740 vta).

Repárese que cuando la experticia está fundada en principios técnicos, y no existen argumentos científicos de mayor valor que logren desvirtuar el dictamen vertido en los informes respectivos, ni obren pruebas que determinen que aquella fue irrazonable, lo que resulta lógico y atinado es aceptar las conclusiones del idóneo (arg. art. 477 del ritual; Daray, Hernán, “Accidentes de Tránsito”, Ed. Astrea, tomo I, pág. 560).

No se me escapa que el informe pericial fue impugnado a fs. 745/748 por el codemandado S., escrito que fue contestado por el perito a fs. 757/768. Sin embargo, en ninguna de sus líneas se logran rebatir –a mi juicio—las conclusiones a las que arriba el perito de oficio. De ahí que esa presentación lejos está de constituir una verdadera “contraexperticia”; esto es, un dictamen que logre desarticular los fundamentos expuestos en el informe señalado, de manera de inclinar a la justicia a desatender sus conclusiones.

Asimismo, a los fines de fijar el resarcimiento, se reitera que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del reclamante, especialmente las dificultades que la secuela de la equivocada práctica médica haya ocasionado en su capacidad laboral. En este caso, las dificultades musicales derivadas del evento dañoso han sido descriptas en el informe pericial al que ya me he referido, y han sido ratificadas por los testigos Daniel Pazos y Florencia Meluso (ver fs. 963bis y 972).

En el referido contexto, y a mérito de que los emplazados no han aportado ningún elemento relevante que haga siquiera dudar de las conclusiones que se desprenden de estos elementos probatorios, entiendo que la suma de \$30.000 fijada por el a quo para reparar el rubro en análisis se revela escasa para enjugar el daño sufrido. Por lo tanto, propondré su elevación a \$50.000. Para así decidir, tengo en cuenta que para la

determinación del resarcimiento debe seguirse un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, dado que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (ver CNCiv, Sala F, 29-2-2008, “B., J. V. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, JA, 2008-IV, Fascículo N° 10, p. 59). También he tenido en cuenta lo decidido por otras Salas de la misma Cámara en situaciones similares a la que se ventila en la especie; para lo cual consulté los precedentes publicados en el Sistema de Cuantificación de Daños de la Oficina de Proyectos Informáticos de esta Cámara. Votaré pues para que se confiera la suma propuesta.

## VI.2. Daño psíquico y tratamiento psicológico

El magistrado de la anterior instancia otorgó en concepto de daño psicológico la suma de \$20.000, y fijó el monto de \$9.360 para que la víctima pueda encarar un tratamiento psicológico.

La apelante Prudencia Seguros S.A. se agravia por entender que el daño psíquico relevado por la perito de autos no es permanente, circunstancia que entiende que está evidenciada por la posibilidad de realizar un tratamiento psicológico.

Debo resaltar que comparto la postura del juez en lo que hace a la procedencia paralela de las partidas de daño psíquico y tratamiento psicológico; las que se encuentran plenamente justificadas cuando -como en autos- las lesiones psíquicas revisten cierta magnitud según la evaluación de las circunstancias de la causa (cfr. mi voto in re “Ituralde c/ Villareal s/ ds. y ps.”, del 20/12/2006). Es que mientras la partida por incapacidad psíquica apunta a reparar -mediante la entrega de una suma de dinero- la mentada incapacidad; el rubro que se otorga por tratamiento psicológico no se dirige a esa reparación, sino que apunta a que el afectado puede sobrellevar en el futuro aquella dolencia psíquica que aconteciera por el injusto; tratando en todo caso de neutralizarla de ser ello factible.

Es sabido que con la partida que se otorga por daño psíquico se tiende a indemnizar la falta de salud mental derivada de un hecho ilícito, debiéndose verificar -a los fines indemnizatorios- la naturaleza y la entidad del interés lesionado. Tal como sucede con las lesiones físicas, se está ante una inhabilidad o dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales, sin que importe que tal disminución no afecte la capacidad productiva del individuo, dado que existe igualmente en este tipo de lesiones un derecho en el sujeto a conservar ilesa e intacta su psiquis.

Por otro lado, deberá tenerse presente que la función de las experticias es de asesoramiento, pues se trata de cuestiones ajenas al derecho respecto de las cuales el Juez no tiene conocimientos específicos. La solvencia técnica que se desprende de cada profesión indica que los dictámenes de expertos es lo que resulta más adecuado; y ello es así porque es el fruto del examen objetivo de circunstancias de hecho, de aplicación a éstas de los principios científicos inherentes a la especialidad, y de los razonamientos que siguen para dar respuesta a los temas sometidos a su dictamen (CNCiv., Sala D, en autos “Quiros de Delgado, Nélica c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ Daños y Perjuicios”, expte. libre n1 25.403/93 del 27/12/96). (cfr., además, mi anterior voto in re “Chomsky c/ Palavecino s/ ds. y ps.”, del 15/12/2005).

En la inteligencia apuntada, se resalta que la experta psicóloga designada en autos informó que el actor sufrió “estrés postraumático” que evolucionó a “una reacción vivencial neurótica de tipo obsesiva o trastorno de ansiedad no especificado”, con síntomas de ansiedad y depresión, o que le produce un desequilibrio interno.

Asimismo, la experta aconseja la realización de un tratamiento psicológico por el lapso aproximado de un año y medio, señalando que luego de la psicoterapia es “esperable la remisión total” aún cuando pueden persistir “algunos síntomas que escapen a la elaboración” (ver fs. 1004).

Conforme a las pautas señaladas supra, y considerando que las incapacidades transitorias también deben ser reparadas, ya que son esencialmente indemnizables, aunque haya sido por un período breve (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, en “Código Civil, comentado anotado y concordado”, bajo la dirección de Belluscio y coordinación de Zannoni, tomo 5, pág 219, n° 13. Cfr., además, mi anterior voto en autos “Domínguez c/ Arakaki s/ ds. y ps.”, del 31/10/2005) entiendo que la indemnización por daño psíquico concedida en la anterior instancia se ajusta a derecho, por lo que propondré su confirmación (art. 165 del ritual).

En cuanto al tratamiento psicológico, la experta recomendó que se desarrollara “por el término de 1 año y medio para que pueda elaborar las secuelas psíquicas que persisten en la actualidad”. El juez de grado, tomando nota del costo estimado en el informe, otorgó a los fines reparativos la suma de \$9.360; la que entiendo es adecuada para enjugar el daño sufrido. Así votaré.

### VI.3. Montos concedidos en concepto de daño moral

En lo que respecta al daño moral, cabe destacar que en general se admite que para que estemos ante un daño de esta índole es indispensable que se trate de una lesión a los sentimientos o afecciones legítimas, perturbándose la tranquilidad y el ritmo normal de vida, por lo que representa una alteración desfavorable en las capacidades del individuo para sentir, querer y entender; traduciéndose en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho.

Es que el daño moral -en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales- es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver Cammarota, Antonio, “Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos”, ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 593 y ss.; Zannoni, Eduardo A., “El daño en la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, p. 287; CNCiv, Sala C, 22-12-2005, “Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL”, LL, online; íd., Sala E, 26-5-2006, “Montalbetti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros”).

No puede discutirse que el daño moral recae en el lado íntimo de la personalidad, y en este sentido es verdad que nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia, y en su caso la intensidad, del padecimiento y angustia que se invoca. Es que se trata de un sentimiento que, como decía Kant,

representa un estado que “no contiene más que lo subjetivo puro” (ver Principios metafísicos del Derecho”, p. 13, Imprenta de José María Pérez, Madrid, 1873).

No obstante lo expuesto, la circunstancia de que nos hallemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que -necesariamente-- tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se encontró la víctima del acto lesivo (ver Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad civil”, p. 247, 9° edición, Abeledo Perrot, 1997). Desde esta óptica, no parecería un requisito necesario la demostración por el accionante de la existencia en sí del daño moral; a tal punto que se ha sostenido que dicha prueba -de producirse-- sería irrelevante para el Derecho, pues lo que hay que tener en cuenta es el dolor o sufrimiento moral que el hecho en cuestión produce normalmente en los sujetos, dado que se estaría ante un efecto “previsto de antemano por la norma” (ver Brebbia, Roberto H., “El daño moral”, p. 86, Ed. Orbir, 2° edición, Rosario, 1967). De todas maneras, y en lo que hace a la magnitud y el alcance del daño moral, es verdad que podrá ser presumido por el juez por vía indirecta, tras la prueba por la víctima de determinadas situaciones por las que ella transita a raíz del injusto (ver Zabala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, T. 2b, p. 593 y ss.).

En virtud de lo reseñado, y teniendo en cuenta que el actor ha debido transitar múltiples intervenciones quirúrgicas y se encuentra aún en etapa de rehabilitación, propondré al Acuerdo que se aumente la suma establecida por la jueza de grado; elevándola a la cantidad de \$40.000 (arg. art. 165 del ritual).

#### VI.4. Montos concedidos en concepto de gastos de traslado y asistenciales

Finalmente, y en lo que refiere a los gastos de farmacia, atención médica y movilidad, la jurisprudencia ha decidido que resulta procedente el reintegro de este tipo de erogaciones en que debió incurrir la víctima como consecuencia de un hecho ilícito. La inexistencia de prueba documentada que demuestre precisa y directamente su erogación no es obstáculo para su reconocimiento, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento. Lo propio acontece aún en el caso de que el damnificado haya sido atendido en hospitales públicos o que cuente con cobertura social, toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas (cfr. esta Sala, “Chaparro c/ Coop. Ltda. de Seguros Bernardino Rivadavia s/ ds. y ps.”, del 18/4/96; íd., mi voto in re “Hidalgo c/ Rolón”, del 5/3/07).

En virtud de lo expuesto, y atento que únicamente se agravian del monto concedido (\$1.000) los aquí condenados, votaré por confirmar la sentencia de primera instancia en lo que hace a este rubro.

#### VII. Los intereses

El sentenciante de la anterior instancia estableció la aplicación a los montos de condena la tasa de interés activa cartera general (préstamos), nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; los que serán computados desde el evento dañoso.

De esta decisión se agravan los demandados. Al respecto diré que en la sentencia de esta Cámara, en pleno, en los autos “Samudio de Martínez, Ladislada c/ Transporte Doscientos setenta S.A. s/ Daños y Perjuicios”, dictada el 20 de abril de 2009, se resolvió dejar sin efecto la doctrina fijada en los fallos plenarios “Vazquez, Claudia c/ Bilbao, Walter y Otros” (del 2-8-1993) y “Alaniz, Ramona Evelia c/ Transporte 123 S.A.” (del 23-3-2004), disponiéndose aplicar desde la mora la tasa de interés activa cartera general (préstamos), nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Es menester resaltar que en el caso se impone la vigencia del art. 303 del ritual, que establece para todo el fuero la obligatoriedad de los fallos plenarios. Es verdad que la referida decisión plenaria admite una solución diversa cuando acontezca “una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido”. Sin embargo, esa singular especie comporta una situación hartamente excepcional, que se aparta de la regla general, y que -para que pueda tener lugar- debe ser acreditada fehacientemente y sin el menor asomo de duda en el marco del proceso. A mi juicio, no obran en la causa constancias que certifiquen que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho, se configuraría el mentado “enriquecimiento indebido”; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir.

La aseguradora Prudencia Seguros S.A., por su parte, se queja del fallo de grado por cuanto estableció que deben adicionarse los intereses a la suma concedida por tratamiento psicológico, pues sostiene que “el perjuicio aún no ha sido sufrido”. Se equivoca el apelante, dado que dicha reparación pecuniaria está destinada a enjugar el perjuicio que ha provocado el hecho dañoso en la psiquis de la víctima, lesión que tiene su origen —al igual que el resto de los daños reclamados— en la deficiente atención médica; esto es, el día del hecho. A esta indemnización, entonces, corresponde adicionarle intereses desde tal evento.

En atención a lo expuesto, y en cumplimiento de la doctrina plenaria, he de proponer al Acuerdo que se confirme lo decidido por la juez de grado y, en consecuencia, que se adicionen a los capitales de condena de autos los intereses a la tasa mencionada, los que se computarán desde el momento del hecho y hasta la oportunidad del efectivo pago.

#### VIII. Las costas

Se agravan los condenados de que la sentencia de primera instancia haya establecido que deben cargar con las erogaciones causídicas, con el argumento de que la demanda no ha prosperado por el total reclamado inicialmente.

Esta queja no ha de prosperar, pues no puede ignorarse que las encartadas ha resultado en los hechos sustancialmente vencidas, y que no se verifica la existencia de circunstancias excepcionales que habiliten apartarse del principio general sentado en el ritual, esto es, la imposición de las costas al vencido (art. 68 y 69 CPCCN). Por otro lado, la imposición de las costas a los demandados vencidos responde a un criterio de justicia, a mérito que éstos no han admitido su deber de reparar al actor en ninguna suma de dinero (ver, al respecto, Kielmanovich, Jorge L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado”, T I, pág. 115; CNCiv, Sala A, “P. de S., R. c. S., V.”, 09/04/1981, LL, 1981-D,199; CNCiv, Sala K, “Financiera y Mandatos S.A. Cía. Financiera c. Unicampos

S.A.”, 14/11/2005; CNCiv, Sala K, “Pozzi, Pedro M.”, 28/12/2006, DJ 2007-II, 42). Así las cosas, propondré al Acuerdo confirmar en este punto el fallo apelado.

#### XI. Conclusión

Por las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia de la anterior instancia en lo principal que decide. Asimismo, se eleva el monto de condena; el que pasará a ser de \$120.360 (Pesos ciento veinte mil trescientos sesenta). A dicha cantidad se le adicionarán intereses, los que se calcularán –desde el día del hecho dañoso y hasta el momento del efectivo pago— a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida, a treinta días, del Banco de la Nación Argentina. Se rechazan los restantes agravios introducidos. Las costas de Alzada se imponen a los demandados (art. 68, 1era. parte, del CPCCN).

El Dr. Díaz Solimine dijo:

Al fundado voto del distinguido Vocal preopinante, adheriré con la aclaración que expondré seguidamente sobre el agravio referido a los intereses, con los cuales disiento.

En lo que hace a la tasa de interés que debe aplicarse, la doctrina sentada en los autos “Samudio de Martínez” referidos por Sr. Vocal, obliga a aplicar, conforme su punto III, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Sin embargo, la convocatoria incluyó un cuarto punto referido al tiempo en que dicha tasa debía aplicarse, lo que deja al descubierto que, a pesar de la amplia mayoría con que contara la mentada tasa activa- luego de fracasar la moción sustentada, entre otros, por los vocales de la Sala “C” de esta Excma. Cámara –la cual integro-, en el sentido de dejar libertad a los jueces para establecerla en cada caso en particular- había una opinión generalizada de adecuar la aplicación de dicho rédito atendiendo a diversas circunstancias como pueden serlo la forma de establecer el monto de la condena, las indemnizaciones u otras obligaciones a las que pudiera aplicársele, la necesidad de acortar el tiempo de los procesos, etc., considerando así diversas tasas según el período en el que debía enjugarse el daño moratorio.

Sin alterar acertadamente, la doctrina plenaria sentada en el fallo “Gómez” respecto al tiempo que se produce la mora de la obligación de indemnizar con relación a cada perjuicio, ello no implica, per se, que hasta el efectivo cumplimiento deba aplicarse la votada tasa activa, sino que será así siempre que no se altere el contenido económico de la sentencia, importando un desplazamiento injustificado de bienes del patrimonio del deudor al del acreedor.

Es que la imposibilidad de hecho de fijar valores históricos con relación a indemnizaciones por incapacidad o daño moral, entre otros rubros, dada la cambiante realidad que ha caracterizado a la zigzagueante y poco ortodoxa economía de nuestro país, ha llevado en la especie a establecer a la fecha de su pronunciamiento los valores de las diversas partidas.



De ahí que atendiendo a los valores que ya se encontraban actualizados al fallo apelado, se consideró, en casos similares y luego de dictado el fallo “Samudio” que la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina era la que correspondía aplicar sobre aquellas partidas fijadas a valores actuales desde que cada perjuicio se originó hasta la fecha de la sentencia definitiva, debiendo a partir de este pronunciamiento y hasta el efectivo pago que hagan los deudores aplicarse la tasa activa que resulta obligatoria en los términos del artículo 303 del CPCC.

Lo que así voto.

El Dr. Ramos Feijóo, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mizrahi, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Con lo que terminó el acto:

Fdo.: Mauricio Luis Mizrahi.- Omar Luis Diaz Solimine - Claudio Ramos Feijoo

Es fiel del Acuerdo.

Buenos Aires, Marzo de 2013.-

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: confirmar la sentencia de la anterior instancia en lo principal que decide. Asimismo, se eleva el monto de condena;; el que pasará a ser de \$120.360 (Pesos ciento veinte mil trescientos sesenta). A dicha cantidad se le adicionarán intereses, los que se calcularán –desde el día del hecho dañoso y hasta el momento del efectivo pago— a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida, a treinta días, del Banco de la Nación Argentina. Se rechazan los restantes agravios introducidos. Las costas de Alzada se imponen a los demandados (art. 68, 1era. parte, del CPCCN).

Teniendo en cuenta como se decide en esta instancia, se difiere la adecuación dispuesta por el art. 279 del Código Procesal respecto de las regulaciones practicadas a fs. 1143/vta., así como la determinación de los honorarios correspondientes a la tarea desplegada en la Alzada, hasta tanto exista liquidación definitiva aprobada.

Notifíquese y devuélvase.

Fdo.: Mauricio Luis Mizrahi - Omar Luis Diaz Solimine - Claudio Ramos Feijoo

Citar: elDial.com - AA7EB4

Publicado el: 21/05/2013 Copyright 2013 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina