

Voces: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - MÉDICOS - AUXILIARES DE LA MEDICINA - ENFERMEROS - DAÑOS Y PERJUICIOS - MENORES - OPERACIONES MUTILANTES - INDEMNIZACIÓN - PÉRDIDA DE LA CHANCE - LUCRO CESANTE

Partes: N. P. L. c/ R. L. H. y otros | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata

Sala/Juzgado: Segunda

Fecha: 18-ago-2016

Cita: MJ-JU-M-100394-AR | MJJ100394

Producto: DP,MJ,SYD

Por tratarse de una tarea de incumbencia específica, la enfermera resulta responsable por la errónea administración de un medicamento al paciente, lo cual derivó en la amputación de uno de sus miembros superiores. Cuadro de rubros indemnizatorios.

Sumario:

1.-Corresponde responsabilizar a la enfermera demandada y no al médico por la errónea administración del medicamento al paciente efectuada por aquella, pues el profesional médico delegó en la auxiliar una tarea de incumbencia específica del personal de enfermería conforme la normativa vigente(arts. 2 , 9 inc. b), 10 inc. d) y ccmts. Ley 12.245; art. 18 inc. j) del Dec.Reg. 2225/2001).

2.-Cuando se debate la procedencia de una pretensión indemnizatoria fundada en la responsabilidad civil de los accionados, doctrina y jurisprudencia son contestes en afirmar que la ley que rige la relación generada por el hecho ilícito dañoso es la vigente al momento de la producción del daño, ello sin perjuicio de la eventual aplicabilidad del CCivCom. a las consecuencias no agotadas de aquella relación jurídica obligacional preexistente y que pudieran verificarse en el proceso.

3.-Toda vez que a la época del hecho dañoso, la víctima no desempeñaba una actividad rentada, y que la pérdida o disminución de futuros ingresos derivada de las secuelas incapacitantes de carácter permanente sufridas integra el rubro daño físico , debe desestimarse la pretensión por lucro cesante a finde evitar un doble resarcimiento del daño patrimonial por incapacidad laborativa de la víctima.

4.-Resulta procedente otorgar una indemnización por pérdida de chance a quien sufrió la

amputación de uno de sus miembros superiores, ya que el proyecto de vida que libremente pudo haber escogido el joven al llegar a la edad adulta ha quedado injustamente truncado en una temprana etapa de su existencia como consecuencia de la severa amputación sufrida, que constituye -sin lugar a dudas- un obstáculo de muy difícil superación (tanto desde el punto de vista de la incapacidad física como de sus secuelas psíquicas) para el alcance de las metas de realización personal a las que la víctima pudo legítimamente aspirar.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 18 días del mes de agosto de dos mil dieciseis, reunida la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados "N. P. L. C/ R. L. H. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Ricardo D. Monterisi y Roberto J. Loustaunau.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1a.) Es justa la sentencia de fs. 3057/3083?

2a.) Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RICARDO MONTERISI DIJO:

l) La sentencia de fs. 3057/3083 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo de los recursos de apelación deducidos a fs. 3142, 3157 bis, 3158 bis y 3163.

El a quo hizo lugar a la demanda por indemnización de daños y perjuicios promovida por P. LIHUE N. contra NATALIA NAIR SAIZ, ORGANIZACIÓN MÉDICA ATLÁNTICA SOCIEDAD ANONIMA (OMASA) - CLINICA 25 DE MAYO y la citada en garantía TPC COMPAÑIA DE SEGUROS S.A., condenando a los vencidos a abonar la suma de PESOS TRES MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL (\$ 3.615.000) con más la obligación de asumir los costos de provisión de las prótesis mioeléctricas indicados en los considerandos del fallo, sus respectivos intereses y costas.

Expresa el sentenciador que atendiendo al principio de prejudicialidad penal consagrado por los arts.1101 y 1102 del Código Civil, y en virtud de lo resuelto por sentencia firme en la causa caratulada "Natalia Nair Saiz s/ lesiones culposas" de trámite por ante el Juzgado Correccional N° 5 departamental, surge debidamente acreditada la responsabilidad de la codemandada Saiz, quien debe afrontar las consecuencias dañosas emergentes del ilícito.

No obstante, observa que la condena penal no impide al juez civil meritar la incidencia del obrar de la propia víctima o de un tercero en la producción del daño; de ese modo y teniendo en cuenta las mismas circunstancias en que aconteció el hecho principal, podría arribarse a la determinación de una responsabilidad compartida en el ámbito civil. Desde esta perspectiva, considera que la accionada no ha demostrado el proceder culposo o doloso por parte de la víctima, ni la ocurrencia de un hecho ajeno parcialmente interruptivo de la relación causal.

Analiza seguidamente el encuadre jurídico y la atribución de responsabilidad formulada respecto de la codemandada OMASA-Clínica 25 de Mayo. Señala que el deber de responder a cargo del establecimiento asistencial tiene su base en la obligación tácita de seguridad comprendida en el contrato de asistencia médica, cuya omisión genera la responsabilidad directa, objetiva e inexcusable del ente hospitalario.

Agrega que la culpa de la auxiliar de enfermería conduce a la atribución de responsabilidad de la clínica, pues la demostración de dicha conducta culpable es también prueba suficiente de la violación del deber de seguridad por parte del establecimiento, lo que no se confunde con la responsabilidad indirecta o refleja por el hecho del dependiente.

Con respecto al codemandado L. H. R., quien fuera sobreseído en la causa penal "R. L. H.- Saiz Natalia Nair s/ lesiones culposas" cuyas copias certificadas se encuentran glosadas en autos, destaca que el sobreseimiento definitivo no es equiparable a la sentencia absolutoria a efectos de lo dispuesto por el art.1103 del Código Civil, por lo que no obsta al análisis de su responsabilidad en el fuero civil.

Tiene por reconocido que el Dr. R. atendió al actor en la guardia médica de la Clínica 25 de Mayo el día 1 de diciembre de 2007 en las circunstancias expuestas en la demanda, y que indicó la aplicación de ibuprofeno endovenoso diluído lento por parte de la enfermera Saiz. Describe la actuación posterior del codemandado al advertir eritema, hinchazón y dolor en la zona de la venopunción hasta el ulterior traslado del paciente a la Unidad de Terapia Intensiva, donde quedó a cargo de otros profesionales.

Entiende que entre el accionante y el Dr. R. existió una relación contractual, integrando dicho profesional el equipo médico de la Clínica demandada. Esboza los presupuestos de atribución de responsabilidad y considera -en base las contundentes conclusiones del perito Daniel Orlando Racca- que ante el cuadro febril que presentaba el paciente, la indicación de ibuprofeno endovenoso diluído lento fue correcta, siendo incumbencia del personal de enfermería la preparación y aplicación del fármaco.

Sostiene que el médico demandado ajustó su actuar a los protocolos y reglas de la buena praxis profesional: examinó al paciente, realizó los estudios e interconsultas de rigor, indicó la medicación pertinente según las recomendaciones del ANMAT y observó la conducta posterior adecuada a las contingencias del caso. Subraya que la deficiente administración del fármaco por parte de la enfermera Saiz constituye una grosera violación del deber de cuidado a su cargo, y que la actividad que desempeña el auxiliar de enfermería es autónoma, de modo que la responsabilidad emanada del ejercicio de sus funciones no puede recaer bajo la órbita del profesional de la medicina.

Concluye que las consecuencias dañosas del hecho motivo de autos no son imputables al Dr. R. ni desde el punto de vista de la autoría ni del nexo causal, extremos que sí son reprochables a la conducta de la enfermera Saiz, conforme se resolviera en sede penal. Por dichos fundamentos, desestima la demanda a su respecto.

A continuación se ocupa de la limitación de responsabilidad esgrimida por la citada en garantía. Expresa que los términos de la póliza suscripta con la demandada OMASA han sido reconocidos por las partes, por lo que la limitación del monto asegurado y la franquicia pactada en las condiciones particulares del contrato son oponibles tanto al cocontratante como a los

damnificados.

Analiza finalmente los distintos rubros resarcitorios peticionados. Receta la pretensión a título de pérdida de chance, daño físico-incapacidad, daño moral, daño psicológico, gastos médicos y gastos por traslados que cuantifica en las sumas de \$ 500.000, \$ 2.500.000, \$ 500.000, \$ 100.000, \$ 10.000 y \$ 5.000 respectivamente. Conceptualiza el reclamo de las erogaciones por compra y mantenimiento de prótesis como una obligación de dar cosa cierta, y en ese sentido impone a la demandada asumir los costos para proporcionar al actor las prótesis mioeléctricas aconsejadas por la medicina actual y sus correspondientes gastos de mantenimiento (teniendo en cuenta el lapso de vida útil del aparato), durante todo el tiempo de vida de la víctima, en la medida que se acredite su uso adaptativo y cotidiano y la necesidad de su renovación.

Rechaza la pretensión resarcitoria por lucro cesante, daño estético y daño futuro; entiende que los dos primeros rubros quedan subsumidos en las indemnizaciones por pérdida de chance e incapacidad, mientras que el último no ha sido debidamente acreditado. Dispone la aplicación de intereses conforme la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo tradicional a treinta días realizados mediante el sistema BIP desde la fecha de su entrada en vigencia; los períodos anteriores al 19-8-2008 se liquidarán de acuerdo a la tasa pasiva para depósitos a plazo fijo a treinta días "a la vista".

II) 1. Los demandados Organización Médica Atlántica S.A. y Natalia Saiz expresan sus agravios a fs. 3204/3247 y fs. 3249/3290, que son respondidos a fs. 3314/3325.

Alegan que si bien la condena penal hace cosa juzgada no sólo respecto del autor del daño sino también del tercero civilmente responsable, pueden oponerse en sede civil circunstancias que extingan o limiten su responsabilidad indirecta tales como la culpa de la víctima. A este respecto sostienen que el actor padecía una patología de base preexistente al hecho que motiva esta causa, que fue deliberadamente ocultada u omitida y guarda íntima relación con la amputación sufrida posteriormente.

Afirman que en condiciones normales -y excluyendo alguna circunstancia subyacente no informada por el paciente- la aplicación de ibuprofeno endovenoso en el brazo jamás podía haber derivado en la necrosis y ulterior amputación del miembro, consecuencia excepcional, imprevisible y ajena a la responsabilidad médica.

Reiteran que la decisión galénica de aplicar ibuprofeno, la vía escogida y la técnica utilizada para su dilución e inculación fueron correctos; atribuyen el suceso dañoso a una patología circulatoria en ambos miembros superiores que padecía la víctima con anterioridad al hecho (síndrome de Renaud) y no fue debidamente explicitada durante su atención en la guardia.

Impugnan los resarcimientos otorgados en concepto de pérdida de chance, daño físico, daño moral, daño psicológico, gastos por compra y mantenimiento de prótesis, gastos médicos y por traslados, solicitando su rechazo o la reducción de los montos establecidos. Se agravan, finalmente, respecto de la tasa de interés fijada en el fallo.

2. La citada en garantía expresa sus agravios a fs. 3293/3295, siendo respondidos a fs. 3327/3329. Impugna los resarcimientos fijados en concepto de pérdida de chance, daño físico, daño moral, daño psíquico, gastos médicos y por traslados.

3. La parte actora expresa sus agravios a fs. 3297/3310, siendo respondidos a fs. 3331/3346 y 3348/3363.

Se agravia, en primer lugar, por el rechazo de la demanda incoada contra el Dr. L. H. R. Sostiene que el citado profesional incurrió en una conducta culpable al no supervisar la labor de la enfermera, previniendo los posibles daños derivados de una práctica riesgosa. Alega que el galeno no puede desentenderse y eximirse de responsabilidad por los actos de su colaboradora (la enfermera), pues se trata de un auxiliar del médico conforme lo dispuesto por la ley 17.132.

Expresa también que el Dr. R. prescribió la aplicación del fármaco por una vía contraindicada (la endovenosa) ya que el propio laboratorio aconseja la vía intramuscular, y que en su caso debió ordenar la administración por venoclisis dada la exigencia de lentitud para prevenir efectos adversos. Afirma también que ante los signos clínicos de oclusión arterial, las compresas frías que dispuso colocar en el brazo del paciente agravaron el proceso iniciado por la enfermera y contribuyeron causalmente al lamentable desenlace. Subsidiariamente peticona la distribución de las costas por el orden causado.

En segundo término, impugna los montos resarcitorios fijados en concepto de daño psicológico, gastos médicos y gastos por traslados, que estima insuficientes. Cuestiona el rechazo de la pretensión por daño futuro, lucro cesante y daño estético, que entiende debidamente acreditados en autos.

En tercer lugar, se agravia respecto de lo decidido en torno al rubro identificado como "gastos de prótesis". Alega que nunca se reclamó la entrega de una cosa cierta, por lo que la sentencia ha infringido el principio de congruencia; lo pretendido constituye una deuda de valor calculada según la cotización de la moneda extranjera -dado que la prótesis es de fabricación alemana- conforme a su vida útil y las reposiciones necesarias de acuerdo a la expectativa de vida del actor.

Califica de confusa la modalidad de cumplimiento dispuesta en la sentencia, expresando que genera incertidumbre tanto para el acreedor como para el deudor frente a un daño actual y futuro cierto, que lo expondrá a la promoción de planteos judiciales periódicos con el consiguiente stress emocional y daño psicológico que ello conllevaría para la víctima. Cuestiona también que no se haya contemplado el costo de mantenimiento anual de la prótesis.

III) CONSIDERACIÓN DE LOS AGRAVIOS.

1. Legislación aplicable.

Previo a ingresar en el análisis particular de los agravios propuestos por los apelantes, entiendo necesario realizar un breve comentario con respecto a la legislación aplicable al caso en estudio, teniendo en cuenta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994) y su entrada en vigencia el pasado 1 de agosto de 2015 (art. 1 de la ley 27.077).

El artículo 7 del nuevo Código ha replicado casi textualmente el artículo 3 del hoy derogado Código Civil (el cual, reformado en 1968, siguió las recomendaciones de Guillermo Borda y con ello las enseñanzas del jurista francés Paul Roubier), que establece: "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones

jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Ello significa que las nuevas leyes se aplican a las situaciones o relaciones jurídicas que se creen a partir de su vigencia y a las consecuencias que se produzcan en el futuro de relaciones o situaciones jurídicas ya existentes al momento de vigencia de la ley. La excepción se da en el caso de que la ley prevea expresamente su retroactividad, la que será válida en la medida en que no afecte derechos amparados por la Constitución.

Tratándose de normas supletorias, se mantiene su inaplicabilidad a los contratos en curso de ejecución, salvo -y aquí una novedad con relación al art. 3 del código derogado- que se traten de reglas más favorables al consumidor en supuestos de relaciones de consumo.

En casos -como el de autos- en los que se debate la procedencia de una pretensión indemnizatoria fundada en la responsabilidad civil de los accionados, doctrina y jurisprudencia son contestes en afirmar que la ley que rige la relación generada por el hecho ilícito dañoso es la vigente al momento de la producción del daño (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 158; en jurisprudencia, v. mi voto en causa "Ríos, Marta Graciela c/ Transportes 25 de mayo SRL y ot. s/ Daños", Expte. 159040, del 08/10/15; de este mismo tribunal, Sala Primera, autos "Uriarte, Paula A. y Romero Rubén Omar c/ Galán, Héctor F. s/ Daños y Perjuicios", Expte. 129.815, del 22/10/2015, Sala Tercera, autos "Salazar, Pedro A. c/ Bruno, L. G. y ot. s/ Daños y perjuicios", Expte. 159.100, 24/11/2015; en igual sentido: Cám.2da.Civ.Com.de La Plata, Sala II, "Medina, Olga Mabel c. El Rápido Argentino Cía de Microomnibus S.A. y otro/a", del 15/09/2015, La Ley Online, AR/JUR/30827/2015, Cám.Civ.Com. de Bahía Blanca, Sala II, autos "Mangano, Edgardo Omar c/ Rivera Novoa, Lorenzo Antonio y ot. s/ Daños y Perjuicios", causa 145.795, del 23/12/2015, Cám.Ap. Cont.Adm. de La Plata, autos "L., C. M. c. Hospital Zonal Gral. Agudos de Quilmes y otro/a s/ pretensión indemnizatoria", del 10/09/2015, publicado en LA LEY 2015-F, 321, Sup. Adm. 2015 (noviembre), 61, Cám.Civ.Com. de Morón, sala II, en autos "Barrios, Sandra Beatriz Antonia y Otro c. Lacuadra, Aranda Juan Ignacio y Otros s/ daños y perjuicios", del 22/09/2015, La Ley Online AR/JUR/31284/2015, CNCiv., sala J, en autos "S. M. A. y Otro c. Z. J. L. y Otros s/ daños y perjuicios", 28/08/2015, ED 05/10/2015, 3, LA LEY 29/10/2015, 8, CNCiv., sala H, "Feres, José L. c. General Tomás Guido S.A.C.I.F. y otros s/ Daños y Perjuicios", del 21/10/2015, La Ley Online AR/JUR/47667/2015, CNCiv., Sala A, "M. V. T., B. y otro c. Julia Tours S. A. y otro s/ daños y perjuicios", del 24/08/2015, Publicado en: RCCyC 2015 (noviembre) , 138 o RCyS 2015-XII, 117, CNCiv., Sala J, "S. M. A. y otro c. Z. J. L. y otros s/ daños y perjuicios", 28/08/2015, Publicado en: ED 05/10/2015, 3, LA LEY 29/10/2015, 8, LA LEY 2015-F, 94, RCyS 2015-XII , 93, entre otros).

Ello, sin perjuicio de la eventual aplicabilidad de la nueva ley a las consecuencias no agotadas de aquella relación jurídica obligacional preexistente y que pudieran verificarse en el proceso (v.gr.daños ocurridos con posterioridad al 01/08/15, intereses moratorios devengados luego de esa fecha, etc.) (Kemelmajer, ob.cit., pág.62, Moisset de Espanés, Irretroactividad de la ley y el nuevo Art. 3 -Código Civil, derecho transitorio-, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, pág. 47, Rivera, Julio C. "Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)", LA LEY 04/05/2015, 1 -punto

II.5.2.-, CNCiv., Sala B, "Martínez, José Eduardo c. Varela, Osvaldo Héctor y otros s/ daños y perjuicios", del 06/08/2015, ED 03/09/2015, 7, LA LEY 30/10/2015, 5).

El criterio expuesto parte de una premisa central, cual es que la obligación de resarcir conforma una relación jurídica que se establece entre víctima y el responsable en virtud de la ley cuando se reúnen los requisitos o presupuestos de hecho necesarios, y que incluye la producción de un daño indemnizable (Kemelmajer, ob.cit., p. 158-159, Moisset de Espanés, L., ob.cit., pág. 39 a 42; plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil "Rey, José c. Viñedos y Bodegas Arizu S.A.", del 21/12/1971, Publicado en La Ley Online, AR/JUR/123/1971).

En el caso en estudio, tanto el hecho central en el cual se sustenta la pretensión indemnizatoria como los daños cuya reparación se reclama han ocurrido en una fecha anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, motivo por el cual la controversia -incluyendo los recursos que aquí se analizarán- deben resolverse a la luz de las normas contenidas en el derogado Código Civil -ley 340 y sus modif.- (art. 7 del Código Civil y Comercial).

La solución expuesta no solo se presenta como la más adecuada interpretación del derecho transitorio previsto en la novel legislación (art. 7 del C.C.y C.), sino que además es aquella que mejor resguarda el derecho fundamental de defensa en juicio de las partes, teniendo consideración las pretensiones y defensas que dieron forma a la relación procesal -fundadas, como no podía ser de otra manera, en la legislación entonces vigente-, la consecuente actividad probatoria y la posterior solución definitiva asignada por el magistrado de grado (arts. 18 CN y 8.1 CADH, sobre el tema, véase voto del Dr. Ferrari en el caso "Barrios" cit. más arriba, de la Cám.Civ.Com. de Morón, Sala II; Rivera, ob.cit., punto II.4).

2. La atribución de responsabilidad.

Sentado lo anterior me ocuparé en primer término de la atribución de responsabilidad, tópico que ha sido motivo de agravio por parte de los demandados Natalia Saiz-OMASA, y del actor N. (este último en lo que hace al rechazo de la acción incoada contra el codemandado R.).

2.1.Los agravios de los demandados Saiz y OMASA.

El cuestionamiento de los apelantes puede resumirse en dos argumentos: a) La indicación médica de aplicar ibuprofeno al paciente por vía endovenosa y su posterior ejecución por parte de la enfermera Saiz fueron correctos; b) El resultado dañoso obedeció a una patología circulatoria previa que sufría la víctima y fue deliberadamente ocultada al médico actuante.

Para el cabal análisis de la cuestión, resulta de ineludible referencia lo normado por el art. 1.102 del Código Civil vigente a la fecha del hecho, cuyo texto ha sido recogido por el art. 1.776 del nuevo Código Civil y Comercial.

Es doctrina de la Suprema Corte Provincial que "Esa autoridad de cosa juzgada que emana de la sentencia penal condenatoria a que se refiere el art. 1102 del Código Civil, abarca no solo al hecho principal sino también a las circunstancias en las que el mismo acaeció, en tanto hubieran sido objeto de análisis y juzgamiento por el juez de la causa (causas Ac. 65.895, sent.del 6-VII-1999; causa Ac. 72.490, sent. del 13-IX-2000; Ac. 85.461, sent. del 18-XI-2003)" (v. SCBA, expte. C 90.530 S. 9-12-2009, "Molea, Raúl Armando y ot. c/ Ferrocarril

B.A.P.S.A. y ots. s/ Daños y perjuicios").

En el precedente citado, señaló el Máximo Tribunal que "...por "hecho principal" sobre el cual recayó el pronunciamiento condenatorio (art. 1102, C.C.), deben entenderse todas aquellas circunstancias fácticas que han sido consideradas esenciales para fundar la condena del imputado" (del voto del Dr. Genoud), a lo que el Dr. Hitters agregó: "...Corresponde tener presente que -como surge de la reiterada doctrina de ese Tribunal- la autoridad de cosa juzgada que emana de la sentencia penal de condena alcanza no solamente al hecho principal sino también a las circunstancias en que se cometió y que fueron meritadas por el juez de la causa. Y que ello es así, no sólo por resultar aplicable el art. 1102 del Código Civil, sino porque debe evitarse el escándalo jurídico que se produciría si distintos jueces arribaran a pronunciamientos contradictorios (conf. Ac. 55.369, sent. del 22-VIII-1995, Ac. 65.895, sent. del 6-VII-1999; Ac. 72.490, sent. del 13-IX-2000; Ac. 85.461, sent. del 18-XI-2003, entre otras). Por lo que está incluido en el efecto vinculante aludido, la definición adoptada en el ámbito represivo sobre la relación de causalidad (conf. Ac. 56.089, sent. del 16-V-1995)..." (v. SCBA, causa cit.).

Partiendo de estos conceptos y analizadas las constancias de la causa penal caratulada "Saiz Natalia Nair s/ lesiones culposas" cuyas copias se agregan a fs. 1963/2984, se advierte que las particulares circunstancias que rodearon al desgraciado suceso motivo de autos fueron objeto de prueba exhaustiva y pormenorizado estudio en aquellas actuaciones. En ese sentido, la hipótesis de la preexistencia de una patología circulatoria desencadenante del cuadro que derivó en la amputación del miembro superior derecho de la víctima -extremo que los apelantes introducen en sus agravios como un pretendido hecho novedoso revelado en el curso de este juicio- no es tal. Por el contrario, ese supuesto -oportunamente articulado por la defensa de la demandada Saiz (v. fs. 2219/2221)- fue motivo de investigación en sede penal, donde quedó categóricamente excluido por los peritos intervinientes; dijo el Juez titular del Juzgado Correccional N° 5 a ese respecto: "Lo que merece una destacada mención es que de acuerdo con la prueba producida en autos deben descartarse otras posibles causas como, por ejemplo, el síndrome o el fenómeno de Raynaud. La historia clínica no permite afirmar tal cosa. La declaración del perito médico Dr. Romero es categórica al respecto... El fenómeno de Raynaud también fue descartado por el Dr. Elvio Demichelis diciendo "no es ese el caso" y agregando: si hubiera ocurrido, no habría tenido relevancia..." (v. fs. 2705 y vta.).

En cuanto a la actuación de la enfermera Saiz, lejos de avalar la tesis de los apelantes sobre el correcto desempeño de la auxiliar en oportunidad de inyectar el medicamento prescripto a la víctima, quedó debidamente establecido en el fuero represivo que "Natalia Nair Saiz realizó una aplicación de ibuprofeno compuesto con lidocaína en el brazo derecho de P. N., a la altura del pliegue del codo, sin diluir la medicación, de manera apresurada y sin atender a la señal de alarma que implicaba la queja por dolor de la víctima. Todo ello en desconocimiento de sus deberes que le incumbían de manera excluyente, y en desmedro de las prescripciones que surgían de las normas de actuación profesional, de las regulaciones de la ANMAT y del prospecto del medicamento. El curso causal desencadenado no podía ser evitado (...) De manera razonada, entonces, es posible trazar una directa vinculación entre la autora y su hecho, y despejar cualquier duda que pudiera existir respecto de la autoría responsable de Natalia Nair Saiz en el suceso descripto..." (v. fs. 2710 y vta.).

Es claro entonces que los agravios de los demandados apuntan a reeditar cuestiones sobre las que ha recaído un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada (art. 1102 del C. Civil cfr. ley 340 y sus modif.), lo que sella la suerte adversa del recurso.

No he de concluir mi análisis sin antes formular una observación sobre el contenido de las expresiones de agravios de los accionados: he señalado en otros precedentes de esta Sala que en aras de defender acabadamente los derechos de su cliente, el abogado puede ser vehemente y hasta reiterativo en la formulación de los agravios. No obstante, el profesional del derecho no debe perder de vista elementales exigencias de estilo y prudencia en la confección de sus escritos, ya que el ordenamiento adjetivo impone litigar con probidad, lealtad y respeto mutuo; debe utilizar el léxico jurídico sin agraviar ni emplear términos que, con su significado, pueden dañar el respeto que se deben los litigantes entre sí y con relación a los magistrados (arg. arts. 34 inc. 5°, 35 y 36 del C.P.C.).

En esta dirección, juzgo por demás desafortunadas las expresiones del letrado achacando a la propia víctima -a la sazón menor de edad a la época del hecho- y a sus padres el doloso ocultamiento de una inexistente patología previa, y peor aún, calificando su justo reclamo resarcitorio como un premio a la mala fe, el dolo, el ocultamiento o la irresponsabilidad (fs. 3208 y 3252 vta.), culpando así al damnificado de su propio infortunio. Máxime cuando el desgraciado suceso importó para el joven N. la irreparable pérdida de su brazo derecho a los 15 años de edad, con las dolorosas e irreversibles secuelas derivadas de dicha amputación, a las que me referiré en extenso más adelante.

Entiendo que las citadas expresiones trasuntan un injusto menoscabo hacia la dignidad de la víctima y de sus progenitores, que en modo alguno queda al amparo del correcto ejercicio del derecho de defensa. Por lo expuesto, exhorto al profesional actuante para que en lo sucesivo guarde el estilo y prudencia aconsejables para el caso, pues como resolviera la Cámara Civil Primera Circunscripción de Mendoza, "La pasión por una defensa no debe hacer perder el buen sentido al litigante o profesional, quien debe efectuar las críticas que estime convenientes, sin menoscabar al adversario" (v. autos "Domínguez, María en J. Domínguez de Benavente y Alejandro Benavente s/ Divorcio", S. 24-3-1994, elDial.com - MC16A3).

2.2. Los agravios de la parte actora.

El apelante se disconforma por el rechazo de la acción incoada contra el codemandado R., peticionando que se haga extensiva la condena a su respecto en base a diversas razones: a) El Dr. R. prescribió la aplicación del medicamento por una vía no indicada, ya que debió emplearse la vía intramuscular en lugar de la endovenosa, y en caso de optarse por esta última, disponer su administración por venoclisis; b) no supervisó la labor de la enfermera Saiz frente a una práctica que resultaba riesgosa; c) dispuso la colocación de compresas frías en el brazo del paciente, lo que aceleró y agravó el daño al reducir aún más el flujo sanguíneo. Subsidiariamente peticiona la distribución de las costas por el orden causado, alegando que su parte tuvo razones suficientes para litigar contra el accionado.

Respecto al primer argumento, debo destacar que ninguna de las pericias producidas avala la postura del recurrente. Veamos: el dictamen presentado por los Dres. Martínez y Romero ante el fuero represivo expresa a este respecto que "el ibuprofeno, pese a ser considerado una droga irritante, solo o asociado, administrado por vía endovenosa diluído y aplicado muy lentamente o por venoclisis no ha mostrado inducir lesión alguna, siendo usado para el tratamiento de dolor y fiebre en niños y adultos", agregando más adelante que "la forma de administración será de elección teniendo en cuenta la velocidad requerida para la remisión de la sintomatología. Cuando más rápido se desea su acción se indica en forma intramuscular o intravenoso" (v. fs. 2083 vta./2084 y 2087 vta.). Posteriormente se informa que "La indicación

para la administración por parte del Dr. R. se ajustó a las normas y recomendaciones de la ANMAT, y la conducta posterior fue la adecuada, de acuerdo a las constancias de la historia clínica..." (v. fs. 2284, punto 3).

Concuerda con dichas apreciaciones el perito médico designado en autos Dr. Daniel Orlando Racca, quien dictamina: "...frente a un paciente con cuadro febril con equivalentes bacterémicos, que no responde a la medicación por vía oral, es correcto el descenso de la temperatura como objetivo a corto plazo. Esta afirmación se fundamenta en el hecho que de persistir la alta temperatura, se pueden producir convulsiones febriles, con consecuencias severas o no deseables a nivel neurológico (...) la indicación de ibuprofeno lento y diluído es la forma correcta de prescripción..." (v. fs. 1357, puntos 1 y 2).

El citado experto ratifica posteriormente que "...al momento de la indicación, no existía riesgo a exposición, fundamento lo manifestado en el hecho de que 1- la clínica del paciente ameritaba una indicación terapéutica (en este caso un antipirético que no sea dipirona), 2- se le indicó una medicación permitida y aprobada en nuestro país (...) La indicación fue médicamente adecuada. En este punto es importante destacar que el ANMAT no publica la prohibición a la administración de ibuprofeno por vía parenteral, pero sí hace referencia especialmente a los cuidados a tener en cuenta cuando se utiliza la vía parenteral por vena..." (v. fs. 1389 vta. punto 20 y 1391 punto 22).

Tampoco existe soporte probatorio que avale el pretendido agravamiento del cuadro por la aplicación de compresas frías en el brazo del paciente, dispuesta por el Dr. R. ante los primeros síntomas adversos posteriores al suministro de ibuprofeno. En este punto los peritos Romero y Martínez han dictaminado que luego de la aplicación endovenosa del medicamento la probable lesión arterial se diagnosticó rápidamente y si n dilaciones (en un lapso no mayor de 15 minutos desde del comienzo de la sintomatología) y se iniciaron los procedimientos adecuados, lográndose una mejoría inicial con recanalización parcial del circuito arterial (v. fs. 2086 ap. d) y e); 2088 vta. punto 17); agrega por su parte el Dr. Racca que "frente a situaciones similares de eritema y calor local, y con la finalidad primaria de atenuar una respuesta inmediata sin otros signos que nos hagan pensar en otra patología, el hecho de aplicar compresas húmedas... no debe considerarse una acción fuera del contexto de la praxis... De haberse realizado esta acción la misma no fue la causa de lo sucedido, o agravación del mismo" (v. fs. 1380 punto 4); "...no he hallado evidencia en la historia clínica de indicación precisa, ni consecuencias relacionadas con la colocación de paños fríos, ya que la probable etiología de la oclusión arterial obedecía a otras causas" (v. fs. 1398 vta. punto 25).

Por último, la cuestión relativa a la falta de supervisión médica de la tarea a cargo de la enfermera Saiz fue puntualmente abordada por el sentenciador a fs. 3066 vta./3067 de los considerandos; destacó el a quo que la labor del enfermero tiene carácter autónomo y se rige por una normativa específica (la ley 12.245 en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires), que entre sus incumbencias profesionales prevé la preparación y administración de medicamentos de acuerdo con las indicaciones del galeno.

Los argumentos del apelante en el sentido que el enfermero es un "colaborador" de la actividad médica (arts. 2 inc. c) y 42 de la ley 17.132) no alcanzan a conmovir los fundamentos vertidos en el fallo, en tanto la aludida labor de colaboración no conlleva -en el caso- la existencia de una relación de dependencia entre el auxiliar de enfermería y el médico que torne aplicable al caso la manda del art. 1113 primer párr. del Código Civil, como postula el recurrente.

Cabe citar a este respecto el trabajo de Carlos A. Calvo Costa sobre responsabilidad en el ejercicio grupal de la medicina (v. "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", Cap. VIII El ejercicio grupal de la medicina. El equipo médico, Ed. Hammurabi, 2007, pág. 413 y ss.). El autor distingue dos hipótesis: el grupo médico, donde cada profesional responde individualmente por sus actos en la medida que logre ser identificado como autor del daño, y el equipo médico, donde el jefe o coordinador del grupo puede ser responsabilizado en forma indirecta o refleja por el hecho de otros integrantes del equipo, en tanto revistan la condición de auxiliares que de él dependan. Analiza en particular el caso de las enfermeras que -como en el sub judice- no forman parte del equipo médico sino que guardan relación de dependencia con el ente asistencial donde se desempeñan, destacando que "cuando las enfermeras son aportadas por la clínica (dado que realizan su actividad en interés de esta última y no del médico)... el establecimiento asistencial es el que deberá ser llamado a responder en virtud del hecho de sus dependientes, contractual o extracontractualmente" (op.cit., págs. 438/439).

No debe perderse de vista -subraya el autor- que la división de tareas resulta necesaria para el trabajo en equipo, puesto que cada integrante posee un grado de capacitación propio para la labor encomendada, así como la existencia de leyes especiales que rigen las actividades profesionales relacionadas con el servicio de salud y limitan el deber de responder frente a la víctima. Hace referencia puntualmente al personal de enfermería, en quien el médico delega aquellas tareas que son de su incumbencia específica y para las cuales han recibido capacitación suficiente (op. cit., pág. 430 y ss.).

En suma, comparto la postura del juez a quo en el sentido que no cabe formular reproche alguno al Dr. R. por la errónea administración del medicamento al paciente efectuada por la enfermera Saiz, pues el profesional médico delegó en la auxiliar una tarea de incumbencia específica del personal de enfermería conforme la normativa vigente (arts. 2, 9 inc. b), 10 inc. d) y ccdds. Ley provincial 12.245; art. 18 inc. j) del decr. reglamentario 2225/2001).

Resta por analizar el planteo subsidiario del recurrente en materia de costas, agravio que a mi entender merece acogida.

En efecto, surge de los autos "Saiz Natalia Nair s/ lesiones culposas" cuyas copias se agregan a fs. 1963/2984, que a la fecha de promoción de esta demanda (25-4-2008) la indicada causa penal se hallaba en etapa de instrucción preparatoria, encontrándose imputados por el delito de lesiones culposas tanto la enfermera Saiz como el Dr. R. (v. fs. 1992). También emana de lo obrado en sede penal que con fecha 11-8-2009 el Dr. R. prestó declaración ante la Fiscalía interviniente en los términos del art. 308 del C.P.P. (v. fs. 2333/2336), y que con fecha 22-1-2010 la Agente Fiscal formuló la requisitoria de citación a juicio de ambos imputados (v. fs. 2401/2412), petición que fue receptada por el Sr. Juez de Garantías por resolución de fecha 15-4-2010 (v. fs. 2464/2473). Recién con fecha 3-6-2010 (más de dos años después de iniciado este proceso) la Sala 1 de la Cámara de Apelación y Garantías decidió revocar aquella decisión, sobreseyendo al Dr. R. por el delito de lesiones graves culposas (v. fs. 2550/2567).

Lo reseñado deja en evidencia que al momento de promover la demanda, la víctima no contaba con elementos suficientes que le permitieran individualizar "a priori" al responsable del daño o establecer eventuales corresponsabilidades entre los distintos partícipes del hecho (médico, enfermera y centro asistencial), resultando legítimo el ejercicio de la acción resarcitoria contra todos los implicados en el evento dañoso.

Es criterio jurisprudencial que "En casos de pleitos por daños y perjuicios causados en hechos

ilícitos con pluralidad de demandados, la víctima no debe soportar las costas del rechazo de la demanda respecto de uno o algunos de ellos, pues ella no está obligada a efectuar el análisis del acontecer dañoso a los fines de determinar quién fuera el responsable del mismo, pudiendo plantear su pretensión contra uno o todos los implicados. En tales circunstancias, es justo que si en definitiva la acción resarcitoria progresa contra uno de ellos no se condene en costas a la actora respecto de la parte que frente a esa situación, luego de esclarecidos los hechos, fuera absuelta, debiéndose ejercitar la facultad que prevé el 2do. apartado del artículo 68 del Código Procesal, declarándose la eximida de las mismas, las que deben ser soportadas en su totalidad por el responsable del hecho dañoso" (cfr. C.C.2da.LP, sala 1, Expte. 95.321 "Caliba, Marcelo Javier c/ Lagues, Oscar Felipe y otros s/ Daños y perjuicios", S. 30-10-2001 RSD-279-1, elDial W151FB; en el mismo sentido CCSM sala 2, Expte. 49.450 "Alonso, Karina y otro c/ Pérez, Guillermo y otros s/ Daños y perjuicios", S.21-6-2001 RSD 231-1, elDial W15741).

Por los fundamentos expuestos el recurso merece prosperar parcialmente en lo que respecta al último agravio, eximiéndose a la parte actora de las costas irrogadas en la instancia de origen por la acción incoada contra el codemandado L. H. R., las que deberán ser soportadas por los demandados vencidos (art. 68 2do. párr. del C.P.C.).

3. El quantum del resarcimiento.

Teniendo en consideración que todos los rubros resarcitorios han sido objeto de impugnación por los apelantes, para un mejor orden expositivo me ocuparé de sus agravios en forma conjunta, siguiendo -en líneas generales- la metodología adoptada en el fallo.

3.1. Lucro cesante- pérdida de chance- daño físico/ incapacidad sobreviniente:

3.1.1. Es sabido que la aptitud laboral es un atributo de la persona cuya disminución constituye, de por sí, un detrimento susceptible de apreciación económica aún cuando no se haya traducido en un perjuicio concreto y actual relacionado con los ingresos provenientes de su trabajo. Más aún cuando la incapacidad derive de secuelas en el cuerpo o en la psiquis de la víctima, que afectan tanto la faz laboral como otros ámbitos de su vida de relación (Cfr. TSJ de Córdoba, Expte. B 38-05 S. 6-12-07 "Bustos Moyano, Juan Martín s/ lesiones culposas- Recurso de Casación"; esta Sala, expte. 145.107 "Borrell, Jorge c/ Mendive, José L. s/ Daños y perj.", S. 29-4-2010 Reg. 101-S, entre otros).

Existe consenso doctrinario y jurisprudencial en el sentido que la integridad física es un bien cuyo desmedro da derecho a indemnización; la afectación física y psíquica a consecuencia de un accidente no se mide sólo en relación a las posibilidades para realizar determinado trabajo sino por las aptitudes genéricas del damnificado; y no se limita a la capacidad para trabajar, ya que se extiende a todas las consecuencias que afectan su personalidad y su vida de relación en cualquier aspecto. Lo que se trata de indemnizar en estos casos no es otra cosa que el daño que se traduce en una disminución de la capacidad en sentido amplio, que comprende -además de la aptitud laboral- la relacionada con la actividad social, cultural, deportiva, etc. (CC2a.LP, sala 1, expte 102.338 RSD 126-6 S. 31-5-2006; CC1a.LP, sala 3, expte. 219.480 RSD 301-94 S. 17-11-1994; esta Sala, expte. 158.245 "Espinoza, P. y otros c/ Fernández Lugea Carlos s/ daños y perj." S. 24-4-2015 Reg. 82-S, entre muchos otros)

De allí que cuando se resarce la incapacidad, se debe computar la incidencia de todos los menoscabos sufridos por la víctima en su integral existencia (arts. 1069 y 1083 del C. Civil cfr.

ley 340 y sus modif.; arts. 1738, 1740 y ccdds. Nuevo Cgo. Civil y Com.).

En este punto, es menester precisar algunos conceptos: a) El reclamo por incapacidad (o daño físico) apunta a la reparación de una lesión a la integridad corporal que proyecta sus secuelas sobre todas las esferas de la personalidad de la víctima -incluyendo la laboral-, constituyendo un quebranto patrimonial indirecto derivado de las limitaciones físicas y/o psíquicas que son secuelas del accidente (arts. 1068, 1069 y 1086 del C. Civil; CC2a. LP, Sala 1, expte. B 82.265 RSD-5-96 S 13-2-1996; esta Sala, exptes. 150.448 S. 22-5-2012 Reg. 130-S, 151.505 S. 29-11-2012 Reg. 327-S, entre otros). Por ello -como hemos puesto de resalto en anteriores oportunidades-, el daño resarcible no consiste en la lesión misma sino en sus efectos, ya que a los fines de reparar los daños a la integridad física lo que interesa es la concreta proyección de las secuelas del infortunio en la existencia dinámica del damnificado (esta Sala, Exptes. 135.718 S. 29-4-08 Reg. 138-S, 136.669 S.22-12-08 Reg.663-S, entre otros).

También hemos dicho que la referida evaluación debe realizarse en concreto, ponderando de qué manera -en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar- dicha minoración genérica repercute en la víctima, atendiendo a sus condiciones personales, aptitudes laborales o profesionales y a la actividad que ordinariamente desplegaba. La atención a esos aspectos es lo que diferencia a la incapacidad específica de la incapacidad en abstracto (ver PIZARRO-VALLESPINOS, Obligaciones, Tomo 4, Hammurabi, 2008, pág.300; esta sala, expte. 146.218 S. 25-2-2011 Reg. 5-S).

b) La pretensión por lucro cesante, en cambio, encuentra su fundamento en las ganancias concretas y efectivas que el damnificado se vio privado de obtener durante el lapso que duró su convalecencia o su imposibilidad de trabajar (arts. 1068, 1069 y 1086 del C. Civil cfr. ley 340; CC2a. LP, Sala 1, expte. B 82.265 RSD-5-96 S 13-2-1996, entre otros). Por consiguiente, a efectos de indemnizar ese rubro se requiere aportar prueba concreta del desmedro en los ingresos del damnificado, acreditando no sólo el lapso en que se vio impedido físicamente de trabajar sino también la realización de actividades rentadas con anterioridad al siniestro, pues de otro modo sólo podría hablarse de un perjuicio conjetural (cfr. CC1a.LP sala 3, expte. 219.480 RSD-301-94 S. 17-11-1994; CC2a.LP, sala 2, expte. 99.039 RSD-254-3 S.16-10-2003, entre otros).

c) Por último, cuando la afectación a la integridad psicofísica de la víctima perjudica sus oportunidades de mejorar su nivel de rendimiento o progreso económico o su realización integral, se configura la denominada "pérdida de chance".

Es doctrina del Máximo Tribunal Provincial que el resarcimiento por "pérdida de chance" comprende aquellas situaciones en las que el comportamiento antijurídico ha interferido en el curso normal de los acontecimientos de un modo tal, que no puede saberse si el afectado habría o no obtenido cierta ventaja o evitado cierta pérdida, generándose de tal modo la incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido efectivamente; en dicha medida, se ha cercenado una expectativa, la probabilidad de una ventaja (Cfr. SCBA, Ac. 91.262 S. 23-5-2007, C 101.593 S. 14-4-2010, entre otros).

También ha dicho el cintero Tribunal que uno de los requisitos del daño resarcible radica en que sea cierto, no meramente hipotético o conjetural, es decir que debe darse certidumbre en cuanto a su existencia ya sea presente o futura. A contrario, el daño es incierto y por ello no resarcible, cuando no se tiene ninguna seguridad de que vaya a existir, porque el simple peligro o la sola amenaza de un daño no basta (Cfr. SCBA, Ac. 33.797 S. 18-6-85; AyS 1985-II-120;

Ac. 46.097, S. 17-3-92; Ac. 78.851, S. 20-4-05; C. 89.068, S. 18-7-07). La "chance" misma es sólo una probabilidad, pero para que su frustración sea indemnizable, tal probabilidad debe ser cierta e inequívoca (Cfr. SCBA C 101.593 S. 14-4-2010, "Díaz, Claudia y otros c/ Massalin Particulares S.A.s/ Daños y perjuicios").

Siguiendo esta postura, hemos señalado en anteriores pronunciamientos de este Tribunal que resulta indemnizable a título de "pérdida de chance", el cercenamiento de la razonable probabilidad de obtener futuros beneficios económicos, probabilidad que no debe ser meramente conjetural o hipotética sino que se establece sobre la base de lo que de ordinario sucede (v. esta Sala, exptes. 134.149 S. 3-7-08 Reg. 350-S; 136.826 S. 24-2-09 Reg. 50-S; 146.218 S. 25-2-2011 Reg. 5-S, entre otros).

3.1.2. Precisados estos conceptos, teniendo en consideración que a la época del hecho dañoso el joven N. no desempeñaba una actividad rentada, y que la pérdida o disminución de futuros ingresos derivada de las secuelas incapacitantes de carácter permanente sufridas integra el rubro "daño físico", concluyo que la pretensión por "lucro cesante" ha sido correctamente desestimada por el juez a quo, debiendo rechazarse los agravios de la parte actora a este respecto.

En apoyo de lo expresado, se ha resuelto que "la incapacidad permanente (sea para las actividades laborales o de otra índole; [...]) debe ser resarcida aunque la víctima no haya dejado de 'ganar', pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable. El lucro cesante, en cambio, conjuga las pérdidas experimentadas durante el tiempo de inactividad o disminución de la actividad laboral, es decir, que responde a la incapacidad -total o parcial- pero transitoria. Por eso, si la incapacidad es permanente, debe fijarse una suma única que comprenda todos los daños, y es improcedente fijar otra suma por los salarios perdidos; es decir, el resarcimiento de esa clase de incapacidad absorbe el lucro cesante" (Kemelmajer de Carlucci, Aída en: Belluscio, Augusto C. (director), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo 5, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 218...." (v. Cám. Nac. Cont. Admin. Federal, Sala V, "O., J.N. y otro c/ EN - Mº Salud de la Nación y otros s/ daños y perjuicios" S.1-7-2014, eDial.com - AA89E1).

3.1.3. Las consideraciones precedentemente formuladas tornan innecesario abundar en fundamentos en torno a la procedencia del resarcimiento por incapacidad/daño físico, que ha sido motivo de agravio por los demandados y la citada en garantía.

En efecto, las conclusiones de los dictámenes periciales citados en el fallo, la historia clínica acompañada y demás constancias probatorias aportadas demuestran acabadamente las gravísimas secuelas incapacitantes que padece la víctima en virtud de la amputación sufrida (v. fs. 1172/1174, 1212/1213, 1233/1236, 1385/ 1397), que no sólo proyectan sus efectos en la faz laboral sino en todos los aspectos de su vida cotidiana y de relación, independientemente de que el miembro amputado constituyera -o no- el llamado "dominante".

Al respecto, acuerdan los peritos de distintas especialidades que la amputación del miembro superior derecho le ha ocasionado al joven N. una incapacidad laboral permanente superior al 60% (el perito Dr. Racca la mensura en el orden del 71%); que requiere la asistencia de otra persona para realizar múltiples actividades de la vida diaria (extremo puesto de relevancia por la propia víctima en las audiencias celebradas ante este Tribunal con fechas 15 de marzo y 23 de junio del corriente -v. fs. 3377 y 3427/28), y que tales circunstancias han impactado fuertemente en su psiquis generando un cuadro grave de angustia con dificultades de

adaptación social.

En lo que hace a la cuantificación del rubro, el a quo no ha incurrido en modo alguno en incongruencia -como alegan los demandados- por dos razones. En primer lugar, es sabido que indicar una cifra en el escrito de demanda (carga procesal de obligatorio cumplimiento para el accionante -art. 330 del CPC-) no impide al juez fijar un resarcimiento superior, cuando el actor expresamente consignó que el reclamo quedaba sujeto a lo que en mas o en menos surgiera de la prueba (v. fs. 164 vta. ap.II), expresión que pone en evidencia que el monto indicado es una justipreciación provisoria al solo efecto de cumplimentar aquel requisito procesal (cfr. CSJN, Fallos: 268:463, 272:37, 291:88; Cám. Apel. Civ. y Com. Fed., Causa N° 1434/92 S. 18-11-97, elDial.com AFAED; Cám. Apel. Civ. y Com. 1ª. Nominación de Córdoba, exptes. N° 809780/36 y 1152905/36, S. 12-8-2014, elDial.com AA895E, entre muchos otros).

En segundo lugar, surge claramente de los considerandos del fallo que el rechazo del "lucro cesante" se fundó -justamente- en la necesidad de evitar un doble resarcimiento del daño patrimonial por incapacidad laborativa de la víctima; en otras palabras, se trató de establecer una única indemnización que compensara el quebranto patrimonial derivado de las todas las limitaciones físicas y psíquicas que son secuelas del hecho dañoso (arts. 1069, 1086 y ccdds. del C. Civil cfr. ley 340 y sus modif.).

De allí se deduce que el importe fijado en el fallo -lejos de exceder la suma solicitada- es sensiblemente inferior al monto pretendido en el escrito promocional (v. fs. 171 ap. IV); paralelamente, valoro que dicha cifra -a tenor del material probatorio aportado a la causa- es justa y razonable, y merece ser confirmada.

3.1.4. Finalizando el presente apartado, me referiré al rubro "pérdida de chance" cuya procedencia ha sido impugnada por los demandados y la citada en garantía.

Atendiendo a lo peticionado en la demanda y los fundamentos vertidos por el a quo en el ap. III b) de los considerandos, advierto que la indemnización fijada apunta a resarcir el llamado "daño al proyecto de vida", concepto que ha merecido recepción jurisprudencial con basamento en diversas elaboraciones doctrinarias y en particular, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo vs. Perú" (CIDH S.27-11-1998).

En dicho precedente el cuerpo judicial americano reconoció que este rubro focaliza un concepto distinto del "daño emergente" y el "lucro cesante", pues el primero refiere a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, el segundo comprende la pérdida de futuros ingresos, mientras que en el proyecto de vida se engloba lo relativo a "la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas". De este modo, el proyecto de vida se asocia fundamentalmente al concepto de realización personal, a aquellas opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y que representan un alto valor existencial, por lo que su cancelación o quebranto "imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito" (v. de mi autoría, "Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos", LEP 2009, pág. 406 y ss.).

Se trata, por cierto, de una "pérdida de chance" en la medida que contempla una situación eventual o probable dentro del natural y previsible accionar del sujeto, sorpresivamente abortado y contrariado por hechos que vulneran sus derechos y libertades fundamentales, y se traduce -como en el sub judice- en el grave deterioro de las oportunidades de desarrollo personal, de modo irreversible o de muy difícil reparación (op. cit. pág. 407; en sentido similar, C.N.Trab. Sala VIII, "Escobar José L. c/ El Nuevo Halcon S.A. s/ Accidente Acción Civil", S. 9-2-2009, elDial.com-AA511F; C.N.Civil, Sala M, expte. M505598 S. 20-8-2009, elDial.com-AE246A, entre otros).

Comparto la apreciación del juez de primer grado en el sentido que el amplio material probatorio reunido demuestra, con suficiente grado de certeza, que el proyecto de vida que libremente pudo haber escogido el joven N.al llegar a la edad adulta ha quedado injustamente truncado en una temprana etapa de su existencia como consecuencia de la severa amputación sufrida, que constituye -sin lugar a dudas- un obstáculo de muy difícil superación (tanto desde el punto de vista de la incapacidad física como de sus secuelas psíquicas) para el alcance de las metas de realización personal a las que la víctima pudo legítimamente aspirar.

Por los fundamentos expuestos, y entendiendo que la suma fijada por el a quo es prudente y se corresponde razonablemente con la entidad del perjuicio sufrido, los agravios en tratamiento no merecen progresar.

3.2. Daño estético.

En anteriores oportunidades hemos expresado nuestra opinión en contra de la multiplicación o descomposición de items o conceptos resarcitorios que derivan en la eventual duplicidad de réditos, postura predominante en la jurisprudencia y acogida por este Tribunal en diversos precedentes (v. esta sala, exptes. 133.908 S. 14-9-06 Reg. 250-S; 133.830 S. 30-11-06 Reg. 340-S; 126.644 S. 21-6-07 Reg. 168-S; 132.817 S. 18-3-08 Reg. 62-S; 136.669 S. 22-12-08 Reg. 663-S; 146.303 S. 31-3-2011 Reg. 25-S, entre otros).

Reiteradamente ha dicho el Máximo Tribunal Provincial que "Si bien en el plano de las ideas no se puede dudar de la autonomía conceptual que poseen las lesiones (...) a la integridad del aspecto o identidad corpórea del sujeto (el denominado daño estético), cabe desechar en principio y por inconveniente que a los fines indemnizatorios estos daños constituyan un tertium genus que deba resarcirse en forma autónoma, particularizada e independiente del daño patrimonial y del daño moral" (v. SCBA. Ac. 77.461 S. 13-11-02, Ac. 81.161 S. 23-6-04, Ac. 78.851 S. 20-4-05, Ac. 90.471 S. 24-5-06, Ac. C108.063 S.9-5-2012, entre otros).

Como excepción a dicho principio general, se contemplan aquellas hipótesis en que la lesión estética puede repararse mediante cirugía, en cuyo caso las erogaciones necesarias a ese efecto configuran el específico daño patrimonial resarcible por esta vía.

No siendo este el caso en estudio, y teniendo en cuenta que los perjuicios derivados de la amputación sufrida por el actor han sido valorados tanto desde el punto de vista de sus proyecciones patrimoniales (daño físico/incapacidad) como extrapatrimoniales (daño moral), coincido con el juez de la anterior instancia en el sentido que el concepto en análisis carece de autonomía a los fines resarcitorios (en sentido similar CNAp. Cont. Admin. Federal Sala III, "I.M.A. c/ Edesur SA y otros s/daños y perjuicios" S. 27-8-2015, elDial.com-AA91F6; CNTrab. - Sala V, "Basualdo, Carlos c/ Provincia ART SA y s/ accidente acción civil", S. 28-3-06, elDial.com-AL2969; CNCiv. Sala E, "L. L. D. c/ Obera Soc. del Pers. De Seg. Com. Ind. e

Investigaciones Privadas y Otros s/ Daños y Perjuicios", S. 8-5-2012, eDial.com-AA7746, entre otros).

Por dichos fundamentos, los agravios de la parte actora no merecen acogida.

3.3. Daño moral.

Es materia recibida que el daño moral tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más sagrados afectos (cfr. S.C.B.A., Ac. 2078 del 20-5-97 y sus citas; Ac. 35579; Ac. 46353 y Ac. 52258).

Este daño es el que hiere o menoscaba los sentimientos, la integridad física o moral, las afecciones legítimas de una persona, en suma, los llamados bienes ideales (Cfr. Cazeaux-Trigo Represas; "Compendio de Obligaciones", To. 1, p.191).

Desde esta óptica, encontrándose demostrado que la víctima sufrió una gravísima lesión física (la amputación del miembro superior derecho) con severas secuelas incapacitantes, la procedencia del rubro resulta indiscutible (cfr. art. 1078 y cccts. del C. Civil vigente a la fecha del fallo, art. 1741 nuevo C. Civil; SCBA, Ac. L 43.813 S. 6-3-1990, AyS 1990-I-33; Ac. 57.435 S. 8-7-1997, AyS 1997-III-484; Ac. C 95.646 S. 7-5-2008, entre muchos otros).

En lo que hace a su cuantificación, me remito aquí brevemente a los fundamentos oportunamente desarrollados en el apartado 3.1.3. en lo relativo a la potestad judicial de fijar una suma resarcitoria superior a la justipreciación provisoria efectuada en el escrito de demanda (art. 34 inc. 5 b) y cccts. C.P.C.). Partiendo de los conceptos antes expuestos y teniendo en consideración la edad y demás condiciones personales de la víctima a la fecha del hecho, sus particulares circunstancias de producción, los tratamientos recibidos, la magnitud de la amputación sufrida así como sus gravísimas secuelas incapacitantes físicas y psíquicas (incluyendo el daño estético), entiendo que el monto indemnizatorio es prudente y razonable y debe ser confirmado, rechazándose los agravios de los demandados y la citada en garantía.

3.4. Daño psicológico.

Como puntualiza el juez de primer grado, es criterio jurisprudencial que el daño psicológico deviene resarcible -con independencia del daño moral- cuando se constata una afectación en la salud psíquica del damnificado, en cuyo caso el demandado debe asumir los gastos de su curación (Cfr. CC 1a.LP, sala 2, Expte. 235.776 RSD 131-00 S. 5-9-00; C.N.Civ.y Com.Fed., causa N° 3815/91 S. 6-9-00, eDial AF263E; CNCiv. Sala M, S. 19-3-96 eDial AEC14; C.Civ. Circ.1 Mendoza, Expte. 24007 S. 22-10-98, eDial MC265C; esta Sala, expte. 146.218 S. 25-2-2011 Reg.5-S, entre otros).

Conforme la doctrina de la Suprema Corte Provincial, "No genera doble indemnización la reconocida por el daño psicológico y el tratamiento terapéutico posterior porque en materia de hechos ilícitos corresponde la reparación integral del perjuicio sufrido por la víctima y, dentro de tal orden de ideas, los desembolsos necesarios para la rehabilitación terapéutica de los actores resultan consecuencias del hecho dañoso y son imputables al responsable del mismo a tenor de lo dispuesto por el art. 901 y siguientes del Código Civil" (v. SCBA Ac. C 92.681 "Vidal, Sebastián Uriel c/Schlak, Osvaldo Reinaldo y otros s/Daños y perjuicios", S. 14-9-2011;

Ac. 69.476 "Cordero, Ramón Reinaldo y otra c/Clifer s/Daños y perjuicios", S. 9-5-2001, entre otros).

Ahora bien, en lo que respecta al quantum de la indemnización, la atenta lectura del dictamen pericial revela que transcurridos más de cinco años del hecho motivo de autos y pese a las terapias realizadas y la contención familiar recibida, al momento de la pericia el joven N. aún sufría severas secuelas psicológicas presentando perturbaciones en su capacidad simbólica y de aprendizaje creativo, conflictos afectivos, aislamiento social y un cuadro de marcada agitación, irritación y grave angustia que imponían la necesidad de dar continuidad al tratamiento para mejorar su estado emocional (v. fs. 1233/1236).

Por otra parte, si bien la perito interviniente aconsejó -como primera aproximación- una terapia mínima de doce meses, también contempló su posible extensión en el tiempo con intervalos "respondiendo a la necesidad y demanda del joven en la medida que transite distintas etapas en su vida" (v. fs.1236 punto 8). Ello se corresponde con la magnitud del daño psíquico sufrido, y constituye un extremo de obligada consideración a la hora de cuantificar un resarcimiento que brinde al damnificado adecuado acceso a la terapia psicológica necesaria para garantizarle la mejor calidad de vida posible, con su debida continuidad y sostenimiento a lo largo del tiempo.

Por lo expresado entiendo que el importe fijado en el fallo deviene insuficiente y juzgo prudente su elevación a la suma de PESOS CUATROCIENTOS MIL (\$ 400.000), receptando con dicho alcance los agravios de la parte actora y desestimando los de su contraria (art. 165 último párr. del C.P.C.; art. 1083 y ccdds. del C. Civil cfr. ley 340 y sus modif.).

3.5. Gastos médicos. Gastos por traslados. Daño futuro.

Los rubros indicados en primer término han sido objeto de agravio por ambas partes: los demandados y la citada en garantía impugnan su procedencia, mientras que el accionante juzga insuficientes los montos fijados por el a quo. El rechazo del daño futuro es cuestionado por la parte actora.

Reiteradamente ha resuelto este Tribunal que tanto los gastos de farmacia como las erogaciones derivadas de los traslados que ha debido procurarse la víctima, se hallan comprendidos entre aquellos gastos orientados al restablecimiento de la integridad psicofísica del damnificado cuya resarcibilidad expresamente consagra el art. 1086 del Código Civil, no siendo necesaria la prueba acabada de su existencia, cuando su evidencia emana de la naturaleza de las lesiones sufridas o de informes de historias clínicas emitidas por establecimientos hospitalarios y asistenciales (Cfr. esta Sala, Exptes. 114.019 RSD-42-1 S. 27-2-2001, 134.149 RSD 350 S. 3-7-08, 143.597 RSD 159 S.10-6-10, entre otros).

Este criterio (de amplia recepción jurisprudencial) establece una presunción en favor de la víctima que, por haber sufrido lesiones, necesariamente ha debido adquirir medicamentos y recurrir al uso de medios de transporte públicos o privados tanto para recibir atención médica como para realizar otras actividades, solventado erogaciones que usualmente no se documentan, quedando librado en tal caso la determinación del quantum del resarcimiento al prudente arbitrio judicial según faculta el art. 165 "in fine" del ordenamiento procesal (Cfr. C1a.Ap.SI, Causa N° 92.444, 03/07/02, elDial - AI162; CNCIV Sala D, S. 5-9-1997, elDial AE268; C.N.Fed. Civ. y Com., Sala 1, S. 31/5/90, J.A. 1991-IV; C.8va.Ap. Civ. y Com. Córdoba, Exp. N°1039843/36 S. 02/02/2007, elDial AA3D57).

En lo que hace a los gastos médicos en particular, la circunstancia de contar con una cobertura de obra social a la época del siniestro (argumento que esgrimen los accionados alegando la improcedencia del rubro) no excluye la viabilidad de la pretensión, en la medida que no han acreditado que las erogaciones realizadas por este concepto fueron íntegramente cubiertas por la obra social en cuestión. En tal sentido debe tenerse presente que "quien resulte jurídicamente responsable debe indemnizar, en principio, la totalidad del daño causado por el acto ilícito, con las limitaciones legales que circunscriben la responsabilidad al daño previsto o previsible y a la situación pecuniaria de los interesados (C.C., 907 y 1069), sin que esto implique un enriquecimiento sin causa (...) Los gastos terapéuticos, -que en el caso fueron demandados como médicos y asistenciales-, son resarcibles en razón del artículo 1086 del Código Civil, pues son destinados a devolver a la víctima su integridad psicofísica, menoscabada a raíz del hecho ilícito. En cuanto tales, con acierto se ha enseñado que debe reconocerse la facultad de lograr cuanto sea preciso para recuperar la salud o la incolumidad dañada, atendiendo a tres aspectos: su finalidad (terapéutica), la razonabilidad de las erogaciones que importen (evitando abusos o excesos) y la vinculación causal con el hecho..." (v. STJ Córdoba, Sala Penal, "Morata, Franco s/ Lesiones culposas agravadas-Recurso de casación" S. 13-9-2012 elDial.com - AA7A28).

Paralelamente, es criterio jurisprudencial que independientemente de poseer cobertura médica de obra social o de medicina prepaga, el damnificado tiene el derecho de hacerse atender por los facultativos de su confianza, decisión que no puede ser objetada por el responsable del daño, quien no está autorizado a imponer -tratándose de nada menos que la salud- la vía menos onerosa (conf. CNCiv. y Com. Federal, Sala III, causas 10.451/00 del 17-6-03; 9848/00 del 20-09-07; Sala I, causas 11208/94 del 9-2-99, 3257/98 del 27-03-01; Sala II, causa 3815/91 del 6-09-00, citadas en causa 807/05 "C. S. c/ Alas Argentinas SRL s/ daños y perjuicios" S. 10-8-2010, elDial.com- AA649E).

Por los fundamentos expuestos, los agravios de los accionados no merecen acogida.

En lo que hace al quantum del resarcimiento y de acuerdo con la pretensión enarbolada en el escrito inicial, advierto que el actor no sólo reclamó el costo de las erogaciones ya realizadas sino también los gastos médicos y tratamientos futuros (v. fs. 172/vta.).

Sobre este punto se ha dicho que "no procede condenar a resarcir un daño inexistente ni meramente posible, aunque tampoco sea exigible una seguridad completa sobre su producción. Lo primero entronizaría un enriquecimiento sin causa; lo segundo dejaría sin tutela indemnizatoria perjuicios suficientemente ciertos dentro de una orientación de probabilidad y verosimilitud (...) Adquirirán vital importancia las presunciones hominis de daño. Éstas, como válido medio probatorio, permiten proyectar el daño desde ciertos datos objetivos, de modo tal que acreditándose la situación lesiva que constituye la causa, el actor queda liberado de probar precisamente el daño..." (v. STJ Córdoba, causa cit.).

Surge de las pericias médicas producidas (v. fs.1212/1213, 1238/1239) y -particularmente- del dictamen de la perito terapeuta ocupacional Mirta H. Lemble que, para adaptar su cuerpo al uso de prótesis, el joven N. deberá realizar un plan de actividades con regularidad a cargo de profesionales especializados en rehabilitación, a lo largo de su vida. Subraya la experta: "recordando que tiene y tendrá una discapacidad motora parcial y permanente, dicho programa deberá considerar fundamentalmente el esquema corporal y además su imagen corporal y los cambios morfológicos que atravesará la persona -talla, peso. Se enfrentará con dificultades

físicas y psicológicas sociales durante el resto de su vida (...) La rehabilitación de un amputado implica esfuerzos estrictamente integrados por parte del paciente y su familia, personal especializado y los servicios de la comunidad, el servicio de adaptación del miembro artificial..." (v. fs. 1172/1174).

Por todo lo expresado, encontrándose debidamente acreditado que la magnitud de la amputación sufrida y sus secuelas incapacitantes obligarán al damnificado a concurrir periódicamente a controles médicos y terapias de rehabilitación y adaptación al uso de prótesis durante toda su vida, entiendo que el resarcimiento debe ser reformulado a fin de garantizar que la víctima cuente con los medios necesarios para solventar esas futuras erogaciones.

En consecuencia, considero prudente y razonable confirmar los montos fijados en concepto de gastos médicos y traslados ya realizados, adicionando la suma de PESOS CIENTO DIEZ MIL (\$ 110.000) para GASTOS ASISTENCIALES FUTUROS y receptando -con dicho alcance- los agravios de la parte actora (art. 1083 del C. civil cfr. ley 340 y sus modif.; arts. 165 último párr., 375, 384 y ccchts. del C.P.C.).

3.6. Gastos por compra y mantenimiento de prótesis.

Los recurrentes alegan incongruencia entre lo peticionado en la demanda y lo decidido en el fallo. Los demandados argumentan, además, que la obligación primaria de provisión de la prótesis y sus reemplazos se encuentra a cargo de la obra social del actor (IOMA), y sólo sería exigible a su parte (a título supletorio) en el supuesto que dicha entidad no cumpliera con la cobertura a su cargo.

En lo que hace a esta última cuestión, no asiste razón a los apelantes. Como ya señalé refiriéndome al rubro "gastos médicos", la obligación de resarcir el daño recae primigeniamente sobre quien resulta civilmente responsable por el perjuicio causado (arts. 1068, 1069, 1083 y ccchts. del C. Civil cfr. ley 340 y sus modif.), pudiendo eximirse de dicha carga únicamente en cuanto a aquellas prestaciones asistenciales que hubieran sido íntegramente solventadas por la obra social del damnificado. Ampliando este concepto, se ha resuelto que los gastos médicos oportunamente cubiertos por la obra social no integran el daño indemnizable, pues ello propiciaría un enriquecimiento sin causa del reclamante, a diferencia de los gastos futuros: "...en los futuros (...) el daño no fue compensado, y entonces el actor civil tiene el derecho a reclamarlos a quien se encuentre obligado al pago, correspondiendo en todo caso a los demandados probar que esas erogaciones no se producirían porque las afrontaría la obra social del familiar a cuyo cargo se encuentra la víctima..." (v. STJ Córdoba, causa cit.).

Sobre este punto en particular, surge del dictamen pericial médico de fs. 1212 vta., resumen de historia clínica de fs. 1959 y lo manifestado por el joven N. -a requerimiento de este Tribunal- en la audiencia celebrada con fecha 23 de junio del corriente (v. fs. 3427/3428), que en el año 2008 comenzó un proceso de rehabilitación y kinesiología del muñón para adaptarlo al uso de una prótesis mioeléctrica marca Ottobock que le proveyó la obra social IOMA y utilizó hasta abril de 2011, momento en que se tornó necesario reemplazarla por una nueva en razón del deterioro sufrido por desgaste natural de sus componentes. En la indicada audiencia también puso de manifiesto que el reemplazo nunca se concretó, de modo que el damnificado -al presente- carece de la prótesis solicitada en el escrito promocional, no habiendo aportado la contraria prueba alguna que desvirtúe tales extremos.

Concluyendo lo hasta aquí expuesto, no existe fundamento jurídico que autorice a los

accionados -en el caso particular en estudio- a trasladar su responsabilidad resarcitoria a la obra social de la víctima, tercero ajeno al proceso y carente de toda vinculación causal con el hecho generador del daño (arg. art. 1109 y ccdts. del C. Civil cfr. ley 340 y sus modif.).

Despejada esta cuestión, me referiré a la supuesta incongruencia que ambas partes adjudican a la solución adoptada por el sentenciador, adelantando desde ya mi opinión en el sentido que el agravio -con la salvedad que expondré más adelante- es improcedente.

He señalado en reiteradas oportunidades que la procesalística española define la congruencia como "la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto" (Guasp, Jaime, "Derecho Procesal Civil", t. I, pág. 555, Ed. Institutos de Estudios Políticos, Madrid, 1956); y también como la adecuación entre las pretensiones -en sentido amplio- de las partes, formuladas oportunamente, y la parte dispositiva de la resolución final (Serra Domínguez, Manuel, "Estudios de Derecho Procesal", Ed. Ariel, p. 395). En esa misma línea Montero Aroca describe a este principio como "la correlación que debe existir entre la pretensión procesal, otras peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisoria o resolutoria que se realiza en la sentencia" (Montero Aroca J. y otros "Derecho Jurisdiccional, II, Proceso Civil", pág. 282, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998).

De acuerdo con lo expresado en el escrito de demanda, bajo el acápite "gastos de prótesis" la parte actora formuló su pretensión en los siguientes términos: "Tomando como base la edad de P.y que las prótesis tienen una duración útil de cinco años, todo ello conforme surge de los presupuestos y demás documental acompañada, y con las demás pruebas a rendirse, con una expectativa de vida de 85 años, son 14 prótesis por \$ 86.200, lo que luce un total por este concepto de pesos un millón doscientos seis mil ochocientos (\$ 1.206.800)" (v. fs. 172). En otras palabras, se petitionó la suma de dinero estimada como necesaria para la adquisición de una prótesis de las características descritas en el escrito inicial, con más sus respectivos costos de mantenimiento y sus reemplazos en la medida en que se agotara la vida útil de dicho elemento (calculada en cinco años).

No advierto incongruencia entre lo pretendido y lo decidido por el juez de primer grado, quien además -acertadamente- hizo hincapié en la fluctuación de los costos de adquisición del producto (que actualmente sólo se fabrica en el exterior), tanto como resultado de la incidencia del proceso inflacionario que sufre nuestro país, como por el previsible avance científico que se producirá en esa materia a lo largo del tiempo y que -probablemente- haga aconsejable a futuro la sustitución de la prótesis descrita por otra de mejor desempeño.

No obstante, tampoco debe perderse de vista que el rubro en estudio involucra dos aspectos: un perjuicio patrimonial actual, consistente en el costo de adquisición de la prótesis necesaria para suplir -hasta donde resulte técnicamente posible- la funcionalidad del miembro amputado, y un daño futuro, representado por su valor de reposición por agotamiento de su vida útil a lo largo de toda la existencia de la víctima, más sus respectivos gastos de mantenimiento anual.

Desde esta óptica considero que los agravios de la parte actora son parcialmente atendibles, pues el monto de condena debe computar el perjuicio patrimonial actual representado por el costo de adquisición de la prótesis requerida por el damnificado, cuyo importe -de acuerdo con los informes glosados a fs.3391/3393 y 3397- asciende a la suma promedio de PESOS UN MILLON SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL (\$ 1.655.000).

En cambio, no es posible cuantificar en esta instancia el daño futuro constituído por los costos de mantenimiento periódico y renovación de dicha prótesis, por varias razones:

En lo que hace a los gastos de mantenimiento, si bien surge de las constancias de autos que el adecuado uso de la prótesis exige un servicio de revisión y mantenimiento anual (v. en particular resumen de historia clínica de fs. 1959 y explicaciones periciales brindadas en la audiencia de fs. 3427/3428), no se cuenta con elementos probatorios que permitan establecer el costo de dichas prestaciones, a cuyo fin deberá ineludiblemente acudir -en el momento oportuno- al procedimiento de ejecución de sentencia (arg. art. 511 última parte del C.P.C.).

Más difícil aún es tasar -con aceptable grado de razonabilidad para ambas partes- el daño futuro representado por los gastos de reposición de la prótesis, ya que no puede ignorarse aquí la incidencia de innumerables variables actualmente inciertas -tales como la evolución tecnológica, las variaciones monetarias, los cambios biológicos que experimentará el damnificado a lo largo de su vida, etc.- que (como destaca el juez de primer grado) tornan imposible en esta instancia traducir dichas prestaciones en una suma de dinero.

En lo que respecta a los inconvenientes que la solución propuesta en el fallo conllevaría para el damnificado -y sin dejar de advertir que las citadas objeciones de la accionante no constituyen técnicamente agravio (arg. art. 260 del C.P.C.)-, juzgo oportuno señalar que los referidos trastornos bien pueden salvarse escogiendo mecanismos adecuados para simplificar y agilizar el trámite respectivo por la vía incidental en la etapa de ejecución de sentencia, sin exponer a la víctima a procedimientos o dilaciones innecesarios (art. 34 inc.5 C.P.C.). Como contrapartida, la vía incidental brinda al damnificado la posibilidad de acceder a la prótesis más adecuada a sus necesidades según éstas varíen a lo largo de su vida, de acuerdo a lo que dictaminen los profesionales de la salud a cargo de su atención.

Por los fundamentos precedentemente expuestos, se rechazan los agravios de los demandados y se receptan -parcialmente- los de la parte actora, con el alcance indicado.

4. Intereses.

Los accionados se agravan, en último término, respecto de la tasa de interés fijada en el fallo, peticionando la aplicación de la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

Hace ya casi una década, la Sala Segunda de este Tribunal resolvió -por mayoría- en autos "Zibecchi, P. c/ Trama, Fabián y ot. s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 126.644, sent. del 21-06-07 Reg. 168-07) que en aquellos casos en los que no es aplicable una tasa legal o pactada, los intereses moratorios deben ser calculados, desde el 6 de enero de 2002 (fecha de promulgación de la ley 25.561), a la tasa activa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de préstamos personales.

Sostuve en el antecedente citado que la Suprema Corte Provincial, a partir del caso "Zgonc" - Ac. 43.448, del 21/05/1991-, sentó como doctrina judicial la aplicación de la tasa pasiva a todos los créditos pendientes de pago que han sido reconocidos judicialmente, trátese de responsabilidad contractual o aquiliana, cuando no median intereses convencionales ni legales, y que ese criterio había sido sostenido en los inicios del denominado plan de convertibilidad. Ese contexto económico -señalé- difería sustancialmente del que existía al momento de dictar la sentencia en la precitada causa "Zibecchi".

Expuse también en aquella oportunidad que los jueces deben dar solución -en los casos a resolver- en la medida que mejor satisfaga los intereses sociales de la época, por lo que -teniendo en consideración la notoria desarticulación normativa del sistema de convertibilidad a partir de la promulgación de la ley 25.561-, es imprescindible "mantener incólume la cuantía de la obligación, fijándose tasas de interés moratorio positivas (art. 622 del Código Civil) para evitar así que debido a la demora en el pago imputable al obligado, el acreedor reciba una cantidad nominal depreciada, en lugar de la justa indemnización que le corresponde para enjugar el daño padecido" (C.N.Civ., Sala "G", La Ley 06/03/2007). Todo ello para dar cumplimiento al principio de la reparación integral de la que nos informa el Código de Vélez en su artículo 1069 y con tutela constitucional.

Sin embargo, en octubre de 2009 la Corte con sede en La Plata -por mayoría- ratificó la vigencia del criterio sentado en el caso "Zgonc" sin perjuicio del abandono de la paridad cambiaria instituida por la ley 25.561, reafirmando la aplicación de la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires con posterioridad al 6 de enero de 2002 (SCBA, causa C. 101.744, en autos "Ponce, Manuel Lorenzo y ot. c/ Sangalli, Orlando Bautista y ot. s/ Daños y Perjuicios", sen. del 21-10-09; idéntica solución, aunque en materia laboral, fue adoptada en el acuerdo L. 94.446, in re "Ginossi, Juan Carlos contra Asociación Mutual U.T.A.Despido", de la misma fecha).

Si bien los decisorios de la Corte Provincial carecen de obligatoriedad para los jueces inferiores en la resolución de casos análogos (pues no existe normativa expresa de ningún rango que así lo imponga) el deber moral e institucional de seguir sus lineamientos interpretativos -sumado a razones de economía procesal- llevaron a este Tribunal a aplicar aquella doctrina en los casos que llegaron a su entendimiento (arts. 15 CPBA y 34 inc. 5 CPC; S.C.J.B.A., Ac. 77.132; Hitters Juan Carlos "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación", pág. 228, Editorial Librería Editora Platense S.R.L., 1994; Camps, Carlos E. "Jurisprudencia obligatoria y doctrina legal de la Corte bonaerense", JA 2004-II-1164). Ello, claro está, sin perjuicio de dejar a salvo mi opinión personal ya expresada en el precedente "Zibecchi".

La preocupación por la ínfima proporción en la que se termina indemnizando el daño moratorio sufrido por la víctima motivó que en las causas "Avila c/ Transportes 25 de Mayo s/ Daños y Perjuicios" (Sala II, causa 156.126, sentencia del 9/9/14, RSD 225-14), y "Rojas, Orocimbo c. Delio, Cristian y otro s. Daños y perjuicios" (Sala II, Expte. 155.954, del 04/09/2014; RSD, 223-944) adhiera a la opinión del Dr. Roberto J. Loustaunau mediante la cual se buscó una solución alternativa. En tales fallos, la opción escogida fue utilizar la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de plazo fijo "digital" a treinta días (es decir, aquellos cuyos fondos son captados a través del sistema Homebanking de la entidad, denominado comercialmente "Banca Internet Provincia" o "BIP"), y en su modalidad "tradicional" (esto es, sin posibilidad de cancelar anticipadamente).

La razón para la elección de esta tasa era relativamente sencilla: aceptando -por estrictas razones de casación de hecho- que el interés moratorio representa "la productividad que se ha frustrado a raíz de permanecer impago el capital adeudado" (SCBA, in re "Ponce.", voto del Dr. Genoud), o aun si se considera que tiende a "resarcir la renta de la que se vio privado el acreedor durante el lapso en que no pudo disponer de los fondos que se le adeudaban" (íd., voto del Dr. Soria), resulta prudente escoger, entre las diversas tasas pasivas disponibles en la banca pública bonaerense, aquella que represente el mejor rendimiento para el acreedor insatisfecho (pues es esa la conducta que razonablemente puede presumirse que hubiera observado la víctima de haber recibido el capital en tiempo y forma). En aquel entonces, y aun

hoy, el plazo fijo más rentable es el constituido por homebanking.

Esta tasa "BIP" tiene la virtud de garantizar el respeto a las tres pautas dadas por el Máximo Tribunal en su doctrina legal (SCBA, causas C. 43.858, "Zgonc...", 101.774 "Ponce..." y L. 94.446 "Ginossi...", et. al), en tanto: (a) se trata de una tasa pasiva, (b) corresponde a una operación de depósitos a treinta días y (c) se liquida sin incurrir en ninguna forma de capitalización. Tal es así que en autos "Zocaró, Tomás A. c. Provincia A.R.T., SA y otros s/daños y perjuicios" (RI. 118615 de fecha 11/03/2015, publicado LA LEY 07/05/2015, 7), la Suprema Corte consideró que aquella alícuota no era violatoria de su doctrina legal.

Ahora bien, el pasado 18 de mayo de 2016 la Suprema Corte resolvió -por mayoría- en autos "Ubertalli Carbonino, Silvia contra Municipalidad de Esteban Echeverría s/ Demanda contencioso administrativa" (causa B.62.488) que al crédito de la reclamante -sobre el cual tampoco había tasa legal o convencional aplicable- debían adicionársele intereses moratorios a calcular conforme "la tasa pasiva más alta más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a 30 días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso".

Poco menos de un mes después, el mismo Tribunal dictó sentencia en autos "Cabrera, P. David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios" (causa C. 119.176, del 15/06/2016), ratificando -ahora en un caso de derecho civil- lo afirmado en "Ubertalli" aunque agregando que los intereses debían liquidarse desde el día del hecho (fallo cit., voto de la Dra. Kogan, considerando V.b, último párrafo).

La Suprema Corte, por mayoría, hizo lugar parcialmente al recurso extraordinario y sostuvo que "la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial (art. 768, inc. "c", Cód. cit.), impone precisar el criterio que este Tribunal ha mantenido hasta ahora en carácter de doctrina legal, en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia. Por tal razón, considero que los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", C.C. y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.)" (fallo.cit., voto de la Dra. Kogan que conforma la mayoría).

La nueva doctrina se acompasa con lo decidido originariamente en la causa C. 43.858, "Zgonc...", y luego ratificado en causas 101.774 "Ponce..." y L. 94.446 "Ginossi...", entre otros. Así todo, entre aquellos precedentes ("Ponce", "Ginossi") y el aquí analizado ("Cabrera") existe una diferencia que no es menor: si bien se insiste en la utilización de la tasa que representa la renta que otorga un plazo fijo constituido a treinta días en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, se deja a salvo la facultad del magistrado de elegir la más alta entre todas las posibles para cada período de devengamiento. Es decir, dentro del género de ese tipo de inversiones, el sentenciante podrá elegir la especie (esto es, el producto bancario particular) más rentable para el ahorrista. Hoy esa tasa "más alta" es la que el banco paga en sus depósitos hechos por homebanking, pero nada quita que en el futuro otro producto -siempre que se trate, claro está, de depósitos a plazo fijo a 30 días hechos en el Banco Provincia- prevea una renta superior.

En el caso, advierto que la solución dada por el Sr. Juez de primera instancia resulta concordante con la doctrina legal reseñada, la cual -cabe agregar- es aplicable tanto a los intereses moratorios devengados en períodos anteriores al 1 de agosto de 2015 (art. 622 Cód. Civil Ley 340) como a los posteriores a esa fecha (art. 7 y 768 inc. "c" del Cód. Civil y Comercial, art. 7 de la Ley 26.994, ref. por Ley 27.077; SCBA in re "Cabrera" cit.).

Por lo expuesto, los fundamentos, citas legales y jurisprudencia indicada, el agravio no merece progresar.

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DOCTOR ROBERTO J. LOUSTAUNAU VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RICARDO MONTERISI DIJO:

Corresponde: I) Rechazar los recursos de apelación interpuestos a fs.3142, 3157 bis y 3158 bis, y receptor parcialmente el deducido a fs. 3163 por los argumentos brindados. En consecuencia, se MODIFICA la sentencia dictada a fs. 3057/3083 en los siguientes puntos: 1. Se ELEVA el resarcimiento por DAÑO PSICOLÓGICO a la suma de PESOS CUATROCIENTOS MIL (\$ 400.000); 2. Se fija el resarcimiento por GASTOS ASISTENCIALES FUTUROS en la suma de PESOS CIENTO DIEZ MIL (\$ 110.000); 3. Se fija el resarcimiento por gastos de compra de prótesis en la suma PESOS UN MILLON SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL (\$ 1.655.000); 4. Se EXIME a la parte actora de las COSTAS irrogadas en la instancia de origen por la acción incoada contra el codemandado L. H. R., las que deberán ser soportadas por los demandados vencidos (art. 68 2do. párr. del C.P.C.), confirmándose en lo demás el pronunciamiento en cuanto ha sido motivo de agravio.

II) Propongo que las costas de Alzada por los recursos de fs. 3142, 3157 bis y 3158 bis sean soportadas por los apelantes vencidos; las correspondientes al recurso de fs. 3163 se distribuyen en el 30% a cargo del apelante y 70% a cargo de los apelados, atento el resultado obtenido (arts. 68 y 71 del C.P.C.).

ASÍ LO VOTO.

EL SEÑOR JUEZ DOCTOR ROBERTO J. LOUSTAUNAU VOTÓ EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS.

En consecuencia se dicta la siguiente

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se resuelve: I) Rechazar los recursos de apelación interpuestos a fs. 3142, 3157 bis y 3158 bis, y receptor parcialmente el deducido a fs. 3163 por los argumentos brindados. En consecuencia, se MODIFICA la sentencia dictada a fs. 3057/3083 en los siguientes puntos: 1. Se ELEVA el resarcimiento por DAÑO PSICOLÓGICO a la suma de PESOS CUATROCIENTOS MIL (\$ 400.000); 2. Se fija el resarcimiento por GASTOS ASISTENCIALES FUTUROS en la suma de PESOS CIENTO

DIEZ MIL (\$ 110.000); 3. Se fija el resarcimiento por gastos de compra de prótesis en la suma PESOS UN MILLON SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL (\$ 1.655.000); 4. Se EXIME a la parte actora de las COSTAS irrogadas en la instancia de origen por la acción incoada contra el codemandado L. H. R., las que deberán ser soportadas por los demandados vencidos (art. 68 2do. párr. del C.P.C.), confirmándose en lo demás el pronunciamiento en cuanto ha sido motivo de agravio. II) Imponer las costas de Alzada por los recursos de fs. 3142, 3157 bis y 3158 bis a los apelantes vencidos, y distribuir las correspondientes al recurso de fs. 3163 en el 30% a cargo del apelante y 70% a cargo de los apelados, atento el resultado obtenido (arts. 68 y 71 del C.P.C.).

III) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). DEVUÉLVASE.

RICARDO D. MONTERISI

ROBERTO J. LOUSTAUNAU

ALEXIS A. FERRAIRONE

SECRETARIO