

**Voces:** DAÑOS Y PERJUICIOS - MENORES - INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - MALA PRAXIS - MÉDICOS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - INTERESES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - MEDICINA PREPAGA

**Partes:** A. G. E. y otros c/ E. A. G. y otros | daños y perjuicios - resp. prof. med. y aux.

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

**Sala/Juzgado:** A

**Fecha:** 10-mar-2016

**Cita:** MJ-JU-M-98267-AR | MJJ98267

**Producto:** DP,MJ,SYD

Debe el galeno interviniente indemnizar los daños causados a un menor, a quien operó de modo negligente y le colocó incorrectamente un tornillo quirúrgico. Cuadro de rubros indemnizatorios.

#### **Sumario:**

1.-Corresponde hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios sufridos por un menor, derivados de la intervención que tenía por objeto colocarle un tornillo quirúrgico, ello por cuanto el médico operó al niño en la clínica demandada, y en la medida en que no se probó la existencia de un contrato particular entre él y los actores, ni se acreditó que aquel galeno no perteneciese al plantel profesional de la clínica, resulta responsable en los términos de los arts. 1109  y concs. del CCiv.

2.-Dado que los hechos que dieron lugar a la demanda de daños y perjuicios han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado, y con excepción de ciertas normas puntuales de la nueva legislación que resultan inmediatamente aplicables, la cuestión debe juzgarse a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto.

3.-Si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240  (art. 2, ley citada), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que -en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa.

4.-La figura de la estipulación a favor de un tercero es también aplicable a los fines de perfilar la relación generada entre una entidad sanatorial o un médico y las obras sociales o bien las firmas de medicina prepaga, ya que entre dichas personas se establece un contrato base o

relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al ente de obra social, quien se transforma, a raíz de la virtualidad jurídica del nexo, en acreedor de la clínica por la debida atención médica.

5.-Toda vez que la indemnización se fijó a valores actuales, la tasa activa debe regir recién a partir del pronunciamiento de cámara, ya que de imponerse esos intereses desde el origen de la mora, se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido.

6.-Las empresas de medicina prepaga y las clínicas responden por el hecho de los médicos que emplean para cumplir sus obligaciones, en tanto para arribar a esta conclusión no es preciso recurrir a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la empresa de medicina prepaga y la clínica siguen siendo deudoras de las prestaciones médicas, aunque las haga ejecutar materialmente por otro, y en esa medida responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inexecución (del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso).

7.-Los intereses derivados de una acción por los daños y perjuicios sufridos por un menor por mala praxis médica deben ser calculados desde la fecha de la primera intervención quirúrgica hasta su efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso).

---

En la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 10 días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "A" de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "A., G. E. y otros c/ E., A. G. y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux.", respecto de la sentencia de fs. 534/538 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: señores jueces de cámara doctores: SEBASTIÁN PICASSO -HUGO MOLTENI - RICARDO LI ROSI -

LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. SEBASTIÁN PICASSO DIJO:

I. La sentencia de fs. 534/538 rechazó la demanda incoada por R. A. y S. A., en representación de su hijo menor de edad G. A. contra Galeno Argentina S.A., Sanatorio de la Trinidad de Quilmes y Alejandro Guillermo Escobar, con costas.

Contra dicho pronunciamiento expresó agravios la parte actora a fs. 592/598, que fueron contestados por el demandado A. G. E. a fs. 611/617. Asimismo, la Sra. Asesora de Menores alzó sus quejas a fs. 647/648 que no merecieron la réplica de la contraria.

II. Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art.386, Código Procesal).

Asimismo creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los hechos ventilados en el sub lite (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Código Civil derogado. Por consiguiente -y con excepción de ciertas normas puntuales de la nueva legislación que resultan inmediatamente aplicables, según se expondrá en cada caso-, la cuestión debe juzgarse a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Código Civil y Comercial de la Nación; vid. Roubier, Paul, *Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps*, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

III. Los firmantes del escrito de demanda refirieron que en el mes de mayo de 2007 su hijo G. A., de ocho años de edad, comenzó a sentir fuertes dolores en su pierna izquierda, razón por la cual decidieron acudir al Sanatorio de la Trinidad de Quilmes, donde luego de consultar a pediatras y traumatólogos le diagnosticaron una "Epifiosilis de cadera Izquierda", cuadro que requería una intervención quirúrgica consistente en la colocación de un tornillo en la cabeza de fémur para frenar el desplazamiento del hueso. Señalaron los progenitores que el menor fue operado el 11/11/2007 por el traumatólogo Dr. A. G. E. en el mencionado sanatorio y que a los dos días fue dado de alta. Añadieron que durante el primer mes el menor se movilizó con muletas sin apoyar la pierna, y que luego el galeno demandado indicó que dejase las muletas y que se movilizara normalmente con cautela. Sostuvieron que si bien el niño no tenía dolor nunca pudo recuperar la movilidad normal de la pierna, ya que rengueaba y no lograba agacharse. Ante esta situación -siempre según los términos de los presentantes-, el Dr. E. les manifestó que con deporte y natación no iban a quedar secuelas. Sin embargo, ante la falta de recuperación no obstante haber cumplido con todas las indicaciones, consultaron al Dr. S. en el Sanatorio Dupuytren, quien les expresó que su hijo debía ser reoperado porque el tornillo de la intervención anterior estaba mal colocado y que eso era lo que le impedía una correcta movilidad. Añadieron que el 25/3/2009 el menor fue intervenido en el Sanatorio Dupuytren y que luego de tres meses de utilizar muletas fue recuperando la movilidad de la pierna en cuestión. Concluyeron los representantes del menor que el Dr. E. actuó con impericia por haber colocado el tornillo de manera deficiente, de modo tal que impedía la movilidad. Endilgaron responsabilidad al Dr. E., a Galeno Argentina S.A. por ser la prestadora del servicio de medicina prepaga y a Sanatorio de la Trinidad de Quilmes, por ser el establecimiento donde se realizó la intervención quirúrgica cuestionada.

A su turno, Galeno Argentina Sociedad Anónima realizó una negativa pormenorizada de los hechos relatados en el escrito inaugural. Reconoció que el menor era beneficiario de la empresa de medicina prepaga, pero sostuvo que no existe responsabilidad de su parte porque no ha tenido ninguna participación en la atención del paciente. Señaló que con posterioridad a la cirugía practicada por el Dr. E. no hubo controles traumatológicos con el galeno demandado. Asimismo, indicó la falta de relación de causalidad entre el accionar del galeno y la contingencia que sufrió el menor. Por último, advirtió que tampoco le puede ser extendida la obligación de seguridad.

Por su parte, el Dr. A. G. E. hizo una negativa pormenorizada de los hechos invocados en la demanda y dijo que el 8/11/2007 atendió por primera vez a Gonzalo Acevedo en el consultorio externo del Sanatorio de la Trinidad de Quilmes, y que el paciente presentaba dolor, impotencia funcional (proceso crónico) y un acortamiento de tres centímetros del miembro inferior izquierdo, de una evolución aproximada de diez días. Refirió que luego de los estudios

radiográficos necesarios le diagnosticó una "epifisiolisis de cadera de grado I-II" e indicó el correspondiente tratamiento quirúrgico. Señaló que el 10/11/2007 efectuó la operación, que consistió en la fijación de la epífisis lesionada con un tornillo. Aseguró que el procedimiento se realizó bajo control radioscópico intraoperatorio, lo que permitió la visualización de la progresión del tornillo de frente y perfil, para verificar su correcta posición. Afirmó que el resultado de la cirugía fue satisfactorio y mencionó los distintos ejercicios de rehabilitación. Añadió que el 12/11/2007 el menor fue externado y que le indicó controles por consultorios externos, los que se llevaron a cabo los días 19/11/2007 y 4/12/2007, oportunidad en que constató una cadera asintomática y ordenó el uso de muletas. A los ochenta días del post-operatorio tuvo una nueva consulta donde encontró al menor sin complicaciones, y lo evaluó al mes siguiente, oportunidad en la cual le solicitó una radiografía de control. Refirió que perdió contacto con el paciente hasta que fue traído nuevamente a la consulta al año de efectuada la cirugía, oportunidad en que verificó una limitación en la marcha y solicitó una radiografía. Posteriormente afirmó que perdió contacto con el paciente. Concluyó que su actuación médica fue correcta, sin errores en la intervención quirúrgica ni en el tratamiento posterior, y que una eventual complicación constituye un riesgo ínsito en la propia práctica médica.

Finalmente, Sanatorio de la Trinidad de Quilmes S.A. negó los hechos alegados por la parte actora, y en especial que las secuelas y/o presuntos daños que alega deban ser atribuidas al accionar médico, que -según esta demandada- fue correcto. Remarcó que los actores abandonaron el tratamiento indicado por el Dr. E., pues no asistieron a las consultas indicadas y programadas. Por último, rebatió la responsabilidad a ella endilgada, en el entendimiento de que no medió violación del deber de seguridad y que el Dr. E. es ajeno al plantel profesional del sanatorio.

En su sentencia el Sr. juez de grado -como ya lo señalé- rechazó la demanda, pues consideró que el actuar del Dr. Escobar con respecto al diagnóstico temprano, la prescripción del tratamiento prequirúrgico y la colocación del tornillo para fijar la epífisis desplazada del menor, fue el adecuado.

IV. - Los actores cuestionan que el colega de grado no haya tenido en cuenta la historia clínica del Instituto Dupuytren, que probaría que el motivo de la segunda operación fue la recolocación del tornillo por epifisiólisis de la cadera izquierda y limitación en la movilidad, hechos objetivos que demostrarían la conducta negligente del galeno demandado. Sostienen que al tratarse de una responsabilidad objetiva las emplazadas no demostraron que el organismo del menor generase anticuerpos o que rechazase el material colocado, ni que el menor no se haya sometido al tratamiento indicado, o alguna otra razón que justificase la segunda intervención, supuestos que configurarían la culpa de la víctima o de un tercero como eximente prevista en el art. 1113 del Código Civil. Asimismo, los quejosos consideran que resulta aplicable en autos la teoría de las cargas probatorias dinámicas, por lo que los demandados debían acompañar las imágenes que se tomaron en el Instituto Dupuytren que reflejarían la colocación del tornillo en la primera intervención. Por último, entienden que la existencia de la segunda operación pone en evidencia la actuación culposa del galeno demandado, y su responsabilidad.

V. - Es motivo de debate determinar si el Dr. Escobar actuó de manera negligente al intervenir quirúrgicamente al menor G. A. por una epifisiolisis de cadera el 10/11/2011 en el Sanatorio de la Trinidad Quilmes S.A. Mientras los actores sostienen que el galeno efectuó una defectuosa colocación del tornillo, y que a raíz de eso el menor debió someterse a una segunda operación -realizada en el Instituto Dupuytren y que consistió en la recolocación de aquel- los emplazados sostienen que el médico no actuó con negligencia en la intervención quirúrgica.

Determinado entonces el thema decidendum sometido a conocimiento de este tribunal, creo necesario establecer cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a cada uno de los demandados.

a) Encuadre jurídico de la responsabilidad de Galeno Argentina S.A. y de Sanatorio de la Trinidad de Quilmes

En la medida en que se está demandando a la empresa de medicina prepaga a la que el menor estaba afiliado, y a la clínica donde se produjo la intervención, resulta de aplicación en el sub lite la ley n° 24.240 de Defensa del Consumidor.

Ello es así, ante todo, en tanto, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación -y lo ha ratificado el legislador mediante la sanción de la ley 26.682 (arts. 4, 27 y concs.)-, "es aplicable el régimen de defensa del consumidor al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, habida cuenta que se trata de un contrato de adhesión y consumo " (CSJN, 3/13/2001, "E., R. E. c/ Omint S.A. de Servicios, LL, 2001-B-687; por remisión, en el caso, al dictamen del Sr. Produdador General de la Nación). En el mismo sentido se ha expedido esta cámara: "Los contratos de afiliación a empresas de medicina prepaga, regulados por la ley 24.240, son contratos de adhesión y consumo, siéndoles aplicables, por ende, las disposiciones de aquella normativa y las pautas jurisprudenciales generadas sobre ella" (esta cámara, Sala A, 4/7/2005, "D.de R., S.E. c/ Medicus S.A.", ED, 215-23).

Por otra parte, como es sabido, si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2, ley citada), no ocurre lo propio con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas, que -en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos- deben regirse por esa normativa (esta sala, L. n° 582.467, "T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux.", del 14/5/2012; Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 355; ídem, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102 y 114).

En el mismo sentido, se ha dicho que la ley 24.240 ".es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aún ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o prestan servicios a consumidores o usuarios " (Cám. Nac. Civ. Com. Fed., Sala III, 26/9/2006, RCyS, 2006-685; vid. asimismo SCJ Mendoza, Sala 1, 11/10/1995, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA, 24/5/06; esta cámara, Sala L, "C. de A., O. R. c/ Obra Social del Personal Rural y Estibadores de la República Argentina y otros", L. n° 568.586, del 2/2/2012).

Concluyo, entonces, que resulta aplicable al sub lite la ley 24.240 y las normas que con ella se integran. Y aunque resulte sobreabundante, señalo que esta afirmación es independiente de que las partes hayan o no invocado dicho microsistema legal pues, como es sabido, corresponde al juez determinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes, más allá de la calificación que, éstos les hayan asignado (iura novit curia). Adicionalmente, surge del art.63 de la norma citada que se trata de una ley de orden público y, como tal, debe ser aplicada de oficio por el juez.

Sentado ello, añadido que, como es obvio, las empresas de medicina prepaga y las clínicas responden por el hecho de los médicos que emplean para cumplir sus obligaciones. Como lo he dicho con anterioridad (ver mi voto, esta cámara, Sala A, L. n° 581.002, "Leguizamón, Hilda del Valle c/ De La Fare, Mauricio y otros", del 8/3/2012; ídem, L. n° 571.184, "Peralta, Ricardo, c/ Obra Social Ferroviaria", del 23/2/2012), para llegar a esta conclusión no es preciso recurrir -un tanto ficticiamente- a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la empresa de medicina prepaga y la clínica siguen siendo deudora de las prestaciones médicas -aunque las haga ejecutar materialmente por otro-, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudora) responde naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inejecución (vid. mis trabajos La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 29 y ss.; y "Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS, agosto de 2006, p. 42; Bénac-Schmidt, Françoise y Larroumet, Christian, "Responsabilité du fait d'autrui", en Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, París, 2002, t. IX, p. 4 ; Durry, Georges, informe conclusivo en La responsabilité du fait d'autrui, Responsabilité Civile et Assurances, noviembre de 2000, p. 63 ; Rémy, Philippe, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", Revue trimestrielle de droit civil, 1997323, p. 346; Starck, Boris - Roland, Henri - Boyer, Laurent, Droit civil. Les obligations, Litec, París, 1996, t. 2, p. 709; Flour, Jacques - Aubert, Jean L. - Savaux, Éric, Les obligations, Armand Colin, París, 2002, t. 3, p.132/133 ; Larroumet, Christian, "Pour la responsabilité contractuelle", en Le droit privé français à la fin du XXe siècle, obra en homenaje a Pierre Catala, Litec, París, 2001, p. 15 ; Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, Civitas, Madrid, 1994 ; Lorenzetti, La empresa médica, cit., p. 113, 117/118 y 426 y ss. ; Ramella, Anteo, ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1967; Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S., "El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social", LL, 1985-B-156; Kemelmajer de Carlucci, Aida, Daños causados por los dependientes, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 41; Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 3, p. 157; Banchio, Enrique C., Responsabilidad obligacional indirecta, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66; Tobías, José W., "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas", LL, 1983-b, 1143).

En este sentido debe tenerse en cuenta que la obligación principal de las clínicas, o de las empresas de medicina prepaga, no se agota en la provisión de los profesionales necesarios para la atención del paciente, sino que consiste en prestar al enfermo el servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor, el cual, obviamente, no se encuentra garantizado, dado que se trata de una obligación de medios. En otros términos, el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la obligación principal a cargo de la ya citada codemandada, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de aquellos, no por el incumplimiento de una obligación de seguridad, sino por el de la mencionada obligación principal. Es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento (Sáenz, Luis R. J., "La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la ley de defensa del consumidor", en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A., Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 626 y ss).

Por eso coincide con Lorenzetti en que la relación entre la clínica -o la empresa de medicina prepaga-, el paciente y el médico no puede analizarse como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio. El problema a resolver se vincula entonces con esta relación jurídica y no con la que se entabla entre el médico y la clínica con efectos subsidiarios hacia terceros. El paciente no es tercero, sino parte. Por lo demás, en la estipulación a favor de terceros el tercero adquiere un beneficio cuya extensión está vinculada al contrato base, mientras que en el contrato médico hay una contraprestación y no un mero beneficio, y la extensión del vínculo se determina en función de aquella reciprocidad. Si fuera un mero beneficiario, el paciente solo podría adherir y no discutir nada, y se desvirtuaría la noción de consentimiento informado. Por ello, en virtud de la estructura del vínculo obligatorio, debe entenderse que la clínica -o la empresa de medicina prepaga- responde contractualmente y de modo directo por el incumplimiento, sin importar que la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquella (Lorenzetti, *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p.334 y ss.).

Esta es la posición de la jurisprudencia francesa, que descarta la aplicación de la estipulación a favor de terceros y considera que la clínica es la única deudora de las prestaciones médicas, y en tal carácter responde en forma directa por su incumplimiento (Corte de Casación, primera Sala civil, 4/6/1991, *Gazette du palais*, 1992-II-503, con nota de François Chabas; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123, con nota de Patrice Jourdain; *JCP*, 1991-II-21730, con nota de Jean Savatier; *Idem.*, 26/5/1999, *JCP*, 1999-II-10112; *Droit et Patrimoine*, n° 73, julio-agosto de 1999, p. 84, con nota de François Chabas; *Défrenois*, 1999-1334, con nota de Jean-Luc Aubert; *Dalloz*, 1999, *somm.*, n° 386, con nota de Jean Penneau; *Idem.*, 9/4/2002, *JCP*, 2002-I-186, con nota de Geneviève Viney; *Responsabilité civile et assurances*, 2002, *chron.* n° 13, con nota de Christophe Radé; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002-516, con nota de Patrice Jourdain ; *Droit et Patrimoine*, n° 106, p. 96, con nota de François Chabas ; *Idem.*, 13/11/2002, *Gazette du palais*, 78/3/2003, *jurisp.*, 42, con nota de François Chabas ; *Dalloz*, 2003, *somm.*, n°460, con nota de Patrice Jourdain; *Tribunal des Conflits*, 14/2/2000, *JCP*, 2001-II-10584. Vid. al respecto mi trabajo "La responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical", *Gazette du Palais*, n° 126/127, 5/6 de mayo de 2004, y Welsch, Sylvie, *Responsabilité du médecin*, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.).

Ahora bien, es sabido que la prestación principal a cargo de los médicos -o, como en este caso, de la empresa de medicina prepaga y la clínica- es, en principio, de medios, puesto que solo se comprometen a la realización de un comportamiento diligente para alcanzar el resultado esperado por el paciente, que no se encuentra afianzado, dada su aleatoriedad (Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p.469 y ss; esta cámara, Sala A, 16/7/2004, *RcyS* 2004113; ídem, Sala C, 1/6/2004, *LL* 2004-F, 206; ídem, Sala B, 4/3/2004, *RcyS* 2004-IV, 70; ídem, Sala D, 30/9/1998, *sum.* 0011916, *Baselsis*; *CNCiv y Com. Fed.*, Sala 3, 26/8/1992, *JA* 1993-I, 301; *CCiv. Com. Azul*, Sala II, 11/3/2004, *LLBA* 2004-630, entre muchos otros precedentes). No es óbice a esa conclusión el hecho de que la ley 24.240 prevea la responsabilidad objetiva de todas las personas que han intervenido en la producción o comercialización de un producto o servicio defectuoso (art. 40), dado que tanto esa disposición como el art. 5 de aquella ley se refieren a los daños derivados de la lesión de bienes distintos de los que constituyen el objeto contractual, con lo cual regulan el deber de indemnidad del establecimiento asistencial, y no su deber de prestación. Este último, en cambio, a falta de norma expresa en ese sentido, se rige -en principio- por las reglas comunes, lo que implica que la obligación de prestar cuidados médicos es de medios, y su

incumplimiento se patentiza mediante la conducta negligente de los facultativos que cumplen materialmente el plan prestacional.

b) Encuadre jurídico de la responsabilidad del médico Descartada la aplicación a casos como el presente de la teoría de la estipulación a favor de terceros, la relación contractual se anuda -en principio- exclusivamente entre el paciente y la clínica y/o la empresa de medicina prepaga (vid. mi voto in re "Torres" y "Antúnez", ya mencionados).

Como agudamente lo señala Jourdain: "proporcionando sus cuidados a un cliente de la clínica, un médico asalariado de aquella no ejecuta una obligación que habría contratado libremente frente al paciente, sino la prestación de trabajo a la que se comprometió frente al establecimiento" (Jourdain, Patrice, "Vers une responsabilité contractuelle des établissements hospitaliers privés du fait des médecins qu'ils emploient", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123; la traducción es mía). En el mismo sentido, señala Jean Savatier que el paciente no se vincula con el médico por su libre elección, sino por la confianza que acuerda al establecimiento de salud. En todos los casos -añade- los cuidados impartidos por el galeno tienen lugar en el marco de una organización compleja, y muchas veces el enfermo ignora, al momento de ser hospitalizado, en qué servicio será atendido, y quiénes son los médicos que se desempeñan en él (Savatier, Jean, comentario en *Juris Classeur Périodique*, 1991-II-21730). Parece difícil, en esas circunstancias, hablar de un consentimiento de su parte. Con criterio se preguntaba en ese sentido Leonardo Colombo qué convención puede haber entre el individuo atropellado por un automóvil y el cirujano que lo auxilia en el nosocomio al cual es conducido (Colombo, Leonardo A., *Culpa aquiliana*, La Ley, Buenos Aires, 1944, p. 233/234).

Por eso, como lo he señalado con anterioridad (vid. mi obra *La singularidad de la responsabilidad contractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 207 y ss.), entiendo que corresponde considerar que el médico asalariado que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (Lorenzetti, Ricardo L., *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; Tobías, José W., "En tomo a la responsabilidad civil de los médicos", *E.D.*, 84-832; ídem, "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas", *LL*, 1983-b, 1143; Savatier, René, *Traité de la responsabilité médicale en droit français*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1951, t. II, p. 403; Mémeteau, Gérard, "Contrat hospitalier et obligation de soins", *Revue de droit sanitaire et social*, 1988-517 ; Auby, Jean-Marie, *Le droit de la santé*, Themis, Paris, 1981, p. 357).

Esta es la postura adoptada por la Corte de Casación francesa (Corte de Casación, primera Sala civil, 4/6/1991, *Gazette du palais*, 1992-II-503, con nota de François Chabas; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992-123, con nota de Patrice Jourdain; *JCP*, 1991-II-21730, con nota de Jean Savatier; *Idem.*, 26/5/1999, *JCP*, 1999-II-10112; *Droit et Patrimoine*, n° 73, julio-agosto de 1999, p. 84, con nota de François Chabas; *Défrenois*, 1999-1334, con nota de Jean-Luc Aubert; *Dalloz*, 1999, *somm.*, n° 386, con nota de Jean Penneau; *Idem.*, 9/4/2002, *JCP*, 2002-I-186, con nota de Geneviève Viney; *Responsabilité civile et assurances*, 2002, *chron.* n° 13, con nota de Christophe Radé; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002-516, con nota de Patrice Jourdain; *Droit et Patrimoine*, n° 106, p. 96, con nota de François Chabas; *Idem.*, 13/11/2002, *Gazette du palais*, 7-8/3/2003, *jurisp.*, 42, con nota de François Chabas; *Dalloz*, 2003, *somm.*, n°460, con nota de Patrice Jourdain; *Tribunal des Conflits*, 14/2/2000, *JCP*, 2001-II-10584. Vid. al respecto mi trabajo "La responsabilité contractuelle du fait d'autrui dans la jurisprudence récente, en particulier dans le domaine du droit médical", *Gazette du*

Palais, n° 126/127, 5/6 de mayo de 2004, y Welsch, Sylvie, Responsabilité du médecin, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.), y también por esta sala (L.n° 582.467, "Torres, Antonio Ricardo y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios", del 14/5/2012, entre muchos otros).

En ese sentido, este tribunal ha decidido anteriormente que cuando el paciente es atendido por un médico dependiente de un nosocomio la relación contractual se anuda -en principio-exclusivamente entre el paciente y la clínica y/o la empresa de medicina prepaga (esta sala, L. n° 582.467, ya citado; ídem, 21/9/2012, "Antúnez, Norberto Amadeo c/ Basso, Armando y otro s/ Daños y perjuicios", L. n° 593.116; ídem, 15/5/2013, "Díaz Maidana, Nancy Beatriz c/ Hospital Nacional Dr. Alejandro Posadas y otros s/ Daños y Perjuicios", L. n° 605.263).

En el caso, teniendo en cuenta que el Dr. Escobar atendió y operó al niño en la clínica demandada, y en la medida en que no se probó la existencia de un contrato particular entre él y los actores, ni se acreditó que -como lo alegó el Sanatorio de la Trinidad (fs. 254 vta.)- aquel galeno no perteneciese al plantel profesional de la clínica, corresponde enmarcar su responsabilidad en los arts. 1109 y concs. del Código Civil, lo que ponía en cabeza de los demandantes la prueba de la culpa del galeno (art. 377 del Código Procesal).

VI. - Partiendo de dichas premisas corresponde ahora analizar las pruebas producidas en la causa.

El perito traumatólogo Dr. P. C., al ser preguntado acerca de si el tornillo estaba correctamente colocado, respondió: "No constan en los presentes actuados estudios por imágenes que acrediten la posición del tornillo después de su primera operación" (vid. la respuesta al punto "b", fs. 327 vta.). Ante tal afirmación la parte actora manifestó que había acompañado los estudios por imágenes que acreditaban la ubicación de la pieza en cuestión, y solicitó que se pusiesen disposición del perito para que realizara las aclaraciones pertinentes (fs. 332). El experto reiteró que no constaban radiografías efectuadas posteriormente a la primera intervención (fs.348).

Sin embargo, este tribunal advirtió la existencia radiografías tomadas entre la primera y la segunda operación y, en consecuencia, ordenó como medida para mejor proveer que el facultativo se expidiese acerca del punto pericial controvertido (fs. 620).

Así las cosas, el perito a fs. 624 refirió: En las radiografías del 13-8-2008 se observa la imagen de la cadera izquierda de frente y perfil, con un tornillo de osteosíntesis bien centrado en el frente; en el perfil, se observa dicho tornillo en posición divergente con el eje del cuello femoral, haciendo presa muy reducida en el fragmento epifisario, sobre la cara anterior del extremo femoral. En la Tomografía Computada del 4-3-2009, se observa que el extremo del tornillo emerge de la cara anterior de la cabeza femoral ubicándose en el espacio intraarticular. En la radiografía del 25-3-2005 se observa cadera izquierda de frente y perfil, con tornillo de osteosíntesis en el eje del cuello femoral. En la tomografía Computada del 25-3-2009, se observan los cortes con el tornillo de osteosíntesis centrado en el cuello femoral (.). En los estudios realizados en el Instituto Dupuytren el 4-3-2009 se evidencia que el extremo del tornillo se encuentra perforando la cara anterior del cuello femoral, quedando alojado en el espacio articular". Y resumió: "En su primera intervención, el tornillo no fue correctamente colocado" (sic; el resaltado es mío).

Esta presentación fue impugnada por Galeno Argentina S.A. y el sanatorio demandado, quienes sostuvieron que el experto basó sus conclusiones en radiografías tomadas nueve

meses después de la colocación del primer tornillo, y que su desplazamiento pudo haber sido una complicación tardía (fs. 628). En el mismo sentido, el emplazado E. cuestionó lo señalado por el experto pues consideró que no hay estudios inmediatos a la primera operación que acrediten el tornillo haya sido mal colocado ( fs.632/636).

Con relación a las observaciones esgrimidas por los entes ideales demandados el experto afirmó: "La tomografía realizada el 4-3-2009 pone en evidencia la extrusión de la punta del tornillo y su penetración en la cavidad articular de la cadera. La fecha en que este hecho ha sido puesto en evidencia no modifica la posición del tornillo". Asimismo, en punto a la alegada movilidad aclaró: "los movimientos de los medios de osteosíntesis están siempre provocados por la movilidad anormal que pudiera existir entre los fragmentos estabilizados, eventualidad que en nuestro caso no ocurrió; basta visualizar el estado actual de la cadera del actor para poder afirmarlo", y añadió que no existe ningún signo radiológico que denuncie una movilidad en el tornillo colocado, y que su ubicación en el cuello femoral no ha sido alterada desde la fecha de su primera intervención el 10-11-2007 hasta su corrección (fs. 639).

Respecto de la impugnación articulada por el galeno demandado el perito señaló que no se realizaron controles radiográficos hasta el 13-8-2008; sin embargo indicó: "lo concreto es la evolución post-operatoria anormal de su primera intervención, que motivó la consulta con otro profesional, que constató con la tomografía del 4-3-2009, la posición incorrecta del tornillo estabilizador". (fs. 641).

A mayor abundamiento, al ser requerido al perito que explicase las causas por las cuales se puede producir el desplazamiento de un tornillo, aquel indicó: "No existiendo causas que produzcan inestabilidad entre los fragmentos interesados por un tornillo de esponjosa, como el colocado al niño Acevedo, el suscriptor no conoce causas que permitan el desplazamiento de un tornillo". Añadió: "Un tornillo como el colocado al niño, para tratar una epifisiolisis no puede desplazarse por causas mecánicas ni espontáneas" (respuesta al punto 7, fs. 328 vta.y 330).

Es sabido que en esta clase de pleitos, en los que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia, de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos como sus conclusiones deben ser aceptados por el sentenciante, salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante, podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (esta sala, L. n° 593.116, "Antúnez", cit.; ídem, L. n° 593.335, "Gilberto, Erica Flavia

c/ Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios", del 11/7/2012; Devis Echandía, Hernando, Compendio de la Prueba Judicial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. II, ps. 112 y ss.).

Por ello, la contundencia y la razonabilidad tanto del dictamen de fs. 326/330 como de la presentación de fs. 624 y de las contestaciones de fs. 639 y 641 -a las impugnaciones requeridas por Galeno Argentina S.A. a fs. 628 y Sanatorio de la Trinidad de Quilmes a fs. 632/636, respectivamente- me llevan a la convicción de que debe otorgarse a la opinión de perito la fuerza probatoria estatuida por el artículo 477 del Código Procesal.

En función de todo lo antes expuesto, y de los informes aportados a la causa, poca duda cabe en cuanto a que el Dr. E. fue negligente en la operación del menor, al haber colocado incorrectamente el tornillo quirúrgico, lo que permite imputarle responsabilidad en los términos del art. 1109 del Código Civil. Asimismo, en la medida en que el menor se encontraba ligado a los entes demandados por una relación de consumo, y que en este marco responden contractualmente y de modo directo por el cumplimiento de las obligaciones que asumieron - que incluían la diligente atención médica del Dr. E.-, se encuentra comprometida la responsabilidad de Galeno Argentina S.A. y de Sanatorio de la Trinidad de Quilmes (art. 19 y conchs. de la ley 24.240).

En consecuencia, corresponde revocar la sentencia en crisis y, por consiguiente, hacer lugar a la demanda contra los emplazados, lo que así propongo al acuerdo.

VII. Procederé seguidamente a analizar las partidas indemnizatorias peticionadas en el escrito de inicio.

a) Incapacidad sobreviniente

El actor reclamó por los rubros "daño físico" y "lesión estética" la suma de \$ 50.000, y por "daño psíquico", la de \$ 20.000.

Con relación a los rubros en estudio, entiendo que el reclamo del demandante se funda en una incorrecta apreciación de lo que debe entenderse como daño resarcible.

Ante todo es preciso recordar que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p.640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral.

La lesión de la psiquis o del aspecto estético del actor, entonces, no constituyen un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente. Se trata, en ambos casos, de lesiones - causadas en la psiquis o el cuerpo de la víctima- que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimonialmente mensurables. Es esta merma, que resulta en una disminución patrimonial (un lucro cesante), lo que en definitiva constituye el daño resarcible.

En sentido concorde esta sala ha sostenido en forma reiterada que los perjuicios físicos y psíquicos deben ser valorados en forma conjunta, porque los porcentajes de incapacidad padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos ya que, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma

patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (esta sala, 12/3/2013, "Heredia, Ricardo Alejandro c/ Empresa Ciudad de San Fernando y otros s/ Daños y Perjuicios", L. n° 610.399; ídem, 22/8/2012, "Rein, Flavio Eduardo c/ Bayer S.A. y otros", L n° 584.026; ídem, 19/6/2012, "García, Josefina c/ Transporte Escalada S.A.T. y otro s/ daños y perjuicios", L.n° 598.408; ídem, 23/2/2012, "Giménez, Victoria Yasmin c/ Morales, Pablo y otros s/ daños y perjuicios", LL 18/06/2012 , 9; ídem, 1/6/2010, "Amaya, Alfredo Edmundo c/ Transporte Metropolitano General San Martín S. A.", LL Online, cita: AR/JUR/43022/2010, entre muchos otros).

Por lo expuesto juzgo que no corresponde otorgar una suma específica por cada rubro, sino que las repercusiones de esas lesiones habrán de ser tenidas en cuenta al tratar la incapacidad sobreviniente y el daño moral.

Sentado que corresponde dar a la incapacidad un tratamiento unitario, es preciso, como primera medida, definir adecuadamente a qué tipo de perjuicios se refiere este rubro.

Desde un punto de vista genérico, la incapacidad puede definirse como "la inhabilidad o impedimento, o bien, la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales" (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, t. 2a, p. 343). Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista "naturalístico" (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, n° 1, Santa Fe, 1992, p. 237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima. Este último aspecto no puede, a mi juicio, subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral.No coincido, entonces, con quienes engloban en el tratamiento de este rubro tanto a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad como otras facetas relacionadas con lo espiritual (la imposibilidad de realizar ciertas actividades no lucrativas que llevaba adelante la víctima, tales como deportes y otras atinentes al esparcimiento y la vida de relación), pues tal tesitura importa, en puridad, generar un doble resarcimiento por el mismo perjuicio, que sería valorado, primero, para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y luego para hacer lo propio con el daño moral.

De modo que el análisis a efectuar en el presente acápite se circunscribirá a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa -sostenida por la enorme mayoría de la doctrina nacional, lo que me exime de mayores citas- según la cual la integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., t. 4, p. 305).

En sub lite el perito médico refirió que el actor presenta un discreto balanceo en la marcha provocado aparentemente por una discreta diferencia de longitud, y observó una limitación para la rotación interna de la cadera derecha. Determinó una incapacidad parcial y permanente del 20% según el baremo de aplicación obligatoria en la Provincia de Buenos Aires (Res. 303/93 Subsecretaría de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires) y el Baremo Nacional (ley 24.557) para la evaluación de las incapacidades de las aseguradoras de riesgos del trabajo (vid. puntos II y III, fs. 326 vta./327 vta.).

Ahora bien, el experto señaló que el objetivo del tratamiento quirúrgico (segunda operación) fue alcanzado, al no haber deslizamiento en el núcleo epifisario del fémur derecho (fs.327 vta). Y añadió: "el déficit anátomo funcional detectado en el actor, es de frecuente observación en los casos en que (.) el objetivo previsto por el tratamiento quirúrgico, ha sido alcanzado" (sic, fs. 354 vta.). Por último, el facultativo contestó negativamente ante la pregunta de si verificó alguna discapacidad actual atribuible a la cirugía efectuada por el Dr. E. (vid. fs. 354 vta.).

Con relación a la cicatriz denunciada en la demanda (fs. 31) el perito sólo refirió que: "ha sido ubicada en el lugar de elección". En este sentido, entiendo que no surge del informe pericial que, de no haber tenido lugar la segunda operación, la cicatriz no habría estado presente.

Por los motivos expuestos considero que no se ha demostrado que las secuelas físicas descritas en el informe pericial estén causalmente conectadas con la conducta negligente del galeno demandado, y en consecuencia no habré de tener en cuenta la incapacidad determinada por el experto, ni tampoco la cicatriz mencionada ut supra.

En cuanto a la faz psíquica cabe tener presente el dictamen psicológico emitido por el Gabinete Pericial Psicológico de la Facultad de Psicología de la UBA (fs. 359/361), que no fue impugnado por las partes y del que surge la inexistencia de incapacidad permanente. En efecto, el citado cuerpo pericial concluyó: "los hechos que motivaron la presente litis constituyeron para el menor una situación de estrés y supusieron la tramitación de un exceso de energía psíquica para el aparato. Que gracias al haber contado con una red de apoyo familiar y social para poder enfrentar y recibir la contención adecuada, logró el peritado superar estos obstáculos y así lograr en la actualidad desarrollarse con normalidad en las diferentes esferas de su vida, como ser la social, familiar, escolar, etc." (fs. 362).

Así las cosas, ante la ausencia de incapacidad permanente (física o psicológica) en relación causal con la conducta culposa del Dr.E., propongo que se rechace el presente rubro.

#### b) Gastos por tratamiento psicológico

Los actores solicitaron la suma de \$ 4.800 para enjugar este renglón indemnizatorio.

En atención a la falta de reconocimiento del ítem incapacidad sobreviniente, y ante la falta de prueba pericial de la necesidad de seguir un tratamiento, estimo que también debería rechazarse el importe pedido para paliar el rubro en examen.

#### c) Daño moral

Los demandantes pidieron la cantidad

de \$ 20.000 por esta partida.

Puede definirse al daño moral como: "una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición.

El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

En lo que atañe a su prueba cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Código Procesal, se encuentra en cabeza de los actores la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LL, 1990-A-655).

En el caso, es evidente que la necesidad de someterse a una nueva intervención quirúrgica, así como al subsiguiente proceso de rehabilitación, tuvieron repercusiones en la esfera extrapatrimonial del actor que califican como un daño moral resarcible .

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo recientemente señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que:"Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (.). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259).

La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, a cuyo tenor:"El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". Si bien -según ya lo expliqué- ese cuerpo normativo no es -en principio- aplicable al sub lite es indudable que los preceptos que lo integran deben inspirar la interpretación de las normas del Código Civil derogado en aquellos casos en que mantienen ultractividad, en la medida en que reflejan la decisión del legislador actual acerca de cómo deben regularse los distintos aspectos de la vida civil de nuestro país.

Por consiguiente, tendré particularmente en cuenta ese criterio para evaluar la suma que corresponde fijar en el sub lite en concepto de daño moral, a la luz de las características del hecho generador, su repercusión espiritual en la víctima, y las demás circunstancias del caso.

Sentado lo expuesto, y considerando la situación estresante que debió padecer el menor al someterse a una segunda intervención y a una nueva rehabilitación, como así también los demás malestares y las angustias que un evento como el de autos pudo haber generado en una persona con las condiciones del demandante (8 años al momento de la primera

operación), juzgo que debería reconocerse por este ítem la suma de \$ 70.000 (art. 165, Código Procesal), lo que así propongo al acuerdo.

No se me escapa que el actor solicitó \$ 20.0 en concepto de daño moral y que, en principio, nadie mejor que el damnificado puede cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal. Sin embargo, por tratarse de una deuda de valor, es procedente que el juez fije el importe del perjuicio extrapatrimonial teniendo en cuenta su cuantía al momento de la sentencia.

#### d) Gastos de farmacia

Los actores reclamaron la suma de \$ 3.0 para enjugar este renglón indemnizatorio.

Debo recalcar que, respecto de los gastos farmacéuticos, no resulta necesaria una prueba concreta y específica, sino que su erogación se presume en orden a la entidad de los hechos acreditados, aun cuando la atención haya sido prestada por una obra social, de ordinario, no cubren la totalidad de los gastos en que incurren los pacientes (esta sala, 25/6/2013, "Ruiz, Jorge Roberto y otra c/ Telefónica de Argentina S. A. y otro s/ Daños y perjuicios", L. n° 405.098; ídem, 24/5/2013, "Romero Larrea, Antonieta Jannette c/ Matos, Jesús Ramón y otros s/ daños y perjuicios", L. n° 562.140, "Quiroz, Ada Noemí y otros c/ Matos, Jesús Ramón y otros s/ daños y perjuicios", L. n° 562.141 y "Riquelme, M. Elena y otros c/ Matos, Jesús Ramón y otros s/ daños y perjuicios" L. n° 562.143; ídem, 13/4/2012, "Torchia, Jesue y otro c/ Martin, Ivan David y otros s/ Daños y Perjuicios", L n° 582.770; ídem, 27/12/2011, "Morteyru, Juan Alberto y otro c. Juan, Gustavo Gabriel y otros s/daños y perjuicios", RCyS 2012-VI, 251).

Por eso, conforme a los antecedentes ya relatados, y de acuerdo a la facultad que confiere el art. 165 del Código Procesal, considero que debería fijarse la suma de \$ 1.500 por gastos de medicamentos, lo que así mociono.

VIII.- Los importes reconocidos en el presente voto deberían llevar intereses calculados desde la fecha de la primera intervención quirúrgica (10-11-2007) hasta su efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, tal como lo establece la jurisprudencia plenaria de esta cámara in re "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A . s/ daños y perjuicios", del 20 de abril de 2009.

No desconozco que el art. 303 del Código Procesal fue derogado por el art. 12 de la ley 26.853. Sin embargo, en virtud del art. 15 de aquella norma, tal disposición recién entrará en vigor a partir de la efectiva integración y puesta en funcionamiento de los tribunales que allí se crean, razón por la cual hasta ese momento continúa vigente la doctrina plenaria. Esto, a su vez, es coherente con lo decidido por el máximo tribunal nacional en la acordada n° 23/2013.

IX. - Finalmente, con relación a las costas de primera instancia, en virtud de lo dispuesto por los arts. 68 y 279 del Código Procesal, al tratarse de un juicio donde se discutió la responsabilidad civil de los demandados resulta de aplicación la jurisprudencia reiterada que hace soportar la totalidad de los gastos causídicos al responsable, aun cuando algunos de los rubros reclamados no hubieran sido acogidos, o lo hubieran sido por un monto inferior al reclamado; pues las costas forman parte de la indemnización, y su cuantía es acorde al monto de la condena (esta sala, 30/11/2011, "N., Cristina Beatríz c/ Línea 22 S. A. y otros s/ Ds. y

Ps." y "S. R., Jorge Enrique c/ Línea 22 S. A. y otros s/ Ds. y Ps.", L.n° 580.397 y n° 580.398, entre muchos otros). Propongo, por lo tanto, que las costas correspondientes a la primera instancia se impongan a los demandados.

Asimismo, en atención al éxito obtenido en esta instancia, juzgo que las costas de alzada también deberían imponerse a los demandados (art. 68 del Código Procesal).

X. - En consecuencia, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo acoger las quejas de los actores, y en consecuencia: 1) Revocar la sentencia apelada; 2) Hacer lugar a la demanda entablada por G. A. contra Galeno Argentina S.A., Sanatorio de La Trinidad de Quilmes y A. G. E., y condenar a estos últimos a abonar al actor la suma de \$ 71.500 (que se compone de la

siguiente manera: \$ 70.000 por "daño moral" y \$ 1.500 por "gastos de

medicamentos"), dentro de los diez días de quedar firme y aprobada la liquidación que habrá de practicarse en autos; 3) Disponer que las sumas de condena llevarán intereses calculados en la forma descripta en el considerando VIII del presente voto, y 4) Imponer las costas de ambas instancias a los demandados.

A la misma cuestión, el Dr. Molteni dijo:

Adhiero al voto del Dr. Sebastián

Picasso con una una salvedad en lo relativo al encuadre jurídico mediante el cual debe analizarse la responsabilidad del Dr. Escobar y una disidencia parcial en torno a la tasa de interés a aplicar.

I. - Como vocal de esta Sala, he sostenido que en lo que se refiere a la responsabilidad de los médicos existe una teoría que explica la situación mediante la figura de la estipulación a favor de tercero (art. 504 del Código Civil derogado). En consecuencia, entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual (conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos" T° 1, págs.372/376).

Desde que el paciente se somete a la prestación asistencial de la obra social, aquél como beneficiario resulta aceptante de la estipulación y puede exigir el cumplimiento de la obligación contractualmente contraída por los "promitentes" (instituto asistencial o cuerpo médico profesional), quedando estos últimos civilmente responsables de los daños que el afiliado pueda sufrir como consecuencia de la deficiente prestación o "mala praxis" médica (conf. Bustamante Alsina, J. "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario", La Ley, 1998-A, 404).

Esta figura de la estipulación a favor de un tercero es también aplicable a los fines de perfilar la relación generada entre una entidad sanatorial o un médico y las obras sociales o bien las firmas de medicina prepaga. Ello obedece a que entre dichas personas se establece un contrato base o relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al ente de obra social, quien se transforma, a raíz de la virtualidad jurídica del nexo, en acreedor de la clínica por la debida atención médica. Entre el afiliado y la obra social existe un contrato (conf. Bueres,

Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos" T° 1, págs. 464/465).

Se trata, asimismo, de una responsabilidad objetiva del ente asistencial, ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquél deviene inexcusable. De ahí que el paciente debe probar tan sólo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja, sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", LL, T° 1990-E, pág. 418).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, coincidiendo con los criterios plasmados en orden a la evaluación de la prueba producida en autos, adhiero al voto preopinante, en lo que atañe a la responsabilidad de los emplazados.

II.- La disidencia está referida a la tasa de interés aplicable al caso y al periodo en que deben ser computados tales réditos, dado que en este último aspecto debe apreciarse que en la especie se reconoce un resarcimiento de origen contractual, por lo que esa obligación no encuadra en la hipótesis contempladas en el plenario "Gómez Esteban c/ Empresa Nacional de Transporte" (La ley t 93, p. 667), que regula los intereses respecto a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos. Por ello en la especie, al tratarse de una obligación pura, tampoco se encuentra alcanzada por la hipótesis del primer párrafo del art. 509 del Código Civil, según ley 17.711, por lo que es menester la interpelación como elemento constitutivo de la mora. Como ese requerimiento formal y recepticio recién se produjo con el reconocimiento de la notificación de la demanda por parte del médico emplazado el día 10 de marzo de 2010 (ver. escrito de fs. 147), los réditos sobre el capital reconocido deben calcularse desde ese entonces y hasta el pago de la deuda.

En cuanto a la tasa de interés aplicable al caso, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transporte Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" del 20/04/09, sobre el capital reconocido corresponde liquidar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.-

Empero, toda vez que en la especie se fijó la indemnización a valores actuales, la indicada tasa debe regir recién a partir de este pronunciamiento, ya que de imponerse esos intereses desde el origen de la mora, se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido, tal como puntualmente prevé la parte final de la referida doctrina plenaria, al contemplar una excepción a la vigencia de la tasa moratoria legal. Ello así, en la medida de que uno de los factores que consagran la entidad de la referida tasa, lo constituye la paulatina pérdida de valor de la moneda, extremo que en la especie ya fuera ponderado al definir el capital a los valores actualmente vigentes.

Por ello, corresponde que desde el momento de la mora, es decir desde la notificación de la demanda del 10 de marzo de 2010 y hasta este pronunciamiento, se calculen los intereses a la tasa de interés del 8% anual, que representan los réditos puros y, desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

En consecuencia, con la aclaración expresada y la disidencia sostenida, adhiero al muy fundado voto del Sr. juez preopinante.

A la misma cuestión el Dr. Li Rosi dijo:

Con la misma salvedad formulada por el Dr. Molteni adhiero al voto del Dr. Picasso.

Con lo que terminó el acto.

Es copia fiel de su original que obra a fs. del Libro de Acuerdos de la Sala "A" de la Excma.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, marzo de 2016.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, Se Resuelve:1) Revocar la sentencia apelada; 2) Hacer lugar a la demanda entablada por Gonzalo Acevedo contra Galeno Argentina S.A., Sanatorio de La Trinidad de Quilmes y Alejandro Guillermo Escobar, y condenar a estos últimos a abonar al actor la suma de PESOS SETENTA Y UN MIL QUINIETNOS (\$ 71.500), dentro de los diez días de quedar firme y aprobada la liquidación que habrá de practicarse en autos; 3) Calcular los intereses desde el momento de la mora (10/3/2010), hasta este pronunciamiento, a la tasa de interés del 8% anual, y desde entonces y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y 4) Imponer las costas de ambas instancias a los demandados.

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

SEBASTIÁN PÍCASSO 1

(EN DISIDENCIA PARCIAL)

HUGO MOLTENI 2

RICARDO LI ROSI 1