

Comentario:

Expte. N° 62.941/ 09 - "C. G. A. Contra Cs Salud S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux." – CNCIV – SALA K – 05/02/2013

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 05 días del mes de febrero de 2013, hallándose reunidos los Señores Vocales integrantes de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de conocer en los recursos de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en los autos caratulados: "C. G. A. CONTRA CS SALUD S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS- RESP PROF. MEDICOS Y AUX", el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es justa la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: Sres. Jueces de Cámara Dr. Dominguez, Dra Hernandez y Dr Ameal.

Sobre la cuestión el Dr. Domínguez dijo:

I.- Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada a fs. 706/ 725. La actora expresó agravios a fs. 801/ 804, los codemandados "Obra Social Unión del Personal Civil de la Nación" a fs. 814/16, la citada en garantía "Prudencia Cia. Arg. de Segs. Grales. S.A." a fs. 818/ 823 vta., el Dr. E. G. A. a fs. 827/9, "CS Salud S.A. " a fs. 830/ 838 vta. y la citada en garantía "TPC Cia. De Segs. S.A." a fs. 840/2. Los de la accionante fueron contestados por la codemandada "Prudencia Cia. Arg. de Segs. Grales. SA" a fs. 846/51 y la actora respondió los expresados por los demandados a fs. 852/ 53 vta.

II.- Antecedentes.

G. A. C. promovió la presente demanda a raíz de los daños y perjuicios sufridos en la intervención quirúrgica a que fuera sometida en la Clínica Bazterrica explotada por la codemandada "Consolidar Salud S.A." el 15 de agosto de 2007, en ocasión de efectuársele una operación cesárea.

Adujo que la intervención quirúrgica estuvo a cargo del Dr. A., que posteriormente al despertarse de la anestesia siente un dolor en el miembro inferior izquierdo advirtiendo que sufrió tres quemaduras. Que por ello se le indicó curación con Platsul por cirugía plástica. Efectúa reclamo indemnizatorio por los daños sufridos (lesiones físicas, daño estético, daño moral, gastos de asistencia médica y farmacéutica, lesiones psicológicas y gastos por tratamiento psicológico)).

La obra social "Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación", plantea excepción de falta de legitimación pasiva, ya que sus afiliados eligen los profesionales e instituciones médicas de la cartilla, por lo que no responde por los actos culposos de éstos. Reconoció la ocurrencia del hecho, invocando sin embargo como eximente de responsabilidad, que no () pueda descartarse que aquél no fuera preexistente;; pidiendo la citación en garantía de "Prudencia Cía. Arg. de Segs. Grales. S.A.".

La citada en garantía " TPC Cia de Segs S.A." niega los hechos. El apoderado de "CS Salud S.A." reconoce que contrató con la obra social, pero que no tiene relación alguna con la actora como así que la cesárea practicada fue acorde con las reglas del arte de curar. Desconoce que sea responsable de las quemaduras sufridas por la actora ya que solo alquiló el quirófano a la obra social, no teniendo control respecto del accionar del Dr. A..

El Dr. E. G. A. alega que atendió a la actora en la fecha y lugar denunciado en la demanda, realizándose la cirugía sin inconveniente alguno. Que luego de ser controlada en el post operatorio se detecta lesión en el gemelo izquierdo circular compatible con quemadura. Señala que si la lesión se correspondiera con alguno de los instrumentos utilizados en ocasión de la cesárea no fue debido a falla humana en su manipulación.

La citada en garantía "Prudencia Cía. Arg. de Segs. Grales. S.A." niega en términos similares a su asegurada.

### III.- La sentencia.

El Sr. juez de grado, con fundamento en el tipo de responsabilidad que pesa sobre las obras sociales, los profesionales médicos, y de los centros asistenciales, en la obligación de seguridad contractual que pesaba en el caso sobre la clínica y el profesional médico, encontró responsables a los demandados por los daños sufridos por la paciente y en función de ello hizo lugar a la demanda instaurada, condenando a los mencionados demandados a abonar a la actora la suma de \$ 37.800, con más intereses y costas.

### IV.- Agravios.

Contra dicha decisión se alzan las partes.

La accionante se agravia en relación al tratamiento conjunto de las partidas indemnizatorias peticionadas por "incapacidad física", "incapacidad psíquica y gastos de tratamiento" y "daño estético"; cuestionando las sumas acordadas por resultar insuficientes para reparar integralmente los mismos. Idéntica queja formula respecto a los rubros "daño moral" y "gastos de asistencia médica y farmacéutica". Reclama sobre el curso y la tasa de interés aplicada.

Los codemandados aducen que una errónea interpretación de las pruebas por el sentenciante, concluyen en la equivocada imputación de responsabilidad. Apelan la responsabilidad que se les atribuye, como la procedencia y cuantía de los rubros resarcitorios.

V.- Un correcto orden metodológico impone tratar en primer término las apelaciones deducidas por los demandados relativas a la responsabilidad que se les atribuye en la sentencia de grado.

Sostienen que no se puede asegurar cómo y dónde fueron producidas las lesiones sufridas por la actora; que el perito indico que el médico actuó conforme a las reglas del arte, por lo que no hubo mala praxis. La obra social alega que no existe factor de atribución para

responsabilizarla, ni subsidiariamente relación causal con los daños reclamados. El Dr. A. intenta desviar la responsabilidad a la jefatura, coordinación y mantenimiento del instrumental del que es ajeno. Todos controvierten la procedencia y montos asignados a los rubros indemnizatorios. Agrega la citada en garantía la aplicación del art. 505 del Cód. Civil.

Señalan asimismo el erróneo, parcial y contradictorio análisis que realiza de las pruebas producidas, que finalmente condujera a una arbitraria decisión por parte del Sr. juez de grado.

Agregan que el a- quo prescindió del contexto en el cual se desarrolló la actuación médica cuestionada, esto es, la realización de una cesárea que en definitiva permitió arribar a un resultado feliz, como fue el nacimiento de los niños en perfecto estado de salud y en óptimas condiciones para su madre desde el punto de vista obstétrico.

VI.- Al decir de Zannoni, "El incumplimiento imputable a la obligación contractualmente asumida (que en su ámbito propio constituye el ilícito al que se imputa la obligación resarcitoria: arts. 520 y 521 del Código Civil), trasciende como el hecho al que el art. 1109 vincula la obligación de reparar desde que, por culpa o negligencia del incumplidor, se ha ocasionado "un daño a otro" (autor citado, El daño en la responsabilidad civil, pág. 141).

Como se advierte, deberá necesariamente analizarse la relación de la Obra Social, como del sanatorio y médico intervinientes con la paciente, a fin de determinar si existió incumplimiento de las prestaciones del contrato médico y en su caso, relación causal de ese incumplimiento con el resultado de las lesiones sufridas por la actora.

Se ha recurrido a los principios generales del art 512 del C. Civil en los supuestos de responsabilidad profesional a la que se define como "aquella en la que incurre el que ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone; requiere para su configuración de los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir que cuando el profesional incurre en la omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación ya sea por impericia, imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable ( art 512 del C. civil), (Suprema Corte de Bs Asen " Rivero y Hornos c. Echalde, Norberto y otro ", daños y perjuicios del 22/12/87; también otros citados aprobatoriamente por Ghersi, Carlos en " Responsabilidad por prestación médico asistencial", p. 343 y sgtes., entre otros).

Se ha señalado como nota característica del profesional la habilidad en el desempeño de su actividad, que ésta se encuentre reglamentada y suponga habilitación previa, su presunción de onerosidad y que se ejerza con autonomía técnica y sujeción a la colegiación , a normas éticas y a potestades disciplinarias .(Alterini, Atilio, Lopez Cabana, Roberto," la Responsabilidad civil de los profesionales", en "Las responsabilidades profesionales"- Libro homenaje al Dr Luis Adorno, pag. 659, Ed,. Platense, 1992).

La Corte Nacional al valorar en el caso de los médicos la obligación jurídica de asistencia ha remarcado que el deber jurídico de obrar se compone no sólo con la carga de actuar con la prudencia y el pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino con las que establecen los ordenamientos particulares, propios de los profesionales del arte de curar- v.gr. Código Internacional de Etica Médica, Declaración de Ginebra, etc - (

Fallos : 306.187 y JA, 1984-II-373; CS 24/10/89 , “Amante Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor”, JA, 1990-II-127).

El régimen legal aplicable es el derivado de la órbita contractual por cuanto, la mayoría de las veces se trata de la inejecución de un previo acuerdo de voluntades ente la víctima y el profesional. Ello no excluye supuestos específicos y excepcionales de responsabilidad extracontractual, que es la propia de los hechos ilícitos y en los que no media convención entre las partes. Por ejemplo- entre otros- si la acción resarcitoria es promovida “iure proprio” por los damnificados indirectos por la muerte de la víctima (Bueres, A. “ Responsabilidad civil de los médicos”, p. 42, Ed. Abaco, Bs As, 1979).

La responsabilidad médica constituye parte especial de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, siendo erróneo considerar que el médico sólo debe responder en casos de falta notoria de pericia, grave negligencia o imprudencia, ignorancia inexcusable, grosera inadvertencia o graves errores de diagnóstico y tratamiento. Cuando el profesional incurre en la omisión de la diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación ya sea por impericia, imprudencia, se coloca en la posición del deudor culpable.

La culpa en sentido genérico es objeto de dos sistemas de apreciación: la valoración en concreto o subjetiva, por la que se merita con relación al sujeto mismo, atendiendo únicamente a sus condiciones personales y a las demás circunstancias de tiempo y lugar en que actuó; y la valoración en abstracto u objetiva en la que el parámetro de comparación está dado por la previsibilidad general de un patrón o tipo medio: el hombre común, el buen padre de familia, etc. (Orgaz, Alfredo , “ La culpa”, ed Lerner , Bs As, 1970; Bustamante Alsina, Jorge “ Teoría General de la responsabilidad civil”, pág 48, nota 4).

Puntualiza Orgaz que ambos sistemas no son antagónicos sino que se complementan; la apreciación abstracta u objetiva no prescinde por completo del examen de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias del caso, ni la apreciación en concreto deja de comparar la conducta del agente con la de un individuo de diligencia normal ( “La culpa”, cita en nota 22, pag. 133).

El juez debe ante todo examinar el caso concreto con toda su constelación fáctica y luego confrontarlo con la conducta que en tal evento había observado un hombre prudente (Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, t. III, p. 161, ed Platense, 1970), o sea , en definitiva , que el art 512 del C. Civil consagra un sistema mixto (concreto y abstracto) (Bueres, Alberto, “Resp. Civil de los médicos “, p.208).

Trigo Represas sostiene que para apreciar la culpa ha de acudirse al “buen profesional” de la especialidad ya que deben armonizarse las directivas del art. 512 del C.C. con las del 902 para la esfera aquilina, y con el art 909 de ese cuerpo legal para el ámbito contractual; por ende” el adiestramiento específico que supone la condición profesional genera un especial deber de obrar con más prudencia y conocimiento (“Nuevas reflexiones sobre responsabilidad civil de los médicos “, LL, 1984 C, 586).

En cuanto a la prueba de la culpa, como regla general, deberá ser probada por el acreedor, sin perjuicio de la importancia que tienen como medio de prueba las presunciones judiciales o bien en casos excepcionales, la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Ello claro está, en la medida que el ordenamiento jurídico no consagre una presunción genérica de culpa como ocurre en algunos supuestos particulares.

En consecuencia, el distingo clasificatorio en estudio para nada incide en el régimen de la prueba de la culpa sino que va mucho más allá y sirve para determinar si estamos frente a un supuesto de responsabilidad subjetiva u objetiva -en este último caso, la culpa queda fuera de la cuestión-.

Queda en claro en la responsabilidad médica, como regla general estamos frente a obligaciones de medios con lo cual “no basta, pues, con revelar la mera infracción estructural, o sea, la causación del daño médico, para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa).

Es que en las obligaciones de medios existe un doble juego de intereses -en todo caso un interés dual- que forma parte integrante del objeto del deber prestacional. Estos intereses pueden ser denominados como final y primario. El interés final, que es el aspirado por las partes, resulta aleatorio (en el caso médico, la curación definitiva) y por tanto, el deudor no está en condiciones de asegurarlo. Al lado de ese interés final aparece el interés primario que se satisface con el esfuerzo del solvens en tanto se traduzca en una actividad prudente y diligente. Este último interés (el primario) basta para que se considere que el proyecto de la prestación se ha cumplido, con lo cual la sola falta de obtención del interés final no es suficiente para patentizar la responsabilidad del deudor.

A la luz de lo expuesto, no cabe duda que en la responsabilidad médica, asumiendo los profesionales obligaciones de medios, para que quede comprometida su responsabilidad debe quedar probado que no se ha cumplido con el fin primario (actividad prudente y diligente) lo que en otras palabras significa acreditar la culpa del galeno.

Ahora bien, en lo referido a la prueba de la culpa del médico se aplican las reglas generales del onus probandi por lo que no siempre estará en cabeza del paciente la prueba de la culpa del médico. Si bien como regla general, esta prueba se ve aliviada por la importancia que tienen las presunciones judiciales que no son más que un verdadero medio de prueba y también por la regla de distribución denominada “cargas probatorias dinámicas” (Vázquez Ferreyra Roberto A., “Importantísimos aspectos del derecho de daño en un fallo sobre responsabilidad médica”, La Ley del 11-9-96, p. 10/ 11).

No obstante lo expresado, las dificultades probatorias acusadas que debe sortear con frecuencia el paciente para poner a las claras la culpa del médico, condujeron a la doctrina a conferir un elevado valor, quizá como en ninguna otra materia, a las presunciones judiciales -“praesumptio hominis”-.

Claro está que en el fondo y cuando menos desde la perspectiva de autorizada doctrina, la admisión de las presunciones “hominis” no importa derogar el régimen de la carga de la prueba en materia de culpa. Habrá que demostrar hechos que generen “indicios” para extraer de ellos la culpa de manera indirecta. A lo más, cabrá entender que existe un aligeramiento de la actividad probatoria, y una concreción a los jueces de posibilidades para apreciar las circunstancias implicadas sobre la base de la equidad ( CNCiv., Sala D, 28/ 2/ 96, in re “G.F.M. y otro c/ Centro Médico Lacroze y otros” del voto del Dr. Bueres, Alberto J.).

Es dable recurrir a la teoría de las cargas probatorias dinámicas. La susodicha teoría constituye una apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución del “onus probandi” -art. 377 del C. Proc.-. Solo debe funcionar cuando la aplicación mecánica o rígida de la ley conduzca a resultados disvaliosos o inocuos. O sea: “Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que se tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento excepcional, que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar”.

En la especie no se encuentra controvertido el hecho que la actora, el día 15 de agosto de 2007, se internó en la clínica Bazterrica con un embarazo a término, practicándole el Dr. A. una cesárea dando nacimiento a mellizos. Luego en el post- operatorio se le detecta quemaduras en la zona gemelar de la pierna izquierda, siendo atendida de las lesiones señaladas.

Algunos codemandados alegan que no hay prueba de que las lesiones fueran preexistentes, ni que exista relación causal entre el hecho quirúrgico y las lesiones objeto de reparación.

Los testigos denuncian la existencia de las lesiones en la pierna izquierda, máxime que el Sr. T. las visualizó al tiempo en que la actora estuvo internada en la clínica.

El perito sobre la historia clínica nos informa: “A fs. 19 a 25 obra copia de la historia clínica de internación de la actora en la Clínica Bazterrica, de la que surge que se interna el 15/8/07 con embarazo gemelar en trabajo de parto, practicándose una cesárea que cursó sin complicaciones. En la evolución del mismo día a las 22.30 hs. consta: paciente que refiere dolor: Abdomen distendido, doloroso. Indico curación de herida. Una ampolla de Meperidina y por indicación de cirugía plástica, curación con Platsul de herida en gemelo izquierdo, dolorosa. El 16/7/07 consta evolución por cirugía plástica de la que surge: paciente que presenta quemadura B en pierna. Se indica lavados diarios con Pervinox jabonoso y cura oclusiva con Platsul A crema. Control por consultorios externos. A fs. 8 obra constancia médica de especialista en cirugía plástica de fecha 27/11/07 en la que deja constancia que la paciente C. G. presenta una quemadura B en pierna izquierda de tercer grado, debiendo guardar reposo y realizar curaciones”.

Señala el experto en relación a los miembros inferiores que “A nivel del tercio medio de la pantorrilla izquierda se observa la presencia de una cicatriz redondeada de aproximadamente 3 cm. de diámetro, levemente hiperpigmentada y deprimida y sin reacción queiloidea. Por debajo de ella, se observa la presencia de otras dos cicatrices de 1 cm. por 0,5 cm. también levemente hiperpigmentadas y sin reacción queiloidea ni deprimidas.

En cuanto a las cicatrices refiere que “del examen clínico practicado como de las constancias médicas obrantes en la causa (historia clínica de la Clínica Bazterrica) surge una razonable relación de causalidad entre la secuela cicatrizal observada en la pantorrilla izquierda de la actora y el accidente denunciado en autos... Presenta tres cicatrices en su pantorrilla izquierda, presumiblemente originadas en quemaduras producidas por la exposición a corriente eléctrica derivadas de algún instrumental médico como podría ser el

electro bisturí", que no hay elementos científicamente comprobables, son sólo suposiciones.

Respondió el profesional que ello guarda adecuada relación causal con un accidente producido en el acto quirúrgico y consideró que el médico actuante no se apartó de las reglas del buen arte; que no existe certeza de la relación causal entre las quemaduras y la actuación del profesional médico.

Si bien ésta mereció objeciones y/o aclaraciones a fs. 527 y a fs. 538, no tuvieron como contenido lo referido a la producción de las quemaduras; las que igualmente fueron respondidas a fs. 593 y a fs. 610. Al tiempo de alegar la única codemandada que lo concretó a fs. 709, en nada objetó lo dictaminado por el experto en cuanto al tema en estudio.

Merece destacarse especialmente que en este tipo de juicios la prueba pericial deviene relevante ya que el informe del experto no suele ser una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (CNCiv, Sala D, en autos "Yapura, Gregoria Erminda c/ Transporte Automotor Riachuelo S.A. s/ daños y perjuicios" expíe. libre N° 77.257/ 98, del 8/10/02; id. "Fiorito, José Luis c/ Petersen José y otro s/ daños y perjuicios" expte. libre N° 105.505/ 97, del 20/09/91). La función de la prueba pericial es de asesoramiento, pues se trata de cuestiones ajenas al derecho respecto de las cuales el Juez no tiene conocimientos específicos. No será el perito quien defina el pleito, pero es indudable que -fundado debidamente su informe- esta actuación, por su peso y envergadura, desplaza por lo regular y quita valor convictivo a otros elementos que no resulten definitorios. Al respecto, es oportuno aclarar que la mera opinión de los litigantes no puede prevalecer sobre las conclusiones de los expertos, en especial si se advierte que no hay argumentos valederos para demostrar que las mentadas conclusiones fueron irrazonables. La solvencia técnica que se desprende de cada profesión indica que la prueba pericial es la más adecuada, pues ella es el fruto del examen objetivo de las circunstancias de hecho, de aplicación a éstas de los principios científicos inherentes a la especialidad, y de los razonamientos que siguen para dar respuesta a los temas sometidos al dictamen (ver CNCiv Sala "D", en autos "Quirós de Delgado, Nélide c/ Ferrocarriles Metropolitanos SA s/ daños y perjuicios" expíe. libre N° 25.403/ 93 del 27/12/96).

Sin embargo, a pesar de lo expresado, corresponde advertir que la experticia en cuestión se ha de evaluar según las reglas de la sana crítica (art. 477 del Ritual) y la libre convicción del juez; labor intelectual que tiene que estar sustentada, desde luego, en patrones jurídicos y máximas de experiencia. En este aspecto téngase presente que las normas adjetivas no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen de los peritos (conf. CNCiv Sala "B", expte. libre 575.218 "Casquero, Gabriel y otro c/ Inst. Médico de Obstetricia S.A. y otros s/ daños y perjuicios", diciembre 2011, en Gaceta de Paz del 6 de noviembre de 2012).

Cabe recordar que conforme lo informado a fs. 523 la intervención quirúrgica se inició a las 6.15 hs y finalizó a las 7,15 hs. Advirtiéndose las lesiones en la pierna izquierda a la actora en el control que se efectúa a las 22.30 hs.

La presunción sobre la ocurrencia del acto médico que pudo originar las lesiones en la pierna de la Sra. C. y que dictamina el experto como acaecidas durante la intervención quirúrgica no encuentra otros medios que la desmerezcan; máxime que los demandados, principales actores participantes, no han arrojado elemento alguno que contradiga lo antes señalado por el perito.

La defensa alegada de que la lesión pudo ser preexistente al ingreso de la actora a la clínica, deviene inconsistente dado que de ello no se dejó constancia en la historia clínica y si se la detectó en el primer control médico realizado a las pocas horas de la cesárea y sin que en dicho intervalo temporal se hubiere detectado otras cuestiones fácticas que permitan dar origen a las lesiones.

Los fundamentos esgrimidos por el experto sobre que las lesiones guardan relación causal con el acto quirúrgico corresponde presumirlas como verosímil, ya que como se dejara constancia las presunciones judiciales son un verdadero medio de prueba y también por la regla de la distribución denominada “cargas probatorias dinámicas”. Los demandados simplemente adoptan una posición pasiva ante el hecho evidente y advertido por ellos de las quemaduras que se visualizan en la pierna de la actora inmediatamente a posteriori del acto quirúrgico.

Los indicios que da cuenta la experticia sirven de motivación idónea para extraer de ello la prueba de la culpa. La postura rígida en las cuestiones en estudio e invocada por los demandados conduciría a resultados disvaliosos o inocuos Resultando también convincente que los demandados en lo referente a lo dictaminado en la pericia sobre la relación causal y la posible motivación de las quemaduras no hubieran solicitado aclaración ni impugnación alguna; dicha postura también se reitera ante la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes.

Como bien lo ha expresado mi distinguido colega Dr. Oscar Ameal en la causa “Sánchez, Natalia G. c/ Fundación Científica Vicente López y otros s/ daños y perjuicios”, expte. N° 35.709/ 08 “...cuando la inejecución del contrato reconoce como causa directa e inmediata, no ya el acto médico en sí, sino el hecho de una cosa inanimada, cuyo régimen se aparta del subjetivo con fundamento en la culpa profesional que rige como principio básico la materia; tampoco cabe invocar las disposiciones contenidas en el art. 1113 del CC para reclamar la indemnización por daños y perjuicios sufridos (Trigo Represas “Responsabilidad de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión” LL 1981-B pág. 763/85), a menos que el art. 1107 autorice especialmente la opción”.

En dicha inteligencia, en el ámbito contractual, cuando el daño es ocasionado por el empleo de cosas (artefactos, material médico, medicamentos, etc.), salvo el supuesto aludido, el fundamento de la responsabilidad de los médicos, clínicas, establecimientos asistenciales, etc. es objetiva pero derivada de la obligación tácita de seguridad (Art. 1198 CC, Alberto J. Bueres, “Responsabilidad civil de los médicos”, pág. 503 y sgtes.).

Esa obligación de seguridad cabe tanto a la clínica como al médico por las cosas que emplea en el desempeño de su profesión, consistente en asegurar que de las cosas que se sirve, no se derivarán perjuicios al paciente, por ello que cuando éste resulte dañado por los aparatos o instrumental utilizados, con independencia o al margen del acto médico



puro, la sola infracción de ese deber de seguridad, presume la responsabilidad profesional y correlativamente libera al paciente de la carga de la prueba de la culpa o negligencia del médico, que de lo contrario le habría correspondido, más allá de la vigencia de la teoría de la carga probatoria dinámica (Trigo Represas “Responsabilidad de los médicos por el empleo de cosas inanimadas en el ejercicio de la profesión” LL 1981-B pág. 781), pudiendo la clínica o el galeno destruir el nexo causal probando la existencia de un caso fortuito (art. 514 del CC), causal exonerativa que no ha sido invocada por los demandados en autos.

Sin embargo, en este último aspecto cabe destacar, que cuando hay atribución objetiva de responsabilidad contractual, el deudor solo se libera si el caso fortuito es extraño a la actividad propia del contrato, debe tratarse de una circunstancia externa o ajena (Alterini, Ameal, López Cabana, “Derecho de obligaciones civiles y comerciales”, Págs. 369 y 373).

Destaca Mosset Iturraspe, que la revelación del casus exige la prueba del origen extraño del hecho. El requisito de extraneidad no se cumple cuando el perjuicio reconoce génesis en el vicio de la cosa o en la mayor dañosidad que se sigue de su uso o empleo: el vicio o riesgo de la cosa no es, por tanto un hecho extraño respecto de la cosa, sino un hecho propio de la misma por el cual se debe responder (Mosset Iturraspe, “Responsabilidad civil del médico”, Ps. 157 y 158).

El deber de seguridad por las cosas empleadas compete entonces al establecimiento de salud o al médico que la asumen como sujetos de la relación jurídica obligacional, con carácter accesorio del deber jurídico principal de naturaleza asistencial. Cuando el médico desempeña funciones en una clínica, pese a no ser dependiente de ella en el aspecto técnico –científico, igualmente responderá por la acción dañosa de las cosas propiedad de la clínica en calidad de deudor directo (art. 504) sin perjuicio que pueda o no ser guardián (Bueres, Ob. Cit, pág. 507).

En tal sentido destaca el citado autor que la obligación de seguridad de tipo objetivo por el empleo de cosas en el ámbito contractual, apunta a la calidad de deudor y prescinde de los conceptos de dueño o guardián, que pueden o no estar presentes. En consecuencia tanto el sanatorio como el médico en virtud del art. 504, son deudores contractuales y directos de ese deber objetivo (Bueres Ob. Cit pág. 508/509), criterio recogido en las “V Jornadas Rioplatenses de Derecho”, celebradas en San Isidro, Buenos Aires, entre el 15 y el 17 de junio de 1989.

La obra social a su vez, responde asimismo por omisión o insuficiencia en el suministro del servicio de salud a su cargo, como por las deficiencias de la prestación cumplida (Bueres, Ob. Cit. T 1, p. 380 y ss. y 472 y ss.; Trigo Represas, “Reparación de daños por Mala Praxis Médica”, pág. 401 y ss.).

En el marco expuesto, debe resaltarse, que no se encuentra cuestionada en autos la buena práctica médica llevada a cabo por el Dr. A. en la intervención quirúrgica de cesárea practicada a la accionante, la que se desarrolló sin inconvenientes.

Concluida la cesárea y encontrándose los profesionales intervinientes entre ellos el Dr. A., efectuando los actos médicos pertinentes, el posible accionamiento del electro bisturí debió encontrarse activado en el campo quirúrgico, entre las piernas de la paciente, produciéndole aquel las quemaduras en uno de los miembros.

En consecuencia, las consideraciones vertidas por el Dr. A. en relación a la intervención quirúrgica propiamente dicha resultan irrelevantes, en tanto no existe de parte de la actora reproche alguno en tal sentido, debiendo centrarse el análisis en la responsabilidad de los demandados, por las quemaduras producidas por el electro bisturí y/ otro instrumento con exposición de corriente eléctrica colocado en el campo quirúrgico, entre las piernas de la paciente.

Se puede afirmar que en la generalidad de los electro- bisturí, estos cuentan con dos botones, uno para corte y otro para coagulación. Que funcionan por contacto, cuando se activa el botón presionando el aparato funciona y cuando se suelta, deja de hacerlo automáticamente. Al momento del hecho, el instrumento pudo estar encendido en la función corte y que ninguno de los profesionales partícipes lo estaba utilizando, pero se desconoce como pudo activarse la botonera del electro.

Quien decide el uso del electro bisturí durante la cirugía es el profesional cirujano que ejecuta la intervención y que la ubicación del mismo en el área quirúrgica es una decisión reservada al criterio del profesional de acuerdo a su práctica y comodidad. Se señala que este tipo de quemadura por mal funcionamiento espontáneo del electro bisturí no es habitual en la práctica médica, pero que, sin embargo, si por alguna razón se hubiera previsto tal situación, el electro bisturí debería haber sido colocado fuera del contacto con la paciente.

Es una posibilidad muy lógica a considerar que el profesional durante su trabajo técnico hubiere efectuado una presión inadvertida y transitoria del interruptor del electro bisturí y puesto en funcionamiento el aparato en forma no intencional.

El mecanismo certero de la puesta en funcionamiento del electro bisturí no surge de los elementos médicos de la causa, siendo posible el descrito en el dictamen pericial, no habiéndose realizado el examen técnico del equipo a fin de verificar la eventual falla técnica.

El carácter peligroso que reviste el aparato productor del daño (electro bisturí) y la circunstancia que la ubicación del mismo en el área quirúrgica sea una decisión reservada al criterio del cirujano, de acuerdo a su práctica y comodidad (pericial médica), indica que es el profesional quien tiene el control del mismo, resultando decisivo el deber de seguridad d tipo objetivo que tanto éste como la clínica tienen en relación con el riesgo de dañosidad y/o en los vicios del artefacto en el que se originó el daño, siendo sus responsabilidades contractuales y directas.

No se ha acreditado la causa que provocó la activación espontánea del electro bisturí, y/o de otro instrumento similar, pero lo cierto es que ello ocurrió, sea que aquel presentara un vicio o defecto de funcionamiento o que el profesional durante su trabajo técnico hubiere efectuado una presión inadvertida y transitoria del interruptor del electro bisturí y puesto en funcionamiento el aparato en forma no intencional.

Tal situación fáctica, demuestra que su ubicación entre las piernas de la paciente, aun cuando ello puede ser usual en la práctica médica, dado su alto nivel de riesgo y peligrosidad no puede considerarse adecuado y acorde al aludido deber de seguridad que pesaba sobre el profesional.

En consecuencia, no resultando de la prueba aportada al juicio, que el daño sea "externo" en relación con la cosa e incumplida la obligación de seguridad aludida, es que los demandados deben responder como "deudores" de esa prestación que les compete, independientemente de la calidad de "dueños" o "guardianes" que pudieran ostentar (CNCiv., Sala D, "Astesiano, Alberto M. v. Policlínica Bancaria 9 de Julio", 07/09/1984, J.A. 1986 I 221).

Por tal razón habré de proponer al Acuerdo la desestimatoria de los agravios vertidos por los demandados, confirmándose en tal sentido la sentencia apelada.

VII.- Cabe en consecuencia proceder al tratamiento de los agravios esgrimidos respecto de la cuenta indemnizatoria de autos.

A.- Incapacidad Sobreviniente.

El Sr. Juez de grado trató en forma conjunta los rubros reclamados en concepto de daño físico, daño psíquico, gastos de tratamiento y lesión estética.

Por su parte, la actora sostiene que los montos resarcitorios asignados a los rubros indemnizatorios devienen exiguos. Los demandados, cuestionan la procedencia y cuantía de la indemnización otorgada, desde que según sostienen no se ha demostrado su proyección o trascendencia en la actividad o aptitudes del sujeto, siendo que las secuelas cicatrizales no producen incapacidad laborativa de carácter físico, anatómico o funcional.

He de señalar, en cuanto al tratamiento conjunto de los reclamos, que no se advierte agravio para la damnificada si cada concepto es ponderado adecuadamente.

El experto ha valorado la incapacidad física y estética de la damnificada en un porcentaje que engloba ambos aspectos, sin poder efectuarse discriminación es que habré de meritar a los fines resarcitorios una partida indemnizatoria única que permita reparar el daño sufrido por la víctima integralmente considerado.

Aclarado ello, corresponde considerar el criterio valorativo a tener en cuenta a los fines reparadores.

Ahora bien, cabe recordar que la incapacidad sobreviniente es el perjuicio que consiste en las limitaciones a la capacidad genérica que son consecuencia de las lesiones experimentadas por la víctima al producirse el accidente, exigiendo el resarcimiento del perjuicio patrimonial sufrido por el damnificado la consideración prudencial de los aspectos a ella referidos (edad, sexo, profesión u oficio, grado de instrucción, etc.), gozando el arbitrio judicial de un amplio margen de apreciación. Se descarta entonces la adopción de sistemas automáticos basados en cálculos actuariales o de fórmulas genéricas semejantes. Comprende, en consecuencia, la merma genérica en la capacidad futura del damnificado que se proyecta en todas las esferas de su personalidad y constituye, por lo tanto, un quebranto patrimonial indirecto.

Así como toda disminución de la integridad física humana debe ser materia de resarcimiento, hay que admitir que cualquier merma de las aptitudes psíquicas de un individuo constituye también un daño resarcible. En esa inteligencia, corresponde a mi

criterio colegir la total autonomía e independencia entre el daño psíquico y el moral. Uno importa un menoscabo a la salud psíquica e integra el concepto de incapacidad, mientras que el otro es de carácter extrapatrimonial y repercute en los sentimientos del damnificado.

En este aspecto, se configura la lesión psíquica mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el mundo social.

Para fijar el respectivo quantum indemnizatorio se ha resuelto que debe tenerse en cuenta no sólo de qué manera incide su gravitación en las aptitudes de la víctima para el trabajo futuro o en la frustración de obtener beneficios económicos, pues esa incidencia no es única ni exclusiva a los fines resarcitorios, sino además de qué manera gravita en todos los demás aspectos de la personalidad de la víctima (esta Sala Exptes. 101.557/97; 31.005/01; CNac.Civ., Sala F, 21/11/02, JA 2003-IV-síntesis; CCiv. y Com. Morón, Sala 1a, 1/10/02, JA 2003-II-síntesis; Id., Sala 2a. 20/2/03, JA 2003-IV-262; CNac.Civ., Sala H, 23/5/02, JA 2003-I-síntesis, entre muchos otros).

Asimismo, para que proceda el reclamo resulta de fundamental importancia la existencia de un daño cierto resarcible que indique que el hecho generador ha provocado secuelas de carácter discapacitante, con clara relación causal.

A tal fin, cabe atenerse a las constancias obrantes en la causa y pericia médica de fs. 520/523, la que valoro y acepto en los términos de los arts. 386 y 477 del C.P.C.C.N

El perito, luego de examinar a la actora y de conformidad a los estudios efectuados nos informa respecto a las cicatrices referidas que: “si bien no son de una gran magnitud, conforman una auténtica secuela estética ya que reúne los parámetros de localización, ubicación y longitud o tamaño para ser consideradas como tal, siendo visibles a más de un metro de distancia y deben ser tenidos en cuenta a la hora de fijar el porcentaje de incapacidad, por cuanto alteran la armonía y simetría del organismo en su conjunto, afectando la presencia”. Requiere cirugía estética reparadora para mejorar el aspecto de las cicatrices. El tiempo de rehabilitación es corto (menor al mes). El costo es variable de acuerdo al lugar seleccionado (privado u Obra Social).

En cuanto al aspecto psíquico “del psicodiagnóstico solicitado como también del examen de las funciones psíquicas efectuado durante su permanencia en el consultorio, surge que el actor presenta un trastorno en su personalidad debido a un estrés postraumático que se puede haber instalado a posteriori de un accidente. El agente productor de estrés consistió en una agresión externa real, imprevista y no deseada, impactante para el psiquismo y desequilibrante de las funciones adaptativas. No ha logrado hasta el momento restablecer su estabilidad con la implementación de nuevos mecanismos de adaptación ya que se ha desarrollado una neurosis reactiva.

Por todo lo expuesto, el perito expone que “la actora presenta una incapacidad física parcial y permanente del 3 % de la total Obrera por su secuela estética en pantorrilla izquierda y una incapacidad psíquica parcial y permanente del 5 % de la total obrera por su secuela por estrés postraumático que puede revertir con tratamiento psicopatológico. Estas

secuelas se encuentran médicamente consolidadas y mantienen razonable relación de causalidad con el accidente denunciado en autos”.

A fs. 610 en la contestación al pedido de aclaraciones el experto agrega que: ”en medio privado el costo total de la cirugía estética reparadora a realizarse en la pantorrilla izquierda de la actora oscila entre \$ 2.000 a \$ 5.000 de acuerdo al centro seleccionado.

Cabe de todas maneras considerar, que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos -aunque elementos importantes que se deben considerar- no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente, toda vez que, como señalara, no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio (CSJN Fallos: 310:1826, 1828/1829).

Conforme surge del informe emitido por el perito médico designado de oficio, la actora presenta las cicatrices antes descriptas; mostrando desde el punto de vista estético una secuela cicatrizal francamente visible social e íntimamente.

También cabe valorar que se requiere cirugía estética reparadora para mejorar el aspecto de las cicatrices -ver fs. 522-.

A partir entonces de los presupuestos aludidos, lesiones y secuelas padecidas, porcentaje de incapacidad, daño estético inferido, gastos por tratamiento psicológico, cirugía reparadora y valorando especialmente las condiciones personales de la víctima, como ser la edad, sexo, medios de vida, etc), es que considero exiguo el monto acordado, teniendo en cuenta que el a-quo valoró en el presente ítem el perjuicio psíquico sufrido y los gastos del tratamiento; por lo que considero equitativo incrementar el quantum del resarcimiento a la suma de \$ 45.000 (conf. art. 165 del C.P.C.C.N).

B.- Daño moral.

El Sr. Juez de grado valuó dicho daño en la suma de \$ 14.000.

La actora considera que dicho monto no cubre ni compensa el verdadero detrimento espiritual sufrido por su parte.

Los demandados por el contrario, consideran que dicho resarcimiento resulta improcedente con fundamento en que las lesiones sufridas no tienen entidad para configurar un daño moral resarcible, considerándolo en su caso excesivo.

Existe daño moral indemnizable cuando hay una lesión o agravio a un interés jurídico no patrimonial, es decir un menoscabo a bienes extrapatrimoniales.

El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, padecimiento, sino aquello que sea consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido tenía un interés reconocido jurídicamente (conf. Zanoni, "El daño en la responsabilidad civil", pág. 234/2-35).

El agravio moral está constituido por la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, los padecimientos que experimentara, la duración de su tratamiento, convalecencia y la incertidumbre sobre el grado de restablecimiento.

Con este alcance, teniendo en cuenta las condiciones subjetivas de la damnificada, las objetivas del evento dañoso, los padecimientos que sufriera a raíz de las lesiones sufridas, de los que dan cuenta las constancias arrimadas a la causa, es que en virtud de lo dispuesto por el art. 165 del C.P.C.C.N., considero razonable y prudencial incrementar la suma otorgada en la anterior instancia a la de pesos treinta mil ( \$ 30.000).

C- Gastos de farmacia y atención médica.

El a-quo valoró este perjuicio en la cantidad de \$ 800, suma que es cuestionada por las partes.

La actora se agravia por cuanto entiende que no han sido considerados los costos por gastos de asistencia médica tendientes atender las lesiones sufridas. Los accionados y sus aseguradoras sostienen por el contrario, la improcedente del rubro y subsidiariamente piden su reducción cuantitativa.

Es criterio prácticamente uniforme que tales gastos se presumen, ya que aún a falta de pruebas sobre la entidad de gastos médicos y de farmacia los mismos pueden apreciarse en función del carácter y gravedad de las lesiones (conf. exptes. N° 37.034/04; 69.167/01 entre otros).

No obsta a ello la circunstancia que la accionante cuente con obra social, pues los responsables de los daños deben colocar al damnificado en condiciones que le permitan recuperar la capacidad que ha quedado disminuida y de tal manera permitirle a aquel que pueda afrontar los gastos de los profesionales y de la entidad asistencial que a su criterio goce de mayor idoneidad (Expte. N° 11.596/98; 95.112/98, entre otros), siendo además lógico que en el transcurso del tratamiento el enfermo efectúe erogaciones en elementos necesarios para su curación y tratamiento que exceden la atención brindada en un hospital público y la cobertura de la obra social.

Asimismo y dado que la integridad de la persona constituye uno de sus bienes fundamentales, debe reconocerse la facultad de alcanzar cuanto sea preciso para recobrar la salud o la indemnidad dañada, en cualquier grado que resulte lesionada y con abstracción de las utilidades económicas que la víctima lograba o no con el ejercicio de sus capacidades.

Las lesiones y secuelas sufridas por la accionante, valoradas a la luz de las constancias obrantes en la causa, justifican ampliamente el resarcimiento y otorgan certeza a los gastos futuros reclamados, resultando el monto acordado en función de lo expuesto exiguo, por lo que propongo al Acuerdo incrementarlo a la suma de \$ 3.000.

#### VIII.- Intereses.

El Sr. Juez de grado estableció que los intereses deben liquidarse conforme la tasa del 8 % anual desde la mora y hasta la de la sentencia. En adelante y hasta el efectivo pago a la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina.

La actora peticiona que la tasa activa se aplique desde la mora.

El Tribunal se ha expedido en el sentido que aun frente a hipótesis de responsabilidad contractual, tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva, no es menester la previa constitución en mora (expte. N° 3.413/03).

En otro orden, debo decir que la doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos "Samudio de Martínez, Ladislao c. Transporte Doscientos Setenta S.A. sobre daños y perjuicios", dejó sin efecto la fijada en los plenarios "Vázquez, Claudia Angélica c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios" del 2 de agosto de 1993 y "Alaniz, Ramona Evelia y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios" del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo).

Esta Sala se ha pronunciado en el sentido que el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora -en el caso, el hecho - que resulta computable (v. expte. N° 105.697/02, "Boncor Claudio c/ Celucci Héctor s/ daños y perjuicios", del 10/02/2010, con voto preopinante de la Dra. Silvia A. Díaz).

Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación (conf. art. 1083 C.C.). La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación).

En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda, la que se encuentra prohibida.

Por otra parte, los antecedentes mencionados, ni la vigente doctrina plenaria recaída en autos "Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos setenta S.A. sobre daños y perjuicios", que deroga a los anteriores, permiten efectuar diferencias con fundamento en la fecha de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de

la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad.

De establecerse una tasa menor se estaría premiando al deudor por el tiempo transcurrido entre el hecho y la sentencia firme que decide su pago. Como ha señalado la Sala H en autos "Fragoso c/ Construed SA s/ daños y perjuicios" (22/04/03) "...una tasa inferior a la de plaza provoca un beneficio para el deudor moroso que aumenta a medida que el proceso se dilata, mientras que una tasa acorde a la del mercado constituye un estímulo que es el deseable, en tanto se ajusta a la garantía ínsita en el art 18 de la Constitución Nacional".

En cuanto al enriquecimiento indebido, los integrantes de esta Sala sostuvimos en el plenario aludido, conjuntamente con los Dres. Sansó, Mizrahi, Ramos Feijóo, Díaz Solimine, Vilar, Zannoni, Mattera, Wilde, Verón y Pérez Pardo, que "la salvedad sólo tendría significación en los casos en que el capital de condena se tradujese en sumas actualizadas por índices que miden la depreciación monetaria acaecida entre la mora, o el día en que se produjo el perjuicio objeto de reparación, y el dictado de la sentencia. Esto así porque, en ese supuesto, la actualización monetaria ya habría recuperado el valor del capital. Si a dicho capital de condena, por hipótesis actualizado, se le adicionara una tasa activa que incluyese el plus destinado a recomponer, justamente, el valor del capital, se originaría un enriquecimiento sin causa pues se estaría condenando a cargar no sólo con la depreciación monetaria, sino con un interés cuya tasa la computa nuevamente. Es decir, se obligaría al deudor a pagar dos veces por la misma causa. Tales fueron los fundamentos que llevaron, en la década de los setenta, a consagrar tasas de interés "puro" que excluían la prima por la desvalorización monetaria que ya había sido calculada al actualizarse el capital mediante el empleo de índices".

Asimismo que "A partir de la ley 23.928, en 1991, quedó prohibida toda "indexación" por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, prohibición que ha mantenido el art. 4, vigente ley 25.561, denominada de emergencia económica. "En ningún caso dice esta última norma se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor".

Agregando que, "De tal modo el capital de condena no es susceptible, hoy, de estos mecanismos de corrección monetaria, que en su origen fueron propiciados exclusivamente para las llamadas obligaciones de valor que se liquidan en dinero y que con la hiperinflación que azotó a nuestra economía durante décadas se generalizó a todas las obligaciones dinerarias. En tal sentido, los fallos plenarios dictados por la Cámara Nacional en lo Comercial (13/4/1977) y por esta Cámara (in re "La Amistad S.R.L. v. Iriarte, Roberto C." del 9/9/1977), siguiendo pronunciamientos anteriores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejercieron un efecto multiplicador de la crisis inflacionaria. Y fue en ese contexto que se elaboraron criterios relativos al cálculo del interés "puro", que oscilaba entre el 6%, el 8% y hasta el 15% anual".

Sosteniendo que "El contexto actual no es, por fortuna, aquél. La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales como suele decirse, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se "indexen", o sea actualicen, los montos reclamados en la demanda mediante la aplicación



de índices de depreciación monetaria. Tales procedimientos de actualización están prohibidos, se reitera, por las leyes antes citadas. Y aunque pudiera argumentarse que, aun así, la obligación de resarcir daños constituye una típica obligación de valor que se liquida en dinero, según la clásica nomenclatura, existe consenso por lo menos a partir del dictado de la ley 23.928 que los montos liquidados por quien reclama el resarcimiento en juicio, constituyen parámetros que deben respetarse en acatamiento del principio de congruencia, salvo lo que, en más o en menos, surja de la prueba producida durante el proceso”.

Con ese mismo criterio se aceptó, “desde 1992, aplicar a falta de un pacto o convenio de intereses, la tasa pasiva promedio que mensualmente publica el Banco Central de la República Argentina y que entre ese año y el 2004, estuvo por encima de los precios al consumidor, lo cual no ocurre en la actualidad. Como señaló la mayoría del tribunal al responder a la primera pregunta del acuerdo plenario, una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios no sólo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda”.

Agregando que “la salvedad que se hace al responder a la última pregunta que se formuló en el acuerdo no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente”.

Es por ello que, “desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia quedó determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Código Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento”.

“El enriquecimiento indebido, especie del enriquecimiento sin causa, funciona como principio general de derecho que representa un llamado abstracto a la justicia, que debe primar en todo ordenamiento jurídico”.

Dicho principio, “como tal, adolece de una vaguedad e imprecisión notorias, que dificultan su aplicación a situaciones concretas que se dan en la práctica de las relaciones jurídicas”.

“No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario, es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su acreedor, que altere el significado económico del capital de condena por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado”.

Ello así, “por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitivos exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el art. 622 del Código Civil, atento al principio dispositivo del

proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal”.

Asimismo, y con voto preopinante de la Dra. Silvia Díaz en autos “Daniele Emanuel c. Carro, Cesar Daniel y otro s/ daños y perjuicios, de fecha 6/11/09, esta Sala se pronunció acerca de los alcances de la doctrina “Samudio” y a que tipo de situaciones jurídicas abarca.

Se señaló de tal manera, que “...el fallo plenario no es una ley pues no ha emanado del órgano competente para sancionarla, ni tampoco resulta obligatorio para todos, sino para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales aquella sea tribunal de alzada y hasta tanto sea modificado por medio de uno nuevo...”.

Agregándose que “... existen otras razones que impiden aplicar el art. 3º del Código Civil, a saber:... el artículo 303 del Código Procesal es la norma que contempla la obligatoriedad de los plenarios. Como ley procesal tiene eficacia temporal inmediata tanto a los actos procesales pendientes de ejecución como aquellos actos que aún no se cumplieron, siendo la sentencia un acto procesal por excelencia que no debe confundirse con su contenido, eminentemente de derecho sustancial. Difiere en su operatividad respecto de la ley de fondo cuya aplicación rige para el futuro, lo que es dable que así ocurra teniendo en cuenta el carácter de instrumental que poseen las normas rituales...”.

Que “...Dicha norma expresa que los plenarios son “interpretación” de la ley. Siendo así, la interpretación de una norma, tarea eminentemente jurisdiccional, no es equivalente a su aplicación sino previa a ella. Afortunadamente, va variando en el tiempo ajustándose a distintas circunstancias, en este caso de naturaleza económica, hecho que por sí solo habla de la constante evolución que tienen las tasas de acuerdo a la realidad -variable por cierto- dada la índole de la cuestión...”.

Se dijo asimismo que “...en tal contexto, no puede hablarse de derechos adquiridos. La vigencia del plenario tiene lugar hasta que se dicte otro, de modo tal que se da otra interpretación que sustituye la anterior. Interpretar no es modificar un derecho”.

Destacando “...No se advierte qué sentido tendrá la suspensión de pronunciamientos de seguirse el argumento de la irretroactividad”; y por último “...que resulta factible hacer un paralelismo con lo establecido en el inc. 6) del art. 163 del CPCC en cuanto permite que la sentencia haga mérito de hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos durante la sustanciación del juicio...”.

Por los argumentos expuestos, tratándose de la aplicación de una doctrina plenaria, cuya naturaleza jurídica está determinada por la obligatoriedad que viene impuesta por el art. 303 del Código Procesal, que bajo ningún aspecto modificó las normales legales vigentes al momento de su dictado, no encontrándose involucrada la prohibición de irretroactividad de las leyes contemplada por el art. 3 del Código Civil, corresponde modificar el fallo apelado, correspondiendo disponer la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, establecida como doctrina plenaria, desde la mora hasta su efectivo pago.

IX.- Costas.

En la especie, el magistrado aplica a la parte demandada el principio de la derrota por resultar objetivamente vencida en el proceso, lo que motiva los agravios de la citada en garantía -ver fs. 823-.

El ordenamiento legal vigente ha receptado en sus arts. 68 y 69 como pauta de imposición en materia de costas, el principio objetivo de que las mismas deben ser soportadas por el derrotado, por cuanto se pretende que el vencedor quede incólume en su patrimonio si le ha sido necesario demandar o defenderse frente a una pretensión lesiva a sus derechos habiéndose demostrado que le asistía razón en el planteo.

Dicho principio no es absoluto, por cuanto el art. 68 citado faculta al magistrado interviniente a eximir total o parcialmente al derrotado de esta responsabilidad, siempre que encontrare mérito para ello, debiendo en tal caso expresar las razones en su pronunciamiento, no encontrándose sin embargo, en el análisis de la causa, motivo que permita aplicar el razonamiento expuesto.

No cabe soslayar, que todo aquel que somete u obliga a someter una cuestión a la decisión judicial contravirtiendo el derecho alegado por su contrario, es porque lógicamente considera que le asiste razón para petitionar o repeler la pretensión como hacen los recurrentes, mas ello no lo releva necesariamente del pago de los gastos en que hizo incurrir a su oponente si el resultado le es desfavorable.

Tampoco advierto que se de el supuesto contenido en el art. 71 del Código Procesal que habilitaría de acuerdo al resultado del pleito la compensación o distribución prudencial de las costas realizada por el juez en proporción al éxito obtenido por cada parte, ya que en materia de daños y perjuicios y como consecuencia del principio de reparación integral del daño causado, las costas forman parte integrante de la indemnización, y deben ser impuestas al vencido aún cuando la demanda prospere en proporción inferior al reclamo originario (esta Sala Exptes n° 121.432; n° 151.313; CNCiv. Sala A, 3/7/03, JA 2004-I-síntesis; CNCiv., Sala I, 25/6/2003, JA, 2003-IV-248 entre otros).

Frente a ello, no advirtiéndose en el caso la existencia de circunstancias objetivas que demuestren justificación alguna que torne viable la aplicación de la excepcional eximición legalmente prevista en el segundo párrafo del art. 68 y en el art. 71 del ritual, y en virtud del resultado de la apelación, que confirma la decisión del a quo respecto del fondo del asunto, es que los agravios deben ser desestimados.

X.- Por último, en cuanto al planteo efectuado por la citada en garantía a fs. 823 in fine/ 823 vta. respecto de la omisión de la aplicación del art. 505 del Cód. Civil, corresponde diferir su tratamiento para la etapa de ejecución.

Por las consideraciones expuestas, expido mi voto: I) Porque se modifique la sentencia apelada incrementándose los montos concedidos por “daño psico-físico, lesión estética, tratamiento psicológico y cirugía reparadora”, “daño moral” y “gastos médicos y de farmacia ” a las sumas de \$ 45.000; \$ 30.000 y \$ 3.000, respectivamente; II) Porque se modifique el curso y tasa de interés en los términos indicados en la presente; III) Porque se confirme en todo lo demás que decide, manda y fuera objeto concreto de agravios y, IV)

Porque se impongan las costas de Alzada a cargo de los demandados vencidos (art. 68 del C.P.C.C.N).

La Dra. Hernández y el Dr. Ameal por las consideraciones y razones aducidas por el Dr. Domínguez, votan en igual sentido a la cuestión propuesta.

Fdo.. Carlos A. Dominguez - Lidia B. Hernández - Oscar J. Ameal

Raquel Elena Rizzo

///nos Aires, 05 de febrero de 2013.//-

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: I) Porque se modifique la sentencia apelada incrementándose los montos concedidos por “daño psico-físico, lesión estética, tratamiento psicológico y cirugía reparadora”, “daño moral” y “gastos médicos y de farmacia ” a las sumas de \$ 45.000; \$ 30.000 y \$ 3.000, respectivamente; II) Porque se modifique el curso y tasa de interés en los términos indicados en la presente;; III) Porque se confirme en todo lo demás que decide, manda y fuera objeto concreto de agravios y, IV) Porque se impongan las costas de Alzada a cargo de los demandados vencidos (art. 68 del C.P.C.C.N).

Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 del CPCCN).

Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.//-

Fdo.: Carlos A. Dominguez - Lidia B. Hernández - Oscar J. Ameal

Citar: elDial.com - AA7D61

Publicado el: 25/03/2013

Copyright 2013 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina

Copyright 2012 - elDial.com - editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina