

Voces: RESPONSABILIDAD MÉDICA - DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS - ASISTENCIA MÉDICA - HOSPITALES Y SANATORIOS - RECURSO DE APELACIÓN - RECHAZO DEL RECURSO

Partes: L. M. V. c/ Servicios de internación y ambulatorios de medicina privada | daños y perjuicios

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza

Sala/Juzgado: Quinta

Fecha: 9-ago-2013

Cita: MJ-JU-M-81328-AR | MJJ81328

Producto: MDZ,MJ,SYD

El médico y la clínica demandada deben responder por la mala praxis incurrida por el profesional al no revisar los elementos que su práctica médica requiere antes de llevar adelante la intervención quirúrgica.

Sumario:

1.-Corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el médico y la clínica demandada, contra la sentencia que hizo lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios promovida por resultar acreditada la mala praxis médica - en el caso, mala técnica utilizada para colocarle al actor el clavo Kustcher, por la incorrecta elección del tipo de clavo que se le debía introducir conforme a sus circunstancias particulares-, entendiéndose que la conducta del profesional médico influyó en un 70% en la producción de los daños.

2.-No encontrándose cuestionada la práctica médica sino la forma en que se implementó la opción quirúrgica elegida debe confirmarse la sentencia que hizo lugar a la demanda de mala praxis desde que la utilización de un clavo que no era el indicado no constituye una cuestión novedosa, ya que el análisis de la mala práctica abarca también el análisis de la elección del material quirúrgico a utilizar por el profesional para llevar adelante la práctica médica, no quedando desligado el cirujano interviniente por no haber sido él quien técnicamente señalara a los familiares del actor el tipo específico de material que debían comprar y debió en forma previa a operar examinar las características específicas del material quirúrgico a utilizar, y con mayor razón la del clavo Kustcher que pensaba introducir en la pierna del paciente.

En la ciudad de Mendoza, a los nueve días del mes de agosto del año dos mil trece, se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y

Tributario de la Primera Circunscripción Judicial, los Srs. Jueces titulares de la misma Drs. Adolfo Mariano Rodríguez Saá, Beatriz Moureu y Oscar Martínez Ferreyra y trajeron a deliberación para resolver en definitiva la causa N°109.422/13.077, caratulada "L., M. V. C/ SERVICIOS DE INTERNACIÓN Y AMBULATORIOS DE MED. PVDA. P/ DAÑOS Y PERJUICIOS", originaria del Vigésimo Primer Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 962/963 y 965 por el Dr. J. A. R. y "Servicios de Internación y Ambulatoria de Medicina Privada S.R.L." y el Sr. M. V. L., respectivamente contra la sentencia dictada a fs. 925/938.

Llegados los autos al Tribunal, a fs. 980 se ordena expresar agravios, lo que se cumple a fs. 1002/1019 y 1034/1035. Corridos los traslado de ley, a fs. 1024/1026 y 1042/1046 se contestan los recursos, quedando los autos en estado de dictar sentencia a fs. 1050.

Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de votación: Drs. Rodríguez Saá, Moureu y Martínez Ferreyra.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTION: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTION EL DR.RODRIGUEZ SAA DIJO:

I.- Que en primera instancia se hace lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios promovida por la parte actora, considerando para ello el Inferior que en el caso se ha acreditado que hubo mala praxis médica, por lo que debe responder el profesional y la clínica demandados, entendiéndose que la conducta del profesional médico influyó en un 70% en la producción de los daños.

La sentencia es apelada tanto por el Dr. J. A. R. y "Servicios de Internación y Ambulatoria de Medicina Privada S.R.L." como por el actor.

A.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL DR. J. A. R. Y "SERVICIOS DE INTERNACIÓN Y AMBULATORIA DE MEDICINA PRIVADA S.R.L.":

II.- Que al fundar su recurso, la parte apelante expresa que se agravia en primer lugar por considerar que existe una errónea consideración del tratamiento médico efectuado por el Dr. J. A. R., habiéndose entendido que el clavo Kuntscher se ubicaba colocado en mala posición y que el mismo era inadecuado y fundándose en premisas médicas que no han sido debidamente interpretadas a la luz de las pruebas rendidas.

Se señala que la técnica empleada no debe ser analizada aisladamente y como una técnica que no funcionó, cuando la misma era adecuada al grave estado del paciente pues se ajustó al tipo de lesión sufrida (fractura no expuesta). Siguiéndose la técnica de Kuntscher el clavo se intrudujo por el crocánter mayor, dejándose un haz visible para extraerlo. Se afirma que el clavo no estuvo mal colocado ya que conforme al perito traumatólogo la fosa trocanteriana está dentro del tracante mayor. Además, se agrega que el objetivo era obtener la inmovilización del foco de fractura, la alineación de los fragmentos óseos y la recuperación de la longitud normal del hueso.

Se refieren a la técnica utilizada y destacan que el perito a fs.743 respondió que si se ajustaba a la buena técnica introducir el clavo por la zona del trocante mayor, agregando que también expuso el

experto que el clavo no hubiera podido introducir más sin comprometer su extracción. A pesar de ello el Inferior consideró erróneamente que el clavo estaba mal colocado, haciendo además referencias a las respuestas dadas por el Dr. Bosshard a fs. 817.

En cuanto a que el clavo utilizado no era el adecuado, se afirma que el mismo fue provisto por la obra social del actor a sus familiares y que además cumplió con sus funciones de estabilización y conservación del eje del hueso fracturado.

Por lo expuesto se considera que se debe modificar la sentencia apelada, habiendo quedado avalada la diligente, prudente y perita conducta médica del R. con el certificado del Dr. Bosshardt.

Se agravia en segundo lugar en cuanto se considera en la sentencia recurrida que resultaban defectuosos, imperitos e negligentes tanto la implementación de la práctica quirúrgica como el tratamiento posterior, destacando que el actor no ha probado que haya cumplido o intentado cumplir y que hubiera fracasado el tratamiento de rehabilitación que se le indicó, destacando que el paciente presentaba síndrome de Sudeck, el que genera una sensación de dolor e incapacidad para la rehabilitación por razones de personalidad del paciente, no siendo una causa derivada de la cuestión traumatológica. Agrega que además decidió concurrir a otro nosocomio y colocarse un tutor externo y destaca que el Dr. Bosshardt coincidió con el Dr. R. en cuanto mantener el clavo y solo como segunda opción reemplazarlo por un tutor externo.

En tercer lugar, se agravia por la procedencia y cuantificación del daño efectuado en el fallo dictado.

Respecto a los gastos médicos y farmacéuticos, considera la parte recurrente que este rubro resulta improcedente por cuanto el actor es beneficiario del sub Sistema de Salud del Sistema de Seguridad Social y por ende, teniendo obra social debe probar indefectiblemente los gastos.

Objeta además que se haya diferido a la etapa de ejecución de sentencia la determinación del tratamiento psicológico, reconociéndose que existieron varias consecuencias vinculadas con el accidente.

En cuanto a la incapacidad, sostiene que la misma es improcedente por cuanto de existir no puede ser atribuida a la operación traumatológica a la que fue sometida, no habiéndose acreditado por otra parte que el actor tuviera al momento del accidente alguna posibilidad futura de mejoramiento económico.

En cuanto al daño moral, afirma que el mismo en materia contractual debe ser acreditado, objetando la cuantía que se admite desde que no tiene relación causal con el hecho generador y no se ha probado que la temática de este juicio haya sido causa de penares, angustias, etc. Por lo tanto, si se considerara que su parte debe responder el monto deberá ser reducido a parámetros lógicos valorándose todas las circunstancias que rodearon al caso.

Finalmente, se agravia por el porcentaje de responsabilidad atribuido en la sentencia, entendiendo que no se han considerado factores ajenos a la práctica quirúrgica, por lo que en el mejor de los casos no puede exceder del 40%.

A fs.1024/1026 contesta el recurso la parte actora la que, por las razones allí señaladas, pide su rechazo.

III.- Que a pesar del esfuerzo realizado por la parte apelante en el muy buen planteo recursivo presentado, lo cierto es que las razones dadas procurando descalificar el resultado al cual se llega en la excelente sentencia dictada en primera instancia resultan insuficientes al fin propuesto, ya que en definitiva no se demuestra que resulten equivocados los tres puntos básicos considerados por el Inferior y en lo que se sustenta la mala praxis atribuida al Dr. R., y consecuentemente la responsabilidad de

PELEGRINA. Estos tres puntos son: la errónea técnica utilizada para introducir el Clavo Kuntcher, la mala elección del mismo en cuanto a sus dimensiones y el seguimiento clínico posterior a la operación.

En la sentencia apelada se admite que previo a intentarse la intervención quirúrgica en la pierna izquierda del actor, se adoptaron todas las medidas necesarias que exigían las circunstancias y, sobre todo, el estado crítico que presentaba el Sr. L. Es así como se da prioridad a la atención neurológica, procediéndose a atender las quebraduras que presentaba en la cabeza, para lo cual fue intervenido quirúrgicamente en la terapia intensiva.

También durante su permanencia en terapia intensiva se le coloca tracción esquelética transtibial para estabilizar la quebradura de su pierna izquierda, como medida necesaria previa a la futura intervención quirúrgica que debía practicársele al actor en la misma, cuando estuviere en condiciones de ser operado.

Se le suministra, por otra parte, una correcta asistencia bacteriológica para preservar su estado general y evitar posibles infecciones.

Superada la etapa inicial y contándose con la conformidad expresa de los médicos que lo atendieron en terapia intensiva, y en particular los especialistas en neurología, se lo traslada a una sala común para ser sometido a una operación quirúrgica tendiente a solucionar la quebradura que presentaba en su pierna izquierda.

La parte actora ha cuestionado ab initio la decisión del Dr. R. de realizar un enclavijado endomedular, lo que requería la introducción de un Clavo Kuntcher. De diversas maneras consideró que debió seguirse la opinión del Dr. F., quien entendía que debía colocarse un tutor externo.

De las pruebas producidas en la causa surge con toda certeza que cualquiera de las dos opciones resultaban válidas teniéndose en cuenta el estado del paciente. Es más, de la declaración prestada a fs. 576 y vta., por el Dr. F. surge inclusive que la técnica utilizada por el Dr. R. es rápida y corta y se ajustaba por lo tanto para ser aplicada a un paciente que salía de terapia intensiva.

Como se admite en la sentencia, no se ha probado que existiera inicialmente - como afirma el actor en su demanda- discrepancias respecto a la alternativa quirúrgica a aplicar entre los Dres. R. y F., ni tampoco que el primero se negara a colocar como alternativa un tutor externo.

De lo dicho hasta aquí surge entonces que no puede considerarse que la técnica quirúrgica utilizada refleje o implique mala praxis por parte del Dr. R., pues la técnica utilizada por él era una alternativa válida y la decisión de utilizarla queda dentro de la lógica y aceptable discrecionalidad técnica que en el caso concreto le corresponde decidir al médico interviniente.

El punto que resulta cuestionable, y en el que se basa en primer lugar la Sra. Juez a quo para entender que existió mala praxis, radica en la forma en que se implementó la opción quirúrgica elegida, la cual en la sentencia se considera incorrecta y que la parte recurrente no comparte, sosteniendo por el contrario que se realizó en debida forma.

Previo a entrar a tratar este punto, debo señalar que en esta instancia se encuentra descartado como factor demostrativo de mala praxis médica que la intervención se haya llevado a cabo sin utilizar un intensificador de imágenes y mesa ortopédica, ya que si bien siempre resulta conveniente su uso, el propio perito traumatólogo interviniente señaló que no es necesario ni imprescindible y que la técnica de Kuntcher se puede implementar o el clavo Kuntcher se puede colocar también a cielo abierto.

Respecto a la forma en que se lleva a cabo la operación quirúrgica el Sr. Perito traumatólogo señala en

forma categórica a fs. 740 (4ª pregunta de la actora) que surge que el informe radiológico tenido a la vista que el clavo está correctamente colocado pero aclara expresamente que ello lo es solo en cuanto se mantiene su ojal fuera del hueso para poder posibilitar posteriormente su extracción, pero afirma categóricamente que ".en vez de encontrarse en la fosa trocanteriana, que es el lugar por donde debe ingresar, el mismo emerge a un nivel más alto, y lo hace por la cresta del trocante mayor" (5ª pregunta de la actora). Aclara, como bien se señala en la sentencia, que conforme a la técnica de Kuntcher el clavo se debe introducir por la fosa trocanteriana que está por dentro de la cresta del mismo (fs. 743, 22ª pregunta del demandado).

Aclarando esto, a fs. 783 el Sr. Perito traumatólogo afirma ". que es de buena técnica introducir el clavo por la fosa trocantérea y no por la zona del trocante mayor.independiente que se use la vía anterógrada o retrógrada".

Todas estas consideraciones efectuadas por el Sr.Perito han sido consideradas en la sentencia dictada.

Tratándose de alterar el sentido de los dichos del Sr. perito, pero basándose en definitiva en la opción que el mismo consideraba correcta, sobre este tema la parte recurrente sostiene en su recurso que el clavo no estuvo mal colocado pues se introdujo por el trocante mayor, desde que según los especialistas la fosa trocanteriana está dentro del trocante mayor y que el objetivo de la inmovilización del foco de fractura, la alineación de los fragmentos óseos y la recuperación de la longitud normal del hueso se logró adecuadamente por parte del Dr. R.

No puedo compartir lo sostenido por la parte recurrente, pues más allá que se pueda admitir que se logró la alineación de los fragmentos óseos y la inmovilización inicial del foco de fractura, ello lo fue a expensas de causar por mala técnica una molestia en el actor que se prolonga hasta que le es retirado el clavo Kuntcher por el Dr. Rosas en el Hospital Español en enero del año dos mil. Además, de la pericia neurológica surge que tampoco se evitó el acortamiento de la pierna izquierda del actor.

No creo que resulte aceptable diluir, como se pretende en el recurso, las diferencias existentes entre la fosa trocanteriana (Trochanteric Fossa) y la cresta del trocante mayor (Intertrochanteric Crest).

Ello por cuanto como todos los huesos largos, el fémur tiene un cuerpo y dos extremidades, una superior y la otra inferior. El cuerpo del fémur es prismático triangular, considerándose en él tres caras y tres bordes: la cara anterior, la cara interna y la cara externa. Los bordes son el interno, externo y el posterior.

A su vez, la cabeza del fémur está constituida por la cabeza articular, el cuello anatómico y el cuello quirúrgico. Entre los dos cuellos, hay dos tuberosidades voluminosas que se designan con los nombres de trocánter mayor y trocánter menor.El trocánter mayor es una eminencia cuadrilátera situada por fuera del cuello, en la dirección del cuerpo del hueso y se le consideran dos caras y cuatro bordes.

La cara externa está atravesada diagonalmente por una línea rugosa llamada cresta del glúteo mediano y por encima de ella se encuentra una pequeña superficie plana, ocupada en estado fresco por una bolsa serosa, destinada a favorecer el deslizamiento del tendón del glúteo mediano. Por debajo de ella existe otra superficie mucho mayor, en la que se aloja la bolsa serosa del glúteo mayor.

La cara interna del trocánter mayor se confunde casi en su totalidad con la extremidad externa del cuello. Sin embargo, se desprende de ésta en su parte posterior y en este sitio presenta una depresión profunda, conocida con el nombre de fosa trocanteriana en la que se insertan el obturador externo, el obturador interno y los dos géminos.

De lo dicho surge que puede y debe distinguirse perfectamente entre la fosa y la cresta, y es la primera

la que al presentarse como una depresión profunda la que naturalmente debe ser elegida para introducir el clavo Kuntcher, constituyendo la cresta una línea vertical rugosa, que por sus propias características dificulta el ingreso del clavo. Esto, a su vez, determina que no sean los mismos los efectos que pueda producir la saliente que debe quedar correspondiente al ojal del clavo Kuntcher.

Lógicamente que no por estar en la fosa, necesariamente y en todos los casos, se evitará que el ojal del clavo produzca a veces inflamación en los tejidos blandos y que produzca el consecuente dolor en la zona. Pero, si en vez de sobresalir a ras del nivel del hueso en la zona de la fosa lo hace en la zona de la cresta, puede con mayores posibilidades llegar -como en el caso que se analiza- a afectar el músculo y no la bursa (fs. 738/744, 11ª. pregunta de la citada en garantía).

Pero, si se inflama y afecta el muslo y el glúteo (fs.741, 5ª. pregunta citada en garantía), no puede sorprender si también se afecte la rotación externa y se produzca por el dolor y la incomodidad una disminución en la marcha, por disminución de la masa muscular.

No puedo dejar de tener presente que el Sr. perito traumatólogo al contestar la décima pregunta de la citada en garantía manifestó que si bien en informe del Dr. Domina se describe eje conservado y/o clavo en buena posición, dicho dato no coincide con lo que se observa en la radiografía del 17/97/99, en la cual se observa angulación del eje y extremo proximal del clavo emergiendo en cresta del trocanter mayor y no en la fosa trocateriana.

Dados los efectos que produjo la mala colocación del clavo Kustcher por no haber entrado por la fosa trocateriana y atento a la aparición de hematoma en el glúteo no atribuible ya directamente al accidente (fs. 738/744, 6ª. pregunta citada en garantía) sino a la cirugía realizada, se imponía el drenaje del mismo (fs. 778/783, 3ª. pregunta de la actora).

A lo dicho debe agregarse que afirma el Sr. perito a fs. 779 (4ª. pregunta) que además el clavo colocado no era el indicado para el paciente.

Sobre este punto debo señalar que la utilización de un clavo que no era el indicado no constituye una cuestión novedosa, pues la "cuestión" planteada en la demanda es la determinación de la eventual responsabilidad civil por mala praxis del Dr. J. A. R. y de la Clínica Pellegrina, cuestión ésta que abarca necesariamente también el análisis de la elección del material quirúrgico a utilizar por el profesional para llevar adelante la práctica médica, no quedando desligado el cirujano interviniente por no haber sido él quien técnicamente señalara a los familiares del actor el tipo específico de material que debían comprar. Por su propia experiencia debió en forma previa a operar examinar las características específicas del material quirúrgico a utilizar, y con mayor razón la del clavo Kustcher que pensaba introducir en la pierna del paciente.

Bien destaca la Sra. Juez de primera instancia que el Sr. Perito traumatólogo afirmó que ".las complicaciones que se presentaron al actor, pudieron haberse evitado- v.g., utilizando un clavo de mayor tamaño, conforme a la fresa, y asegurándose que el clavo ingresara o saliera por la fosa correspondiente (fs. 780, respuesta a la pregunta nro. 20)".

Por lo dicho, a la mala técnica utilizada por introducir el clavo Kustcher se agrega que éste no era el apropiado, sin que pueda dejarse valorar por ende la secuela experimentada por el actor por este motivo.

Según la opinión del Sr. Perito vertida en la pericia presentada y en las contestaciones de fs. 778/783, las complicaciones que presentó el Sr. L. debieron ser contempladas y tratadas por el Dr. R. Es por ello que el perito a fs. 741 vta., al contestar la 12ª pregunta de la citada en garantía manifiesta que ".para solucionar el problema del dolor se tendría que haber extraído el clavo, fresar el canal a partir de la fosa

trocanteriana del femur y reubicarlo nuevamente como primera elección, o bien reemplazar el clavo por un tutor externo como segunda elección."

Le asiste por lo tanto razón a la Sra. Juez al coincidir con este diagnóstico del Dr. Prada y también al afirmar que "Luego y si como también fluye de autos, el médico o la Clínica Pellegrina no estaban en condiciones de llevar a cabo la intervención adecuada, se debió derivar al paciente con la premura del caso hacia una institución que, como ocurrió con el Hospital Español, ejecutara la cirugía que fue imperioso realizar, para resguardar la salud del paciente".

En este estado no puedo dejar de referirme a la conducta del actor, entendiéndolo al respecto que ni la consulta realizada al Dr. Bosshardt ni el rechazo de la opción que se le proponía en la Clínica Pellegrina implican o pueden ser consideradas como un abandono al tratamiento del Dr. R., ya que frente a las serias molestias que le ocasionaba la mala práctica quirúrgica que se le realizara, tenía todo el derecho de realizar otras consultas médicas y hasta de intentar otras soluciones pues no se lo puede obligar a mantener una relación con un profesional en quien ya no se confía, exponiendo su integridad psicofísica. Ello, cuando con mayor razón se ha probado con la pericia traumatológica en esta causa que para solucionar el problema debía, como ya ha quedado dicho, haberse extraído el clavo, fresar el canal a partir de la fosa trocanteriana del femur y reubicarlo nuevamente como primera elección, o bien reemplazar el clavo por un tutor externo como segunda elección.

Tampoco podía exigírsele que realizara el tratamiento de rehabilitación sugerido por el Dr. R. pues simplemente el daño que se le había ya causado y las secuelas dolorosas de la deficiente técnica quirúrgica llevada a cabo le impedía cumplirla.

No puede por lo tanto entenderse que el actor con su actuar rompió el nexo causal.

Por todo lo dicho, no puedo dejar de compartir la conclusión a la cual se arriba en primera instancia respecto de la configuración de mala praxis por parte del profesional médico demandado, la que se manifestó por la mala técnica utilizada para colocarle al actor el clavo Kustcher, por la incorrecta elección del tipo de clavo que se le debía introducir conforme a sus circunstancias particulares y, finalmente, por no haberse adoptado oportunamente al exteriorizarse las molestias, dolores, inflamaciones y pérdida de tonicidad muscular las medidas correctivas necesarias. Ello determina que entienda que deba rechazarse el primer agravio expuesto por la parte recurrente.

Debo agregar que las razones expuestas se basan esencialmente en las conclusiones de la pericia traumatológica producida en autos y en las aclaraciones dadas por el Sr. perito, lo que a su vez me lleva a considerar oportuno recordar que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha compartido (autos N° 29.866/77741, caratulados "Sechter David c/ Munich. Ciudad de Mendoza p/ D. y P. s/ Inc.", 25/10/04) el criterio jurisprudencial que sostiene que "El debate jurídico versa sobre aspectos técnicos sobre los cuales el juez no está en condiciones de opinar pues se trata de aplicar conocimientos ajenos a su saber. En estos casos la jurisprudencia considera que "el juez no puede hacer mérito de conocimientos técnicos sobre la materia del dictamen del perito; ello así, podrá desecharlo por carencia de fundamentación, por la fuerza de convicción de otras pruebas que concurran en la especie o por otras causas, pero no oponiendo consideraciones propias de la ciencia, arte o técnica del perito, pues tal conducta puede resultar "peligrosa" (voto adherente Dr. Miras, C.N.C. Sala E, 31/5/96, Doctrina Judicial 1996-2-434). Consecuentemente, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar el dictamen, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales (C.N.C., Sala D, 20/6/90; J.A. 1990-IV-129; Sala F, 24/8/82, E.D. 102-329).

Por las razones dadas en los párrafos precedentes debe desestimarse también el segundo agravio que

formulan los apelantes, pues no advierten que del párrafo de la sentencia citado al formular este agravio no existe contradicción alguna por parte de la Sra. Juez a - quo. Ello por cuanto perfectamente se distingue en la sentencia dictada entre la elección de la práctica quirúrgica, que podía ser adecuada en criterio del Dr. R., y su implementación. Todo ello como ha quedado dicho con fundamento en la pericia traumatológica y sus explicaciones. Cabe agregar que mal puede sostenerse que el actor no ha demostrado que no cumplió y fracasó el proceso de rehabilitación que se le indicó, cuando debió ser internado nuevamente de inmediato después de la operación y como señala el Sr. perito cuatro meses después de la operación el paciente no podía deambular ni rehabilitar (contestación a la 15ª. pregunta de la citada en garantía).

No se ajusta tampoco a la realidad objetiva del contenido de los fundamentos dados en la sentencia apelada que se sostenga que no se ha merituado que el Dr. Bosshardt coincide en su algoritmo o plan de tratamiento con el Dr. R., en cuanto a mantener el clavo Kuntscher y solo como segunda opción reemplazarlo con un tutor externo, ya que tal cuestión fue expresamente valorada por el Inferior, concordando en definitiva - y en contra de la opinión del DR. B - con el criterio expuesto sobre este punto por el Sr. Perito traumatólogo.

IV.- Que se agravia en tercer lugar la parte recurrente por la procedencia y cuantificación de los daños aceptados en primera instancia.

Comparto sobre el tema el criterio jurisprudencial que sostiene una postura amplia y flexible acerca de la prueba de estos daños, sin requerir una acreditación efectiva y precisa sobre la efectividad de los desembolsos y su cuantía, cuando los gastos invocados guardan una razonable vinculación con las lesiones producidas por el hecho.

La jurisprudencia en tal sentido es prácticamente unánime (conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde; "Resarcimiento de Daños", Bs. As. 1993, T. 2a, pág.140).

Este criterio constituye la esencia de la admisión del rubro, sin que por ello la no acreditación efectiva de los gastos y de su monto pueda llevarse a límites que excedan la razonabilidad que aconsejen las circunstancias del caso.

No obsta a lo dicho que la víctima tenga una obra social, pues ello en todo caso tendrá relevancia en la fijación del monto indemnizatorio, ya que sólo excepcionalmente las obras sociales cubren la totalidad de los gastos.

Conforme a lo dicho, compartiéndose las razones que diera el tribunal de grado en la sentencia apelada para justificar la no acreditación fehaciente de los gastos y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del accidente y las lesiones experimentadas por el accionante.

El criterio antes expuesto coincide en esencia con las razones dadas en la sentencia apelada que admite la procedencia de este rubro, no pudiendo descalificarse la suma admitida cuando coincide con la reclamada en la demanda casi nueve años antes. Además se le incrementa con una tasa del 5% anual desde la fecha de la notificación de la demanda y hasta el pago de la suma de condena.

En mi criterio tampoco resulta admisible la queja referida a la improcedencia de la reparación del daño psíquico sufrido, pues su existencia se encuentra acreditada debidamente con la pericia obrante a fs. 625/632.

Debe repararse que en ella no solo se considera el accidente y ciertas circunstancias de su vida privada sino también y necesariamente se valora implícitamente las afectaciones psíquicas posteriores, ya que la consideración y valoración del Sr. perito psiquiatra se extiende también a ".las limitaciones físicas

prolongadas.", la que obviamente temporalmente deben ubicarse con posterioridad al accidente mismo pues a éste sí hizo expresa referencia al manifestarse que es susceptible de producir daño psíquico ".la vivencia de muerte del accidente.". Esta complejidad fue advertida por la Sra. Juez quien al respecto señaló que ".En función de lo que surge de la prueba ya valorada, considero que cabe interpretar que ese requerimiento se relaciona tanto con el accidente que el actor sufrió, como con las consecuencias vinculadas con la actuación de la demandada que estos autos han puesto en evidencia. Por ello, tengo para mí que no cabe hacer en lo particular más disquisiciones y sí procede por lo tanto acoger la reparación pretendida, por la suma que se determine en la etapa de ejecución de sentencia- a través de un aporte probatorio idóneo-, sujeta a la reducción que, en función de la incidencia causal que ya establecí, quepa en lo concerniente al punto formular (art. 273 inc. 4 C.P.C.)".

De esta manera estando probado el daño pero resultando compleja la determinación de la incidencia causal de la mala praxis que se atribuye al Dr. R., resultaba prudente que en lugar de establecerse una suma incierta con fundamento en art. 90 inc. 7º, C.P.C. se difiriera esta cuestión a la etapa de ejecución de sentencia.

En cuanto al cuestionamiento referido a la incapacidad, dado que la pericia traumatológica se consideró que parte de la incapacidad experimentada por el actor debía ser atribuida a la mala praxis del profesional demandado, queda sin fundamento la queja por la cual se cuestiona la improcedencia de este rubro por entenderse que si existió pérdida de chance fue por las circunstancias que rodearon el accidente y no por la operación traumatológica.

Acreditada con las pericias traumatológica y psiquiátrica que la mala praxis médica contribuyó a la incapacidad del actor, no resulta aceptable que se afirme que no se ha determinado con claridad qué es lo que ha limitado la actividad del actor. Ello no solo por cuanto no se cuestionan en esta instancia las circunstancias particulares de la víctima para aceptar este rubro y fijar su quantum, sino también porque no se puede dejar de tener presente el ámbito propio de este rubro que debe ser considerado en su integridad para fijarse la reparación de la incapacidad.

Resulta oportuno recordar que Sobre lo dicho solo me resta recordar que no debe limitarse el alcance de la reparación de la incapacidad al lucro cesante y supeditarse la reparación a la previa demostración de la disminución laboral o económica, sino que debe entenderse también que toda lesión física o psíquica de importancia y permanente debe indemnizarse como un valor que la víctima se vio privada, aunque no ejerciera ninguna actividad lucrativa, puesto que la reparación comprende no sólo el aspecto laborativo sino también todas las consecuencias que afectan a la personalidad íntegramente considerada.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han destacado que la incapacidad física muestra dos aspectos: uno referido a la disminución de las posibilidades de ganancias y otro, relacionado con las restantes actividades de la persona, disminuida por una incapacidad transitoria o permanente o bien definitivamente perdidas. En otras palabras, toda disminución de aptitudes o facultades importa una lesión patrimonial que corresponde indemnizar, pues la incapacidad no sólo debe medirse en el aspecto del trabajo sino también en cuanto se relacione con todas las actividades de la víctima y la proyección que el accidente tiene sobre la personalidad integralmente considerada. Ello es así, pues la disminución física sufrida incide obviamente sobre toda la vida de relación del damnificado, lo que constituye un daño resarcible. independiente del deterioro de su capacidad de ganancia consecutiva a la incapacidad física (Conf. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El valor de la vida humana", Sta. Fé 1983, pág.62/64).

Respecto a la posibilidad de encuadrar los daños provocados por lesiones como daños patrimoniales, comparto la postura que considera que debe ampliarse el ámbito tradicional asignado al daño patrimonial, de modo tal de no identificarlo exclusivamente con los producidos en el patrimonio en su significación técnica, desde que -como bien señala la Dra. Zavala de González; "Resarcimiento de

Daños-Daños a las personas", Ed. Hammurabi, T. 2a.)- en el ámbito económico ingresa además del "tener", el "poder hacer" como medio de "obtener". Ello, por cuanto la integridad personal tiene por lo común un valor económico instrumental, como capital destinado a ser normal fuente de beneficios económicos y de toda índole, proyectándose necesaria-mente al futuro, cercenando probabilidades de desenvolvimiento, éxito o inserción en el mundo real (pág. 55). Es que "El poder cumplir en plenitud actividades vitales, así no sean laborales o no reditúen beneficios dinerarios, tiene un significado económico: la posibilidad de subirse a un ómnibus, de conducir un vehículo, de higienizarse personal-mente, de limpiar un piso o lavar un automotor, de realizar trámites o pagar impuestos, de cumplir en fin cualquier tarea cotidiana con libertad y sin trabas. El "tiempo libre", además de lo que implica para el ocio o la recreación, tiene también un valor económico" (pág. 63).

Una postura semejante sustenta Mosset Iturraspe, quien puntualiza que "La integridad física de una persona, la incolumidad corporal y Fisiológica tiene importancia decisiva en la vida de producción o trabajo . pero la vida del hombre considerada en su plenitud no se extingue en la faceta estricta del trabajo ., toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artística, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales, etc. y los deterioros o menoscabos en tales quehaceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial" ("Responsabilidad por daños", T. II-B, pág.191).

Conforme a este criterio, que ya ha sido seguido con anterioridad por este tribunal, las lesiones no solamente pueden determinar el resarcimiento de aquellos daños materiales típicos que son consecuencia de ellas (gastos de internación, pérdidas de salarios o ingresos, pérdidas de chances, movilidad, etc.) sino que también comprende la indemnización de aquellos valores instrumentales con significación económica indirecta a las que he hecho referencia.

Frente a la conceptualización dada respecto del ámbito propio de la incapacidad, no considero que la suma admitida en la sentencia sea excesiva.

Se impone de esta manera el rechazo del agravio referido a la incapacidad.

En lo que hace al daño moral, emergiendo del incumplimiento contractual la existencia de daños físicos y psíquicos, su existencia se encuentra fehacientemente acreditada atento a que más allá del origen contractual de la obligación de reparar la sola existencia de lesiones determina la procedencia del daño moral in re ipsa.

Respecto al monto admitido, conforme las lesiones sufridas por el actor, la duración de las molestias y entidad de las secuelas entiendo que el fijado en primera instancia es más que razonable. Además debo reiterar lo dicho al tratar el agravio referido a la incapacidad respecto a que tampoco se debe dejar de tener presente que la suma de condena está fijada a la fecha de la sentencia.

V.- Que finalmente si bien resultan razonables las razones expuestas al cuestionar el porcentaje de responsabilidad atribuido en la sentencia, considero sin embargo que la Sra. Juez ha valorado debidamente los factores ajenos a la mala praxis médica por incidencia causal en la producción de los daños admitidos, razones estas que se exponen concretamente a fs.396, último párrafo, y que justifican dentro de un margen de razonabilidad la distribución porcentual fijada.

Consecuentemente con ello y compartiendo entonces el criterio sustentado en la sentencia apelada debe rechazarse este último agravio.

B.- RECURSO DE APELACIÓN DEDUCIDO POR LA PARTE ACTORA:

VI.- Que al fundar su recurso, la parte actora señala que se agravia en cuanto se le atribuye un 30% de

las costas.

Entiende que existiendo pluralidad de elementos causales resulta injusto que se exija a su parte la determinación exacta de la incidencia causal de cada factor, pues ello es posible solo una vez rendida en su totalidad las pruebas. Además, agrega que al momento de demandar hizo la reserva de que la suma reclamada lo era con lo que en más o en menos surgiera de las pruebas a rendirse.

A fs. 1042/1046 contesta el recurso la parte demanda quien, por las razones dadas, pide su rechazo.

VII.- Que si bien es cierto que en la demanda la parte actora supeditó la suma reclamada a lo que en más o en menos surgiera de las pruebas a rendirse en la causa, dicha reserva se refiere exclusivamente al monto indemnizatorio pretendido y no a la incidencia causal que debía atribuirse a la parte demanda en la producción de los daños.

No se pretende que en un caso como el de autos al demandar se conozca en forma exacta la incidencia causal que debe atribuirse al profesional demandado, pero no puede tampoco al formularse la demanda omitir toda consideración a las circunstancias del accidente y a las demás lesiones sufridas a raíz del mismo y que pudieran llegar a tener alguna incidencia causal con los daños que en particular se reclaman. Al incurrir en esta omisión sobre este punto tan importante en la determinación final de la responsabilidad, debe entenderse que tanto los rubros como los montos reclamados se imputaban exclusivamente a la mala praxis médica que se pretendía atribuir al profesional demandado.

Consecuentemente con lo dicho, entiendo que en el caso existe un rechazo cualitativo de la pretensión resarcitoria ejercida, que justifica que las costas correspondientes al mismo estén a cargo de la parte actora, por lo que debe rechazarse el recurso de apelación por ella interpuesto (arts. 36 C.P.C. y 4 L.A.).

VIII. - Que en conclusión, y a modo de resumen, por las razones dadas en los puntos precedentes considero que deben rechazarse los recursos de apelación interpuestos a fs. 962/963 y 965 por el Dr. J. A. R. y "Servicios de Internación y Ambulatoria de Medicina Privada S.R.L." y por el Sr. M. V. L., respectivamente contra la sentencia dictada a fs. 925/938. Así voto.

Sobre la misma cuestión, los Drs. Moureu y Martínez Ferreyra manifiestan que adhieren, por las razones dadas, al voto precedente.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. RODRIGUEZ SAA DIJO:

Que dado el resultado al cual se arriba respecto de los recursos interpuestos, corresponde que las costas de la alzada estén a cargo de las partes apelantes (art. 36 C.P.C.). .

En el caso del recurso de la parte actora se tiene en cuenta que se discute en esta instancia solamente la imposición de las costas por lo que se rechaza la demanda, por lo que oportunamente deberá tomarse como base la suma correspondiente a la totalidad de los honorarios que se regulen en primera instancia Así voto.

Sobre la misma cuestión, los Drs. Moureu y Martínez Ferreyra expresan que adhieren, por las razones dadas, al voto precedente.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

MENDOZA, 9 de agosto de 2.0013.

Y VISTOS:

Por lo que resulta del acuerdo precedente, este Tribunal,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Dr. J. A. R. y "Servicios de Internación y Ambulatoria de Medicina Privada S.R.L." contra la sentencia dictada a fs. 925/938.

II.- Imponer las costas de la alzada a la parte recurrente (art. 36 C.P.C.).

III.- Diferir la regulación de honorarios inter tanto se practique la correspondiente a primera instancia (art. 15 L.A.).

IV.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto el Sr. M. V. L. contra la sentencia dictada a fs. 925/938.

V.- Imponer las costas de la alzada a la parte recurrente (art. 36 C.P.C.).

VI.- Diferir la regulación de honorarios inter tanto se practique la correspondiente a primera instancia (art. 15 L.A.).

NOTIFÍQUESE Y BAJEN.-

Dr. Adolfo RODRÍGUEZ SÁA

JUEZ DE CÁMARA

Dr Oscar Alberto MARTÍNEZ FERREYERA

JUEZ DE CÁMARA

Dra. Beatriz MOUREU

JUEZ DE CÁMARA