

Logo

**Voces:** MALA PRAXIS - RESPONSABILIDAD MÉDICA - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBRAS SOCIALES - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA - PERICIA MÉDICA - RELACIÓN DE CAUSALIDAD - CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE - COBERTURA DEL SEGURO - FRANQUICIA - DAÑO ESTÉTICO - TRATAMIENTO TERAPÉUTICO - DAÑO MORAL - INDEMNIZACIÓN

**Partes:** D. V. A. c/ Instituto de Diagnóstico de La Plata S.A. y otros | daños y perjuicios

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

**Sala/Juzgado:** C

**Fecha:** 25-ago-2020

**Cita:** MJ-JU-M-127867-AR | MJJ127867

**Producto:** DP,MJ,SYD

Procedencia de una acción de mala praxis, ya que a raíz de una deficiente intervención quirúrgica -cirugía de cadera- el paciente padece una discrepancia de longitud de sus miembros inferiores. Cuadro de rubros indemnizatorios.

**Sumario:**

1.-Debe admitirse la demanda de mala praxis contra el médico, ya que la causa inmediata o mediata, previsible, de la discrepancia de longitud de miembros inferiores y consiguientes secuelas en el pie derecho, fue consecuencia de una negligente práctica imputable -arts. 512(ref:LEG1308.512) y 902(ref:LEG1308.902) del CC.- al cirujano; el perito fue terminante en indicar que previo a la cirugía no surgía que el actor tuviera un acortamiento y, por otro lado, que la discrepancia que porta resulta mayor a la admitida para este tipo de intervenciones -artroplastia-. 2-Es menester probar la culpa del médico, ya que la responsabilidad del profesional, y las responsabilidades concurrentes del caso, se generan en la medida que el desempeño de su actividad haya provocado lesión al interés de cumplimiento que tiene el paciente, que es el acreedor de la prestación, en el caso.

3.-El médico incumplió con su deber jurídico de colaborar activamente en el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, toda vez que el paciente se encontraba en pleno dominio de sus facultades mentales y su dolencia iba a ser tratada con una cirugía programada, lo que descarta una situación de emergencia con grave peligro para su salud o vida que le impidiera prestar el consentimiento por sí.

5.-El paciente, más allá de haber podido suponer que toda intervención de cierta entidad

acarrea un grado de peligrosidad, no fue informado fehacientemente -derecho que le asistía como paciente-, de modo que nunca pudo asumir los riesgos que conllevaba la operación, convirtiendo ello también en antijurídico el acto médico.

6.-El paciente, consintió voluntariamente únicamente la artroplastia como un camino válido para procurar una solución al cuadro de artrosis de su cadera, pero ello no autoriza a dar una mayor extensión y concluir que asumió en forma tácita las posibles contingencias de una intervención, que desconocía.

7.-Existen una serie de indicios concordantes que, apreciados en el contexto global de la causa y de conformidad con las reglas de la sana crítica, revisten aptitud para generar suficiente grado de certeza acerca de que el médico formaría parte del staff médico del establecimiento médico, para extenderle a este último la responsabilidad en la mala práctica.

8.-Existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesorio para la preservación de la personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato; si la clínica se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente es responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida.

9.-La franquicia convenida entre asegurador y asegurado no puede interpretarse de igual modo en un seguro contratado voluntariamente, que cuando se trata del seguro obligatorio impuesto por el art. 68(ref:LEG851.68) de la Ley 24.449, ello es así porque en los casos en que la ley establece la contratación de un seguro de manera obligatoria, es dable entender que se le asigna una finalidad distinta -protección de los damnificados en los recurrentes accidentes de tránsito- a aquella puramente económica que puede encontrarse en un seguro de responsabilidad civil voluntario, dirigida a los daños que sufre el asegurado en su patrimonio.

10.-La circunstancia de que se considere que el daño a la salud sea único y se lo trate en forma global dentro de la incapacidad sobreviniente, sea que se lo incluya al valorar los daños extrapatrimoniales, o por el contrario se indemnicen por separado las secuelas de orden psicológicas y estéticas comprobadas, es una cuestión secundaria si ello no importa un menoscabo al resarcimiento económico fijado.

11.-Corresponde rechazar la indemnización del daño estético, ya que carece de autonomía, a excepción de que importe un cambio sustancial en la imagen de la persona con consecuencias perjudiciales para su desarrollo de la vida de relación o provoque una merma de posibilidad de ingresos, circunstancias que no se acreditan en el caso.

12.-Es improcedente otorgar una indemnización autónoma por daño estético sufrido por la secuelas de la mala praxis, ya que dicho padecimiento se confunde con la misma incapacidad física que es objeto de reparación; ello sin perjuicio de que sirva como elemento a considerar en el rubro daño moral en el aspecto que se refiere al sentimiento negativo que genera en el sujeto que lo sufre.

13.-El hecho de que se haya reconocido la indemnización por daño psíquico, no obsta la del tratamiento psicológico y viceversa, ya que se trata de indemnizar diferentes daños.

14.-Es indemnizable el daño moral padecido por el actor, ya que padeció una mala práctica médica que lo obligó a un sinnúmero de consultas médicas, reposo obligatorio y requirió de dos intervenciones posteriores por el lapso de casi tres años; a lo que se suman, las dificultades en su marcha.

---

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 25 días del mes de Agosto de 2020, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala "C" de la Cámara Civil, para conocer de los recursos interpuestos en los autos "DIAZ V. A. C/ INSTITUTO DE DIAGNOSTICO DE LA PLATA SA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", respecto de la sentencia corriente a fs. 690/710 el tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo, resultó que la votación debía efectuarse en el orden siguiente: Sres. Jueces de Cámara Dres. Converset y Diaz Solimine Sobre la cuestión propuesta el Dr. Converset dijo:

I.- A. Diaz V., se presentó por intermedio de apoderada, y entabló formal demanda por mala praxis médica contra el Dr. S. B., Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC) y el Instituto de Diagnóstico de La Plata SA. Ello en razón de los daños y perjuicios que dijo haber padecido con motivo de la intervención quirúrgica de artroplastia completa de cadera con prótesis híbrida segmentada el día 16 de septiembre de 2010.

El Sr. juez de grado rechazó la acción deducida contra el Instituto de Diagnóstico de la Plata SA (IDLPA) y su aseguradora TPC Seguros SA imponiendo las costas en el orden causado, pero hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a S. B. a pagar a la parte actora, la suma de \$859.600, con más intereses y costas del proceso. Dispuso que a tal monto le sea descontado al momento de la liquidación definitiva, lo percibido por OSECAC (\$800.000) en virtud del acuerdo transaccional parcial arribado en autos.

Contra dicho pronunciamiento se alzan el actor, el Dr. B. y finalmente TPC Seguros SA y el Instituto de Diagnóstico de La Plata SA a fs. 735/745, 747/762 y 764 respectivamente.

El demandante replicó a fs. 769/776 y 777/780 y las expresiones de agravios presentadas por el Dr. B. y por TPC Seguros SA y el Instituto de Diagnóstico de La Plata SA.

TPC Seguros SA replicó a fs. 766/767 los agravios vertidos por la parte actora y a fs. 787/789 los ensayados por el galeno.

Por último, B. contestó a fs. 781/785 la expresión de agravios presentada por el actor.

En virtud de lo actuado, las actuaciones han quedado en condiciones de dictar sentencia definitiva.

A tal fin desoiré los pedidos de deserción requeridos por por la actora a fs. 769 punto II y 777 punto II, en tanto la concepción amplia de este Tribunal permiten verificar que los escritos de las quejas superan el umbral mínimo para poder ser considerado como expresión de agravios en los términos del artículo 265 del Código Procesal.

Corresponde entonces tratar los agravios.

II.- Antecedentes del caso Previo a adentrarme en lo que es concreto motivo de agravios efectuaré un breve racconto de los hechos.

El accionante, en su calidad de afiliado n °93.068.180 de la "Obra Social de Empleados de Comercio, relata que al presentar una artrosis de cadera izquierda para la que le fue indicada la realización de una artroplastia completa de cadera con prótesis híbrida segmentada, sin que le fueron explicadas las posibles complicaciones de esa operación ni la existencia de otros tratamientos médicos adecuados.

Dice, que fue intervenido el 16 de septiembre de 2010 por el médico traumatólogo S. B., quien por entonces trabajaba para "OSECAC" y para el "Instituto de Diagnóstico de La Plata S.A.". Que, estuvo internado por cuatro días luego de los cuales fue citado por consultorios externos, sin indicación de rehabilitación y con la única prescripción de que caminara. Que, durante cada consulta -a las cuales concurría con una frecuencia quincenal y durante seis meses-, se quejaba de dolor en el pie derecho y de un andar claudicante. Que, el Dr. B.le decía que no debía decaer y esperar, ya que el dolor era momentáneo, indicándole reposo.

Manifiesta que transcurridos nueve meses desde la cirugía, concurrió los días 06 y 13 de junio de 2011 al "Servicio de Ortopedia y Traumatología" del "Hospital Dr. Korn", en el que fue evaluado por el Dr. Juan José B., quien le determinó un acortamiento de aproximadamente 3,5 cm. en la pierna derecha, lo que le producía inestabilidad en la marcha, plantalgia y parastésias.

Concluye que de haberse realizado la artroplastia con pericia y la debida diligencia la extensión del miembro no debería guardar ninguna diferencia de longitud con su par.

Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles (OSECAC) adujo que el Sr. Diaz V. padecía en el año 2010, una artrosis de cadera dentro del contexto de una enfermedad degenerativa atrósica generalizada. Por lo que, cualquier intervención quirúrgica efectuada dentro del contexto óseo del paciente conllevaba un importante riesgo. Que, previo a la cirugía, el Dr. B. le efectuó los estudios médicos requeridos para el caso y una vez internado, lo opero con la técnica requerida en función de la patología y edad. Que, el postoperatorio curso dentro de lo esperado y se le otorgó el egreso en tiempo y forma.

TPC Compañía de Seguros SA, reconoció en primer término la existencia de un contrato de seguro instrumentado mediante la póliza N°42230, por el cual se comprometió a mantener indemne al "Instituto de Diagnóstico de La Plata S.A.", por cuanto debiera a un tercero como consecuencia de su actividad como propietaria de un centro asistencial.

Indicó que el Sr. D. V. de 52 años se internó el instituto diagnóstico de La Plata el día 16.9.2010 con una diagnóstico de coxartrosis izquierda. Como enfermedad actual se consignó que presentaba dolor y disminución la movilidad de su cadera izquierda. Fue evaluado a su ingreso por el Dr. S.B., traumatólogo, quien atendía al paciente en los consultorios de OSECAC fuera de las instalaciones del Diagnóstico de La Plata.

Señaló que al actor se le realizó una artroplastia total de cadera izquierda no cementada y que el paciente presentó una buena evolución y fue dado de alta el 19.9.2010, indicándosele continuar sus controles por consultorios externos de OSECAC. Indicó que esta fue la única internación y consulta del Sr. A. D. V. en el Instituto del Diagnóstico de La Plata, continuando, luego, su atención, en forma exclusiva en los consultorios de su obra social.

Expuso que del protocolo operatorio no surgen complicaciones y el paciente fue dado de alta con buena evolución, sin dolor ni manifestación de complicaciones.

Por último adujo que el instituto del diagnóstico de La Plata solo compromete personal paramédico, quirófanos, sala de internación e insumos médicos, por lo que de considerarse que el profesional realizó alguna práctica médica de forma inadecuada, debería ser considerada como de su exclusiva responsabilidad.

Añadió en este sentido que el Dr. B. asistió al actor como médico perteneciente al staff de profesionales de OSECAC, siendo la única intervención del instituto la prestación del ámbito para realización de la cirugía y la hotelería en el post operatorio inmediato.

El Instituto de Diagnóstico de La Plata S.A efectuó un relato de los hechos en términos análogos a los expresados por la citada en garantía.

Indicó que el Dr. B. es un profesional externo e ingresó al sanatorio solamente ante la necesidad de realizar una intervención quirúrgica del paciente.

Agregó que el Sr. D. V. fue dado de alta el día 19.9.2010 indicándosele continuar sus controles por consultorios externos de OSECAC.

Finalmente, el galeno demandado sostiene, que las constancias documentales de control ambulatorio del paciente Diaz V., prueban la patología de características crónicas que presentaba el actor y su correcta actuación profesional. Que, también fue adecuada la indicación de realizar el reemplazo total de la cadera izquierda y el tipo de prótesis seleccionada, en un paciente con importante sobrepeso como el accionante al momento de la cirugía.

Apunta, que realizó un riguroso seguimiento del paciente durante el postoperatorio y que, su buena evolución, ameritó que se le otorgará el alta sanatorial con controles ambulatorios. Que, a ese momento, Diaz V. no presentaba complicación alguna, ni de su estado general, ni de la cirugía traumatológica realizada.

Dice que asistió al paciente a través de su obra social por la especialidad traumatología hasta que lo determinaron las autoridades del Instituto Diagnóstico de la Plata SA.

Destaca que la diferentes longitudes entre los miembros inferiores del Sr. Diaz V., a causa de la cirugía efectuada, esta es una de las principales complicaciones de la "ATC" y puede requerir un realce para evitar la cojera, el dolor lumbar y la utilización de un bastón para la marcha.

### III.- Aclaraciones preliminares

En primer término es menester señalar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fallos: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 276:132, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros).- Asimismo en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611), por lo tanto me

inclinare por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragonese Alonso llama "jurídicamente relevantes" (su ob. Proceso y Derecho Procesal, Aguilar, Madrid, 1960, pág 971, párrafo 1527) o "singularmente trascendentes" como los denomina Calamandrei (su trab., La génesis lógica de la sentencia civil, en "Estudios sobre el proceso civil", págs.369 y ss.).- En relación al encuadre jurídico, aunque no existan agravios al respecto, aclararé que atendiendo a la fecha que tuvo lugar la atención médica, entiendo que resulta de aplicación lo dispuesto por la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado por aplicación de lo dispuesto por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, actualment e vigente.

#### IV.- Mala praxis del Dr. B.

1.- El anterior sentenciante, con sustento en el peritaje médico, consideró acreditado que la discrepancia entre la longitud de los miembros inferiores es consecuencia de la intervención quirúrgica.

Para descartar la hipótesis defensiva del galeno sostuvo que, si bien la disimilitud entre el largo de las piernas puede contemplarse una complicación habitual en este tipo de procedimientos, el reducido porcentaje de intervenciones que presentan algún tipo de inconveniente, lo vacía de contenido para ser esgrimido como argumento para deslindar la culpa, a lo que correspondía agregar que en el caso la diferencia resultó mayor a lo esperado.

Así, hizo lugar a la demanda contra el médico, Dr. S. B.

2. El Dr. B. se agravia de la condena dispuesta. Señala que el razonamiento efectuado en la instancia anterior resulta erróneo, habida cuenta que omite la grave patología previa presente en el paciente Sr.

D. V. (artrosis de cadera), la cual determinó la necesidad de tratamiento quirúrgico para su resolución. Agrega que el Dr. D. V. debió afrontar el riesgo quirúrgico inherente al tipo de tratamiento que debió ser sometido para resolver su grave patología de base. Destaca que el acto quirúrgico, pese al riesgo inherente, se llevó a cabo sin ningún tipo de evento dañoso para el paciente. Señala que el magistrado de grado fundamenta su criterio de asignación de responsabilidad en el resultado de la práctica efectuada y considera una discrepancia de medio centímetro como un resultado lesivo, aun cuando la bibliografía citada se acepta hasta 3,5 cms de discrepancia entre los miembros inferiores.

3.- No resulta controvertido que, a consecuencia de una coxartrosis de cadera izquierda, el actor -afiliado a OSECAC-, fue sometido por una artroplastia con prótesis de cadera, intervención quirúrgica a cargo del Dr.

S. B. realizada el día 16 de septiembre de 2010 en el Instituto del Diagnóstico La Plata SA, donde permaneció internado hasta el alta sanatorial el 19 de septiembre de 2010.

Razones de orden metodológico imponen entender en un primer término sobre las quejas dirigidas por las partes contra la apreciación efectuada por el judicante del dictamen pericial médico presentado en autos.

Introduciéndome de lleno en el tópico, diré que en casos como el presente resulta de cardinal trascendencia para la dilucidación del íter la pericial en la especialidad, en conjunción con el

debate que se genera en torno a ella, documentos médicos y demás elementos probatorios coadyuvantes que determinen la admisibilidad de los asertos a los que pudieran arribar el experto.

De conformidad a los asertos expuestos por el especialista designado en la causa, Dr. Alberto Daniel Soroka, explicó que la afección de cadera izquierda se desarrolló en forma lenta y progresiva (fs. 488) y la falta de respuesta al tratamiento incruento, derivó en el tratamiento quirúrgico, tratándose de una opción válida de tratamiento en el caso del actor (fs. 487 vta).

Explicó que la coxartrosis en la artrosis de cadera, en la mayoría de los casos, ocurre por un desgaste natural por el transcurso de los años de vida. Se presenta con dolor y limitación de la movilidad en forma progresiva, que terminan invalidando la marcha (fs.487 vta).

Señaló que no surge del protocolo quirúrgico algún tipo de complicación y que la evolución post-operatoria fue buena (fs. 488), e incluyó reposo en un primer momento y luego, en fecha 13.6.2011, calzado con realce prescripto por otro profesional, el Dr. Bossio (fs. 486vta).

Entre las posibles complicaciones de la artroplastia de cadera consignó: fractura en el fémur, trombosis venosa profunda, infección, discrepancia de longitud de miembros inferiores (fs. 488).

Alegó que a consecuencia de la intervención el actor presenta en la actualidad una discrepancia de longitud de miembros inferiores, consistente en un alargamiento del miembro inferior izquierdo de 3 cm, con respecto al miembro inferior derecho (fs. 484 vta).

El experto indicó que debido a la prótesis de cadera, artrodesis del pie y diferencia de longitud de miembros inferiores, se ve impedido de trotar y dificultado prolongar la marcha, prolongar la estación de pie, subir y bajar escaleras, viajar en transporte público y dificultad de realizar diversas actividades domésticas y laborales (fs. 484).

Señaló que en prácticamente en todas las artroplastias de cadera se genera alguna diferencia en la longitud de miembros. Indicó que tratándose de una artroplastia primaria - sin cirugías previas- la discrepancia debió haber sido menor a 3 cms (fs. 486).

Indicó que entre los distintos profesionales-Dres. B., R., S. atendieron al actor, osciló en una diferencia entre 3 cm y 3, 5 cm (fs. 488 vta).

Respecto a las secuelas del pie, expuso, no pueden explicarse solamente por la discrepancia de longitud, ya que mayoritariamente estas estas discrepancias no requieren de la cirugía realizada en el pie del actor, y en base a ello infirió que el pie debe haber tenido una patología previa asintomática, agregando que la discrepancia de longitud pudo haber agravado la patología del pie (fs. 486), derivando en las posteriores cirugías que no tuvieron un buen resultado al no solucionar el problema (fs. 487), lo que "parece se acerca a la realidad de los hechos" (fs.486).

Precisó que de las historias clínicas y fichas de seguimiento del actor no surge que previo a la cirugía el actor tuviera un acortamiento, pero, de existir, podría haberse solucionado en la cirugía realizada (fs. 486 vta) Afirmó que la patología por retropié valbo con ante pié abducto en el pie derecho debió ser previa y su sintomatología se agudizó luego de la artroplastia de cadera (fs. 486 vta).

Por último, afirmó que no existió consentimiento informado para la intervención del actor. (fs. 487).

El informe no mereció cuestionamiento de parte de la actora, quien se limitó a expresar disconformidad con el porcentaje de incapacidad estimado por el perito (fs. 491), ni de las restantes partes.

En fs. 504/507 luce el informe del consultor técnico del Dr. Juan Carlos Raffa, quien señaló que las complicaciones por artroplastia de cadera se presentan entre el 1 al 4% de los casos, siendo la más frecuente la desigualdad de los miembros inferiores.

Es preciso recordar que una pericia importa para la dilucidación del caso, la información prima facie veraz emitida por un auxiliar de la justicia, sobre cuestiones de orden científico o técnico, debidamente apreciada conforme a la profesionalidad y aptitudes de quien formula el dictamen.- Éste, para ser considerado tal, debe reunir los requisitos de forma y de fondo que hacen a su idoneidad, derivada de la explicación detallada de los presupuestos técnicos tenidos en cuenta para lograr la conclusión a la que en definitiva se arribe, como así también de los principios científicos en los que se funde (cfr. arg. art. 472 del Código Procesal).- Sentadas tales premisas, no hallo en el antes reseñado el más mínimo argumento para separarme de las conclusiones de las peritos designadas, y como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "cabe conocer validez a las conclusiones del experto para la decisión de aspectos que requieren apreciaciones específicas de su saber técnico, de las que sólo cabría apartarse ante la evidencia de errores manifiestos o insuficiencia de conocimientos científicos" (Conf. CSJN, 25/03/1997, DT 1997-A, 1004; id. 23/04/1996, Fallos, 319:469, entre otros).

4.- La responsabilidad médica se asienta sobre la idea de culpa, la que debe ser mostrada a través del hecho que la prestación a cargo del profesional ha sido cumplida de modo deficiente, imperito, desajustado de las reglas del arte, en fin, con omisión de las diligencias que la naturaleza de su desempeño impone (arts. 512, 902, Código Civil).

Al encarar cuestiones de cierta complejidad que atañen a la práctica de la medicina y, en particular, de la cirugía, es oportuno recordar que la causa de un hecho dañoso es la condición que se reputa adecuada entre todas las que pueden haber concurrido, para producir el daño como resultado. Por ello se alude a la causa adecuada que el Código Civil (arts. 902 y 904) ha vinculado estrechamente a la previsión del autor o responsable. Es menester verificar con precisión autoría y causalidad, determinar la relación causal, no como vínculo meramente posible, sino mediante la efectiva comprobación de la atribución del daño al hecho, cuya demostración incumbe a la parte actora en todos los casos (conf., Trigo Represas-López Mesa, Tratado de la responsabilidad civil, Bs. As., La Ley, 2004, t. I, pág.627 y sus citas en notas 1030 y sigtes.).

Por otra parte, y la cuestión no es menor, es menester probar la culpa del médico o del cirujano, ya que la responsabilidad del médico, y las responsabilidades concurrentes del caso, se generan en la medida que el desempeño de su actividad haya provocado lesión al interés de cumplimiento que tiene el paciente, que es el acreedor de la prestación, en el caso.

La existencia de la relación causal está necesariamente vinculada a la imputación que se hace al autor de las consecuencias de su hecho (arg. arts. 901 y sigtes., Cód. Civil) y es, necesariamente, cuestión previa a la determinación de la culpabilidad (conf., Brebbia, Roberto



H., La relación de causalidad en el derecho civil, Rosario, Juris, 1973, n° 6; Goldenberg, Isidoro H., La relación de causalidad en la responsabilidad civil, 2° ed., La Ley, 2000, pág. 39 y sigtes., § 17).

Probada la relación causal, cuando alguien imputa al médico su negligente desempeño o atención soporta la carga de probar no sólo el daño que ha padecido o padece sino la culpa de aquél, la mala praxis en cuanto ha sido causa de ese daño, el factor de atribución de su responsabilidad. Es decir, la carga probatoria corresponde a quien la invoca, con mayor razón si quien pretende una reparación se basa específicamente en el mal desempeño del facultativo (Sa la A, 8/7/97, JA, 2000-I-187, secc. Índice n° 44).

En este sentido, tanto la pericia médica producida en el proceso y la información que resulta de las historias clínicas (fs. 396/402, 797/800 y 810/813), son de relevante valor para el juzgador.

Ello así, adelanto, que de una valoración conjunta y de conformidad con las reglas de la sana crítica, encuentro que la cirugía de artroplastia de cadera a la que debió ser sometido el Sr D.V., fue la causa inmediata o mediata, previsible, de la discrepancia de longitud de miembros inferiores y consiguientes secuelas en su pie derecho.

Además, tal secuela fue consecuencia de una negligente práctica imputable al cirujano.

Destaco que el perito fue terminante en indicar previo a la cirugía no surgía que el actor tuviera un acortamiento y, por otro lado, que la discrepancia que porta el actor resulta mayor a la admitida para este tipo de intervenciones. En efecto, si bien el Dr. Soroka indicó que en todas las artroplastias primarias de cadera se genera alguna diferencia en la longitud de miembros y admitió también un margen de maniobra para el cirujano de hasta 2 cms para priorizar la movilidad y estabilidad de la cadera, la diferencia longitudinal en el caso no responde a los parámetros de la ciencia médica.

De tal forma, si bien el tratamiento quirúrgico indicado por el facultativo era el que correspondía para superar la coxartrosis de cadera crónica que padecía el Sr. D. V.-debido a la falta de respuesta a alternativas menos cruentas-, el cuadro probatorio evidencia que no ha sido desarrollado de acuerdo a las reglas del arte.

Aún en la mejor hipótesis para el galeno -considerar el resultado disvalioso del actor como un riesgo inherente- no puede obviarse que, conforme las propias estadísticas efectuadas por su consultor médico, las complicaciones propias para este tipo de cirugía (entre las que se encuentra la desigualdad de longitud de miembros inferiores) se presentan tan solo entre el 1% al 4% de los casos.

Así puede sostenerse que se trataba de una cirugía con elevados porcentajes de éxito y con una muy baja estadística de consecuencias negativas en el paciente - intervención con riesgos poco habituales-, circunstancia que, en mi opinión, corrobora la actuación negligente del cirujano actuante, tal como expusiera de relieve acertadamente el colega de grado.

Solo a mayor abundamiento señalo que si un hipotético acortamiento previo en los miembros del actor podría haberse solucionado en la misma cirugía -como reseña el auxiliar Soroka-, ello pone de manifiesto que el exceso longitudinal en el miembro izquierdo bien pudo ser advertido y corregido luego de colocar la prótesis de cadera en el actor o, en última instancia, en los múltiples controles posteriores los días 19.9.2010, 13.10.2010, 13.11.2010, 14.12.2010,

2.1.2011 y 7.2.2011 (fs. 26/28, 32/34 798 vta y 805).

Pese a ello, ante la presencia de dolores y talalgia en el pie izquierdo, el Dr. B. se limitó a indicar reposo al actor, sin indagar en si ello podría ser una secuela de la cirugía realizada -riesgo previsible que como especialista debía conocer (art. 902 CCiv)-, tampoco prescribió la utilización de un calzado con realce (fs. 486 vta) ni efectuó derivación a médico especialista, decisión que tomó el Sr. íaz V. consultar con otros profesionales, a causa de sus múltiples dolores (fs.800, 806 y 807).

Por último, encuentro que también resultan imputables al galeno las consecuencias de las secuelas en el pie derecho del actor. En este sentido el perito Soroka ha sido concluyente en que mala práctica agudizó el cuadro preexistente en el actor que cursaba sin sintomatología. De forma que fue la mala praxis la que, dio lugar a la insatisfactoria intervención triple artrodesis en el pie derecho para subsanar la diferencia entre miembros.

Desde otro lado, contrariamente a lo postulado por el Dr. B. en sus agravios, la necesidad de efectuar el tratamiento quirúrgico en el actor y los riesgos inherentes asociados tampoco lo eximen de responsabilidad.

La adhesión efectuada por la provincia de Buenos Aires mediante ley n° 14.464 a la ley 26.529 entró en vigencia el día 9.1.2013, por lo que al momento de la intervención quirúrgica practicada no existía obligación legal en cuanto a la forma aplicable al consentimiento -tal como sí lo exige para su instrumentación el art. 7 del mentado cuerpo legal-.

Pese a ello, aun cuando la carga de la prueba de la falta de información en este supuesto recae en cabeza del actor, lo cierto es que dicha prueba puede llegar a ser muy difícil de producir, por lo que se debe juzgar de la manera más equilibrada posible.

En este punto, destaco que el Sr. D. V. se encontraba en pleno dominio de sus facultades mentales y su dolencia iba a ser tratada de una cirugía programada, lo que descarta una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente que le impidiera prestar el consentimiento por sí.

De tal forma, recaía sobre el médico un deber jurídico de colaborar activamente en el esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido (art. 377 del CPCC), débito que se encuentra incumplido.

Así las cosas, la falta de consentimiento informado y la patente orfandad probatoria desplegada por el emplazado ponen en evidencia que el Dr. B. omitió su deber de informar con anterioridad al actor de forma comprensible, clara y asequible los riesgos - teóricamente ínfimos en el caso- que conllevaba la práctica, privándolo de los datos esenciales para poder decidir válidamente si aceptaba o no la intervención quirúrgica. Ello me persuade que el Sr. D. V., más allá de haber podido suponer que toda intervención de cierta entidad acarrea un grado de peligrosidad, no fue informado fehacientemente -derecho que le asistía como paciente-, de modo que nunca pudo asumir los riesgos que conllevaba la operación, convirtiendo ello también en antijurídico el acto médico.

Recuerdo que el consentimiento informado, implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, luego de brindársele suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, para lo cual decide

prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención (conf. Highton y Wierzba en "La relación médico paciente: el consentimiento informado", Editorial Ad-hoc, pág. 11) y "su omisión puede originar la responsabilidad civil del galeno cuando se materializan los riesgos típicos sobre los cuales el paciente no ha sido informado" (Calvo Costa, Carlos A., "El deber de información en la responsabilidad civil médica.El consentimiento informado", LA LEY, RCCyC 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - DFyP 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219).

En síntesis, en su decisión de someterse a la intervención quirúrgica, el actor consintió voluntariamente únicamente la artroplastia como un camino válido para procurar una solución al cuadro de artrosis de su cadera, pero ello no autoriza a dar una mayor extensión y concluir que asumió en forma tácita las posibles contingencias de una intervención, que desconocía.

De este modo, los agravios en estudio carecen de andamiaje ya que la valoración de la prueba que hiciera el juzgador se ajusta a las reglas de la sana crítica (arts 386 y 456 del Código Procesal).

5.- En función de los fundamentos tenidos en miras, si mi voto fuese compartido, propondré al Acuerdo confirmar la atribución de responsabilidad en cabeza del médico demandado.

V.- De la responsabilidad del centro asistencial.

1.- El colega de grado rechazó la demanda instaurada contra Instituto de Diagnóstico de La Plata S.A. (IDLPA) e impuso las costas en el orden causado. Para así decidir, sostuvo que no surge elemento de prueba alguno que permita evidenciar que el Dr.

Sebastian B. se encontraba vinculado con el "Instituto", ni que formaba parte de su staff.

Antes bien, agregó, la documental aportada indica que el médico tratante atendía al accionante en los consultorios externos de la Obra Social, sin que ninguna otra vinculación más que la práctica quirúrgica lo vincularan con el ente asistencial. De tal forma, concluyó que los reparos que se le enrostran al mentado sanatorio escapan de su ámbito de actuación, resultando propios del profesional médico a cargo de la intervención quirúrgica, al no probarse que las prestaciones asumidas excedían las de quirófano, internación y enfermería, respecto de los cuales ninguna objeción se formuló.

El actor y el galeno emplazado se agravian de ello.

El Sr. D.V., esgrime que el juzgador no tuvo en consideración los reconocimientos tácitos de las emplazadas, la impugnación efectuada al informe pericial contable así como sus inconsistencias, la omisión de la demandada de exhibir los libros al perito contador designado en extraña jurisdicción, la regla que ordena probar a la parte que en mejores condiciones se encuentre de hacerlo y las presunciones legales contra el comerciante que no lleva sus libros en legal forma, no los conserva o los u oculta. Todo ello, dice, demostraría que el Dr. B. atendió al actor en su doble carácter de prestador de OSECAC y IDLPA.

El Dr. B. también se revoque lo decidido sobre el punto. Señala que la intervención quirúrgica se llevó a cabo en sus instalaciones con el consentimiento del instituto, prestado con fundamento en el convenio existente con OSECAC para la atención de sus afiliados.

Instituto de Diagnóstico de La Plata SA y TPC Seguros se agravian de la imposición de costas

en el orden causado, solicitando que sean soportadas por parte actora vencida, o sean impuestas al galeno condenado utilizando el mismo principio general de la derrota usado para determinar las costas del actor.

2.- Adentrándome en la solución, cabe recordar que el artículo 163 inciso 5° del Código Procesal permite la posibilidad de que las presunciones no establecidas en la ley sirvan como elemento probatorio válido para sustentar sentencias judiciales, siempre que se funden en hechos reales y probados, y cuando su número, precisión y concordancia, produzcan convicción sobre la naturaleza del hecho de conformidad con las reglas de la sana crítica.

La citada norma alude al "número" de presunciones como elemento a computar para dotarla de fuerza probatoria, aunque en rigor, la pluralidad debe entenderse referida no a aquellas, sino a los hechos indiciarios sobre los cuales se basan. De conformidad con las reglas de la sana crítica, una sola presunción, cuando reviste gravedad y precisión, puede resultar suficiente para acreditar la existencia del hecho.

Por su parte la gravedad de la presunción atañe a la aptitud para generar un suficiente grado de certeza, y no de mera probabilidad acerca de la existencia del hecho que es objeto de prueba. Pero para que ello ocurra, la presunción debe ser precisa, lo cual refiere no sólo que entre el hecho o hechos probados y el deducido medie una conexión directa, sino que aquellos sean susceptibles de interpretarse en un sentido único; y además, los indicios deben ser concordantes, es decir, no excluyentes.

De acuerdo con ello, encuentro que en la especie se configura la situación descripta.

Es que en autos existen una serie de indicios concordantes que, apreciados en el contexto global de la causa y de conformidad con las reglas de la sana crítica, revisten aptitud para generar suficiente grado de certeza acerca de que el Dr. B. formaría parte del staff médico del Instituto de Diagnóstico de la Plata SA y me persuaden para extenderle a esta última institución responsabilidad en la mala práctica.

En su contestación de demanda, el Dr. B. dijo que asistió al paciente a través de su obra social por la especialidad traumatología hasta que lo determinaron las autoridades del Instituto Diagnóstico de la Plata SA (fs.268).

Por su parte, OSECAC manifestó que, al momento del hecho de autos, se encontraba vigente el contrato profesional con el Instituto de Diagnóstico de la Plata y que no se desconocía su vinculación con el Dr. B. (fs. 532).

El mentado instrumento, necesario para esclarecer naturaleza y tipo de prestaciones que la institución proporcionaba a los afiliados de la obra social, no fue adjuntado por el IDLP en su contestación de demanda, ni puesto a disposición de la perito oficial, Evangelina Mariana Ortiz en oportunidad de producirse el informe pericial contable en extraña jurisdicción. La auxiliar específicamente señaló que los contratos o convenios no le fueron exhibidos (fs. 596 vta).

La auxiliar indicó que por el paciente A. D. V., IDLP facturó a OSECAC con fecha 30.9.2010 el importe de \$36.469,01. Ello según factura A n° 0001-00006095 (fs. 596 vta y 597).

La factura fue acompañada por IDLP y TPC Seguros en sus respectivas réplicas (fs. 132/134 y 170/172). De su lectura resulta que la facturación corresponde a honorarios de mes de

setiembre de 2010. Del resumen resulta también que el monto global corresponde a diversos beneficiarios, entre los que se encuentra el Sr. D. V., respecto de quien se consignó artroplastia de cadera por \$5.135,49 y transfusión por bolsa \$858,40.

Llamativamente la perito contadora María Nélica López, designada en autos, afirmó que, de acuerdo al citado instrumento, el instituto no facturó honorarios por servicios profesionales (fs. 545). Pero aún en la mejor hipótesis, considerarlos contablemente como gastos, ello tampoco conduce a sostener que se trata de gastos de hotelería. Máxime cuando en el resumen (fs. 133) existe un ítem nominado como "día quirúrgico" que sin duda reviste la condición de gastos con el alcance pretendido por las emplazadas.

Contrariamente a lo afirmado en la sentencia, el peritaje fue sólidamente impugnado por la actora (fs. 548/549), quien cuestionó la ausencia de elementos fiables que apoyen la conclusión de la auxiliar López.

Desde otro lugar, tengo presente que, conforme la adhesión efectuada (fs. 174 punto III) y el relato efectuado por su aseguradora (fs. 158 vta anteúltimo párrafo), la institución contaba a esa fecha con un equipo de profesionales, según convenientemente sostienen, para la realización de estudios y análisis y para la atención de guardia médica.

Pese a ello, IDLP tampoco exhibió la nómina de los profesionales y su vínculo obligacional -contractual o relación de dependencia- a la perito contadora (fs.596

vta). Ello hubiese sido relevante a fin de despejar la incertidumbre respecto al carácter que ostentan no solo el Dr. B. como cirujano, sino de los restantes partícipes en la práctica quirúrgica: Fernández Castillo - anestesista- y ayudantes -Pesce y Cacazella- (fs. 811 vta).

Por último, resulta que en la historia clínica labrada en el Instituto de diagnóstico de la Plata SA (fs. 810/813), resulta la intervención al actor el día 16.9, pero también la atención dispensada por el profesional los días posteriores: 17.9, 18,9 y 19.9, este último día en que le da el alta.

Ello refuerza la idea que el Dr. B. resultaría parte del staff médico de la institución. En efecto, las atenciones dadas no resultan gastos de hotelería y explican el motivo por el cual IDLP permitió que el actor fue atendido en el recinto de la institución.

A lo expuesto, cabe considerar la falta en el deber de colaboración por parte de la mentada institución, quien, pese a estar en mejores condiciones de acompañar elementos probatorios para arrojar luz sobre tal cuestión, guardó silencio sobre ciertos aspectos y no aportó pruebas decisivas.

Como prescribe expresamente el art. 8 del Código procesal jujeño en orden al principio de probidad: "los que intervienen en el proceso tienen el deber de ser veraces y roceder de buena fe". Y, con Peyrano, que hay que "ir consolidando la idea de que el proceso de conocimiento es una empresa común a ambas partes" (J.A. 2009-III-1346). Como dicen Weingarten y Ghersi, el juez necesita que las partes -ambas, destacan los autoresreconstruyan el acontecimiento, premisa desde la cual realiza su labor cognoscitiva (J.A. 1993-IV-67). La consecuencia del incumplimiento de esa carga de afirmación, para éstos, es que se "objetiviza" la versión subjetiva de la contraparte. Reitero: hay un deber de explicitación veraz, un deber de decir verdad (conf. Balestro Faure, J.A.2001-II-953), que la encartada ha transgredido.

3.- Ello así, no debe olvidarse que en el entramado de la relación entre la clínica - por delegación de su obra social OSECAC-, el paciente y el médico, cabe resaltar los dos centros de interés principales que son los del paciente y los de la entidad médica que presta el servicio, de allí que se desdibuja la relación jurídica que se entabla entre el médico y la clínica, es decir, no importa si la prestación es materialmente cumplida por un médico dependiente de aquélla. En relación a los sanatorios, se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre ellos una obligación de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda. Vale decir, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la

seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe (art. 1198, primer párrafo, del Código Civil). En otras palabras, existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesoria para la preservación de la personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Es que si la clínica se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente es responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida (Ver Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad", supl. especial La Ley, septiembre de 2005, p. 4; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 468, N° 1431 quáter, 50 edición, Buenos Aires, 1987).

En consecuencia, Instituto de Diagnóstico de la Plata SA deberá entonces responder por los daños ocasionados por la actuación culposa del Dr.B., en su condición de garante de la correcta prestación de los servicios.

4.- Por las consideraciones expuestas, propiciaré revocar lo decidido en grado, de manera que Instituto de Diagnóstico de la Plata SA será condenada, en forma concurrente, a resarcir los daños sufridos por el Sr. D. V. Con costas a su cargo en calidad de vencida, ya que no existe razón atendible para apartarse del criterio que informa el art. 68 del Cód. Procesal.

VI.- Extensión a la aseguradora.

Al evacuar la citación en garantía, TPC Compañía de Seguros SA reconoció cobertura por responsabilidad civil a fin de mantener indemne a su asegurado Instituto Diagnóstico de La Plata SA, seguro instrumentado en póliza n° 42230 bajo condiciones de cobertura base reclamo, con un tope máximo por acontecimiento de \$400.000 y una franquicia a cargo del asegurado cuyo importe es equivalente al 10% del monto a indemnizar, con un mínimo del 1% y un máximo del 3%, ambos de la suma asegurada.

Por último, enumeró la existencia de otros siniestros que afectan la cobertura (fs. 154 vta).

Las mentadas limitaciones fueron desconocidas por la parte actora y, a todo evento, invocó la doctrina plenaria sentada en las causas "Obarrio" y "Gauna" en lo que fueren aplicables (fs. 165).

La perito contadora ratificó la existencia de tales limitaciones (fs.543).

La vaguedad del planteo -que impide conocer si se ataca el tope máximo de cobertura, la franquicia o ambos, así como el motivo por el cual serían lesivos e inoponibles- sumado a que el antecedente jurisprudencial citado en apoyo remita a una plataforma fáctica inaplicable al

caso, ameritan por si el rechazo de la cuestión propuesta.

Aun así, en mi opinión, la franquicia convenida entre asegurador y asegurado no puede interpretarse de igual modo en un seguro contratado voluntariamente como acontece en el presente, que cuando se trata del seguro obligatorio impuesto por el art.

68 de la ley 24.449, que motivara el dictado de la citada doctrina plenaria por este Tribunal.

Ello es así porque en los casos en que la ley establece la contratación de un seguro de manera obligatoria, es dable entender que se le asigna una finalidad distinta (protección de los damnificados en los recurrentes accidentes de tránsito) a aquella puramente económica que puede encontrarse en un seguro de responsabilidad civil voluntario (dirigida a los daños que sufre el asegurado en su patrimonio).

De allí que el Sr. D. V., en su condición de tercero ajeno su realización, si desea invocar el contrato de seguro para percibir su crédito, deberá circunscribirse a sus términos.

En mérito de lo expuesto, la condena dispuesta contra Instituto Diagnóstico de La Plata SA, habrá de hacerse extensiva -en la medida del contrato de seguro- a TPC Compañía de Seguros SA conforme art. 118 de la ley 17.418.

VII. De los daños Antes de entrar en la consideración particular de cada uno de los rubros indemnizatorios reclamados, cabe señalar que sólo habré de indemnizar los daños debidamente probados y que resulten ciertos y no la mera posibilidad o hipótesis de daño.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que el monto estimado por el actor no marca el límite de la pretensión y conceder más de lo pedido no importa incongruencia por ultra petita, ya que la utilización, como ha ocurrido en el caso de la fórmula "o lo que en mas o en menos estime VS corresponder y resulte de las pruebas producidas en autos" (ver fs. 76) habilita al magistrado a estimar el quantum indemnizatorio en atención a la índole de la afección sufrida, pues no se encuentra obligado por la suma requerida tanto para el caso de que aquélla resulte ser mayor o menor a la reconocida (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, "Arman, Efraín D. c. Supermercados Mayoristas Makro S.A. y otro", del 25/03/2013).- VII. 1. Incapacidad sobreviniente.

Lesión estética. Tratamiento psicológico. i.- En la anterior instancia el juzgador acordó la suma de \$ \$620.000 en concepto de incapacidad física -comprensivo del daño físico y psíquico- y de \$9.600 por tratamiento psicológico. Rechazó la partida por daño estético al considerar que no fue probado que la desfiguración física que presenta el actor incida en sus posibilidades económicas.

El accionante cuestiona por insuficiente el monto acordado. Hace mención que sólo comprende la disminución de capacidades en tanto repercuten en sus ingresos, pero sin valorarla conforme al equilibrio que gozaría el actor de no haber sufrido la mala praxis. En efecto, no solo le ocasiona dificultad en realizar actividades laborales sino que le impide efectuar múltiples actividades sociales y domésticas.

Atinente al daño estético indica que la alteración de la apariencia física del actor cuya marcha es torpe, claudicante y forzada - aún con calzado de realce- resulta visible todos los días de su vida, trascienden en su vida y originan un perjuicio que amerita su reparación pecuniaria.

El accionado B. tilda de excesivos los montos conferidos y solicita su reducción.

Indica que resulta arbitrario y sin justificación. De otro lado, entiende que no corresponde indemnizar el daño psíquico en forma autónoma al moral, ya que aquel se encuentra subsumido en este último. Objeta también otorgado un monto por incapacidad psíquica y otro por tratamiento psicológico, lo que a su entender configura una duplicidad resarcitoria.

En primer lugar, es menester destacar que la incapacidad consiste en la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales (ver Zavala de González, M. Daños a las personas-Integridad psicofísica, Tomo 2<sup>a</sup>, página 289).- Así, de acuerdo al criterio jurisprudencial, la incapacidad sobreviniente "se traduce en una disminución de las aptitudes físicas de la víctima para sus actividades no sólo laborativas sino también en todo su ámbito de relación y se verifica cuando las secuelas no son corregibles luego de realizados los tratamientos médicos respectivos, es decir cuando no existe posibilidad de lograr recuperación del estado de salud del que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso. Así es que, para que esta indemnización prospere debe contemplarse una pérdida o aminoración de las potencialidades del sujeto que lo afectan no sólo en su vida presente sino también en sus posibilidades futuras" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H, en autos:

"Alonso Liliana Mabel c/ Federación Patronal Cooperativa de Seguros Ltda.s/ daños y perjuicios", del 13 de marzo de 2007).- Teniendo en cuenta que los apelantes se limitan en sus agravios a peticionar,

respectivamente, un aumento y una reducción del monto acordado, expondré -en concreto- el marco bajo el cual emprenderé la tarea cuantificadora cuestionada.- Específicamente en relación con el principio de resarcimiento integral, sin perjuicio de las pautas generales que analizaba antes de la reforma del Código Civil y Comercial, es aconsejable tener en cuenta como indicio, lo que el nuevo código nos dice al respecto. Así, el art. 1740 Código Civil y Comercial establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

Asimismo, el art. 1746 del mencionado código, establece pautas para la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, total o parcial, admitiendo la presunción de la existencia de los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

Ahora, no debe soslayarse que este art. 1746 hace referencia a la adopción de determinadas pautas que parecen dar cuenta que debe emplearse un criterio matemático para calcularla indemnización. En efecto, establece como directiva que la indemnización debe consistir en una suma de capital que, debidamente invertido, produzca una renta que permita al damnificado continuar percibiendo durante su vida útil una ganancia que cubra la disminución de su aptitud para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Como se advierte, esta fórmula, prevista para el caso de incapacidad permanente, en base a la función resarcitoria (arts. 1708 y 1716), al principio de inviolabilidad de la persona humana (art. 51) y al de la reparación plena (art. 1740), todos ellos objetivos de la responsabilidad civil, en conjunto con el deber de prevención (arts.1708 y 1710) podrá ser un elemento a seguir para cuantificar también el perjuicio producido (conf. Galdós, en Lorenzetti (dir) "Código Civil y



Comercial de la Nación comentado", 1º ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 294). Se trata de una herramienta, de una verdadera pauta orientadora para lograr acercarse en forma objetiva a la reparación adecuada, pero que no descarta la aplicación de las particularidades del caso que son, justamente, las que permiten a los jueces resolver con justicia cada situación individual.

Es decir, a ese fin, es prudente acudir como pauta orientativa a criterios matemáticos para su determinación, si bien tomando los valores que arrojan esos cálculos finales como indicativos, sin resignar las facultades que asisten al órgano judicial para

adecuarlos a las circunstancias y condiciones personales del damnificado, de modo de arribar a una solución que concilie lo mejor posible los intereses en juego. Criterios semejantes, aunque resistidos por muchos, distan de ser novedosos (cfr. Iribarne, Héctor en "Derecho de Daños", primera parte, Directores Trigo Represas, Stiglitz, Ed. La Roca, Bs. As, 1996, pág. 191 y sgtes.).

En este contexto, tendré en cuenta además y a los fines de cuantificar el monto indemnizatorio 1) que la mala práctica profesional acaeció el día 16 de septiembre de 2010 cuando el actor tenía 51 años -fecha de nacimiento 30.12.1958-; 2) que se encuentra acreditado que al momento de la intervención el actor realizaba trabajos en relación de dependencia como personal de maestranza en la empresa Huertas Verdes SA con un haber neto mensual al mes de agosto de 2012 por \$4.156 (recibo de sueldo de fs. 4, declaraciones testimoniales de fs. 5/6 y declaración jurada de fs.31 del expediente homónimo sobre beneficio de litigar sin gastos); 3) una tasa de descuento del 5% anual que representaría el adelanto por las sumas futuras, equivalente a la que se podría obtener de una inversión a largo plazo; 4) el período a computar que estaría dado hasta la edad productiva de la víctima que se estima en 75 años, 5) finalmente, la incapacidad estimada por los peritos designados en autos.

Sobre este último punto creo oportuno realizar algunas precisiones. - ii.- Veamos. Quedó acreditado en la causa que el Sr. D. V. padecía una patología previa asintomática por pie derecho valgo y aducto, que se vio agravada por la discrepancia de longitud en el miembro inferior izquierdo (fs. 486).

Ante el cuadro doloroso el actor concurre al hospital Dr. Alejandro Korn de La Plata. En un primer momento se procuró aliviar la sintomatología con plantilla de realce (fs. 439) y ante la falta de mejoría, derivó en una cirugía en pie derecho -triple artrodesis- el día 23.3.2012, infiero que para compensar el alargamiento presente en el miembro izquierdo, que no tuvo buen resultado (fs. 197 y 482 vta).

A fin de mejorar la situación del actor, el 14.7.2013 se procedió a la extracción de material de osteosíntesis en el hospital zonal de agudos General San Martín de La Pata (fs. 198).

Luego de ello realizó 30 sesiones de kinesiología 3 veces por semana y utilizó muletas por 2 meses. Al otorgársele el alta con tareas livianas, al año no pudo cumplir con sus tareas (fs. 482 vta).

Interín, con fecha 18.3.2011 le fue otorgado certificado de discapacidad por el Ministerio de Salud provincial (fs.447).

Como ya fuera expuesto precedentemente, el perito médico Soroka indicó

que debido a la prótesis de cadera, artrodesis del pie y diferencia de longitud de miembros inferiores, se ve impedido de trotar y dificultado prolongar la marcha, prolongar la estación de pie, subir y bajar escaleras, viajar en transporte público y dificultad de realizar diversas actividades domésticas y laborales (fs. 484).

Agregó que con respecto a la lesión que presenta, no es esperable que tenga modificaciones significativas en el futuro, previendo el uso en forma de por vida de calzado ortopédico con realce (fs. 488 vta).

Luego de haber realizado un riguroso y exhaustivo examen físico anatómico, teniendo en cuenta los relieves óseos, funcional, valorando la movilidad activa y pasiva, semiológico clínico y radiológico fundado, el perito médico determinó que el actor presenta una incapacidad física parcial y permanente del 14% discriminado de la siguiente manera: 4% por la discrepancia de longitud en miembros inferiores y 10% por las secuelas quirúrgicas de pie derecho, teniendo en consideración a varios baremos como el del Dr. Bonnet y los Dres. Itube y Rinaldi (fs. 488 vta/489).

El informe no mereció, en este punto, cuestionamientos de los accionados, en tanto la actora se limitó a expresar su disconformidad con el porcentaje asignado por el auxiliar (fs. 491), insuficiente para desvirtuar el dictamen pericial.

iii.- Cabe señalar que la circunstancia de que se considere que el daño a la salud sea único y se lo trate en forma global dentro de la incapacidad sobreviniente, sea que se lo incluya al valorar los daños extrapatrimoniales, o por el contrario se indemnicen por separado las secuelas de orden psicológicas y estéticas comprobadas, es una cuestión secundaria si ello no importa un menoscabo al resarcimiento económico fijado. Es que lo que realmente interesa es tratar de colocar al damnificado en la misma situación en que se hallaba antes del suceso dañoso, a lo que debe apuntarse con independencia de los términos o expresiones utilizadas y sin caer en dogmatismos estériles que impidan el acceso a una solución justa e integral.- Así, no debe perderse de vista que la "guerra de las etiquetas" o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la "guerra de las autonomías" o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central (cfr. Mosset Iturraspe "El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad" Rev. de Derecho Privado y Comunitario, T. I, pág. 39 N° 23, Rubinzal Culzoni, 1992).-

En este contexto, el daño estético carece de autonomía, a excepción de que importe un cambio sustancial en la imagen de la persona con consecuencias perjudiciales para su desarrollo de la vida de relación o provoque una merma de posibilidad de ingresos, extremos no acreditados en autos.

De tal forma, encuentro improcedente otorgar una indemnización autónoma por daño estético sufrido por la secuelas de la mala praxis, ya que dicho padecimiento se confunde con la misma incapacidad física que es objeto de reparación. Ello sin perjuicio de que sirva como elemento a considerar en el rubro daño moral en el aspecto que se refiere al sentimiento negativo que genera en el sujeto que lo sufre.

Por ello propiciaré se confirme el rechazo de la partida por daño estético resuelta en grado. iv.-

El daño psíquico reposa predominantemente en la subjetividad de la persona, trasciende en actitudes y comportamientos, y a veces tiene también manifestaciones somáticas. La lesión psíquica implica un desequilibrio patológico, diagnosticable por la ciencia médica, que se traduce en disturbios que disminuyen en la persona, sus aptitudes laborales e inciden en su vida de relación.- El daño psicológico debe ser considerado una especie del daño patrimonial, que produce un menoscabo a la integridad psicofísica de la persona y a su estructura vital; que importa una merma o disminución de su capacidad psíquica. Para que ésta sea indemnizable en forma independiente del daño moral, debe ser consecuencia del accidente por el que se reclama y ser coherente con éste, además de configurarse en forma permanente.- En este sentido, se ha expedido la Sala "L" de este Tribunal, y ha establecido:

"El daño psíquico configura un detrimento a la integridad personal, por lo que para que este sea indemnizado independientemente del moral, debe producirse como consecuencia del siniestro de autos y por causas que no sean preexistentes al mismo. Ello se da en una persona que presente luego de producido el hecho, una disfunción, un disturbio de carácter psíquico.

En conclusión, que muestre una modificación definitiva en la personalidad que la diferenciaba de las demás personas antes del hecho; una patología psíquica originada en éste que permita que se la reconozca como un efectivo daño a la integridad psicofísica y no simplemente una sintomatología que sólo aparezca como una modificación disvaliosa del espíritu, o de los sentimientos, que lo haría encuadrable tan sólo en el concepto de daño moral." (autos: "Cáceres, Martín c/Empresa Gral. Tomás Guido S.A.C.I.F Línea de Colec. 87 y otros s/ daños y perjuicios, del 13 de septiembre de 2007).-

De los elementos probatorios obrantes en autos, encuentro pertinente tratar la pericia psicológica efectuada por la medico psiquiatra Dra. María Sol Perez de Vargas (fs.473/478).

Allí, luego de efectuar la entrevista con el actor y con sustento en la evaluación psicodiagnóstica de la licenciada María Teresa Ravagnan -obrante a fs. 459/465-, señaló que presenta ansiedad expresada por preocupación y llanto, sentimientos de inutilidad y temor e incertidumbre en relación al futuro, conductas de evitación hacia lo que ya no puede realizar, así como una disminución en su actividad social e intereses (fs. 476 y vta).

Expuso que el accidente ha afectado más su afectividad que sus aspectos intelectuales, debido a su incapacidad física, presenta disminución de los aspectos de valoración y mayor temor, debido a que ve limitaciones en poder hacer otro trabajo (fs. 77).

Precisó que la lógica del relato y la claridad sintomática excluyen simulación (fs. 76).

Concluyó en que el actor presenta alteraciones en el área afectiva, cognitiva y volitiva, que configura un trastorno de ansiedad de carácter crónico y grave, estimando un porcentaje de incapacidad definitiva del 40%, con repercusión en sus relaciones aborales y en su vida familiar, sexual y laboral (fs. 477 y vta).

Asimismo, dispuso que el actor realce un tratamiento psicoterapéutico para que su cuadro no empeore, con una duración estimada de dos años y una frecuencia semana del dos veces por semana y un costo por sesión de \$500.

Ello deberá ser complementado con entrevistas psiquiátricas con un costo anual de \$12.000 y un tratamiento farmacológico de costo anual por \$9.600 (fs. 477 vta).

El peritaje fue cuestionado por la parte actora a fs. 503 -que adhirió al dictamen de su consultor técnico de parte (fs.

502)-, la codemandada "Instituto" y la citada "TPC" a fs. 511/512, y por el galeno accionado a fs. 514/516.

La actora sostiene que en el caso corresponde meritar una incapacidad psíquica del 50%, por cuanto al 40% adjudicado por la perito debe adicionarse un 10% por presencia por una patoneurosis crónica.

Los emplazado objetaron el dictamen, en esencia, por considerar que: no se ha indicado la batería de tests realizados, el diagnóstico no resulta preciso, no se precisó el baremo utilizado para ponderar la incapacidad, no se descartó la presencia de factores cocausales preexistentes en el actor.

Al evacuar el traslado, la perito Vargas ratificó las conclusiones de su dictamen (fs. 521 y 661).

Ello así, en la medida que no advierto que se hayan demostrado errores que autoricen a desmerecer el informe y atento que sus conclusiones resultan robustecidas por el apoyo de otros elementos probatorios, admito el dictamen pericial referido en los términos del art. 477 del CPCC que prevalece también sobre el del consultor técnico del actor.

Ello encuentra sustento en que el origen de la designación, que los mantiene al margen de toda sospecha de parcialidad, en tanto la función de éste último se asemeja a la del abogado, en cuanto presta asesoramiento a la parte en cuestiones de su especialidad o, dicho de otra manera, la "asiste" o la "representa" en tales temas. v.- Ante los agravios vertidos por el Dr. B. en primer término diré que participo de la corriente que encuentra que el daño psicológico, no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza. Así, corresponde resarcirlo en la medida, como se verifica en el presente, que significa una disminución en las aptitudes psíquicas, que representan una alteración y afectación del cuerpo en lo anímico y psíquico, con el consiguiente quebranto espiritual, toda vez que éste importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral.

Desde otro lado tampoco existe incompatibilidad entre los gastos de tratamiento psicológico futuro y la inclusión del daño psíquico como integrante de la incapacidad. El hecho de que se haya reconocido la indemnización por daño psíquico, no obsta la del tratamiento psicológico y viceversa, ya que se trata de indemnizar diferentes daños. El tratamiento psicológico apunta, como apunta la auxiliar, a evitar que la dolencia psíquica se agrave, o en todo caso, a mejorar sus síntomas, pero resultando del hecho dañoso una incapacidad permanente, no puede asegurarse su recuperación total.

Empero considero adecuado a derecho que la valuación de incapacidad que arrojan ambos porcentajes (física y psíquica) no deba adicionarse en forma directa, por lo cual y conforme al método de la capacidad restante (f órmula de Balthazard), debe estimarse la afectación psíquica en un 34,4% -equivalente al 40% del 86%-.

Por lo expuesto el porcentaje de incapacidad total que consideraré en total asciende el 49%. vi.- Expuesto ello, en esas pautas orientativas que se viene haciendo referencia, hay distintas fórmulas, que a su vez arrojan distintos valores, conforme se podrá observar infra. En primer

lugar se verá la Fórmula de Bahía Blanca y es así conocida pues en el Departamento Judicial de Bahía

Blanca, provincia de Buenos Aires, se ha difundido la aplicación de la misma que, en términos generales comparte las mismas variables y relaciones que la de Vuotto y Méndez.

Respecto a las dos últimas fórmulas mencionadas, la expresión es la siguiente:

La diferencia sustancial entre Vuotto y Méndez es que el primero había tomado en cuenta el fin de la 'vida útil' de la víctima, estimable en 65 años y en Méndez se modifica y eleva la edad tope a 75 años.

Asimismo, en Méndez se consideró que cuanto menor es la edad de la víctima, son más probables en su conjunto las eventualidades favorables que las desfavorables. Se entendió que es posible estimar que aproximadamente a los 60 años de edad el trabajador medio ha culminado su desarrollo laboral y su ingreso se halla estabilizado hacia el futuro, teniendo en cuenta los factores aleatorios (perspectivas de mejora y riesgo de desempleo).

Otro aspecto es en relación a la tasa de interés, donde se sostuvo que la estimación de una tasa de interés de 6% fue empleada en el momento original porque —a esa tasa— era aproximadamente posible hacer un depósito bancario tal que mantuviese el poder adquisitivo original. Esta situación ha cambiado a lo largo de los años, por lo que pareció prudente reducir dicha tasa a la de 4%, que es la estimada por la propia Corte Suprema, para depósitos en divisas, en el fallo "Massa, Juan Agustín c. PEN", del 27/12/2002".

En este contexto, a fin de realizar algunos de los cálculos matemáticos, sobre la base del promedio del haber mensual estimado, la edad del actor al momento del accidente y poniendo como límite la edad jubilatoria (65 años) en un caso y la de 75 años en el otro, con la "tasa de descuento" que se explicara en cada fórmula, el monto que se desprende, sea aplicando Vuotto y Méndez resulta ser distinto.

Lo mismo sucede aplicando la fórmula de Bahía Blanca con la tasa de descuento del 5%.

En el Fuero Civil de la Capital Federal, en voto minoritario de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el Dr. S. Picasso ha recurrido a los cálculos actuariales a fin de cuantificar la

indemnización por incapacidad sobreviniente, siguiendo en lo sustancial, la fórmula del Departamento de Bahía Blanca.

En los autos "L., S. G. c/ Á., M. G. y otros s/ Daños y perjuicios" Expte. n.º 82.803/2010, del 29/08/2017 (entre otros) sostuvo que: "Resulta aconsejable, entonces, la utilización de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la

productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, op. cit., t. 2a, p. 521). Si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas "Vuoto", "Marshall", "Las Heras- Requena", etc.), se trata en realidad, en todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo Testa, Matías I. "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", LL, 9/2/2011, p.2). -

Y utiliza la fórmula:

Ahora bien, sin soslayar los números que el uso de las fórmulas arroja, como ya fuera mencionado, aquello no conlleva a prescindir de otras circunstancias que rodean el caso.

En tal sentido, a consecuencia de las secuelas el actor se ha visto impedido de continuar con sus labores en la actualidad (fs.

484). Por lo demás no debe perderse de vista la proyección de tal incapacidad física sobre su personalidad integral y la incidencia en la vida de relación y su seguridad personal.

De tal forma y teniendo en cuenta que las consecuencias físicas detalladas sin dudas complejizaron el cuadro de vida de referencia, lo cierto es que, en mi opinión, la suma justificada por el anterior sentenciante resulta suficiente a la luz de las restantes pautas objetivas especificadas.

Basta remitirse, para el caso, a lo que los resultados del uso de las fórmulas ponen en evidencia.- Por ello, si mi voto fuese compartido, propondré rechazar las quejas y confirmaré los montos otorgados por incapacidad sobreviniente y, encontrándose apelados únicamente por altos, también el acordado por tratamiento psicológico.

VII. 2. Daño emergente, viáticos y medicamentos i.- En este apartado el actor solicitó el reconocimiento de una suma por gastos de plantillas, calzado de realce, medicamentos, viáticos y gastos futuros por kinesioterapia y cirugía para el caso probable en que se le tenga que efectuar una nueva.

El anterior juzgador otorgó la suma de \$30.000 por todo concepto. La actora rezonga por escaso el monto acordado.

Resulta oportuno indicar que el perito médico Soroka expresó que el actor realizó 30 sesiones de kinesiología 3 veces por semana en un gimnasio de alto rendimiento provisto por la misma obra social (fs. 482 vta).

Asimismo, indicó al referirse al pronóstico y tratamiento futuro que la lesión que presenta el actor, no es esperable que tenga modificaciones significativas en el futuro, previendo el uso en forma de por vida de calzado ortopédico con realce (fs.488 vta) que deberá reemplazarse en forma anual y un costo estimado a esa fecha de \$2.000 (fs. 487).

Por último indicó que la mayoría de los implantes utilizados en el pie derecho ya fueron extraídos, quedando solamente pequeños restos de los mismos (fs. 487).

Atinente a las erogaciones efectuadas por el actor, tendrá presente la informativa dirigida a

"Les Enfants. Ortopedia - Cirugía" (fs. 375/379), en la cual se reconoce la factura N°0001-00012420 por la suma de \$1012 en concepto de "Par de zapatos ortopédicos N°43"; los informes de RX correspondientes al actor y emanados de "Diagmed S.A." (fs. 380/384) las historias clínicas del "Sanatorio Los Tilos" (v. fs. 385/392) y del "Hospital Interzonal General de Agudos San Martín La Plata" (Fs. 96/406).

ii.- En el reclamo por gastos médicos (farmacia, plantillas, estudios complementarios, kinésicos) y traslado cabe aplicar un concepto amplio, y no exigirle necesariamente a la reclamante la prueba acabada de la existencia y extensión del perjuicio que invoca.

En este sentido la jurisprudencia ha entendido que en estos gastos no se requiere prueba de las erogaciones, toda vez que los mismos pueden presumirse cuando de acuerdo a la índole de las lesiones se infiere que la víctima debió realizar desembolsos extraordinarios para su movilidad, como ser vehículos de alquiler. La procedencia del mismo no puede discutirse si se encuentra probado el perjuicio y la entidad de las lesiones, consecuentemente no es óbice para su reclamo la ausencia de comprobantes que lo justifiquen de modo fehaciente (conforme argumentos Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala G, autos: "Langer Liria c/ Tia S.A Mercado s/ daños y perjuicios, del 8 de junio de 2007).

Además, jurisprudencialmente se estima procedente el reintegro de este tipo de erogaciones si se determina que son consecuencia del hecho ilícito: "ello es así aunque no exista prueba documentada que demuestre precisa y directamente el respectivo pago, siempre que resulte razonable su correlación con la lesión sufrida y el tiempo de su tratamiento (cfr."Hidalgo c/ Rolón", del 5/3/07)." (Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala B, en autos: "M, M. H c/ Kraft, Daniel Alejandro s/ daños y perjuicios, del 10/10/2007).

Lo mismo acontece cuando el damnificado haya sido atendido en hospitales públicos, cuando que cuente con cobertura de alguna obra social (OSECAC en el presente) o cuando se encuentre amparado por una Aseguradora de Riesgos de Trabajo, toda vez que siempre existen erogaciones que no son completamente cubiertas.

En síntesis, la prueba de los gastos farmacéuticos, radiografías, asistencia médica y de traslado no debe exigirse con un criterio riguroso, y el juez se halla facultado a fijarlos razonablemente. Lógicamente se han de fijar siempre que haya una relación lógica con las lesiones que contribuyeron a curar y, en el caso, teniendo en cuenta la perturbación motriz que padece el actor en la actualidad.

Respecto a las partidas por futura cirugía y gastos por kinesioterapia, conforme dictamen antes reseñado las secuelas resultan consolidadas y no es esperable que la incapacidad del actor presente modificaciones en el futuro, de forma que no habré de otorgar un monto por este concepto.

Por último, corresponde tener presente que el actor renunció a su trabajo con fecha 10.1.2013 (fs. 369) y sus últimas consultas han sido efectuadas en instituciones públicas. Pese a ello, con excepción de la de fs. 375, no se han acompañado las facturas correspondientes a fin de conocer el total de los monto sufragados, lo que impide presumir si los costos de ortopedia son afrontados con fondos de su patrimonio o provistos por el servicio médico público. Tal indeterminación, perjudicará a la parte actora, pues se encontraba a su cargo la demostración de tal extremo y no la ha hecho (art. 377 del CPCC). iii. Por todo lo expuesto; la información concreta que se desprende de las constancias médicas antes referenciadas, los datos de

conocimiento general, el criterio

jurisprudencial previsto en el art.165, tercer párrafo del Código Procesal, por resultar equitativa, propiciaré confirmar el monto otorgado en la instancia de grado.

### VII. 3. Daño moral

El Sr. Juez a-quo acordó por el presente concepto resarcitorio el monto de \$200.000.

La actora aduce que el monto no resulta razonable pues no pondera el severo daño espiritual que ha sufrido el actor, quien ha perdido toda posibilidad futura de laborar, ha sufrido afectación en su apariencia física y mortificación en su desenvolvimiento doméstico y social. A su turno, el emplazado B. peticiona su reducción alegando que resulta arbitrario.

El daño moral -en su concepto genérico- importa la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, nº 557).- Se caracteriza como el que no menoscaba el patrimonio pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley. Este particular daño -de naturaleza extrapatrimonial- no supone la existencia de un propósito determinado o malicia en el autor del hecho ilícito, resultando en consecuencia indiferente que provenga de dolo o culpa.- Se da cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado (CNCiv, Sala E Servin, Daniel Aníbal c. Alonso, Hugo Omar y otros del 13/03/2008) provocando una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente prejudicial (CNCiv, Sala L, B., F. J. c. Empresa de Transporte Tte. Gral. Roca S.A.y otros del 31/03/2008).- Para fijar su cuantía, corresponde considerar, entre otras circunstancias, la gravedad de la culpa, las condiciones personales del autor del hecho y las de la víctima, así como la extensión de los daños materiales, si existieren, factores todos que quedan librados a la prudente apreciación judicial (conf. CNCiv, Sala E en c. 49.115 del 10/8/89; íd. en c. 61.197 del 5/2/90; íd. cc. 59.284 del 21/2/90, 61.903 del 12/3/90, 56.566 del 28/2/90, 67.464 del 22/6/90, CNCiv, Sala J, c. 67.533/98, de agosto del 2000, Sala F 30/08/2007; CNCiv, Sala L, 31/03/2008; Sala E, 1303/2008 entre muchos otros).- Cabe tener presente que se trató de una mala práctica médica que obligó al actor a un sinnúmero de consultas médicas, reposo obligatorio y requirió de dos intervenciones posteriores. Todo ello en el plazo de casi 3 años.

Debe ponderarse también las dificultades en la marcha del actor y que el suscripto tuvo oportunidad de tomar conocimiento directo en la audiencia conciliatoria (fs. 823) En virtud de ello, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas precedentemente; las constancias y circunstancias aludidas a lo largo de las presentes actuaciones; las lesiones y sufrimientos padecidos por el accionante, particularmente las secuelas originadas por la mala praxis, y de atención médica brindadas luego del accidente; y el criterio jurisprudencial previsto en el art.165, tercer párrafo del Código Procesal, propondré al Acuerdo elevar la suma concedida a un monto de \$350.000 En virtud de ello, votaré por modificar el pronunciamiento en el aspecto analizado en este considerando.

VIII.- Deducción El a quo dispuso que, sobre el crédito indemnizatorio reconocido en la sentencia, debería descontarse -al momento de la liquidación definitiva- lo recibido del



codemandado "OSECAC" en virtud del acuerdo transaccional parcial (422/426).

La actora se agravia de ello, señalando que tal monto no puede imputarse como pago parcial al capital, pues se estaría beneficiando a los restantes accionados incursos en mora. Además, indica que el mentado acuerdo se ha percibido en 10 cuotas sucesivas de \$80.000.

Cabe señalar que el agravio propuesto resulta una cuestión relacionada con el trámite de ejecución de sentencia, razón por la cual expedirse sobre el tema deviene prematuro.

En efecto, lo decidido por el magistrado de grado en modo alguno implica que en la instancia anterior hubiera pronunciamiento sobre la forma en que debía imputarse el pago resultante del acuerdo con OSECAC.

Por lo tanto, la decisión sobre el punto será pospuesta, hasta que la liquidación del crédito se encuentra sustanciada y resuelta en la instancia de grado en la etapa de su ejecución. Ello en resguardo del principio de defensa enjuicio a través de la doble instancia de conocimiento en los procesos que la ley establece.

IX.- Intereses i. El anterior juzgador dispuso que los importes reconocidos sean computados desde fecha del evento y hasta efectivo pago, conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta

días del Banco de la Nación Argentina, conforme la doctrina "Samudio". Ello con excepción del rubro por tratamiento futuro por tratamiento psicológico, en que los intereses se devengarán desde la sentencia.

El demandado B. peticiona se aplique la tasa pasiva pues de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de la actora. ii. Ha sido mi criterio como Juez de primera instancia, y aún hoy sigue siéndolo, disponer que los intereses sobre las indemnizaciones otorgadas sean computados desde fecha del evento y hasta efectivo pago, conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, conforme la doctrina "Samudio".

Por lo demás, estimo que la tasa allí contemplada es justa y equitativa, sin que ello produzca un enriquecimiento indebido.

El Dr. Picasso, en los autos N. C., L. . y otro c. Edificio Seguí 4653 S.A. y otros, del 20 de febrero de 2014, sostuvo que ". lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada -a valores reales respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño".

En efecto, ".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" (CNCiv., Sala H, "Fragoso c/ Construed S.A. s/ daños y perjuicios" del 22 de abril 03).

Ello con la salvedad de que, por tratarse de erogaciones futuras, las que se indemnizan bajo el título "tratamiento psicológico", los accesorios deben correr por aquel único concepto desde la fecha de la sentencia de grado. iii. En función de lo señalado, corresponde desestimar los agravios formulados.

X.Conclusión. En consecuencia, y para el caso de que mi voto fuera compartido, propongo: 1) Revocar lo decidido en grado y condenar en forma concurrente a Instituto de Diagnóstico de la Plata SA, con costas 2) La sentencia se hará extensiva -en la medida del contrato de seguro- a TPC Compañía de Seguros SA 3) Elevar el monto concedido por daño moral a la suma de \$350.000 4) Confirmar la sentencia apelada en todo lo restante que fue motivo de agravios. 5) Imponer las costas de Alzada a los demandados y aseguradora, quienes resultan sustancialmente vencidos (art. 68 del Código Procesal).

El Dr. D. Solimine adhiere al voto que antecede por consideraciones análogas. El Dr. Trípoli no participa del acuerdo por encontrarse excusado.

Con lo que terminó el acto. JUAN MANUEL CONVERSET - OMAR LUIS D. SOLIMINE. "DIAZ V. A. C/ INSTITUTO DE DIAGNOSTICO DE LA PLATA SA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"

Buenos Aires, agosto de 2020.- Y VISTOS: Por la votación que instruye el acuerdo que antecede, se RESUELVE: 1) Revocar lo decidido en grado y condenar en forma concurrente a Instituto de Diagnóstico de la Plata SA, con costas 2) La sentencia se hará extensiva -en la medida del contrato de seguro a TPC Compañía de Seguros SA 3) Elevar el monto concedido por daño moral a la suma de \$350.000 4) Confirmar la sentencia apelada en todo lo restante que fue motivo de agravios. 5) Imponer las costas de Alzada a los demandados y aseguradora, quienes resultan sustancialmente vencidos (art. 68 del Código Procesal). 6) En primer lugar cabe aclarar que toda vez que los trabajos profesionales fueron desarrollados parte durante la vigencia de la ley 21.839, es decir antes de la entrada en vigencia de la ley 27.423 (B.O. 22/12/17) y parte después que entró en vigor la ley 27.423, y considerando que la observación del PEN efectuada al art. 64 y otros concordantes de dicha ley (ver Dec.1077/17 del 21/12/17) invita al análisis de cada caso concreto, para evitar la afectación del normal funcionamiento de la administración de justicia y el ejercicio de la abogacía, la Sala examinará las actuaciones desarrolladas por cada uno de los profesionales de acuerdo a la ley vigente en que cada trabajo fue efectuado (conf. Art. 7º, Cód. Civil y Comercial).

En consecuencia, en atención al mérito, valor, extensión y complejidad de las tareas realizadas, etapas cumplidas, proporcionalidad que deben guardar los emolumentos de los auxiliares de la justicia con los de los profesionales del derecho, monto en juego y lo prescripto por los arts. 6, 7, 9, 10, 11, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 modif. por la ley 24.432, arts. 1, 3, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 51, 54, y cc. de la ley 27.423, arts. 279 y 478 del Código Procesal, se regulan los honorarios de las Dras. Lilian L.Lapadula y Silvana Peralta -en conjunto- en la suma de \$.-por las tareas realizadas bajo la vigencia de la ley 21.839- y la de .UMA (\$.), por las efectuadas al amparo de la ley 27.423; los de los Dres. Alberto A. Alvarellos, Diego Florio y Sonia V. Quintero - en conjunto- en la suma de \$.y los del Dr. Martín D. Martínez Saez, en la de .UMA (\$.); los de la Dra. Carolina A.Buceta en la suma de \$.; los de la perito contadora Ma. Néilda López en la suma de \$.y los del perito médico Dr. Alberto D. Soroka y la perito psicóloga

Ma.Sol Pérez de Vargas en la suma de \$.para cada uno de ellos y los de los consultores técnicos José A. Rodríguez y Juan C. Raffa en la suma de \$117.750 para cada uno de ellos.

De conformidad con lo dispuesto en el Anexo C: Anexo III, art.1° del decreto 1467/2011 reglamentario de la ley 26.589 con la modificación establecida en el decreto 2536/2015, Anexo I, art.2, G, sólo cabe fijar la retribución de la mediadora Dra. Ma.Mercedes Abuchidid de Oyangyuren en la suma de \$., en tanto deriva de expresa disposición legal.

Por la labor en Alzada, se regulan los honorarios de las Dras. Lilian L. Lapadula y Silvana Peralta en .UMA (\$) en conjunto y la de \$27.000 por la incidencia resuelta a fs. 794/5; los del Dr. Alberto A. Alvarellos en .UMA (\$) y \$ .-por la incidencia resuelta a fs.794/5- los del Dr. Martín D. Martínez Saez en la de .UMA (\$) y los de la Dra. Carolina A. Buceta en la .UMA (\$.), los que deberán abonarse en el plazo de diez días.

El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto en los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Secretaria de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/2013 y 42/2015) y devuélvase.

JUAN MANUEL CONVERSET

OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE.

HERNAN LORENZO CODA

SECRETARIO DE CAMARA