

Infeccion Contraida En El Ambito Hospitalario

JURISPRUDENCIA

Infección contraída en el ámbito hospitalario

Se reduce el

monto indemnizatorio y se confirma la sentencia en cuanto hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios derivados de la infección que contrajera el actor luego de practicársele una cirugía en el ente asistencial demandado.

En Quilmes, a los 27 días del mes de Junio de dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, integrada al efecto por los Doctores Carlos Jorge Señaris, Gabriel Pablo Zapa y Gerardo Crichigno, con la presencia de la Secretaria del Tribunal, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa Nro. 17.429, caratulada: ?FRANCIA DARIO OMAR C/ SANATORIO QUILMES Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?.

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del Código de Procedimiento Civil y Comercial, la Excelentísima Cámara resolvió votar las siguientes CUESTIONES 1ra.) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Practicado el sorteo de ley (art. 263 última parte del C.P.C.) dio el siguiente orden de votación: Doctores Gerardo Crichigno, Carlos Jorge Señaris y Gabriel Pablo Zapa. VOTACION A la

primera cuestión el doctor Gerardo Crichigno dijo: 1) La sentencia de fs. 472/480 hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios promovida por Darío Omar Francia contra Sanatorio Quilmes S.A. y extensiva a su aseguradora: Seguridad Cooperativa de Seguros Limitada (en liquidación); con costas. Contra dicho decisorio alza su queja la actora interponiendo apelación a fs. 481, recurso que ha sido concedido libremente a fs. 482. Asimismo, a fs. 484, interpone recurso de apelación la parte demanda, habiendo sido concedido el mismo a fs. 485. Presentada la expresión de agravios de la actora a fs. 498/504 y corrido el pertinente traslado, se tuvo a su contraria por perdido el derecho a contestarla (fs. 509 primer párrafo). A su turno, fs. 510/524, presentó la expresión de agravios la demandada y citada en garantía, brindando respuesta la accionante a fs. 531/535. Finalmente, a fs. 536, tercer párrafo, se llaman autos para dictar sentencia, providencia que se halla consentida y habilita el dictado del presente pronunciamiento (art. 263 del Código Procesal).

2) La parte accionante se agravia por lo que considera una reducida y parcial cuantificación de los daños probados en autos. En particular, considera bajos los estipendios fijados en concepto de incapacidad física y laboral y daño moral. Asimismo, cuestiona la tasa de interés aplicada solicitando se imponga la denominada tasa Activa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires para operaciones corrientes de documentos comerciales. La parte demandada se agravia por lo que estima una errónea atribución de la responsabilidad, haciendo hincapié en la incorrecta valoración de la prueba rendida, la ausencia de relación de causalidad entre el daño alegado y la conducta médica desplegada por la actora, calificando a la sentencia de arbitraria. En su segunda queja, se agravia por el acogimiento de ciertos rubros y por el exceso en los montos otorgados. Refiere a la incapacidad física y laboral, el daño moral y los gastos de farmacia y asistencia médica. Finalmente, entiende que las costas debieron ser impuestas a la parte actora. En base a ello, habré de expedirme, inicialmente, a la cuestión de la

responsabilidad traída a debate por la parte accionada puesto que una modificación de los términos en que se ha resuelto en la instancia de origen, tendría incidencia en el tratamiento de los distintos rubros indemnizatorios. 3) Bosquejados a grandes trazos los lamentos que los justiciables someten a conocimiento de este Tribunal por el alzamiento habido, es menester iniciar el examen señalando que si bien a la fecha del dictado del presente pronunciamiento se encuentra vigente el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994) -que comenzó a regir a partir del 1ro. de Agosto de 2015 (ley 27.077)-, no menos cierto resulta que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico, razón por la cual, serán de aplicación tales normas conforme las pautas temporales de aplicación de la ley que edicta el art. 7 del nuevo ordenamiento sustantivo (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aida, ?La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes?, págs.. 100 y sigtes.), tal como correctamente lo ha hecho el sentenciante de grado.

4) Ingresando al tratamiento de los agravios, dice la demandada apelante que la sentencia dictada en autos no se halla fundada, lo que la descalifica como acto jurisdiccional válido. Remarca que el A quo se aparta de las constancias de la historia clínica y de las conclusiones de los peritos actuantes. Seguidamente, afirma que se omitió ponderar prueba y que la sentencia sólo se basó en puntos de pericia del informe que se contradicen entre sí. Con apoyo de citas jurisprudenciales señala que la culpa no se presume. Finalmente, transcribe fallos que remiten a generalidades que se vinculan con la prueba pericial. Concluye que, en los obrados, hay elementos probatorios suficientes que permiten establecer que se ha actuado conforme lo indican las normas y costumbres de práctica en el arte de curar. A su turno, la actora solicita se desestime la crítica. Dicho esto, sabido es que la responsabilidad profesional se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general, y se configura aquélla cuando el que ejerce una profesión, falta a los deberes especiales que ésta le impone, requiriéndose para su configuración de los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil (SCJBA., conf. Ac. 40.667, sent. del 6/6/1989, en

AyS 1989-II-321; Ac. 57.560, sent. del 12-3-1996; Ac. 62.097, sent. del 10/3/1998; Ac. 67.208, sent. del 15/12/1999; Ac. 80.597, sent. del 23/12/2002; Ac. 49.478, Ac. 55.404, Ac. 66.336). En relación a la responsabilidad de los establecimientos asistenciales, Bustamante Alsina explica que la obligación del ente de prestar asistencia médica lleva implícita una obligación tácita de seguridad; la entidad es responsable no solamente de que el servicio se preste sino también de que se lo haga en condiciones tales que el paciente no sufra daños por deficiencia de la prestación prometida (Bustamante Alsina Jorge, "Teoría General de la responsabilidad civil", 8va. Ed., Ed. Abeledo Perrot, p. 517). En consecuencia, corresponde al accionante probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, es decir, la infracción que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y, desde luego, el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor. Es por ello que, no habiendo sido motivo de apelación la existencia del daño sufrido por el Sr. Francia, es necesario revisar las probanzas para establecer si ha existido conducta antijurídica por parte del establecimiento asistencial y, en su caso, si la misma guarda nexos causales con el perjuicio. Bajo estas pautas, corresponde adentrarse al análisis de las pericias llevadas a cabo en el proceso. 5) A fs. 378/379 obra agregada la pericia elaborada por la Dra. Passoni, quien señala, entre otros conceptos, que no es posible afirmar que la lesión que padece el accionante resulte consecuencia de la intervención quirúrgica primigenia. Detalla las distintas fases por las que atravesó el paciente, refiriendo a una osteosíntesis con clavos de Rush de la que no se verifica documentación. Finalmente, concluye que lo propuesto y practicado es acorde a los protocolos de ortopedia y traumatología. A fs. 383/385, el accionante impugna la pericia cuestionando la conclusión a la que arribara la experta en tanto se ha constatado que la Historia Clínica se encuentra incompleta. Corrido el traslado de la impugnación, la perito da respuesta a fs. 392, expresando que no es habitual que la fractura conduzca a la deformidad, que la secuela es una complicación, que la deformidad se debe a un trastorno de consolidación y que faltarían elementos para definir la existencia de una lesión inestable que requiriese un enclavado intramedular. En su ampliación al pedido de explicaciones (fs. 418/419) asevera que resulta evidente que, en la Historia Clínica falta un período de la evolución. Ahora bien, si se consigna que se retiraron clavos es lógico que se colocaron en procedimiento previo. Señala que, en el período faltante -que sufriese la consecuencia de una quemadura según le fue informado-, habría aparecido un proceso infeccioso. Con fecha 21 de marzo de 1991, se refleja la existencia de un compromiso del radio a partir de una infección, lo cual desencadena todas las complicaciones que se evalúan en el estado actual. En esta explicación incurre en una contradicción cuando refiere "que tiene la seguridad que así sucedió", aunque no lo puede afirmar por falta de documentación. En contraposición con su postura inicial, concluye que no se aventura a afirmar que los médicos actuaron cumpliendo los protocolos de la especialidad. Sin embargo, dice que se cumplió con los pasos correspondientes a los protocolos de la especialidad. El A quo, en uso de sus facultades, encarga una nueva pericia ordenando una medida para mejor proveer (fs. 437). Es en este marco que el Dr. Barrera -médico traumatólogo- presenta su informe (fs. 462/464) el que arroja las siguientes apreciaciones. En concordancia con lo oportunamente denunciado por su colega Passotti, indica que aun cuando la Historia Clínica no consigna la colocación en el paciente de clavijas intramedulares. Ello se infiere en tanto se establece que, con fecha 21 de Marzo, le fueron retirados elementos de osteosíntesis. El experto, entonces se pregunta: "¿Cuándo le colocaron los clavos?", "¿Por qué se los retiraron?". De las distintas respuestas probables, el galeno adhiere a que, a consecuencia de un proceso infeccioso post quirúrgico, se destruyó parte del esqueleto del radio e impidió su consolidación, circunstancia que estima posible en toda cirugía. Agrega que el germen destruyó la masa ósea haciendo que el hueso se necrose y se reabsorba, habiéndose dispuesto -en forma correcta- la estabilización mediante el injerto. Concluye que la evolución de la cirugía no ha sido buena y, en algún momento, se dispuso el retiro del elemento de osteosíntesis metálico. Repasadas las pericias y demás constancias probatorias, nadie duda hoy de la gravitación que tiene la prueba pericial en los juicios cuyas controversias exigen prueba de los hechos alegados. Dicho fenómeno en buena medida se explica por la orientación actual del proceso civil hacia la búsqueda y determinación de la verdad de los hechos para la efectiva tutela de los derechos materiales, y en la preferencia que para ello merecen los métodos científicos y técnicos de creciente precisión, disponibles para ser introducidos a juicio sin mayores dificultades, en cuanto suministran al juez fundamentos cognoscitivos más seguros, objetivos y controlables (Taruffo, M. "Ciencia y proceso", en Páginas sobre Justicia Civil, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 455; Peyrano J. W., "Sobre la prueba científica", en L.L. 2007-C-865). A su vez, se ha sostenido que, cuando se trata de un informe técnico, científico, etc., ajeno a la formación cultural del juez, éste, para apartarse de sus conclusiones, deberá oponerle argumentos debidamente fundados (CNac. Fed. CC., sala III, 23-10-90, in re "Martínez Pedro y otro c/ Gobierno Nacional", J.A. 1991-III). A la hora de darle pautas al juez para valorar esta prueba, deberán tenerse en cuenta, como requisitos internos del dictamen: 1) la coherencia interna y razonabilidad de la pericia y 2) el seguimiento de parámetros científicos de calidad en la elaboración del dictamen y el uso de resultados estadísticos, lo cual comprende que se base en suficientes hechos y datos (conf. Nieva Fenoll J., "La valoración de la prueba", Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 288 y ss.). Sentado ello, vistos los términos de ambas pericias -las que valoro conforme las pautas del art. 474 del CPCC.- extraigo sin lugar a hesitación: 1) que la historia clínica

no se encuentra completa, con faltantes en la etapa de la colocación de los clavos y 2) que más allá de las buenas prácticas de los médicos intervinientes, las afecciones generadoras de las consecuencias dañosas que padece el Sr. Francia, han provenido de un proceso infeccioso post quirúrgico. 6) Establecido que los daños se generaron a partir de un proceso infeccioso post quirúrgico, resulta determinante precisar si el mismo resulta exógeno, nosocomial o de fuente ambiental (cuando los gérmenes proceden de una fuente exterior al enfermo) o endógeno (cuando es el propio paciente el portador del germen) distinción fundamental a los fines de acreditar la existencia de la relación causal entre el daño final que padece el paciente y el hecho que la origina. En ese orden, se ha postulado que el establecimiento asistencial se eximirá en la medida en que logre acreditar que la infección contraída por el paciente no se debió a la falta de asepsia, respecto de la cual el nosocomio adoptó todas las medidas necesarias para su preservación, dando cumplimiento acabado con la normativa vigente (Calvo Costa, Carlos A., ?Infecciones Intrahospitalarias: ¿responsabilidad objetiva o subjetiva?, RCyS 2008-V-61). En efecto, demostrado por el actor que la infección desencadenante del daño fue contraída en el ámbito hospitalario, la carga probatoria -con el fin de exonerarse de responsabilidad- recae en el instituto médico por considerarse como un hecho extraordinario que la sepsia fuera generada por causas ajenas a su esfera de actuación. Dicho esto, no acreditado el supuesto que permitiría eximir de responsabilidad a la parte demandada, esta Sala, siguiendo el criterio del Superior Tribunal Provincial, ha resuelto que el ente asistencial responde por los daños derivados por la infección del paciente producida luego del acto quirúrgico (Esta Sala, C. 10618 RSD-58-8 S 29/09/2008, en autos caratulados: ?Genes de Barrera, Silvia Beatriz c/Provincia de Buenos Aires y otros s/Daños y perjuicios?; SCBA LP AC 67908 S 23/12/2002, en autos caratulados: ?Olm, Juan J. c/Sanatorio Bernal y otros s/Daños y perjuicios?). Así, se ha entendido deficiente la prestación y violada la obligación de garantía asumida por la por la entidad asistencial cuando no se adoptaron en tiempo y forma los medios a su alcance para ?asegurar? elementos o recintos asépticos con la finalidad de evitar el desarrollo de la infección que provocaría el daño en la salud del paciente (Esta Sala, C. 2210, en autos caratulados: ?Ruiz Aguilera Victor F. c/ Sur Médica S.A. s/ Responsabilidad Profesional?, fallo del 20/9/1999?). 7) En el caso, la accionada no sólo no ha acreditado haber actuado con la diligencia y previsión del caso, sino que, además, no ha cumplido con su obligación de contar con una Historia Clínica completa, tal como emerge de las constancias periciales ya analizadas y de la propia documentación agregada. No pudiendo negarse la importancia probatoria que reviste la historia clínica al evaluar la conducta del profesional médico y vista la carencia de una historia clínica completa y llevada en debida forma, entiendo que resulta aplicable el criterio sostenido por la SCJBA., que sostuvo que ?tal instrumento es una herramienta probatoria de singular importancia a la hora de determinar las responsabilidades de los profesionales intervinientes, pues constituye la relación de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores como actuales, relativos al paciente, y que nos ilustran sobre su estado al momento de los hechos (causa Ac. 81.491, sent. Del 16/7/2003). Agrega el más alto Tribunal provincial que la Historia Clínica debe ser clara, precisa, minuciosas y metódicamente realizada, puesto que -de lo contrario- se constituye una presunción en contra de cualquier intento exculpativo de su parte (causa Ac. 48.759, sent. Del 3/11/1992). La CSJN. ha opinado en idéntico sentido al señalar que ?la confección incompleta de una historia clínica constituye una presunción en contra del planteo exculpativo del profesional médico actuante, porque el damnificado carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en igualdad de condiciones probatorias? (Cf. CSJN, sent. Del 10/5/1999, t. 332, in re ?Rozenblat A. v. Porcella H. y ot?, voto de los Dres. Fayt y Vazquez). La sumatoria de lo ya desarrollado en relación a los aportes probatorios y presunciones legales arroja que, a mi criterio, se encuentra demostrado que el daño sufrido por el paciente deriva de la infección contraída en el establecimiento asistencial como consecuencia del acto quirúrgico, ello así porque el ente sanatorial no realizó el tratamiento necesario para su detección y control. De lo expuesto, la responsabilidad de la demandada Sanatorio Quilmes S.A. deviene de la efectivización de la garantía emergente de su obligación de indemnidad en la salud del paciente -accesoria de la tácita obligación de seguridad- y con ello su consecuente reproche civil por las causales ?exógenas? al acto médico (conf. Responsabilidad de los médicos y entidades asistenciales por Carlos A. Ghersi en ?Jurisprudencia Argentina?, tomo 1988-IV, págs. 693/700). Concluyo, por ende, que es correcta la atribución de responsabilidad que efectuara el A quo y, en consencuencia, los agravios expresados por la demandada en esta parcela, deberán ser desestimados. 8) Abordando el tratamiento del primero de los rubros, el A quo -en un mismo punto- ha establecido una indemnización en concepto de incapacidad física y laboral (inclusiva del daño físico, estético y psicológico) con más un monto fijado para cubrir los gastos de tratamiento psicológico y psicofarmacológico. La parte actora centra su crítica en la escasa cuantificación de la lesión por incapacidad física y funcional. Entiende, basándose en los daños que surgen de las pericias y la edad con la que contaba al momento del evento, que el monto por el que prospera el reclamo debe ser significativamente mayor. Acude, en sustento de su postura, a la utilización de una fórmula matemática. Por el contrario, la demandada, al expresar sus agravios, cuestiona los montos otorgados en concepto de incapacidad física y laboral por considerarlos injustificados y elevados. El monto establecido en concepto de gastos de tratamiento psicológico y psicofarmacológico ha quedado inimpugnado. En esta instancia, es menester recordar que existe consenso en doctrina y jurisprudencia en el sentido que el reclamo por incapacidad apunta

a la reparación de una lesión a la integridad corporal que proyecta sus secuelas sobre todas las esferas de la personalidad de la víctima -incluyendo la laboral-, constituyendo un quebranto patrimonial indirecto derivado de las limitaciones físicas y/o psíquicas que son secuelas del accidente (arts. 1068, 1069 y 1086 del C. Civil vigente a la época del pronunciamiento; art. 1746 del nuevo C. Civil)(CC2da. LP., sala 1, expte. B. 82.265 RSD-5-96). Por ello, el daño resarcible no consiste en la lesión misma sino en sus efectos, ya que a los fines de reparar los daños a la integridad física lo que interesa es la concreta proyección de las secuelas del infortunio en la existencia dinámica del damnificado. En efecto, es sabido que la integridad física es un bien cuyo desmedro da derecho a indemnización; la afectación física y psíquica a consecuencia de un accidente no se mide sólo en relación a las posibilidad de realizar un determinado trabajo sino por las aptitudes genéricas del damnificado; extendiéndose a todas las consecuencias que afectan su personalidad y su vida de relación en cualquier aspecto. Lo que se trata de indemnizar en estos casos no es otra cosa que el daño que se traduce en una disminución de la capacidad en sentido amplio, que comprende -además de la aptitud laboral, a la relacionada con la actividad social, cultural, deportiva, etc. (CC. 2ª. LP, sala 1, expte. 102.338 RSD 126-6 S. 31-5-2006; CC1a. LP, sala 3, expte. 219.480 RSD 301-94 S. 17-11-1994, entre otros). Por su parte, el daño a la persona ("daño a la persona misma") puede obrar sus consecuencias en dos planos de interés jurídico, igualmente tutelables (indemnizables): el material y el moral. En tal sentido, la afectación estética -incluida en el rubro-, al igual que la incapacidad física y la psíquica, pueden influir en uno y en otro aspecto, o no. Esta repercusión es una cuestión concreta propia de cada caso. De ahí que, distinguir el daño estético del daño físico y psíquico a los fines de resarcir la incapacidad resultante, obra solamente como una cuestión de buen orden y claridad en la pretensión contenida en la demanda (o en la reconvencción), pero no se trata estrictamente de daños autónomos: uno y otro convergen (o pueden convergir) para determinar la secuela de incapacidad, que es lo indemnizable (daño causado). Sin perjuicio de ello, todos los sufrimientos o privaciones que el damnificado haya padecido en sus más "altos afectos" (plano extrapatrimonial), pueden ser también valorados para la reparación del daño moral (si es que fue reclamado). Y no hay en esto doble indemnización por la misma causa, sino que se trata de resarcir a la persona por la totalidad de menoscabos que la hayan afectado en la integridad material y espiritual que constituye (art. 5-1, Convención Americana sobre Derechos Humanos) (CC0201 LP 118240 RSD 1/15 S 10/02/2015, en autos caratulados: Cruz, Jorge Rodolfo y otro c/ Provincia de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Seguridad, Policía de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios?). Sentado ello, la parte actora apelante, introduce la cuestión referida a la aplicación de fórmulas como mecanismo para alcanzar el monto de capital correspondiente, con basamento en la nueva legislación. Obviando el debate referido a la aplicación del nuevo ordenamiento para la regulación de los rubros de indemnización, en el caso, cierto es que el art. 1746 del Cód. Civil y Comercial prevé la indemnización del daño patrimonial por alteración, afectación o minoración, total o parcial, de la integridad física y psíquica del a persona, admitiendo que su cuantificación pueda también ser fijada por aplicación de un criterio matemático, como parámetro orientativo sujeto al arbitrio judicial. En ese sentido, un aspecto importante de la nueva norma es la referencia a una pauta o criterio matemático de ponderación para determinar una suma global definitiva a título de capital que, invertido adecuadamente, produzca una renta o ganancia que le permita al damnificado continuar percibiendo durante su vida útil un monto equivalente al que cobraba antes del hecho nocivo. Si bien la redacción de la norma podría dar margen a otra interpretación, dado que la referencia a la determinación del capital que genere rentas no está sindicada como la única modalidad de cuantificación, mantienen vigor los criterios interpretativos que confieren al razonable arbitrio judicial la función correctora por excelencia para cuantificar los daños (Lorenzetti, Ricardo L., ¿Código Civil y Comercial de la Nación Comentado?, T. VIII, pág. 527, ed. Rubinzal Culzoni). Ahora bien, oportunamente se ha decidido que otras pautas de valoración aplicables indican que los porcentajes de incapacidad que resultan de la prueba pericial no obligan matemáticamente al juez, aunque constituyen un valioso aporte (CSJN., 24-4-98, ¿Zacarias, Claudio H. c/ Provincia de Córdoba y otros?, J.A. 1999-I-361; 8-9-92, ¿Morales Maria B. c/ Prov. De Buenos Aires y otros?, J.A. 1992-IV-624), porque la cuantía por incapacidad sobreviniente no debe ceñirse a cálculos matemáticos rígidos, cerrados y herméticos, sino que debe fijarse sujeta al prudente arbitrio judicial ponderando la importancia de las lesiones, la edad de la víctima, la repercusión que las mencionadas secuelas pueden tener en una futura actividad productiva y demás circunstancias del caso (CNCiv., sala D, 11-3-2003, ¿H.M.D.F. y otros c/ Arcos Dorados SA. Mc. Donald's?, R.C. y S. 2003-83; sala F, 30-9-2003, ¿Busema, Gustavo L. c/ Digiglio Sergio R. y otro?, J.A. 2004-I-226; íd., 2-2-2004, ¿De Robertis, Amadeo Alfredo c/ Muscolino, Hernán Dario y otros s/ Daños y Perjuicios?). En definitiva, para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (CSJN., Fallos 320:1361; 325:1156). Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificación, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (que no es arbitrariedad) judicial, pero podrá ser un elemento útil a la hora de fijar el quantum por muerte como por incapacidad permanente (Lorenzetti, Ricardo L., op. cit., pág. 528).

En consecuencia, según la propia opinión de uno de los coautores del nuevo Código Civil y Comercial, los jueces no estamos obligados a la utilización de fórmulas matemáticas cerradas, las que no encuentro aplicables al presente caso, en tanto, dada la orfandad probatoria respecto a las circunstancias personales del Sr. Francia, obligarían a utilizar variables genéricas que conducirían a un resultado puramente hipotético o conjetural. Dicho esto, y analizando las constancias del expediente, surge la existencia de dos pericias médicas que otorgan porcentajes de incapacidad notoriamente disímiles. Por un lado, la Dra. Passoni afirma que el Sr. Francia, a consecuencia de las lesiones padecidas, padece una incapacidad no reversible del 20 % según el Baremo general para el Fuero Civil de Altube y Rinaldi (fractura de radio y cúbito con angulación y/o rotación mayor de 10 %) (fs. 379). A su turno, el Dr. Barrera arriba a una conclusión divergente. Fija la secuela funcional del orden del 30 %, más una secuela estética del orden del 16 % (fs. 464). El A quo, tomó como pauta, a los fines de la determinación del daño, las conclusiones a las que arribara el Dr. Barrera. Llegado a este punto, es necesario recordar que la expresión de agravios, como acto procesal tiene por finalidad señalar al tribunal "ad quem" los errores de las conclusiones del decisorio en cuestión dando, la medida del recurso y fijando las atribuciones de la Cámara, ya que la segunda instancia se ocupa de la justicia de la decisión en los términos del agravio y no de la litis según demanda y contestación pues, de serlo así se trataría de una primera instancia repetida (CC0001 QL 15897 208/14 I 12/11/2014, en autos caratulados: ?Sequeira, Roberto Hector s/ Incidente Concurso/Quiebra (Excepto verificación)?, entre muchos otros). Ante la falta de cuestionamiento por parte de la demandada en relación a la decisión del sentenciante en tanto otorga a una pericia un valor acreditativo que desplaza a los términos de la otra, encuentro vedada la posibilidad de cotejar las mismas, razón por la cual, debo apoyarme en los términos de la segunda experticia practicada. Por lo demás, vista la coherencia interna y razonabilidad de la pericia presentada por el Dr. Barrera, la que valoro conforme las reglas de la sana crítica (art. 384 del CPCC.) y en los términos del art. 474 del digesto de forma, corresponde estar a sus conclusiones. Sin embargo, es menester aplicar en el caso ocurrente para establecer la real incidencia del detrimento, la jurisprudencia de esta Sala referida al denominado método de la capacidad restante, es decir, que cuando un accidente provoca múltiples lesiones pueden resultar varios defectos coexistentes. En ese supuesto, que es el de autos -vista la incapacidad funcional y estética que emerge de la pericia-, el índice global de reducción de capacidad no corresponde a la suma de incapacidades parciales consideradas aisladamente, pues, de procederse de esta forma la suma obtenida podría ser superior al 100 % lo que sería absurdo puesto que no se puede perder más de lo que se tiene. En consecuencia, cuando las lesiones afectan funciones distintas, la valoración del índice global se hace adicionando las invalideces parciales calculadas sucesivamente en relación con la capacidad restante que dejan las incapacidades precedentes (Simonin, ?Tratado de Medicina Legal Judicial?, págs. 304 y sgtes.: causas 934, R.S.D. 22/97; 5941, R.S.D. 46/03; 9378, R.S.D. 2/07; 10752, R.S.D. 12/09; 11070, R.S.D. 29/09; entre otras). Respecto al ítem daño psicológico y atento al tratamiento conjunto efectuado la sentencia, se ha dicho que el mismo comprende aquellas secuelas o disminuciones de la aptitud física o psíquica que poseía el damnificado antes del siniestro y que le pudieren quedar luego de completado el proceso de recuperación, que se manifiesta a través de signos o secuelas de carácter perpetuo (Esta Sala, c. 16485 RSD 95/15 S 10/12/2015, en autos caratulados: ?Martinez, Carla Yanina c/ Flaminio, Clelia Lucia y Otro/a s/ Daños y Perjuicios?). A fs. 351, el médico psiquiatra Benente dictamina que el Sr. Francia no presenta incapacidad psíquica. Agrega que no padece trastornos en su relación con semejantes ni sentimientos de inferioridad, concluyendo la inexistencia de limitaciones psíquicas a su respecto. Sin embargo, el A quo desecha sus conclusiones, inclinándose por adherir al dictamen de la Perito Psiquiatra de la Asesoría Pericial, Dra. María Rosa Mezzadri quien, en su presentación de fs. 467/470, determina que el Sr. Francia padece una reacción vivencial anormal neurótica con manifestación fóbica y depresiva grado III, lo cual lo incapacita en un 15 %. Con posterioridad, aconseja la realización de un tratamiento psicológico y psicofarmacológico no inferior a un año, estimando que dicho tratamiento permitiría aminorar considerablemente el padecimiento del dañado. Es por ello que, si del trabajo pericial se extrae que el accionante padece una patología determinada, aconsejándose un tratamiento psicológico para intentar superar esa conflictiva, es pertinente acceder a la indemnización del daño limitándose al costo del tratamiento, toda vez que la perito psicóloga no indica secuelas incapacitantes permanentes (arts. 1068, C. Civil y 474, CPCC) (conf. esta sala, C. 12558 RSD-81-10 S 24/11/2010, en autos caratulados: ?Ortiz, Daniel Alberto c/ Microomnibus Quilmes SA s/Daños y perjuicios?, entre varios otros). Por todo lo dicho, corresponde valorar el rubro -amen de los gastos de tratamiento psicológico que no fueran motivo de agravio-, considerando, únicamente las lesiones físicas y estéticas incapacitantes en el marco de las circunstancias personales del reclamante. Y al respecto, advierto que, a excepción de la edad del Sr. Francia al momento del accidente, ningún otro dato ha sido aportado respecto a su actividad laboral, educativa o social. Obsérvese que, si bien el dictamen de la Dra. Mezzadri hace referencia a la actividad laboral del demandante y a su carácter de universitario (fs. 466 vta.), el informe se basa únicamente en los dichos del interesado. Por su parte, no habiéndose conferido traslado de la pericia, la posibilidad de la demandada de formular un control del contenido del dictamen se ha visto cercenada. Por lo demás, su condición económica humilde se expresa en la concesión del beneficio de litigar sin gastos (resolución de fs. 158, del 3/3/2004), aun cuando tal situación pudiese haber variado como

consecuencia del tiempo transcurrido. Teniendo en cuenta tales circunstancias, y reparando además en el impacto que las lesiones referidas han de tener en la actividad laboral y social del actor, entiendo que el importe fijado en la sentencia es excesivo, debiendo ser reducido a la suma de Pesos Cuatrocientos Cuarenta Mil (\$ 440.000). Ello, y como ya se expresara, sin perjuicio de los gastos de tratamiento psicológico y psicofarmacológico incluídos en el rubro y que no han sido objeto de alzamiento. 9) A su turno, la parte accionante cuestiona el monto otorgado en concepto de daño moral, al cual califica como reducido. Entiende, entre otros argumentos, que no se consideraron circunstancias particulares que repercuten en la cuantificación. En contraposición, la demandada formula su queja por considerarlos elevados. El daño moral ha sido definido como la lesión de los sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravios de las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. 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 no supone la existencia de un propósito determinado o malicia en el autor del hecho ilícito, resultando indiferente que provenga de dolo o culpa (Esta sala, 13603 RSD-66-11 S 26/10/2011, en autos caratulados: ?Sbarbati, Daniel Eduardo c/Matías, Margarita Justa s/Daños y perjuicios?). Constituyendo el daño moral una lesión que en los sentimientos pudieran generar los trastornos y angustias padecidas, para establecer su existencia habrá de determinarse la naturaleza que los sufrimientos o magnitud del dolor que el evento dañoso pudiera producir en el común de las personas, pues escapa a la posibilidad humana la apreciación del singular e íntimo sufrimiento provocado por el siniestro sufrido por el accionante, que por ser tal, es casi inasible para terceros (CC0001 QL 13120 RSD-16-11 S 10/03/2011, en autos caratulados: ?Juarez, Juana María c/Transportes Metropolitanos s/Daños y perjuicios?). Asimismo, la Corte Suprema de la Nación reiteradamente ha afirmado que el daños moral no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (CSJN., in re: ?Bonadero Alberdi de Inaudi, M.A. y otro c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos?, 16/6/1988; Fallos: 311:1018; ?Ferrari de Grand, T. H. y otros c/ Entre Rios Provincia?, 24/8/2006; Fallos: 329:3403; ?Gerbaudo J. L. C/ Buenos Aires, Provincia de y ot?, 29/11/2005; Fallos: 328:4175; ?Mosca H.A. c/ Buenos Aires Provincia de (Policía Bonaerense) y ot?, 6/3/2007; Fallos: 330:563; ?Bustos R.R. c/ La Pampa Provincia de y ot?, 11/7/2006, Fallos: 329:3268; ?Migoya C.A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros?, 20/12/2011, Fallos 334:1821). Dicho esto, vista la magnitud del daño patrimonial sufrido -y del que me explayara en el punto precedente-, no puedo desconocer que, conforme surge de la Historia Clínica y las pericias analizadas, el Sr. Francia, debió ser internado y sometido a varias operaciones quirúrgicas con colocación de clavos incluído y demás tratamientos que, sin duda, han generado importantes dolores, angustias y trastornos, máxime si se atiende a la corta edad que detentaba a aquella fecha. En consecuencia, entiendo justo el monto establecido en concepto de daño moral en la instancia de origen, propiciando la desestimación de las quejas de ambas partes. 10) Se agravia la parte demandada por la cuantía por la cual prosperara la indemnización reclamada en concepto de gastos médicos y farmacéuticos. Refiere, en sus argumentos, que en tanto el accionante contaba con obra social, se presume que los gastos han sido asumidos por las mismas. En tal cometido, cabe señalar que probado el daño a la integridad física, deben resarcirse los gastos médicos, farmacéuticos y de rehabilitación que resulten una consecuencia necesaria de aquel. De allí que proceda el reclamo en tal concepto, aún en defecto de prueba directa, cuando la realización de los gastos resulte verosímil en función de la gravedad de las lesiones sufridas. En tal sentido, esta sala ha decidido que el reclamo por gastos medico asistenciales resultan procedentes aún a falta de comprobantes, ello ocurre siempre que se trate de pequeños gastos accesorios o menores, sea por lo ínfimo de su costo o la súbita y ocasional adquisición, respecto a los que por esa causa muchas veces en la práctica no se piden, entregan o conservan comprobantes de pago, tales como ciertos medicamentos, traslados, etc, en vista precisamente de la poca importancia de sus montos y de la complicación dificultad y/o imposibilidad que normalmente implica tener que pedirlos (CC0001 QL 12915 RSD-22-11 S 04/04/2011, en autos caratulados: ?Salvatierra, José Dionisio c/Transportes Metropolitanos General Roca SA s/Daños y perjuicios?). Ahora bien, también se ha dicho que en los supuestos en que la víctima es atendida a través de una obra social, debe analizarse el pedido con prudencia, pues aún cuando puedan llegar a existir gastos o diferencias no cubiertas que deben ser solventados por el paciente, su pago se acredita fácilmente con los correspondientes recibos, tickets o facturas extendidos por el sanatorio antes del egreso del paciente. (Esta Sala, C. 12810 RSD-5-11 S 17/02/2011, en autos caratulados: ?Pernía, Jorge Sergio y otro c/Sawady, Gabriel y otro s/Daños y perjuicios?). En el caso, siendo que el accionante detentaba la cobertura de la Obra Social SOMU (fs. 48 de la Historia Clínica) y dada la orfandad absoluta de documental que avale mayores gastos, vistas las atenciones médicas a las que debió someterse el Sr. Francia, el monto establecido en la instancia de origen debe reducirse a la suma de Pesos Cuatro Mil (\$ 4.000). 11) Finalmente, el Sr. Juez a-quo, dispuso que los intereses se liquiden, desde el evento dañoso y hasta el momento del efectivo pago, conforme la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a plazo fijo a treinta treinta días. Se agravia contra ello la actora, solicitando la aplicación de la tasa que cobra el Banco de la Provincia de Buenos Aires para operaciones corrientes de documentos comerciales (tasa activa). Planteado el debate, y en cuanto a la tasa de interés moratorio judicial, corresponde recordar que la Suprema Corte Provincial ha declarado,

reiteradamente, que debe asumir su labor uniformadora de la jurisprudencia fijando una doctrina legal (arg. arts. 161, inc. 3, ap "a", Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 279, C.P.C.C.), toda vez que dicha determinación reviste un innegable valor expansivo que justifica la intervención del Tribunal (v., entre una mirada de precedentes, la causa C. 101.774, "Ponce", sent. del 21-X-2009). En ese marco, el más alto Tribunal provincial ha entendido que la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial (art. 768 inc. c. del Cód. Civil y Comercial de la Nación), le impuso precisar el criterio que se había mantenido hasta ahora en carácter de doctrina legal, en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia. En el abordaje de tal tarea y en fallo reciente (C. 119.176, "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén. Daños y perjuicios", del 15/6/2016), la Suprema Corte de Justicia ha dicho que los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, C.C. de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", C.C. y C.N.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). Al respecto se ha aclarado que si bien se insiste en la utilización de la tasa que representa la renta que otorga un plazo fijo constituido a treinta días en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, se deja a salvo la facultad del magistrado de elegir la más alta entre todas las posibilidades, para cada período de devengamiento. Es decir, dentro del género de ese tipo de inversiones, el sentenciante podrá elegir la especie (esto es, el producto bancario particular) más rentable para el ahorrista. Por tal razón, y siendo que el acatamiento que los órganos judiciales hacen a la doctrina legal de la Corte Provincial responde al objetivo de procurar y mantener la unidad en la jurisprudencia, propicio la modificación de la sentencia en lo referido al interés aplicable, el que deberá liquidarse según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago.

12) En relación al agravio de la demandada en tanto cuestiona la imposición de costas en la instancia de origen, visto que ha prosperado la demanda, por aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC.), la decisión del A quo se ajusta a derecho, debiendo desestimarse la queja incoada en tal sentencia. Colofón de todo lo expuesto es que la sentencia apelada debe ser parcialmente revocada. 13) Conforme ha quedado resuelta la cuestión, y en orden al éxito parcial de los disgustos traídos a consideración de este Tribunal ad-quem mediante los recursos deducidos, propongo que las costas de la alzada sean impuestas en un 70 % a la demandada recurrente y en un 30 % a la parte actora, en razón del alcance de los vencimientos parciales y mutuos (conf. art. 71 del C.P.C.C.). Voto por la negativa. A la misma cuestión, los Dres. Carlos Jorge Señaris y Gabriel Pablo Zapa por idénticos motivos, votan también por la negativa. A la segunda cuestión, el Dr. Gerardo Crichigno dijo: Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuesto por la actora a fs. 481 y por la demandada a fs. 484 y, en consecuencia, se revoca la sentencia, únicamente en lo relativo al monto por el que prosperan los rubros Incapacidad Física y Laboral, el que se reduce a la suma de Pesos Cuatrocientos Cuarenta Mil (\$ 440.000) y Gastos Médicos y Farmacéuticos, el que se reduce a la suma de Pesos Cuatro Mil (\$ 4.000), fijando una nueva tasa de interés, la que ha de liquidarse según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). Las costas de esta instancia se imponen en un 70 % a la demandada recurrente y, a la parte actora por el 30 % restante (conf. arts. 68 y 71 del Cód. Adjetivo). Así lo voto. A la misma segunda cuestión, los Dres. Carlos Jorge Señaris y Gabriel Pablo Zapa por idénticas razones votan en igual sentido. Con lo que terminó el Acuerdo firmando los Señores Jueces. Quilmes, 27 Junio de 2017. AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que precede ha quedado resuelto que no se ajusta a derecho la sentencia apelada de fs. 472/480 de los autos caratulados: ?Francia Darío Omar c/ Sanatorio Quilmes y otro s/ Daños y Perjuicios?. SENTENCIA Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se RESUELVE: I) Se hace lugar parcialmente a los recursos de apelación interpuesto por la actora a fs. 481 y por la demandada a fs. 484 y, en consecuencia, se revoca la sentencia, únicamente en lo relativo al monto por el que prosperan los rubros Incapacidad Física y Laboral, el que se reduce a la suma de Pesos Cuatrocientos Cuarenta Mil (\$ 440.000) y Gastos Médicos y Farmacéuticos, el que se reduce a la suma de Pesos Cuatro Mil (\$ 4.000), fijando una nueva tasa de interés, la que ha de liquidarse según la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Código Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Código Civil y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.). II) Las costas de esta

instancia se imponen en un 70 % a la demandada recurrente y, a la parte actora por el 30 % restante (conf. arts. 68 y 71 del Cód. Adjetivo). III) Se difiere la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 del Dec. Ley 8904). NOTIFIQUESE personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). REGISTRESE. DEVUELVA. 019953E