

## Mala Praxis Medica Enfermera Prtesis Tutela Anticipada Causa Penal Verosimilitud Del Derecho Peligro En La Demora Persona Discapacitada

### JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Enfermera. Prótesis. Tutela anticipada. Causa

penal. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Persona discapacitada Se confirma la sentencia que acogió la tutela anticipada para que le sea otorgada una prótesis a una persona discapacitada, a partir de las lesiones sufridas con motivo de una mala praxis profesional imputable a una enfermera, al acreditarse que ello obedece a una necesidad tanto física como psíquica de mejorar su calidad de vida.

Mar del Plata, 17 de mayo de 2017. AUTOS Y VISTOS: Las presentes actuaciones caratuladas: "N., P. L. C/ ORGANIZACIÓN MÉDICA ATLANTICA S.A. Y S., N. N. S/ MEDIDA CAUTELAR" traídas a despacho a fin de resolver el recurso de apelación deducido por las accionadas a fs. 11 y 13, contra la resolución dictada el 9-2-2017 (fs. 1/4 y aclaratoria de fs. 6). Y CONSIDERANDO: I. En el auto cuestionado el Sr. Juez a quo intimó a las demandadas a que en el término de 10 días procedan a abonar la suma de \$1.655.000 con destino a la compra de una prótesis determinada, bajo apercibimiento de astreintes y elevar los antecedentes a la justicia penal. Para así resolver, calificó la pretensión como tutela anticipada y consideró acreditada la verosimilitud del derecho con la sentencia favorable y firme obtenida en sede penal, y pronunciamientos favorables en primera y segunda instancia en sede civil. Expresó que el peligro en la demora era ostensible al encontrarse comprometido el derecho a la salud y decidió no imponer contracautela en virtud de los antecedentes del caso y los derechos supremos a la vida y la salud. II. El memorial presentado por la demandada obra glosado a fs. 15/20. En prieta síntesis, plantea las siguientes líneas argumentales: (i) Que existe una superposición entre el pedido del Sr. N. y una cuestión de fondo pendiente de resolución. Refiere que no se trata de un pedido cautelar sino una ejecución anticipada de la sentencia recurrida. (ii) Que ha mediado abuso del derecho dado que se ha ingresado en el debate de cuestiones ya resueltas. En tal sentido, afirma que el accionante ya obtuvo una cautelar a su favor, consintiendo que era adecuada y suficiente para su acreencia. Requerir una nueva medida -señala- supone un exceso. (iii) Entiende que no se ha acreditado la urgencia que justificaría la admisibilidad de la medida peticionada. Manifiesta que desde el año 2011 ha sido N. quien, por su propia voluntad, decidió no emplear la prótesis que le proveyó IOMA ni reclamarle desde ese momento a la fecha un reemplazo. (iv) Critica que el actor pudo haber realizado diversas terapias para mitigar los dolores que invoca, y que sus padecimientos están basados en la ausencia de voluntad de resolver sus problemas. (v) Que no se ha producido ninguna prueba médica, estudio o dictamen que permita corroborar la existencia de una alteración sustancial de la situación del actor importe una necesidad urgente de contar con la prótesis (vi) Alega que N. pretende ahogar financieramente a la demandada y utiliza este tipo de pedidos como elementos de presión. (vii) Finalmente, expone su disconformidad con la eximición de contracautela y alega que en el caso el peligro en la demora no es tal dado que la cifra otorgada por la Cámara no es fija sino que genera intereses, lo que neutraliza los daños derivados del transcurso del tiempo. III. A fs. 39/46 obra el responde del actor. El escrito está dirigido a obtener la conformación del auto en crisis, presentación a la que nos remitimos por razones de economía procesal (art. 34 del C.P.C.) IV. Tratamiento de los agravios: Pese a los ingentes esfuerzos argumentales desplegados por el letrado apoderado de la demandada, adelantamos que el recurso no puede prosperar. a. Todo mecanismo cautelar está destinado a proteger los derechos de las partes en cuanto pudieren verse afectados por el paso del tiempo que conlleva el proceso judicial. En algunos casos, la demora que supone el dictado de la sentencia definitiva pueda poner en riesgo su ejecutabilidad futura, con el grave daño que ello ocasiona a los intereses del actor o reconviente (v.gr., por las acciones del eventual deudor dirigidas a insolventarse o hacer imposible el cumplimiento de lo debido); en otros, el peligro es bien distinto: el peticionario -por la naturaleza de su pretensión y lo acuciante de su situación actual- no puede aguardar al pronunciamiento definitivo sin sufrir un grave daño a su persona o sus derechos, lo que justifica exigir provisoriamente la satisfacción anticipada de aquello que fue objeto de reclamo. Tal es la línea divisoria entre las cautelas tradicionales y las tutelas anticipadas. Las primeras están dirigidas a asegurar un estado de cosas que permita el cumplimiento efectivo de una eventual resolución favorable (v.gr. el embargo, secuestro, inhibición general de bienes, etcétera); las medidas anticipatorias, en cambio, conllevan un adelantamiento total o parcial del objeto de la pretensión de fondo de modo de evitar un grave perjuicio actual o inminente. En este último supuesto, la coincidencia entre el resultado que se pretende cautelar y el contenido de la pretensión fondal es lo que determina su carácter "anticipatorio": su despacho favorable implica -en los hechos- adelantar la satisfacción total o parcial de la tutela requerida en el escrito inaugural del proceso. Más allá de los estudios que sobre este tópico ha realizado la doctrina procesal moderna (entre muchos otros, Peyrano, Jorge W., "La tutela anticipada de evidencia", La Ley 02/05/2011, 1, del mismo autor "Medida autosatisfactiva y tutela anticipada de urgencia", La Ley, 21/09/2012, 1, y Peyrano, et al., "Medidas cautelares", La Ley, 29/11/2012,

3), y los no siempre justificados intentos de presentar a las tutelas anticipadas como una novedad de la ciencia jurídica contemporánea, lo cierto es que la doctrina italiana ya analizaba en la primera mitad del siglo pasado que en algunos casos las providencias cautelares buscan «acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el periculum in mora está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho sobre el que se contiene en el juicio de mérito» (Calamandrei, Piero, "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares?", Buenos Aires: Librería "El foro", 1996, págs. 71-2). La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, con acertado criterio, que una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivo los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de tutela anticipada se presentan como una de las vías aptas durante el trámite del juicio para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía (Fallos 334:1698). Las consecuencias prácticas que tienen las medidas anticipatorias (en particular, desde la óptica del sujeto pasivo que es llamado a cumplirlas) justifican que los recaudos de admisibilidad sean más estrictos que los que rigen para la concesión de las cautelas tradicionales. La tutela anticipada requiere algo más que un derecho verosímil y un peligro en la demora; por el contrario, es menester acreditar: a) la existencia de una fuerte verosimilitud en el derecho invocado; b) grave peligro en la demora; c) contracautela (salvo que el reclamante estuviera legalmente eximido); y d) que la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva; es decir, que si bien la decisión es de cumplimiento inmediato, la misma reviste carácter "provisoria" por lo que eventualmente debe poder modificarse en la sentencia que ponga fin al proceso (esta Sala en causa n° 131.371 RSI 190 del 31-3-2009; en igual sentido, Falcón, Enrique M., "Tratado de derecho procesal civil y comercial. Sistemas cautelares?". Santa Fe: Rubinzal Culzoni, t. IV. P. 862). Sobre el particular, la Corte también ha resuelto en reiteradas oportunidades que "los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de cosas de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa" (CSJN C. 2348. XXXII. en autos "Camacho Acosta c/ Grafi Graf S.R.L. y otros" del 7-8-1997; B. 1141. XXXVII. "Banco de la Ciudad de Bs. As. s/ Solicita se declare estado de emergencia económica" del 28/12/2001).

2. Ahora bien, las precisiones conceptuales realizadas en párrafos precedentes resultan de utilidad teniendo en consideración la índole de los agravios expuestos por la demandada. Sin perjuicio de que seguidamente analizaremos -en lo posible, y en la medida de lo necesario- todos los argumentos esbozados por la recurrente, cabe anticipar que este Tribunal comparte la conclusión a la que ha arribado el colega de la instancia anterior: en el caso, se encuentran reunidos las exigencias que hacen procedente la tutela anticipatoria peticionada por el accionante.

2.a. El primer punto a considerar a la hora de juzgar la fundabilidad de la petición formulada por el actor es la verosimilitud en el derecho. No es éste un tópico en el que el apelante haya hecho foco en su recurso, no obstante su abordaje resulta necesario habida cuenta su íntima influencia en la justipreciación del peligro en la demora, con el cual tiene una inescindible dependencia e interacción y cuya evaluación por parte del a quo ha sido criticada por el quejoso. Como es sabido, el análisis de la verosimilitud en el derecho que subyace a un requerimiento cautelar (incluso de carácter anticipatorio) supone evaluar la razonable probabilidad de que la pretensión contenida en la demanda sea receptada favorablemente en la sentencia de mérito. Es decir, determinar prudencialmente, y de acuerdo a los elementos de convicción que a ese momento obren en la causa, las chances de éxito que tiene el actor con relación a la admisibilidad y procedencia de su reclamo. Este requisito se encuentra holgadamente cumplido en el caso del Sr. P. N.. Recordemos que la demandada Sra. N. N. S. fue condenada en sede penal por ser autora jurídicamente responsable del delito de lesiones culposas, sentencia firme a tenor de la resoluciones dictadas por la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal, la S.C.B.A y finalmente, al denegarse el recurso extraordinario federal deducido (v. sent. de 1° inst. civil: [www.scba.web.gob](http://www.scba.web.gob), "N. P. L. C/ Reale Luis Hernan Y Ots. S/ Daños Y Perjuicios"). El 24 de junio de 2015, la mencionada enfermera, la firma Organización Médica Atlántica S.A. (OMASA) Clínica 25 de Mayo y la citada en garantía TPC Compañía de Seguros S.A. fueron considerados civilmente responsables por los daños sufridos por el Sr. N. a consecuencia de la mala praxis incurrida el 1 de diciembre de 2007 en el establecimiento de titularidad de la nombrada en segundo término y que derivó en la amputación del brazo derecho a la altura del codo. El a quo impuso una condena que ascendió a la suma de tres millones seiscientos quince mil pesos más la provisión de por vida de una prótesis para su brazo y los costos de mantenimiento. El 18 de agosto de 2016 este Tribunal, en lo sustancial, confirmó la solución otorgada por el Sr. Juez de primera instancia, modificando algunos rubros y fijando el valor de la compra de la primera prótesis (Sala Segunda, expte. 160.101, sent. del 18/08/2016, RSD-198, autos "N...."). La sentencia de Cámara fue recurrida ante la Suprema Corte bonaerense mediante recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley, remedios que fueron desestimados en fecha 28/12/2016 por estar sustentados en una «fundamentación promiscua» que exhibía «una total falta de rigor jurídico» (sic., SCBA, C.

121.164, in re "N....?", del 28-XII-2016). Surge de los registros de la Mesa de Entradas Virtual que el 8 de marzo de 2017 la demandada interpuso Recurso Extraordinario Federal, cuyo traslado fue ordenado el pasado 12 de mayo de 2017. Lo peculiar del caso en estudio es que la tutela no ha sido requerida en los albores del proceso, donde el juicio de verosimilitud suele presentar una cierta complejidad (cabría allí evaluar la probabilidad de éxito de la demanda de acuerdo con la poca o nula evidencia que se hubiere producido en ese estadio embrionario del trámite procesal). Por el contrario, fue incoado cuando ya el accionante contaba con dos decisiones de mérito a su favor que le reconoce la prestación cuya anticipación reclama, siento tal uno de los supuestos de verosimilitud "tarifada" que previó el legislador en el art. 212 inc. 3° del CPC. En este contexto, es fácil advertir que el fumus bonis iuri que subyace al pedido del actor es inversamente proporcional a las posibilidades que tiene la demandada de revertir la suerte desfavorable que ha tenido en todas las instancias en las que ha intentado resistir la pretensión. O dicho a la inversa: las exiguas chances que tiene la recurrente de obtener un resultado favorable en la Corte Suprema de Justicia de la Nación son reveladoras de la altísima verosimilitud en el derecho -hoy, rayana a la certeza- que da sustento al pedido de tutela anticipada que motiva esta incidencia (interesantes estadísticas que abonan esta apreciación pueden verse en Rosales Cuello, R. "La doctrina de la arbitrariedad, los tribunales intermedios y el recurso de casación", La Ley, cita online: AP/DOC/2720/2013; véase también Arballo, Gustavo, "La Corte en 2012: visión (estadística) de rayos X (parte II)", sitio web "Saber leyes no es saber derecho", entrada del 29 de enero de 2013, consultado el 02/05/2017; URL: [www.saberderecho.com/2013/01/la-corte-en-2012-vision-estadistica-de.html](http://www.saberderecho.com/2013/01/la-corte-en-2012-vision-estadistica-de.html); en este último caso, se señala que en el año 2012 la CSJN había revocado o anulado menos del 8% de los fallos que fueron objeto de recurso extraordinario). Máxime en el caso de autos, donde el thema decidendum ha consistido en una cuestión de derecho común (responsabilidad civil por mala praxis profesional), que no parece revestir gravedad institucional, en el cual las decisiones de mérito no lucen arbitrarias ni se ha advertido una cuestión federal suficiente que pudiera motivar la apertura de la vía extraordinaria federal (ello sin contar los complejos recaudos formales que impone la reglamentación cortesana y, en definitiva, el criterio extremadamente restrictivo -y a la vez inconstante- con el que el Máximo Tribunal federal ejerce la facultad contemplada en el artículo 280 del CPCCN; arg. art.14 Ley 48, 1 y sig. Acordada 04/07 de la CSJN y 280 del CPCCN). En suma, el derecho invocado por el Sr. N. como fundamento de su pretensión cautelar resulta sumamente verosímil, habida cuenta la gran probabilidad de que las sentencias de mérito que han sido dictadas a su favor [incluyendo aquella que, en duros términos, rechaza el acceso a la Casación local] terminen por adquirir firmeza (art. 195 y sig. del CPC).

2.b. En lo que respecta a la urgencia que motiva el pedido anticipatorio del Sr. N. -sobre el cual, como dije, la demandada ha focalizado la mayor parte de sus agravios- entiendo el caso también muestra elementos suficientes para advertir la existencia de una grave situación lesiva -no inminente, sino actual y constante- que justifica su despacho favorable. La doctrina judicial y autoral ha vinculado el peligro en la demora como un riesgo de que se genere un estado de cosas tal en el que la sentencia de mérito resulte ineficaz o tardía, generando un daño irremediable (SCBA 1.72692, autos "Cariló Sul Mare SRL...", RSI-1068-16 I 28/12/2016, con cit. de conf. Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales comentados y anotados", Ed. Platense, 1971, T.III p.60 y CSJN, Fallos: 314:711; 317:978; 319:1325; 321:695, 2278; 323:337, 1849; 326:1999, 3658). Se ha dicho también, en similar sentido, que el peligro en la demora consiste en el fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial del derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable; en resumen, circunstancias, razones, motivos o hechos conforme a los cuales, según el curso natural y ordinario de las cosas, puede seguirse el perjuicio que se intenta evitar (de Lazzari, Eduardo N., "Medidas cautelares", La Plata: LEP, 1995, t. I., pág. 32). Estas ideas pueden llevar a interpretar que el peligro en la demora (incluso en su versión calificada: la urgencia) supone para la víctima la carga de demostrar un perjuicio inmediato o próximo, entendido éste como un estado de cosas distinto y novedoso a aquel en el que ya se halla como consecuencia del hecho dañoso que generó el pleito. Es esta también la concepción que subyace a la totalidad de los argumentos expuestos por la recurrente, quien en forma reiterada y constante critica la ausencia de elementos que demuestren qué cambió desde el momento que obtuvo el embargo a su favor, o por qué no se acompañaron informes científicos que den cuenta de una "alteración sustancial de la situación del actor que importe una necesidad urgente de contar con la prótesis que reclama" (v. fs. 16/vta último párrafo y fs. 17, entre muchos otros pasajes). Siguiendo este esquema de razonamiento el juez estaría llamado a ponderar cuál es el riesgo próximo e irreparable que pretende neutralizar el Sr. N. al pedir la satisfacción ante tempus de una de las prestaciones que le fue reconocida en sentencia. Sin embargo, el Tribunal no comparte esta interpretación. En efecto, el llamado «peligro en la demora» es un concepto que se vincula con la necesidad que tiene el peticionante de obtener la cautelar que reclama: el perjuicio concreto que sufre por el paso del tiempo a la espera de la sentencia definitiva. Es cierto que en la generalidad de los casos -y sobre todo en el ámbito de las medidas precautorias tradicionales- aquel perjuicio es inminente, y por lo tanto se traduce en un riesgo de un hecho futuro lesivo (v. gr. la medida que se requiere para evitar que el deudor -en un futuro inmediato- altere la prenda común que garantiza el pago de la obligación). La cautelar, en tal caso, pretende neutralizar ese riesgo y procurar que el daño no se produzca. Empero, lo dicho no puede llevar a afirmar que indefectiblemente el peligro en la demora

-reiteramos: entendido como la necesidad que en última instancia justifica el despacho cautelar- debe quedar reducido en todos los casos a un riesgo de un menoscabo venidero e inminente (es decir, a un estado de cosas que aún no se ha materializado). Por el contrario, en muchas ocasiones el requisito cautelar queda satisfecho a través de la demostración de una situación actual (y no ya meramente hipotética y futura) que por sus especiales características causa perjuicios continuados al justiciable que aguarda que la decisión de mérito sea dictada o adquiera firmeza. Tal es el caso de autos: la propia condición física y psíquica del actor [en concreto: su discapacidad] es la que resulta lesiva per se y la anticipación de la tutela está destinada a paliar o cuanto menos disminuir los perjuicios y los sufrimientos constantes que se derivan de esa acuciante realidad que vive desde hace casi una década. No se trata entonces de exigirle que demuestre la urgente necesidad de contar con una prótesis para paliar una situación aún más gravosa que aquella que padece, en general, desde diciembre de 2007 y en particular desde que tuvo que dejar de utilizar la prótesis que se procuró en su obra social, sino de reconocer que su estado actual (generado como consecuencia del hecho que motivó el pleito) es lo suficientemente grave como para ocasionarle perjuicios ciertos y actuales (no meramente hipotéticos o contingentes). Reiteramos: no hay aquí un riesgo a un daño probable que puede ocurrir prontamente, sino una necesidad actual de atenuar el sufrimiento constante que soporta la víctima como consecuencia de la discapacidad padece desde sus 15 años de edad. Esto es, precisamente, lo que la Corte Suprema ha denominado «peligro de permanencia en la situación actual» en el considerando 12° del leading case "Camacho Acosta, Máximo c/ Grafi Graf S.R.L. y ot." (Fallos 320:1633, del 07/08/1997) y que justifica el otorgamiento de una tutela como un mecanismo apropiado e inmediato que asegure al Sr. N. contar con un elemento protésico que mejore su calidad de vida (fallo cit.; en igual sentido, Fallos: 326:3210 -"Salta, Provincia..."- del 01/09/2003 y Fallos: 326:2906 -"Neira, Luis Manuel y ot..."- del 21/08/2003). Agregamos a ello que en un caso relativamente similar al de autos la Corte Federal ha puesto de resalto el cuidado que los magistrados deben poner a la hora de justipreciar los recaudos de procedencia de este tipo de medidas, "en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por la Convención sobre las personas con Discapacidad? (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente; arg. Fallos 320:1633, cons. 9°) (Fallos: 334:1698, in re "Pardo, Héctor P...", del 06/12/2011). En igual sentido se ha dicho que el análisis de la procedencia de este tipo de medidas debe juzgarse con un criterio amplio cuando se halla comprometida la salud psicofísica pues se encuentra en juego el desarrollo armonioso de uno de los bienes más apreciados de la persona humana (Sala Primera, causa 158622, in re "Rivadeneira...", RSI-39, del 3/03/2015, con cit. CNCiv., Sala A, 8/4/03, L.L., 2003-C, 345, Sala K, 18/12/01, L.L. 2002-A, 579). En definitiva, y para resumir lo expuesto, entendemos que en el caso el peligro en la demora surge in re ipsa de la consideración especial de la situación actual del actor (cuyo estado psíquico y físico fue sobradamente analizado en las decisiones de mérito), resultando innecesario producir evidencia o elementos de convicción complementarios tendientes a acreditar dicho recaudo (arg. arts. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 29.c. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 12.1 y 12.1.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, 1, 3.a., 9, 13 y cctes. de la Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad, 34 inc. 5°, 36, 195, 232 y cctes. del C.P.C). Por ello, los agravios expuestos por la demandada dirigidos a criticar este punto deben ser desestimados (v. fs. 16/vta, 17, 18 y sig. entre otros pasajes). 2.c. Sin perjuicio de que lo dicho es suficiente para desestimar íntegramente el recurso en estudio, resulta pertinente analizar las restantes quejas formuladas por la recurrente en su escrito recursivo de fs. 15/20. (i) El primer argumento expuesto por el apelante hace foco en la preexistencia de una medida cautelar, lo que supondría que el peligro invocado por N. no es tal y que mediaría una ?excesiva cautela? o un abuso de derecho (sobre este punto argumenta en los párrafos que corren a fs. 16, 18 y 18/vta). No le asiste razón. La muy diversa función que tiene las medidas cautelares tradicionales con relación a las tutelas anticipatorias implica que el otorgamiento de una no tiene la virtualidad de condicionar el reconocimiento de la otra (arg. art. 203 a contrario del CPC). Como se dijo en párrafos precedentes, cada medida está llamada a neutralizar un riesgo o un daño de muy distinta naturaleza. El dictado de un embargo preventivo (o llegado el caso, cualquier otra precautoria tradicional) estará dirigido a asegurar la ejecución eficaz de una sentencia firme futura, en tanto que la medida cuya admisibilidad es aquí discutida busca anticipar una de las prestaciones reconocidas en el decisorio de mérito para mitigar el grave perjuicio que sufre actualmente la víctima en la espera de que aquel pronunciamiento adquiera firmeza. La lectura de los escritos postulatorios, así como de las sentencias de primera y segunda instancia (incluyendo, sobre todo, el relato del propio N. en las audiencias conciliatorias) deja en claro que la exigencia ante tempus de la provisión de la prótesis de su brazo obedece a una necesidad -tanto física como psíquica- de mejorar su calidad de vida, y nada de ello se vincula (al menos no en este punto) con salvaguardar la ejecutabilidad de la sentencia de mérito. Ergo, mal puede la tutela anticipada verse condicionada por la preexistencia de una medida cautelar anterior, ni puede ello revelar una actitud abusiva o contraria a los actos propios del actor, como alega la recurrente. Por lo dicho, el agravio es inadmisibile. (ii) El segundo argumento formulado por la demandada está dirigido a demostrar la inexistencia de una verdadera urgencia por el hecho de que ha sido el propio N. quien,

voluntariamente, ha dado lugar a las afecciones funcionales que sufre al no realizar las terapias de recuperación (v. fs. 16). Más allá de que todo lo referente al peligro en la demora ha sido suficientemente analizado en párrafos precedentes, es de destacar que tampoco le asiste razón a la apelante en este punto. No han sido ¿los peritos? quienes han declarado que las afecciones funcionales pudieron ser resueltas realizando terapias de recuperación. Fue una manifestación unilateral de la Dra. R. en la audiencia de conciliación celebrada el 23/06/2016 -quien, por cierto, no intervino como perito de lista y concurrió a instancias de la recurrente- y en la que señaló las dificultades que con dolor narra P. podrían superarse haciendo la terapia necesaria (por ejemplo, atarse cordones, prender hornallas y algunas otras acciones de la vida cotidiana). Sin embargo, aún si ello fuese así (es decir, imaginando que haciendo tal o cual terapia P. hubiera podido mejorar la destreza de su brazo sano) ello no empece, en lo que a esta tutela anticipada refiere, que necesita cuanto antes volver a utilizar una prótesis para mejorar su calidad de vida. La posibilidad de incrementar el uso o la habilidad de su brazo izquierdo no puede llevar a considerar que no es tal la urgencia y la necesidad de contar con el elemento prostético que le devuelva -aunque sea artificialmente- la presencia del brazo derecho. Máxime si se repara en el hecho de que no ha sido exclusivamente funcional la dolencia que ha manifestado el Sr. N. en la mencionada audiencia: el aspecto estético y social también juegan un rol preponderante en su sufrimiento diario (por caso, y entre muchos otros padecimientos, el actor se refirió a la vergüenza constante que tiene al caminar por la calle y cómo elige siempre el lado de la pared para no estar expuesto) [v. sent. del 18/08/2016, cons. III.3.4., apartado «Daño psicológico»]. (iii) Un tercer argumento dado por el apelante se orienta a criticar la actitud de N. de dejar de utilizar la prótesis que le dio IOMA y de no exigir una nueva prótesis a su obra social una vez agotada la primera. Ambos razonamientos son equivocados. Ha quedado debidamente demostrado en las pericias producidas en los autos principales, así como también en las audiencias de conciliación celebradas ante este Tribunal que las prótesis ortopédicas tienen una vida útil limitada y necesitan de constantes reparaciones o compra de repuestos. Este punto fue dialogado in extenso por las partes en la audiencia del 23 de junio de 2016, quedando claro para los suscriptos que la prótesis que le proveyó su obra social se dejó de utilizar por su propio desgaste y la necesidad de reparaciones, hasta que finalmente se rompió. Incluso el perito allí presente expuso que continuó utilizándose una vez que el aparato ya estaba en condiciones de ser reemplazado. Este punto fue abordado en profundidad en el considerando III.3.6 de la sentencia definitiva de fecha 18/08/2016. Mal puede entonces la demandada presentar como caprichosa o arbitraria la decisión del actor de dejar de utilizar una prótesis cuya vida útil estaba ya definitivamente agotada. (iv) Por otra parte, aunque vinculado a lo anterior, la clínica también insistió a fs. 17 -tal como lo hizo en su contestación de demanda, en su recurso contra la sentencia definitiva, y en la propia audiencia de conciliación- en poner de resalto la pasividad de N. para reclamarle una nueva prótesis a su obra social. Afirmó (con particular insistencia) que tal proceder refleja la falta de urgencia que justificaría el otorgamiento de la cautelar. Más allá de que el peligro en la demora, en tanto recaudo de admisibilidad del despacho cautelar anticipatorio, surge in re ipsa de la discapacidad que padece el actor como consecuencia del hecho dañoso (aspecto sobre el cual cabe remitirse a lo afirmado en considerandos anteriores), no es posible dejar de advertir que este argumento vuelve -una y otra vez- sobre una cuestión que ya fue resuelta en la sentencia de definitiva donde en el voto que abre el acuerdo se dijo que "no existe fundamento jurídico que autorice a los accionados -en el caso particular en estudio- a trasladar su responsabilidad resarcitoria a la obra social de la víctima, tercero ajeno al proceso y carente de toda vinculación causal con el hecho generador del daño? (cons. III.3.6, sent. del 18/08/2016). Es por ello que la víctima no tiene por qué justificar su decisión de no reclamar ante su obra social, y menos aún ello puede llevar a inferir, a contrario sensu, que la urgencia de contar con la prótesis no es tal o que su insatisfacción es producto de sus propias decisiones. Así todo, cabe recordar que el actor explicó en la audiencia del 23/06/2016 que la obra social le ofrecía una prótesis muy distinta (de muy inferior calidad) a la que tiene derecho y que le fue reconocida en la sentencia definitiva. No es atrevido afirmar que, en tal contexto, el afiliado se verá forzado a iniciar peticiones administrativas de excepción -que sabe le será denegadas- obligándolo a transitar un nuevo proceso judicial. La jurisprudencia de la Cámara Contencioso Administrativa local es abundante en materia de pleitos contra Instituto de Obra Médico Asistencial motivados por la negativa sistemática del ente provincial de proveer prótesis de alta complejidad o cubrir en forma integral prácticas médicas de gran coste, obligando al afiliado a procurarse asistencia legal e iniciar un reclamo judicial (a modo de simple ejemplo, compúlsense causas A-759 "Alvarad, Graciela c. IOMA" del 28-VIII-2008 [prótesis de reemplazo de cadera], A-3462 "Argarate, Eulalia c. IOMA" de 4-X-2012 [prótesis de rodilla], A-4227 "Berto, Mirta N. c. IOMA" del 14-XII-2013 [prótesis femoral] y A-4593 "Vogel, Hilda B. c. IOMA" del 20-III-2014 [prótesis de cadera], A-1181 "Spagnoli, Griselda L. c. IOMA" del 19-II-2009 [prótesis odontológicas], A-944 "Ausili, Ovidio R. c. IOMA" del 03-IX-2009 [prótesis bucal], A-3451 "Valotto, Emanuel c. IOMA" del 16-X-2012 [ortodoncia], A-4599, "Méndez, Verónica E. c. IOMA" del 11-II-2014 [cirugía refractiva con implante de lente intraocular], entre muchísimos otros). Desde ese punto de vista, es razonable la decisión de la familia N. de profundizar sus esfuerzos en reclamar ante quien -en definitiva, y de acuerdo a las dos decisiones de mérito ya dictadas- es la única y principal responsable del daño que ha sufrido, y no embarcarse en un nuevo pleito judicial con los costos

monetarios y espirituales que ello conlleva. (v) Este Tribunal no puede dejar de destacar -a modo de obiter dictum- la llamativa insistencia de la demandada en criticar duramente al actor por no reclamar una prótesis en su obra social o en exponer al comportamiento de la víctima como la razón de su propio sufrimiento. Pareciera que la demandada -a más de nueve años de proceso judicial, mediando una condena penal firme contra una enfermera y dos decisiones de condenatorias dictadas en el fuero civil- continúa desconociendo el papel protagónico que ha tenido en la génesis de las limitaciones físicas y las alteraciones corporales que padece el Sr. N., cargando las culpas en la propia víctima o tercerizando su responsabilidad en entes estales ajenos a este pleito. Su exposición llega a puntos álgidos cuando, bordeando el exceso en el ejercicio del derecho de defensa y en pasajes que se balancean entre la vehemencia, la agresión y el cinismo, imputa al accionante una voluntad auto lesiva (fs. 16, 16/vta), extorsiva (fs. 19/vta, punto 4), dolosa (fs. 19/vta, punto 3), mentirosa (fs. 19/vta, p. 3) o abusiva (fs. 17/vta). No deben quedar dudas: si a la fecha P. N. no cuenta con una prótesis que le permita mitigar su sufrimiento cotidiano, ello no obedece a supuestos caprichos o pasividades antojadizas. Antes bien, la falta -y la apremiante necesidad- del elemento prostético obedece, primero, a que a sus quince años ingresó a un establecimiento de salud para curar una fiebre y fue dado de alta con su brazo derecho amputado; y segundo, a la férrea resistencia que hace casi diez años han opuesto los recurrentes frente a las [más que razonables] pretensiones resarcitorias de la actora. (vi) Finalmente, en razón del otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos concedido en fecha 16-6-2013, luce correcta la decisión del a quo no fijar una contracautela, motivo por el cual el agravio formulado al respecto es improcedente (art. 200 inc. 2° del C.P.C.). 3. Por todo lo expuesto, se rechaza el recurso de apelación deducido en su contra, con costas a la parte apelante conforme el principio objetivo de la derrota (arts. 68, 69, 242, 245 y cctes. del C.P.C.). V. Por lo expuesto y lo normado por los arts. supra cit. y 34, 36, 161, 243, 246 y cctes. del C.P.C., RESOLVEMOS: I.- Rechazar el recurso de apelación articulado a fs. 11 y 13 y confirmar el auto dictado el 9-2-2017 y su aclaratoria del 16-2-2017, ambos obrantes en copia a fs. 1/4 y 6 (arts. 242, 245 y cctes. del C.P.C.) II.- Imponer las costas a las apelantes conforme el principio objetivo de la derrota (arts. 68 y 69 del C.P.C.). III.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del dec. ley 8.904/77) IV.- Registrar el presente y una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 267 in fine del C.P.C., devolver las actuaciones al Juzgado de origen. RICARDO D. MONTERISI ROBERTO J. LOUSTAUNAU Alexis A. Ferrairone Secretario

Correlaciones: I.S.B. c/GCBA s/amparo - Juzg. Feria N° 1 - 16/01/2017 - Buenos Aires (Ciudad) - Cita digital IUSJU013281E 016613E