

Apelacion Por Adhesion Costas Tercero Citado

JURISPRUDENCIA

Apelación por adhesión. Costas. Tercero citado

Se resuelve

desestimar por inadmisibile el recurso de apelación por adhesión ya que requiere que el recurso originario haya sido interpuesto por la contraparte del adherente, y no por el tercero citado.

En la ciudad de Reconquista, Provincia de Santa Fe, a los 27 días de Julio de 2017, se reúnen los Jueces de esta Cámara, Dres. María Eugenia Chaperó, Aldo Pedro Casella y Santiago Andres Dalla Fontana, para resolver los recursos interpuestos contra la resolución dictada por el Señor Juez de Primera Instancia de Distrito N° 4, en lo Civil y Comercial, Segunda Nominación, de la ciudad de Reconquista, Provincia de Santa Fe, en los autos: AVELLANEDA, CAYETANA C/ GLOBAL MÉDICA Y/U OTROS Y/O Q.R.J.R. S/ J. ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS, EXPTE. N° 396, AÑO 2015. Acto seguido, el Tribunal establece el orden de votación conforme con el estudio de autos: Dalla Fontana, Chaperó y Casella, y se plantean para resolver las siguientes cuestiones: Primera: ¿Es nula la sentencia? Segunda: Caso contrario, ¿Es justa? Tercera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión el Dr. Dalla Fontana dijo: el recurso de nulidad no ha sido sostenido en esta Alzada por la recurrente, y no advirtiendo vicios graves que ameriten su tratamiento de oficio, voto por la negativa. A la misma cuestión, la Dra. Chaperó vota en igual sentido, mientras que el Dr. Casella luego de analizar la cuestión se abstiene de emitir opinión conforme lo dispuesto por el art. 26 de la LOPJ. A la segunda cuestión, el Dr. Dalla Fontana dijo: la sentencia de fecha 19/08/15 (fs. 336/338 vta.) rechazó la demanda promovida por Cayetana Avellaneda contra Global Médica S.H., Diego Hugo Armando Tasi y Darío Roberto Galoppo, con costas a la actora, e impuso la costas causadas a instancias de la citación del tercero (Leandro Luis Niemiz) por su orden. Entendió el a-quo que el reclamo del costo del clavo endomedular que se la había implantado a la actora (y que luego se rompió) no era procedente. Ello así porque ante la intimación de Avellaneda para que se cambiara dicho clavo Global Médica S.H. le comunicó que ponía a su disposición un set completo de extracción de clavos y un set de clavos de distintas medidas, cortos y largos, y el instrumental para que le sea implantado nuevamente. Además envió a la segunda operación una técnica instrumentista con todo el instrumental, lo que no fue aceptado por la paciente, quien decidió adquirir otro clavo del PAMI. En cuanto al daño moral, juzgó que la procedencia del mismo dependía de la acreditación de que la rotura del material implantado se debió a defectos o vicios del mismo, lo que no sucedió. Expresó el Juez que si el Dr. Niemiz colocó el implante sin inconvenientes debe presumirse que el clavo estaba en buenas condiciones, pues de lo contrario lo hubiera advertido; y que según los dichos de los médicos que declararon en autos una de las complicaciones propias de la intervención quirúrgica a la que se sometió Avellaneda es la ruptura del clavo, lo que puede tener muchas causas, incluso un acto de la propia actora, caso fortuito o fuerza mayor. Entonces -concluyó- el reclamo no puede prosperar. Cayetana Avellaneda apeló la sentencia y el recurso le fue concedido. Esboza que el anterior se ha equivocado al expresar que la demandada puso a su disposición un set completo de clavos de distintas medidas ya que ello tuvo lugar recién con el envío de una misiva que recibió el día de la segunda operación (19/10/12) y "para el caso de existir estricta indicación del médico especialista que realizara el implante", de lo que no se le informó. Afirma incluso que no hay constancia fehaciente de que la demandada puso a disposición el set que había ofrecido. Esgrime además la recurrente que no tenía conocimiento que una técnica enviada por Global Médica asistiría a la operación, ni que traía un set de clavos, ya que en la primera carta la demandada nada dijo al respecto. Se agravia también por el rechazo de la indemnización por daño moral. Expone que se demostró que el clavo estaba roto cuando fue extraído y que sus defectos no pudieron ser demostrados porque se lo llevó la instrumentista presente en la cirugía, con el fin de estudiar por qué se había roto. Por último se queja por la imposición de costas. El tercero citado, Leandro Niemiz, contesta agravios y adhiere a la apelación a fs. 359/361. Se muestra desconocedor al intercambio epistolar habido entre actora y demandada, aunque describe que Global Médica estaba en conocimiento de que se realizaría la segunda operación y que la paciente rechazaba el clavo ofrecido por dicha empresa. Defiende que su obrar profesional fue siempre correcto y de acuerdo con la lex artis, siéndole inoponibles las vicisitudes ocurridas entre Avellaneda y la proveedora del material de oteosíntesis, por lo que aún receptándose los agravios de aquélla, su responsabilidad no se vería comprometida. Funda la adhesión en los arts. 379 y 367 del C.P.C.C. y se agravia porque se impusieron por su orden las costas causadas a instancias de la citación del tercero. Invoca que su citación fue indebida e injustificada, sin que siquiera se haya intentado probar su alegado incorrecto desempeño, por lo que la citante debió ser cargada en costas. A su turno, la recurrida replica los agravios de la actora. En primer lugar ataca la suficiencia técnica de la expresión de agravios, bregando por la aplicación del apercibimiento contenido en el art. 365 del C.P.C.C.. No obstante ello, contesta después los agravios. Expone que de la prueba producida se desprende que Avellaneda tenía plena conciencia del material aportado y que lo rechazó, haciendo referencia al remito de entrega al Dr. Niemiz y a la historia clínica. Sostiene que la paciente y el médico

consintieron la presencia de la delegada de la apelada en el acto quirúrgico; que no se demostró incumplimiento de Global Médica y que la sentencia evaluó correctamente los actos propios de la actora. Agrega -en lo que hace al agravio por el daño moral- que este daño es de interpretación restrictiva en materia contractual y que la reclamante no ha probado su existencia, habiendo pesado sobre ella la carga de hacerlo. Asimismo, dice que la recurrente no ofreció prueba para demostrar que la rotura del clavo fue por defectos imputables a la recurrida. Entiende que el fallo concluyó acertadamente en que no se podía presumir el obrar de Global Médica como hecho generador de responsabilidad por daño moral. En cuanto a la apelación adhesiva del tercero, la demandada argumenta que resulta inadmisibile el recurso de Niemiz porque debió realizarlo por vía principal y no adhesiva; que no resultó vencido, no tuvo ni tiene motivo para apelar; y que no teniendo agravios por la cuestión principal tampoco los tiene por la cuestión accesorio que son las costas. Dice que el agravio adhesivo está vacío de fundamentos. Finalmente y al contestar el traslado que le fuera conferido, la Sra. Avellaneda se muestra de acuerdo con la queja expuesta por el Dr. Niemiz. Firme el pase a resolución ha quedado la presente concluida para definitiva. Por razones metodológicas me ocuparé primero del planteo de la accionada en torno a la insuficiencia técnica de la expresión de agravios, adelantando desde ya que no creo que tenga razón, independientemente de lo que se decidirá posteriormente sobre la procedencia de la apelación. El escrito recursivo debe reunir los requisitos del art. 365 del C.P.C.C., pero esta norma debe interpretarse a la luz del art. 18 C.N. a fin de garantizar el derecho de defensa en juicio. De ello deriva que la expresión de agravios debe ser analizada con amplitud cognoscitiva por los Tribunales de alzada, ?... sin dejar de lado las exigencias que imperan para la fundamentación del recurso de apelación, en la medida que exista una crítica seria y razonada del fallo inferior, inteligible en los cuestionamientos que se efectuaron respecto de éste ..., aun cuando no resulte excelsa en sus aspectos técnicos, no puede seguirle una respuesta jurisdiccional que margina la sustancia litigiosa para examinar los términos de la expresión de agravios, con disvaliosa e inmotivada exigencia, empapada de un estéril rigorismo formal, que en definitiva desestructura la función de la Alzada? (CSJSF, 28/05/03, AyS t. 189 p. 42-46). En autos, la expresión de agravios (fs. 353/355), si bien escueta en sus fundamentos, no deja de señalar los aspectos de la sentencia que disconforman a la actora, procurando rebatir la decisión a qua en lo que tiene que ver con el juzgamiento adverso derivado de tener por probado el rechazo de un nuevo clavo ofrecido por Global Médica y de la falta de prueba del vicio o defecto del material que se le extrajo. Sorteada la cuestión de la admisibilidad formal del escrito apelatorio pasaré a ocuparme de los agravios de la actora: Analizando la propia conducta de la Sra. Avellaneda se advierte que su pretensión inicial fue que Global Médica cambie el clavo endomedular para fx de fémur tipo Gamma, importado, debido a que el que se le había implantado en el año 2011 presentaba una ruptura en el tercio medio (conf. cartas de fs. 6 y 8). La respuesta de la proveedora del material de osteosíntesis fue de poner a disposición "el reintegro de un nuevo clavo endomedular, haciendo expresas reservas del retiro del clavo fallido a los efectos de realizar los peritajes de rigor... y para el caso de que la fractura se haya producido por razones ajenas a la calidad y/o defectos de fabricación del clavo implantado serán por su cuenta y orden el pago de los gastos que la nueva intervención quirúrgica, implantes o pericias generen..." (fs. 7, y en el mismo sentido últimos tres párrafos de la carta de fs. 9). Por supuesto que, para proceder de esa manera, la empresa requería además la indicación del Dr. Niemiz. Esta manifestación post contractual de Global Médica fue adecuada al principio de buena fe (art. 1198 del Código Civil, vigente en el año 2012) puesto que más allá de una negativa genérica de responsabilidad, terminó diciendo que si luego de peritado el material se establecía que la rotura obedeció a defectos propios, todos los gastos de la nueva operación serían a su cargo. Consecuentemente Global Médica, con conocimiento y evidente aprobación del Dr. Niemiz, se hizo presente en la segunda intervención quirúrgica (el 19/10/12) a través de una técnica, la que luego de presenciar la cirugía se llevó el clavo roto (ésto consta en la copia de la historia clínica que la misma demandada adjuntó, a fs. 36, y que ofreció como "protocolo quirúrgico"). Sin embargo, el material que había traído para suplantarle no fue utilizado por rechazo de la Sra. Avellaneda, quien prefirió el provisto por PAMI. Si bien la actora aduce en su apelación que no estaba en conocimiento de que la demandada se haría presente en la operación con el objetivo de cumplir con lo prometido en sus misivas, ello no se condice con lo narrado por su médico tratante a lo largo de todo este proceso, habiendo reiterado el Dr. Niemiz (quien no tiene intereses contrapuestos con Avellaneda) que su paciente rechazó la posibilidad de implantársele un nuevo clavo provisto por Global Médica, optando por el de PAMI. Por lo tanto, carece de fundamento la crítica de la actora tendente a refutar que no sabía de la puesta a su disposición del set de clavos por parte de la recurrida. Podríamos a esta altura preguntarnos si el referido rechazo por parte de la Sra. Avellaneda eximía de responsabilidad a Global Médica, aún en el supuesto de defecto en el material de osteosíntesis vendido. Sin embargo, tal hipótesis no ha formado parte de los argumentos vertidos para la reversión del fallo en la expresión de agravios. La Sra. Avellaneda se ciñó allí a intentar convencer al Tribunal que no sabía que la proveedora pondría a su disposición el set para la cirugía, pero nada argumentó acerca de su derecho a ser resarcida aún el supuesto de su negativa a recibir el nuevo clavo ofrecido, lo que tampoco fue planteado en la demanda, por lo que no estamos autorizados a adentrarnos en dicha hipótesis en esta instancia. Por lo dicho hasta aquí, los primero y segundo agravios no tendrán favorable acogida. Distinta debe ser para mí la respuesta al tercer agravio. El hecho

generador de responsabilidad deriva aquí de la rotura del primer clavo implantado, pues en el caso de que se hubiera debido a un vicio de fabricación de la cosa, trasuntaría un incumplimiento contractual, lo que no requiere mayor ahondamiento argumentativo dado que está implícitamente reconocido por Global Médica en el intercambio espistolar (de lo contrario no hubiera ofrecido sustituir el material de osteosíntesis en ese supuesto). El rechazo de la Sra. Avellaneda que hemos examinado antes en nada mitiga la responsabilidad aquí, porque el daño moral deriva de los trastornos, angustias, sufrimientos, etc., que conlleva el sometimiento a una segunda intervención quirúrgica, relacionada causalmente con el incumplimiento, a la que la actora se tuvo que someter, independientemente de la elección del material de PAMI el 19/10/12. Ahora bien, el a-quo ha desestimado la reparación por daño moral argumentado que no se probó la falla en el clavo. Opino -en coincidencia con la recurrente- que la prueba técnica de la aptitud del clavo retirado no podía ser hecha por la actora porque ese elemento estaba en poder de Global Médica, la que además se había comprometido a hacer la pericia pertinente en las cartas enviadas previo a este juicio. El no haberla ofrecido en sede judicial facilitando el objeto de pericia, o en caso de haberla realizado extrajudicialmente, el no haberla presentado para conocimiento y control de las partes, me convence (art. 226 del C.P.C.C.) de que la demandada obstaculizó esta prueba fundamental ante un resultado adverso a su postura. Cabe destacar que "la conducta observada en juicio es, claro está, un indicio... cuenta con fuerza probatoria" (Fernández Balbis, Amalia y Peyrano, Jorge en Explicaciones del CPCC de la Prov. de Sta. Fe, T. I, Rubinzal-Culzoni, 1° ed., 2016, pág. 760) En fin, ha sido una secuencia conductual de la demandada (prometer el peritaje del clavo dañado, hacerse del mismo al momento de su extracción, no presentar los resultados de la pericia ni ofrecer llevarlos a cabo dentro del pleito) que conforman una serie de indicios que nos llevan a presumir que el clavo roto que retiró y cuyo destino jamás denunció presentaba defectos, tal como se denunció en la demanda (fs. 11). Por otra parte y como he anticipado, el daño moral a cuya reparación daba derecho el art. 522 del Código Civil, no requiere en este especial supuesto de prueba específica, ya que surge de los hechos relatados y probados en el proceso, teniendo en cuenta que se ha plasmado en una lesión al propio cuerpo de la cocontratante. "Es que refiriendo el incumplimiento contractual a derechos inherentes a la persona como lo es la salud, corresponde reconocer que la conducta antijurídica genera perjuicios en la esfera extrapatrimonial que se han de tener por demostrados in re ipsa? (C.C.C. Rosario, Sala 1, 21/03/11, V., P. c. IMA-Inst. Méd. Asist., L.L. Online AR/JUR/13670/2011). A nadie escapan los padecimientos que implica el sometimiento a una operación de magnitud, que según el Dr. Niemiz implicó: sacar el clavo roto del fémur, fresar nuevamente el canal medular femoral para eliminar posible tejido fibroso, aumentado el diámetro de dicho canal, y colocar otro clavo endomedular de fémur cerrojado proximal y distal de mayor diámetro y longitud que el gamma de la primera cirugía. Ello requirió sin dudas para la paciente pasar por dolores previos por la ruptura, prepararse para la intervención, someterse a ella y a los riesgos ínsitos (infección, etc.), un período de recuperación, el que es de varios meses según la misma Global Médica reconoce al contestar la demanda, y temer fundadamente por un nuevo fracaso. Es así que opino que debe hacerse lugar al daño moral en función de lo dicho en el párrafo precedente, aplicando como parámetro la teoría de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que este Tribunal ya venía aplicando desde antes de la sanción del nuevo C.C.C.N. (art. 1741). Además, he de valorar que Avellaneda estimó la indemnización en febrero de 2013 en \$ 5.000 "o la cuantía que estime razonable el Tribunal" (fs. 12), que se trata esencialmente de una deuda de valor, y que en el contexto macroeconómico transcurrido desde entonces resulta mejor fijar una indemnización a valores actuales. Ergo, propongo a mis colegas condenar a la demandada a abonar a la actora en concepto de daño moral la suma de \$ 10.000, la que comportará intereses equivalentes al 8% desde el 19/10/12 hasta la fecha de esta sentencia, y a partir de allí la tasa (activa) efectiva anual vencida del Banco de la Nación Argentina. Resta por tratar la apelación adhesiva del Dr. Niemiz. Estimo que -tal como lo esbozara la accionada- el mencionado médico, en la medida que reviste el carácter de tercero citado a juicio por Global Médica y sus socios, los que no apelaron, y que la apelación ha sido deducida por la actora, la que en modo alguno pretende ni pretendió que se lo condene, no reviste el carácter de "apelado" (art. 367 del C.P.C.C.). No debemos olvidar que la apelación adhesiva "Es de carácter excepcional, por lo que exige la ley que la autorice expresamente y es de interpretación estricta" (Alvarado Velloso, Adolfo, Estudio del CPCC de la Prov. de Sta. Fe, actualiz. por Angelomé, Nelson, T. 4, Fund. p/ el Desarr. de las Cs. Jur., 2014, p. 2881, n° 11401). Resumiendo, la apelación adhesiva requiere que el recurso originario haya sido interpuesto por la contraparte del adherente, y la Sra. Avellaneda no tiene ese carácter en relación a Niemiz, por que que el recurso deducido por éste debe desestimarse por inadmisibile. En razón de la forma en que se decide, deberá adecuarse la imposición de costas. Así, las costas de primera y segunda instancia en relación a la demandada entablada por Avellaneda contra Global Médica S.H. y sus socios habrán de ser soportadas en un 50% por cada parte (art. 252 del C.P.C.C.). Las costas de primera instancia por la citación del tercero no varían debido a la inadmisibilidad de la apelación adhesiva. Pero las costas de segunda instancia por esta apelación deben ser soportadas por el vencido, es decir el Dr. Niemiz (art. 251 del C.P.C.C.). Así voto. A la misma cuestión, la Dra. Chaperó vota en igual sentido, mientras que el Dr. Casella luego de analizar la cuestión se abstiene de emitir opinión conforme lo dispuesto por el art. 26 de la LOPJ. A la tercera cuestión, el Dr. Dalla Fontana dijo: atento al resultado

precedente, corresponde adoptar la siguiente resolución: 1) Desestimar el recurso de nulidad; 2) Acoger parcialmente el recurso de apelación de la actora y revocar la sentencia apelada en cuanto rechaza la demanda, con costas; 2) Hacer lugar parcialmente a la demanda en la forma que surge de los considerandos, con costas de ambas instancias en un 50% a la actora y en un 50% a la demandada; 3) Rechazar el recurso del apelante adherente, con costas de esta instancia a su cargo; 4) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes por su labor en la Alzada en el 50% de los que correspondan por regulación firme a su actuación en la instancia de grado. A la misma cuestión, la Dra. Chaperero vota en igual sentido, mientras que el Dr. Casella luego de analizar la cuestión se abstiene de emitir opinión conforme lo dispuesto por el art. 26 de la LOPJ. Por ello, la CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE LA CUARTA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL RESUELVE: 1) Desestimar el recurso de nulidad; 2) Acoger parcialmente el recurso de apelación de la actora y revocar la sentencia apelada en cuanto rechaza la demanda, con costas; 2) Hacer lugar parcialmente a la demanda en la forma que surge de los considerandos, con costas de ambas instancias en un 50% a la actora y en un 50% a la demandada; 3) Rechazar el recurso del apelante adherente, con costas de esta instancia a su cargo; 4) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes por su labor en la Alzada en el 50% de los que correspondan por regulación firme a su actuación en la instancia de grado. Regístrese, notifíquese y bajen.

DALLA FONTANA Juez de Cámara CHAPERERO Jueza de Cámara
CASELLA Juez de Cámara Abstención ALLOA CASALE Secretaria de Cámara Nota:

(*) Sumarios elaborados por Juris online

023477E