

Danos Y Perjuicios Desercion Del Recurso De Apelacion

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Deserción del recurso de apelación Se declara desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que consideró que no se acreditó la relación de causalidad adecuada entre el deceso de la víctima y la insinuada demora en que lo habría atendido la accionada. En la ciudad de Mendoza, a los siete días de abril de dos mil diecisiete se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excma. Cámara Segundo de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los Sres. Jueces titulares de la misma Dras. Gladys Delia Marsala y María Teresa Carabajal Molina, no así la Dra. Silvina Del Carmen Furlotti, por encontrarse en uso licencia y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 118.028/52.202, caratulados: "VAZQUEZ CATALANO DE BERTERO LUCIA ANGELICA CONTRA CIMESA S.A. Y OTRO P/ D. Y P.?" originaria del Vigésimo Segundo Juzgado Civil, Comercial y Minas, de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 436 por la actora, contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2016, obrante a fs. 427/429, que rechaza la demanda interpuesta por Lucía Angélica Vázquez Catalano de Bertero en contra de CIMESA, A TIEMPO Y CODIGO ROJO, impone costas y regula los honorarios a los profesionales intervinientes. Habiendo quedado en estado los autos a fs.487, se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dras Marsala, Furlotti, y Carabajal Molina. De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, planteáronse las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia apelada? En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde? SEGUNDA: Costas SOBRE LA PRIMERA CUESTION, LA DRA GLADYS DELIA MARSALA, dijo 1. Se elevan estos autos a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 436 por la actora, contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2016, obrante a fs. 427/429. 2. Para resolver como lo hizo el Sr Juez de la instancia precedente razonó del siguiente modo: - enseña la doctrina que la responsabilidad civil extracontractual requiere, según el Cód. Civil (arts. 1.066, 1.067, 1.069, 1.109, 1.113, sigs. y concs.), la concurrencia de los siguientes requisitos: a) violación de la ley, aunque éste algunos pensamos que no es un elemento esencial sino accidental; b) imputabilidad del autor del hecho a título de dolo o culpa o un factor objetivo de atribución; c) necesaria relación de causalidad entre el hecho y el daño producido y d) la efectiva existencia de un daño causado a quién reclama. -no desconoce que CIMESA es una PREPAGA, por lo que -siguiendo el criterio de la Sala Primera de Nuestro Superior Tribunal- hay una relación de consumo entre ella y sus afiliados, que dichas contrataciones por su rango constitucional son superiores incluso a lo normado por la Ley 24.240 y sus modificaciones, incluso la del nuevo C.C. y C. en el que está en juego el derecho de la salud (S.C.J. de Mendoza Sala I, Expte, 106.309, ?ARCANA JUAN MANUEL Y OTROS EN J. 13.951, ARCANA J.M. EN J° 3129, ARCANA J.M.F. Y OTS. C/SWISS MEDICAL GROUP P. AMPARO POR ACCIÓN AMPARO S/INC. CAS.?, 24/4/2013), esto implicaría que en caso de duda se apliquen o se interpreten las condiciones a favor del consumidor o usuario, que en el caso de autos, el consumidor falleció, pero como ha dicho en algún fallo la Tercera Cámara Civil ?si entre el paciente y el sanatorio (en el caso la prepaga) había una relación de consumo, sus deudos que accionan por el perjuicio que les ocasionó la muerte de aquél también deben beneficiarse con el plexo normativo existente a favor del consumidor?. -pese a la deficiencia de la pericia médica, hay cosas que resultan claras para decir -en primer lugar- que no hay antijuridicidad. -del relato de la demanda, la denuncia penal y la desgravación de las comunicaciones telefónicas que ha hecho el perito ingeniero entiende que no hay omisión imputable a A TIEMPO, toda vez que la primer llama a dicha empresa se realizó a las 11 horas con dos minutos, de la transcripción de la conversación entre la Sra. Vázquez y el operador se desprende que la primera le dice al segundo ?una urgencia, no sé si será una urgencia, no creo? esto cuando el operador le había dicho que la demora era de un promedio de dos horas (véase transcripción de la conversación de fs. 69), recién luego a las 11:32 la demandante llama de nuevo y expresa ?que su hija que es médica le ha dicho que puede tratarse de un infarto? lo que implica obviamente una urgencia por lo que no sería válida, ni aceptable la repuesta del operador que le dice que tiene que atender muchas emergencias, todos los pacientes están con riesgo de vida (fs. 72 vta. y 73), obvio que esta respuesta no sería admisible ya que el prestador debe estar en condiciones de satisfacer las exigencias o urgencia de todos los que están bajo su cobertura, de lo contrario debería limitar su cobertura esto lo dice porque si se leen las planillas obrantes en autos, fs. 64/77 se desprende que A TIEMPO brinda prestación a muchas prepagas, a asociados a la misma e incluso a la multitudinaria (por los afiliados que tiene) OSEP, pero el tema está en que en la propia demanda se lee que la Dra. y el enfermero llegaron a las 12:30, es decir menos de una hora después del segundo llamado, el primero no es relevante para calificar la urgencia porque como ya expreso antes la propia accionante no cree que se trate de una urgencia (uno puede llamar al médico o a un servicio de atención domiciliaria por una gripe, por una baja de presión o por un infarto, esto de la calificación con un color de los llamados surge de la

declaración de los empleados de A TIEMPO en el expediente penal), recién en el segundo llamado se precisa que posiblemente se trate de un infarto (por lo que infiere la hija de la accionante, que es médica y diagnóstico una probabilidad por teléfono, honestamente es como analizar una causa sin tener el expediente a la vista es un diagnóstico de ciegos). En ese momento la médica que examina al paciente y el enfermero, seguramente por indicación de aquella anuncian que tenían un código rojo que sí implica una urgencia, debe ir una ambulancia con el personal suficiente para asistir al enfermo y derivarlo al Hospital; en la demanda (fs. 36) se expresa que recién a las 13.45 llegó la ambulancia de Código Rojo (lo que debe tenerse por cierto porque código rojo no contestó demanda y fue declarada rebelde a fs. 136, lo que implica tener por ciertos los hechos expuesto en la demanda, arts. 74, 75 y 168 inc. 1 del C.P.C.). En resumen, contando desde el segundo llamado A TIEMPO llegó con una doctora y un enfermero en el lapso de una hora y CODIGO ROJO dentro de 1 hora con quince minutos desde que fue requerido por los prestadores dependientes de A TIEMPO. Sobre el punto el perito, más allá que tenga una redacción bastante deficiente, es claro cuando afirma que el tiempo máximo aconsejable que debe transcurrir desde que se inicia la sintomatología hasta el ingreso a unidad hemodinamia lo hace en menos de una hora de producido el llamado de urgencia y una hora quince minutos después llegó la ambulancia de código rojos, es decir que no habían pasado las cuatro hora que indica el Dr. Senatra (punto b, foja citada). A las 14:10 llegó al Hospital Español, ingresando por guardia (fs. 226 de la Pericia), según la partida de defunción obrante a fs. 6 del expediente penal el paciente falleció a las 15:30 del mismo día de la internación (él para el fatídico o no 4 de Enero de 2012). Que el fiscal que intervino en la causa penal, P 44199/12, ¿Fiscal por averiguación de muerte? también entendió a fs. 67 que no había dolo o culpa de terceras personas penalmente punible, es cierto que lo dicho por el Dr. Lauro Monticone no implica, ni equivale a una sentencia absolutoria y parece referirse a los operadores, que no son los aquí demandados pero está orientado en el mismo sentido de lo que sostiene que no ha existido negligencia reprochable a título de culpa a los accionados, que de haberla sería directa en el caso de Código Rojo y A TIEMPO. -considera que no está probada la relación de causalidad adecuada entre el deceso de Bertona y la insinuada demora en que lo habría atendido -llegaron al Hospital Español a las 14:10 hora con el paciente vivo, ingresa por hiperglucemia, dolor epigástrico y trastorno de conciencia y estando en la cama de UTI (al pasarlo) presente bradicardia (ritmo cardíaco lento) y asistolia (que implica ante el parate del corazón), lo que hace pensar que en definitiva el infarto agudo de miocardio se produjo en terapia, no antes (es posible que ya estuviera en evolución, la poco feliz pericia no lo aclara) pero si Bertero entró con dolores es porque estaba haciendo el infarto y desde que entró a la guardia hasta que falleció pasó casi una hora, la partida de defunción consigna como hora de la muerte las 15:30 (maniobras de resucitación mediante); por lo que entiende que aún en el caso de que hubiera habido una demora excesiva (la que no existió desde que la viuda llamó advirtiendo la urgencia hasta que el paciente llegó al Hospital Español transcurrieron poco más de dos hora y media, desde que ingresó al centro asistencia hasta que falleció de una hora), ergo no parece haber causalidad adecuada (art. 906 del C.Velezano) entre la omisión que la accionante atribuye a los accionados y la muerte -no habiendo ni antijuridicidad, ni relación adecuada que surja de todas las pruebas analizadas la demanda debe rechazarse, con costas a la actora. 3. A fs. 459/467 expresa agravios el apelante. El primer agravio es titulado por el recurrente como errónea elaboración de la plataforma fáctica, que consta de tres puntos: a) laxitud con la que se han interpretado los lapsos temporales transcurridos entre la segunda llamada de la actora a la empresa A TIEMPO, precisando el cuadro y la llegada de la ambulancia que efectivamente trasladó a Bertero, lapso prolongado a la luz de las reglas de la lógica, la experiencia y las normas científicas que regulan la materia; b) cargar sobre el paciente la elaboración del diagnóstico que debe comunicarse a los inexpertos operadores.; c) la omisión en la valoración de prueba esencial producida en la etapa procesal correspondiente. En cuanto al punto a)- sostiene que la demora de dos horas quince minutos que transcurrió desde el segundo llamado de la actora a la empresa A TIEMPO comunicando el cuadro de infarto -fs. 72vta y 73- selló la suerte de la vida de Bertero. Señala que el juez de grado pretende basarse en la pericia cardiológica -cuestionada- que contradice el manual de emergencias de CIMESA SA., el protocolo de actuación de A TIEMPO, por los estudios científicos más recientes y la jurisprudencia imperante. En cuanto al punto b)- los operarios han declarado que no poseen conocimientos médicos y que no cuentan con apoyo de un profesional que ante un llamado de emergencia les indique cómo calificar el mismo. Respecto del punto c) dice que quedó acreditado -ver testigo fs. 192- que si un paciente refiere infarto correspondería un Código Rojo, desplazar una ambulancia o móvil coronario, dentro de los veinte minutos. Todo esto no se llevó a cabo por tanto se puede hablarse con seriedad del cumplimiento de A TIEMPO. Aduce que de las testimoniales de los operadores de A TIEMPO surge la precariedad con la que se presta el servicio, pero también se desprende la falta de control por parte de CIMESA S.A. que no realiza los controles que hacen a su deber. Argumenta que si una persona contrata un servicio de emergencia y el mismo concurre al domicilio dos horas después del llamado se puede hablar con seriedad que el mismo no ha sido prestado en forma diligente. Expresa que está acreditado que el deceso se produjo por IAM y se ha demostrado -con la prueba rendida- que la demora excesiva de la empresa contratada para atender las emergencias médicas ha influido, el menos, en la ¿pérdida de la chance? de Bertero, pero el a-quo entiende que el infarto se produce en terapia o se venía produciendo, ambas situaciones no

conviven. Por último, se agravia porque el Tribunal ha encuadrado el caso en el ámbito de la responsabilidad extracontractual lo que constituye un error grosero pues entre las partes existía una relación contractual de consumo, que es de tipo objetiva, es decir, lo que debe juzgarse es si la empresa cumplió o no con el objeto contratado y en el modo en que debía hacerlo. 4. A fs. 471/479 contestan los apelados solicitando se declare la deserción del recurso y demás consideraciones a las que me remito en mérito a la brevedad. 5. A fs. 481/483 contesta la cita en garantía quien también peticiona se declare la deserción del recurso y demás consideraciones a las que me remito en mérito a la brevedad. 6. A fs. 487 el expediente queda en estado de resolver. 7. Anticipo que declararé desierto el recurso. En efecto, he resuelto -reiteradamente- con anuencia de mis colegas de Cámara que: ?...la heterocomposición de un conflicto de relevancia jurídica sentenciado por el juzgador en ?primera instancia? (luego que fueran transitadas las etapas procesales de postulación, confirmación y alegación) lleva insita la posibilidad de que ese juez -por la simple falibilidad que tenemos todos los seres humanos- resuelva el conflicto de un modo ?injusto? (o percibido, subjetivamente como una decisión injusta -más allá de que esa apreciación coincida con la realidad-) por quien ha sido vencido total o parcialmente en la litis...?. ?...La finalidad del recurso de apelación es otorgarle al litigante la posibilidad de impugnar (por afirmada razones de injusticia) lo resuelto en primer grado de conocimiento judicial...? ?...Ahora bien: la expresión de agravios supone cumplir una delicada u compleja ?carga procesal? consistente en una crítica puntual, razonada, etc. realizada contra los motivos que llevaron al juez a fallar el litigio en forma adversa por el apelante. De allí que exija -en forma pacífica por la doctrina autoral y judicial- que la carga de expresar agravios debe traducirse en una actividad procesal que de considerarse cumplida ?...debe constituir una fundada réplica o argumentación a los errores de hecho o derecho en que habría incurrido en el pronunciamiento cuestionado, efectuándose un análisis y ataque frontal, claro, concreto y argumentado de las falencias que existieron, a criterio del impugnante en el razonamiento del juzgador. La expresión de agravios no importa una simple fórmula, sin que constituye una verdadera carga procesal, debiendo contener un estudio minucioso y preciso de la sentencia apelada y condensar los argumentos y motivos que demuestren los errores cometidos por el juez inferior para que el Tribunal de Alzada pueda apreciar en qué puntos y por qué razones el apelante considera perjudicado su derecho...? (C Civ. y Com. Santa Fe, Sala 1, Gómez, Amada Dora c/ Gallo Miguel, Ángel p/ Escrituración, Zeus 9-1012) (conf. Benabentos, Omar, Recursos de Apelación y Nulidad, Editorial Juris, noviembre de 2.000, pág. 201)...? El líbello recursivo de la actora no constituye una crítica razonada de la sentencia. En efecto, la actora imputa responsabilidad a los demandados por la demora en la atención, factor, este que, desencadenó el deceso del Sr Bertero. Pues bien, los razonamientos centrales del Tribunal que me precedió en el juzgamiento para descartar la responsabilidad por omisión son: a)- de la demanda, la denuncia penal y la desgravación de las comunicaciones telefónicas extrae que no hay omisión imputable a A TIEMPO, ya que la primera llamada a la citada empresa se realizó a las 11:02; de la transcripción de la conversación entre la Sra. Vázquez y el operador surge que la actora le dice al operador ?una urgencia, no sé si será una urgencia, no creo? (fs. 69) y recién a las 11:32 la demandante llama de nuevo y expresa ?que su hija que es médica le ha dicho que puede tratarse de un infarto?. b)- A TIEMPO llegó a las 12:30, es decir, menos de una hora después del segundo llamado. c)- llega el servicio al Hospital Español a las 14:10 hora con el paciente vivo, ingresa por hiperglucemia, dolor epigástrico y trastorno de conciencia y estando en la cama de UTI (al pasarlo) presente bradicardia (ritmo cardiaco lento) y asistolia, lo que hace pensar que en definitiva el infarto agudo de miocardio se produjo en terapia, pero si Bertero entró con dolores es porque estaba haciendo el infarto y desde que entró a la guardia hasta que falleció pasó casi una hora, la partida de defunción consigna como hora de la muerte las 15:30 (ver fs. 6). La recurrente se abroqueló en insistir en algo que no probó: cómo incidió el factor tiempo en el deceso y, en esta Sede no critica los fundados razonamientos del Tribunal basados en la prueba rendida en el sub lite. A mayor abundamiento, destaco que el perito médico a fs. 228 informa que el máximo aconsejable que debe transcurrir desde que se inicia la sintomatología hasta que ingresa a la Unidad de Hemodinamia es de 4 horas, si la llamada de la actora denunciando un posible infarto se produjo a las 11:34 y que el paciente ingresa a las 14:10, vivo, a terapia intensiva, no podemos atribuir responsabilidad por omisión. Es más, el mismo apelante a fs. 462 vta. al transcribir el Protocolo de Actuación prehospitolaria en el infarto agudo de miocardio, Medicine 2001; 8 (49), pág. 2598, trae a estos autos una afirmación que termina por sellar la suerte de su recurso: ?la efectividad del tratamiento del infarto agudo del miocardio (IAM) es tiempo-dependiente, habiendo demostrado un beneficio máximo en la 1ra hora (reducción de hasta el 47% en la mortalidad) y óptimo en la 2º y 3º hora...?. Por lo expuesto y, si mi voto es compartido por mis distinguidas colegas de Cámara, deberá declararse desierto el recurso. ASI VOTO. Sobre la misma cuestión la Dra. Carabajal Molina dice que adhiere al voto que antecede. SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. GLADYS DELIA MARSALA, dijo: Atento al modo como ha quedado resuelto el recurso, las costas se imponen a la apelante vencida (arts. 35 y 36 ap. I CPC). ASI VOTO. Sobre la misma cuestión la Dra. Carabajal Molina, dice que adhiere al voto que antecede. Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación: SENTENCIA: Mendoza, 7 de abril de 2017 Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: 1.Declarar desierto el recurso de interpuesto a fs. 458 por

Lucía Angélica Vázquez Catalano de Bertero, contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2016, obrante a fs. 427/429, la que se confirma en todas sus partes. 2.Imponer las costas a la recurrente vencida (arts. 35 y 36 ap. I CPC). 3. Regular los honorarios de los profesionales intervinientes de la siguiente forma: Dra. María Constanza Fischetti en la suma de pesos treinta y tres mil novecientos sesenta y seis con 45/00 (\$33.966,45); Dra. María del Pilar Varas en la suma de pesos treinta y tres mil novecientos sesenta y seis con 45/00 (\$33.966,45) ; Dr Ezequiel Ibañez en la suma de pesos diez mil ciento noventa con 25/00 (\$10.190,25), Dr Carlos Campanello en la suma de pesos veintitrés mil setecientos setenta y siete con 20/00 (\$23.777,20) y Dr. Octavio de Casas en la suma de pesos siete mil ciento treinta y tres con 20/00 (\$7.133,20) (arts.15 y 31 Ley 3641). NOTIFIQUESE Y BAJEN.
Dra. María Teresa CARABAJAL MOLINA Dra. Gladys Delia MARSALA 027663E