

Responsabilidad Medica Quemaduras Tratamiento Kinesiologico Obligacion De Seguridad Oponibilidad De La Franquicia

JURISPRUDENCIA

Obligación de seguridad. Oponibilidad de la franquicia

demandado por las quemaduras sufridas por un paciente al aplicársele calor con una lámpara infrarroja en su brazo en el marco de un tratamiento kinesiológico, al tratarse de una cosa riesgosa o viciosa que generaba en cabeza del galeno (su dueño o guardián) una obligación de seguridad incumplida, pero se la revoca y se establece la oponibilidad del límite de la cobertura concertada por la aseguradora.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 2 días del mes de julio de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la sala ?G? de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulado: ?C J A C/ E R AY OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS?, respecto de la sentencia de fs. 212/24, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA

APELADA? Practicado oportunamente el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores: CARLOS ALFREDO BELLUCCI- CARLOS A. CARRANZA CASARES- MARÍA ISABEL BENAVENTE.-

A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Bellucci dijo: I.- Por las quemaduras que el actor sufrió en el consultorio del médico demandado al aplicarle calor con una lámpara infrarroja en su brazo derecho, y en procura de resarcirse de los menoscabos patrimoniales y extrapatrimoniales que ello le produjo, demandó a aquél la ?inscitia?, (?rectius?: incapacidad, torpeza, inexperiencia; aplicase a la demandada por mala práctica profesional) provocada.- A su vez, citó en garantía de su pretensión crédito a SMG Compañía Argentina de Seguros S.A.-

Para así pretender, solicitó y le fue concedido el beneficio de litigar sin gastos obtenido por decisión que recayó a fs. 44/vta. del acólito incidente n° 69.253/2015/1, a mi vista.- Trabada la litis, la citada en garantía, admite la existencia de cobertura pero substancialmente, niega la responsabilidad que le fuera achacada; sosteniendo que el actor se retiró del consultorio sin manifestar ninguna complicación, y que el tratamiento realizado fue el adecuado para el paciente.- El demandado se adhiere a tal contestación.- II.- Agotadas sendas etapas de cognición y debate, a fs. 212/24 la Sra. Juez de mérito, con fundamento en la experticia médica que se realizó a fs. 188, más las constancias agregadas del Hospital de Quemados, y porque en definitiva la radiación infrarroja de aquel artefacto había sido la causa de tal quemadura en el brazo, admitió el reclamo inaugural y condenó al médico emplazado -y con extensión a su aseguradora- a indemnizar al actor la suma de \$ 430.200 con más los intereses y costas que allí dispuso e impuso.-

Procrastinó fijar emolumentos en favor de los Sres. Profesionales que dieron asistencia en la lid.- III.- Tal decisión adversa levantó las quejas de la aseguradora quien con la autonomía recursiva que le confiere el plenario ?Flores c/ Robazza?, E.D. al to. 144-510, a fs. 242/55, se agravia porque la ?a quo? realizó una equivocada valoración de la prueba, en tanto la pericia médica se basó en indicios y nada dice respecto de la culpabilidad del demandado.- Asimismo aduce que el actor era diabético y ello implicó un factor predisponente para las complicaciones que presentó en el hospital, para finalizar enfastiándose en derredor a la procedencia y cuantía de ciertas partidas dañosas, la tasa de interés establecida ,y finalmente, se haga lugar al límite de cobertura concertada (con sintética respuesta a fs. 257/vta.).- II.- Es obvio y se impone por mera cuestión metodológica analizar, en primer término, las ?cuitas? enderezadas a revertir la imputabilidad objetiva resuelta en el decisorio en crisis.-

Pero antes he de destacar que en tal tarea y en la de la determinación del daño, como es criterio de esta sala, no he de aplicar el Código Civil y Comercial de la Nación por no encontrarse vigente al tiempo de configurarse el perjuicio constitutivo de la responsabilidad; no obstante que de hacerlo, como postula la distinguida colega designada en la vocalía 20, arribaría de todos modos, en el, caso a similar resultado.- En primer lugar destaco que analizadas las constancias de autos, si bien comparto la solución dada por la primer magistrado, creo oportuno expresar que el tema en estudio no radica exclusivamente en la culpa del médico ya analizada por aquélla, sino que se suma la utilización de una cosa riesgosa o viciosa, es decir, la lámpara infrarroja.- Sea por mal funcionamiento, anomalías no detectadas previamente, mal empleo o cualquier otro motivo, fue lo que terminó dañando al actor quien había contratado un tratamiento kinesiológico que culminó con quemaduras en las zonas de la cara interior del brazo derecho.- (Cám. Nac. De Apelaciones en lo Civil, sala L ?C.C.V. c/ Instituto quirúrgico Láser S.A. s/ daños y perjuicios? con data del 18/11/14).-

Creo que si la responsabilidad profesional -médica- es llamada por reparación de daños causados con cosas o por la utilización de cosas riegosas o viciosas, no es necesario que la parte actora pruebe un factor subjetivo de atribución.- Se da una presunción de culpa, o directamente, de responsabilidad en los términos del art. 1113 del código civil, o por la obligación de seguridad que el profesional tiene hacia el paciente.- Cuando el médico utiliza una cosa riesgosa o viciosa es también deudor de una obligación de seguridad contractual de resultado.- Es un caso similar al que se presenta en la esfera extracontractual

con el art. 1113 (Conf. Bueres, su voto en CNCiv. Sala D 24/06/99 ?Lovato c/Asistencia? JA., 2000-III-615).- Existe entonces, una falta a la obligación de seguridad del médico hacia el paciente en su carácter de dueño o guardián de la cosa riesgosa, y por más que no sea habitual que se produzcan este tipo de complicaciones la solución no cambia: la peligrosidad de una cosa se muestra dañando.- Sobre tal piso de marcha, reconocido por el emplazado el tratamiento de calor practicado en el brazo del actor el 4 de septiembre de 2014, procederé a analizar las pruebas colectadas y verificar si el galeno cayó en la ?inscitia? alegada.- En tal sentido, y si bien es cierto que no hay constancias que luego de padecidas las quemaduras el actor se pusiera en contacto con el médico que lo atendió, o fuera a su consultorio, no lo es menos y no lo contradice, el hecho que dos días después, debió concurrir al Hospital del Quemado, donde consta en su epicrisis que la causa de la quemadura fue por la radiación infrarroja producida por un tratamiento kinésico en la cara interna del brazo derecho, y en la que se diagnosticó una quemadura del 1,5%, la que corresponde al grupo I de gravedad (ver fs. 63).- Por otra parte, a idéntica conclusión arribó el experto a fs. 187/89, cuando examinó al actor y pudo comprobar la secuela de quemadura con injerto de piel en la cara anterior de brazo, codo y antebrazo que lo incapacita de manera parcial y permanente en el 17% del valor obrero total, sin que siquiera los co-emplazados propusieran puntos de pericia para que el desinsaculado en su dictamen pudiera pronunciarse sobre el origen de tales heridas.- Más aún, tampoco la experticia realizada mereció impugnación de su parte, de modo que hacer ahora tema de ello en esta alzada, y aducir la falta de respuestas y sin fundamento científico de tal dictamen deviene extemporáneo y por ende, inane a los fines perseguidos (arts. 265, 266, 271, 477 y cc. de la ley adjetiva).- Bajo esta línea de pensamiento, no puedo dejar de señalar que el código de forma indica que la fuerza probatoria del informe pericial será estimada por el juez, teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o letrados conforme los artículos 473 y 477 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 477).- Cabe subrayar que el juez no debe apartarse porque sí de las conclusiones del perito en tanto y en cuanto éstas demuestren cumplir con ciertas condiciones. Si el objeto de la pericia es ilustrar el criterio del magistrado, deben los peritos fundar sus conclusiones, exponiendo los antecedentes de orden técnico que hubieren tenido en cuenta, lo que deriva de su misión, que es asesor y nada más, ya que quien resuelve la cuestión es el magistrado, que en su debido momento examinará los hechos alegados, estudiando la prueba producida conforme las reglas de la sana crítica y estableciendo la mayor fuerza de convicción, es decir, que la libertad de apreciación de la prueba que tiene el juez, no desaparece o se limita por tratarse de una pericia y puede apartarse de sus conclusiones, pero no se trata de algo antojadizo o arbitrario.- Sólo me basta agregar que no se han dado elementos de juicio que le hayan permitido a la colega de grado concluir fehacientemente en el error, o en el inadecuado uso que el experto hiciera de sus propios conocimientos científicos.- Sobre todo, porque fue conciso en sus aseveraciones contenidas en los puntos IV y V de fs. 188/89 y no observo otra prueba que lo controvierta.- Entonces, resulta desacertado negarle entidad a las lesiones producidas con aquel aparato con luz infrarroja, o aducir complicaciones posteriores, lo que no veo vestigios de ello, pero sí claro está, producto de las graves lesiones causadas, que no alcanzaron con un mero tratamiento en consultorio para revertirlo, sino que lo obligaron -al actor- a tener que realizarse una ?toilettes? en quirófano y después un injerto en aquella zona del cuerpo.- En consecuencia, demostrada la impericia en cabeza del médico emplazado, y no controvertida por eximente alguna -sea porque el aparato no funcionaba correctamente, sea porque no fue bien usado o sea porque el peticionario padeció una reacción adversa-, es que propicio confirmar la imputabilidad fallada que se ha intentado fallidamente desmerecer, y que no tiene atisbo alguno de arbitrariedad, como livianamente se la tildó.- Sentado ello, corresponde me aboque a tratar el aspecto meramente crematístico del ?dictum? en cuestión.- V.- a).- ?de la incapacidad psicofísica.- En primer termino se advierte que la indemnización en estudio tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laboral, sino también la proyección que aquella tiene con relación a todas las esferas de su personalidad, es decir, la disminución de su seguridad, la reducción de su capacidad vital, el empobrecimiento de sus perspectivas futuras, etc. (conf.: sala ?F? en causa libre n° 49.512 del 18-9-89; Llambías, J.J. ?Tratado de Derecho Civil -Obligaciones-? t. IV-A, pág. 120, n° 2373; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, ?Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado? t. 5, pág 219, n° 13; Cazeaux-Trigo Represas, ?Derecho de las Obligaciones?, t. III, pág.122; Borda, G.A. ?Tratado de Derecho Civil Argentino- Obligaciones-?, t. I, pág. 150, n° 149; Mosset Iturraspe, J. ?Responsabilidad por daños? t. II-B, pág. 191, n° 232; Alterini-Ameal-López Cabana ?Curso de Obligaciones? t. I, pág. 292, n° 652).- En suma, el resarcimiento por incapacidad comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica (conf. CNCiv. Sala ?A? en causa libre n° 59.662 del 22-3-90).- Es que lo que se indemniza por este concepto no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física, y psíquica derivada de las secuelas de la ?mala praxis?, especialmente aunque no de modo excluyente, las que perduran de manera permanente; y si bien los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, sólo tienen un valor relativo, por lo que el juzgador, con sustento en las circunstancias personales

del damnificado, debe valorar principalmente las secuelas físicas y psíquicas que surgen descriptas por el experto, que importen una disminución en su capacidad vital. (conc. CNCIV, Sala C, septiembre 20/1999, ?Huaman, María de la Cruz c/ Micro ómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios?, L. 258.943; id. Sala F, noviembre 16/2004, ?Krauthamer Diego c/ Arriola Dalmiro Alberto y otros?, L.372.901; id, abril 14/2005, ?Gómez, Jesús Eduardo y otro c/ Muiños, Eduardo Alejandro y otros s/ daños y perjuicios?, L. 403.962; id. Junio 29/2006, L. 441.762 ?Torres Celia Cruz c/ Empresa de Transportes Plaza SACEI Línea 114 y otros s/daños y perjuicios?; id. Septiembre 11/2006, L. 450.612 ?Cabral Liliana Mabel c/ Rojas Miguel Ángel y otros s/ daños y perjuicios?). Por consiguiente, ha quedado acreditado mediante el peritaje fundado de fs. 187/89 que el hecho le causó al peticionario damnificado una quemadura en el miembro superior derecho por la cual recibió curaciones y un injerto de piel para cubrir la lesión, con una limitación de la extrusión e hiperalgesia en cicatriz arribando a una incapacidad del 17%.- En la faz psicológica, la especialista detectó un desarrollo reactivo moderado que lo incapacita en un 20% (fs. 167).- Si bien a su debido tiempo este informe fue impugnado por los emplazados a fs. 172/74, los mismos no logran corroer los sólidos fundamentos expuestos (fs.176).- Para que las observaciones planteadas contra el peritaje practicado puedan ser consideradas, es necesario aportar en el expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico, que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en ese dictamen (art. 386 y 477 del Cód. Procesal; Palacio, ?Derecho Procesal Civil?, t. IV, pág. 720), situación que no se ha cumplido en el proceso, demostrativas sólo de disconformidad con las conclusiones del perito designado.- También agrego -y más allá del intento fallido por desmerecerlo que leo en los agravios-, que la perito no se basó sólo en los dichos del actor, sino y por el contrario, fue a través de las distintas técnicas practicadas que le permitieron recolectar datos objetivos y arribar a tal conclusión.- Meritada la cuestión, y teniendo en cuenta las circunstancias personales del damnificado: 44 años de edad, mecánico, padre de dos hijos considero que la estimación efectuada por la ?a quo?, respecto de la incapacidad sobreviviente ha sido evaluada correctamente por lo que propicio confirmar la monta establecida.- (arts. 163, 165 477 y cc del rito; 1083 del fondal).- b.- ?de los gastos médicos, de farmacia y de traslados?.- Como bien lo señaló la ?iudex, el damnificado tiene derecho a ser resarcido por las erogaciones efectuadas, aún cuando no pruebe concretamente su realización, en tanto guarden razonable relación con la importancia de las lesiones y tratamientos.- En este caso, ante la falta de prueba directa, queda librado al prudente arbitrio judicial la determinación de la importancia económica de esta partida (conf. CNCiv., Sala ?A?, del 24/6/92, c. 81.246).- En la especie, conforme la naturaleza de las lesiones padecidas por la víctima, aprecio ajustada la suma otorgada, y es mi ponencia al cónclave en el sentido de desestimar esta queja, y mantener la monta fijada por la sra. Juez ?a quo? (arts. 163, 165 y cc. ley formal; 1083 y cc. de la ley fondal).- c) ?de la ?noxa? moral y su cuestionada monta de elevada?.- A propósito de la ?noxa? moral, aun con la salvedad de lo harto difícil que resulta medir en argento la presura derivada del ilícito, debo meritar que la víctima, cuyas condiciones personales ya describí, padeció lesiones que aún lo aquejan y se proyectan en su fuero íntimo. Como consecuencia del evento debió concurrir al Hospital del Quemado para tratar las quemaduras, y someterse a una cirugía para realizarse un injerto en aquella zona; tales circunstancias conforman el daño moral objetivo, que debo ponderarlas junto con el daño moral subjetivo que es el que experimenta y expresa el propio damnificado que se encuentra en las mejores condiciones para justipreciar, de modo sucedáneo, este rubro.- Bajo tal paraguas, estimo que ha existido exceso en el capital de condena admitido, y por aplicación de la normativa contenida en los artículos 163, 165 y cc. de la ley de forma, y el 1078 y 1083 de la de fondo, y el principio de congruencia que es mi deber acatar, propongo reducirlo a la suma de \$70.000.- Es que el monto concedido en la sentencia de grado supera lo reclamado al presentar la demanda (ver liquidación a fs. 21).- Por ende, de no hacer lugar a la queja espetada, se estaría violando el mentado principio (fs. 248vta./50).- IV.- La tasa de interés establecida.- Toda vez que los montos diferidos a condena han sido considerados en la sentencia de grado a valores históricos y no actuales como postula el disidente, no le asiste razón en la crítica espetada, dado que no encuentro motivos para apartarme de la doctrina plenaria aplicada porque no se configura el supuesto de excepción que prevé la respuesta al 4º interrogante que se planteó en aquella reunión del pleno.- Ergo, la protesta de la citada en garantía no tendrá en mí cabida.- V.- Del límite de cobertura.- Adelantó que en lo que a este agravio se refiere diré, respetuosamente, que no coincido con lo establecido por la ?a-quo?.- La aseguradora, a fs. 35vta., estableció la existencia de un límite de cobertura de \$ 300.000 que fue reconocida por su asegurado a fs. 114.- Toda vez que estamos en presencia de un contrato, y por consiguiente rige lo previsto en el art. 1197 del cc, es decir, la autonomía de la voluntad por lo que tal límite asegurativo (\$ 300.000) -que estimo razonable- (la negrilla es de mi pluma) como todas sus cláusulas, resultan oponibles al tercero damnificado.- (art, 118 de la ley 17.418).- En este orden de ideas, disiento respetuosamente (como lo adelanté) con la decisión arribada por la sra. Juez de grado, y en consecuencia propongo revocar esta parte del pronunciamiento y establecer que la póliza contratada sea oponible al damnificado.- (?in re? esta sala, ?Finochietto Patricio Federico c/ Club de Gimnasia y Esgrima de Buenos Aires Asociación s/ ds y ps? del 10/04/17).- Colofón: si mi voto fuera compartido corresponderá revocar parcialmente el pronunciamiento apelado, y establecer que el límite de la cobertura concertada resulta oponible a la parte actora en su medida; modificarlo reduciendo el capital diferido a condena por daño moral a la suma de

pesos setenta mil (\$ 70.000), y confirmarlo en todo lo demás que decidió y fue motivo de inanes quejas con costas de alzada en paritaria repartija en razón del progreso de parte de los agravios espetados, y en consideración a la particular naturaleza que aquéllas representan en juicios del jaez del presente.- (arts. 68 segunda parte, 71 y cc. del rito) .- Tal es mi parecer, y así lo expongo y lo fundo al cónclave.- El Señor Juez de Cámara Doctor Carlos A. Carranza Casares dijo: Por razones análogas adhiero a todo cuanto propone el distinguido colega preopinante, incluso en lo que atañe al límite de cobertura del seguro, desde que en el caso no se configura un supuesto de hecho como el verificado en los pronunciamiento de esta sala CIV/109606/2011/CA1 del 10/4/15 y CIV/80963/2011/CA1 del 5/7/16.- La Señora Juez de Cámara Doctora Benavente votó en igual sentido por análogas razones a las expresadas en su voto por el doctor Bellucci.- Con lo que terminó el acto.- Buenos Aires, de julio de 2018.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: I.- Revocar parcialmente el pronunciamiento apelado, y establecer que el límite de la cobertura concertada resulta oponible a la parte actora.- II.- Modificarlo reduciendo el capital diferido a condena por ?daño moral? a la suma de pesos setenta mil (\$ 70.000), y confirmarlo en todo lo demás que decidió y fue motivo de inanes quejas con costas de alzada en paritaria repartija.- III.- Los honorarios se regularán una vez fijados los correspondientes a las tareas desarrolladas en la instancia de grado.- IV.- Vueltos los autos el tribunal de grado arbitrará lo conducente al logro del ingreso del faltante tributo de justicia, y se recuerda la personal responsabilidad que en ello trae e impone la ley 23.989.- Se deja constancia de que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, notifíquese por Secretaría al domicilio electrónico denunciado o en su caso, en los términos del art. 133 del CPCC, conforme lo dispone la Ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y devuélvase.- Por hallarse vacante la vocalía nro. 20 integra la Sala la Dra. María Isabel Benavente (conf. Res. 707/17 de esta Excma. Cámara).- CARLOS ALFREDO BELLUCCI
CARLOS A. CARRANZA CASARES MARIA I. BENAVENTE 031488E