

Danos Y Perjuicios Mala Praxis Medica Negligencia

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Mala praxis médica. Negligencia

Se

confirma el fallo que hizo lugar a la demanda de mala praxis médica, por entender que no se habían dispuesto las medidas apropiadas para llegar a un diagnóstico a tiempo y que de haberse tratado rápidamente el tumor que afectaba a la demandante se hubiera evitado la amputación de su miembro superior derecho. En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 27 días de febrero de dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, para conocer en los recursos de apelación interpuestos en los autos caratulados: "G., M. C/ PAMI (INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS) Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?", respecto de la sentencia de fs. 907/919, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores CARLOS ALBERTO CARRANZA CASARES - MARIA ISABEL BENAVENTE - CARLOS ALFREDO BELLUCCI.-

A la cuestión planteada el Señor Juez de Cámara Doctor Carranza Casares dijo: I.- La sentencia La sentencia de fs. 907/919 hizo lugar a la demanda por responsabilidad médica interpuesta por M. G. y condenó a G. F. F., Municipalidad de Malvinas Argentinas e Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) al pago de \$665.000, más intereses y costas (aunque existe un error numérico ya que la suma de cada una de las partidas da \$ 645.000). Asimismo, extendió la condena en los términos del art. 118 de la ley 17.418 a Federación Patronal Seguros. Para así decidir el juez, con sustento en el peritaje médico, expresó que no se habían dispuesto las medidas apropiadas para llegar a un diagnóstico a tiempo y que de haberse tratado rápidamente el tumor que afectaba a la demandante se hubiera evitado la amputación de su miembro superior derecho efectuada el 5 de marzo de 2009. II.- Los recursos El fallo fue apelado por la parte actora (hoy su nieto O. A. G., ver fs. 994 y 1009/1010), INSSJP, la compañía de seguros y la Municipalidad de Malvinas Argentinas. La primera en su memorial de fs. 1021/1029, contestado a fs. 1037/1042, cuestiona lo asignado por incapacidad, daño moral e intereses, la limitación de la condena a la aseguradora y el desconocimiento de una partida en concepto de lucro cesante, daño estético y psicológico. El aludido instituto en su escrito de fs. 1016/1019, respondido a fs. 1033/1035, objeta la responsabilidad atribuida y lo determinado por incapacidad, tratamiento psicológico, daño moral e intereses. La citada en garantía al fundar su apelación a fs. 1030/1031, con réplica a fs. 1033/1035, se queja de la procedencia de la demanda y de lo fijado por incapacidad y daño no patrimonial. El recurso del ente municipal interpuesto a fs. 944, fue declarado desierto a fs. 1048. III.- Ley aplicable Aclaro, ante todo, que en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho fundamento del reclamo, no corresponde la aplicación retroactiva de la normativa de fondo del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Código Civil). IV.- La responsabilidad Como he expresado en otras oportunidades, supuesta la cuestión de la autoría, el deber jurídico infringido por un médico puede resultar de las propias convenciones contenidas en el contrato de asistencia médica o bien tratarse simplemente del deber jurídico genérico de no dañar (cf. Trigo Represas, Félix A., López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 354/355), que constituye un principio -de rango constitucional- común a las órbitas de responsabilidad contractual y extracontractual (cf. Fallos: 308:1118). La culpa médica, como es sabido, consiste en la omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza del deber profesional asumido y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 del Código Civil; art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación) cuyo grado de responsabilidad ha de estimarse por la condición especial del agente (art. 909 del Código Civil; art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación). Para establecer tal culpabilidad uno de los elementos decisivos consiste en desentrañar si ha existido un incumplimiento de las reglas del arte de curar (lex artis). Después de valorar en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar, el tipo de comparación será el de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase en que quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto (cf. Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, t. IV-B, p. 145, n° 2826; Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, t. 2, p. 94 y ss.; Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad civil de los médicos, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 461 y ss.; Calvo Costa, Carlos Alberto, Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 142 y ss.). Conviene recordar que la obligación de los profesionales de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es, como regla, de medios, o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado, y al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la

antijuridicidad de la conducta del deudor, o sea la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor (Fallos: 327:3925; C.N.Civ., esta sala, L. 483.472, del 31/8/07; L. 493.836, del 7/11/08 y L. 513.585, del 6/4/09; ídem, sala K, L. 97.391, del 26/8/10; íd., sala L, L.568.319, del 17/2/12). En el caso, el médico tratante de la actora no contestó la demanda. Y no puede desconocerse que el art. 356, inc. 1° del Código Procesal establece que el demandado deberá reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos. Es cierto que se trata de una presunción que puede ser desvirtuada por las constancias del juicio que la contradigan. Si estas últimas producen plena convicción en el juzgador, tendrá que atenerse a ellas, pero en caso de duda, habrá de pronunciarse en contra de quien omitió la contestación (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 465.531 y 478.801, del 3/7/07). Pero no puede extremarse este razonamiento al punto de tener por no escrita o inoperante la norma. No se trata de efectuar una aplicación estricta o moderada de la norma del art. 356, inc. 1°, sino simplemente de considerar que, en el caso, el juez tenga por ciertos los hechos (pertinentes y lícitos) enunciados en la demanda, por no haber sido desvirtuados por las probanzas arrojadas al proceso (cf. C.N.Civ., esta sala, L. 479.848, del 23/8/07). Además, el aludido profesional tampoco apeló la sentencia y el recurso de su aseguradora en sus escuetos párrafos (ver fs. 1030) no refuta los argumentos centrales del fallo en cuanto a que ¿no se estadificó correctamente la enfermedad? ni se ¿puso a disposición de la paciente todos los medios apropiados a los efectos de llegar a un diagnóstico oportuno en tiempo y forma?, que ¿de haber contado previamente con un diagnóstico de certeza? ¿hubiese sido posible evitar la amputación?, que ¿el diagnóstico no es difícil? y que ¿el tiempo habitual de espera para la determinación de muestras de biopsia como en el caso era de 10 a 20 días?; por lo que no alcanza a configurar la crítica concreta y razonada prevista en los arts. 265 y 266 del Código Procesal. Resta examinar la apelación del INSSJP, que ha sido traído a este juicio por su vinculación con la Municipalidad de Malvinas Argentinas (fs. 237), que supera el umbral de la deserción. No es difícil advertir que para verificar los extremos que conciernen a este tipo de juicios, resulta decisiva la prueba pericial médica, pues la apreciación de los hechos controvertidos -a la luz de la conducta debida- suele requerir de conocimientos técnicos y científicos especiales (art. 457 del Código Procesal). El experto designado de oficio ha expresado en su dictamen de fs. 716/720, en términos reproducidos en la sentencia, que no se estadificó correctamente la enfermedad que presentaba la demandante y que no se pusieron a disposición de la paciente todos los medios apropiados a los efectos de llegar a un diagnóstico oportuno en tiempo y forma (¿se demoró muchísimo tiempo para contar con un diagnóstico de certeza de la patología? ¿se le indicó a destiempo el tratamiento de la patología?). Explicó que ¿el instituto ha fallado en lo más importante, esto es, poner a disposición de la Sra. G. M., todos los medios necesarios y adecuados para tener en tiempo y forma, un diagnóstico de certeza de la patología que la aquejaba?. Concluyó que ¿posiblemente hubiese sido posible evitar la amputación del brazo derecho, de haber contado previamente, con un diagnóstico de certeza?. Al contestar las impugnaciones que se le formularon fue más contundente. Dijo: ¿de haber contado con el diagnóstico oportuno, no cabe duda que la amputación se podría haber evitado?. Y añadió: ¿Este perito reitera: se llegó a la amputación del miembro superior de la accionante debido a que no se efectuó un correcto diagnóstico en tiempo y forma, lo cual trajo aparejado que la tumoración inicial de tan solo tres centímetros, aumente de tamaño, se ulcere y se infecte?, ¿con un diagnóstico oportuno, hubiera existido posibilidad cierta, real y concreta de evitar la amputación? (fs. 767). El instituto apelante aduce en que existió una demora desde abril hasta agosto o septiembre de 2008 atribuible a la actora; pero en la historia clínica agregada en el expediente de prueba anticipada no figuran indicaciones médicas desatendidas por la paciente. Además, ese instrumento se encuentra lejos de constituir el documento completo en el que conste toda actuación realizada por los profesionales y auxiliares de la salud, como corresponde, pues por lo pronto soslaya las interconsultas a los servicios de cirugía, cirugía plástica, oncología y traumatología y todos los estudios previos a la exéresis realizada el 16 de octubre de 2008 que se mencionan a fs. 462. La ostensible deficiencia de la historia clínica impide, a mi juicio, considerar que ha existido desidia de la actora como pretende el instituto condenado. Reafirma aun más lo concluido el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que la constancia documental que emana de la historia clínica se convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución de un litigio de mala praxis, ya que es un medio de prueba que permite observar la evolución del paciente, calificar los actos médicos realizados conforme a estándares y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño. De allí que sus irregularidades importan el incumplimiento del deber de información que se exterioriza a través de este documento y no puede sino ir en desmedro de quien estaba obligado a su confección. Recuerda el máximo tribunal que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el carácter incompleto y por tanto irregular de una historia clínica -y con mayor razón su alteración, como en el presente- constituye presunción en contra de una pretensión eximitoria de la responsabilidad profesional, pues de otro modo el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación

necesaria para concurrir al proceso en igualdad de posibilidades probatorias (cf. Fallos: 324:2689). Esta presunción en contra de la pretensión eximitoria de la responsabilidad médica (cf. C.N.Civ., sala J, ?Gulman, Leonardo R. c/ Regina Mater S.R.L. y otro?, del 28/3/08, en Lexis N° 70045048; CNCiv., Sala A, ?I., L.B. c/ InterCorp S.A.?, del 12/09/2003, La Ley, 2004-B, 505; Lorenzetti, Ricardo L., Responsabilidad civil de los médicos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, t. II, p. 245; Andorno, Luis O.

"Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos", en Jurisprudencia Argentina 1990-II-73) o presunción hominis en su contra (cf. C.N.Civ., sala H, L. 188.998, del 18/9/96; íd., sala I, L. 78.917, del 27/8/91; íd., sala D, ?Zolotnyki, Julio M. c/ ELMA y otro?, del 28/6/07 en Lexis N° 35022251; Taraborrelli, José N., Magnoni, Christian Mariano, ?La historia clínica y su valor probatorio?, en La Ley 2009-D, p. 832; Hersalis, Marcelo, Magri, Eduardo O., Sica, Josefina Rita, ?La causalidad y la imputabilidad, con especial referencia a la historia clínica. ?, en La Ley 2005-A, p. 397; Garay, Oscar Ernesto, ?Negligencia, informe pericial y la importancia de la Historia Clínica en la Responsabilidad Profesional Médica?, en Responsabilidad Civil y Seguros, 2006, p. 448) o de culpabilidad (cf. C.N.Civ., esta sala, del 26/09/00, La Ley, 2001-A, 118 y L. 476.218, del 20/11/07; íd., sala I, ?Villalba, Yolanda N. y otros c/ Roasio y otros?, del 5/10/04, en La Ley del 30/12/04; íd., sala C, L. 9448, del 28/5/97), entraña la consecuente inversión de la carga probatoria (cf. C.N.Civ., sala E, ?B. de G., M. y otro c/ Sanatorio Agote y otros?, del 31/3/08, en La Ley online AR/JUR/2839/2008; íd., sala E, ?R.G., W. y otros c/ Ciudad de Buenos Aires?, del 28/2/07, en La Ley online AR/JUR/237/2007; íd., sala B., ?R. de F. J. M. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, del 31/3/06 en Lexis N° 35003429; Barraza, Javier Indalecio, ?Historia Clínica. Su incidencia en la responsabilidad médico profesional, breve análisis de la importancia del citado documento?, en La Ley 2000-A, p. 1711; Savarese, Lucía Graciela, ?Historia clínica. Encuadre probatorio. Responsabilidad médica. Responsabilidad omisiva?, en El Derecho 216, p. 642).

La mentada presunción encuentra, asimismo, base normativa en lo previsto en los arts. 163, inc. 5° y 388 del Código Procesal, en la ley 17.132 y su decreto reglamentario 6216/67 (esp. art. 40) y, actualmente -aunque no resulta aplicable al caso pues no se hallaba vigente al tiempo que ocurrieron los hechos que originaron este pleito- en la ley 26.529. Como destaca el juez en la sentencia, la propia médica del instituto demandado que atendía a la demandante, el 13 de febrero de 2009 asentó ?paciente con tumor de húmero operado en 16 de octubre de 2008 que aún no tiene el resultado de la biopsia, ni tratamiento ni siquiera fecha de próxima consulta. Recomendando rever el caso con carácter urgente? (fs. 850 y 624). Corroboran lo expuesto, los testimonios de fs. 611/612 y 616/617 que dan cuenta de que a la actora ?le daban turno para un mes, un mes y medio para hacerse atender de nuevo? o ?muy largos turnos?, ?cada dos meses?.

A mayor abundar, cabe recordar que el adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sea en el control de una y otra, en la medida en que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso, más doloroso, necesariamente ha de comprometer -como en el caso- la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (cf. Fallos: 306:178; 317:1921 y 322:1393, ya citados). Por todo lo dicho no puedo sino postular la confirmación de la responsabilidad atribuida.

V.- Los daños En la determinación del daño, como es criterio de esta sala, tampoco 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 (cf. art. 7 del citado cuerpo legal y 3 del Código Civil; C.N.Civ., esta sala, CIV/11380/2012/CA1, del 18/8/15 y numerosos precedentes a partir de entonces; ver doctrina del fallo plenario ?Rey, José J. c/ Viñedos y Bodegas Arizu S.A.?, del 21/12/71, en La Ley 146, p. 273; y en similar sentido C.N.Civ., sala E, Expte. 101.221/07, del 15/7/16; ídem sala F, Expte. 13.793/12; íd., sala I, Expte. 25.837/10, del 11/12/15); sin perjuicio que de hacerlo, como postula la distinguida colega designada en la vocalía 20, arribaría de todos modos en el caso a similar resultado.

a. Incapacidad Esta sala reiteradamente ha sostenido que tanto el denominado trastorno psíquico, como el daño estético, carecen de autonomía indemnizatoria ya que, en tanto daños patrimoniales indirectos, integran el de incapacidad y en cuanto a aspectos extrapatrimoniales, el daño moral. Es que en realidad, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que sólo pueden comportar daños patrimoniales indirectos -incapacidad- o daño extrapatrimonial -moral- (cf. Zannoni, Eduardo Antonio, El daño en la responsabilidad civil, 2° ed. act. y amp., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 157/166 y sus múltiples referencias; esta sala L. 163.509, del 6/6/95, L. 169.841, del 20/7/95; L. 205.632, del 26/11/96; L. 219.296, del 2/7/97, L. 226.466, del 24/10/97 y L. 450.661, del 13/3/07; entre muchos otros concordantes). En un afín orden de ideas la Corte Suprema ha postulado que aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro resarcitorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral (cf. Fallos: 326:847) y, asimismo, ha puntualizado que el daño estético no es

autónomo respecto al material o moral, sino que integra uno u otro o ambos, según el caso (cf. Fallos: 321:1117; 326:1673). Si los menoscabos estéticos y psíquicos generan incapacidad han de ser resarcidos por este concepto, más allá de su repercusión valuable al resarcir el daño moral. Tal como lo ha expresado el máximo tribunal federal ha expresado en múltiples oportunidades, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad deber ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (cf. Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318:1715; 320: 1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:874). El perito médico, a fs. 716/720, informó que la amputación de un miembro superior, a cualquier nivel, incide de forma decisiva en todos los aspectos de la vida de una persona, provocando graves repercusiones funcionales, estéticas, socio-laborales y psicológicas. La mano humana no solamente tiene una función prensil necesaria para desarrollar actividades laborales, recreativas y de comunicación, es además un instrumento altamente especializado, dotado de sensibilidad térmica y prensora que permite explicar gran número de funciones diversas. Muchas personas con amputación de extremidad superior o inferior experimentan dolores relacionados con la amputación (el miembro fantasma), que puede deberse a neuromas, que en los brazos tienden a ser muchos mas sensibles y molestas debido a la presión (fs. 718 vta.). Agregó que la actora presentaba importante daño estético producto de la amputación de su miembro superior derecho, muñón con cicatriz de 130 x 30 milímetros a nivel de la axila derecha (fs. 719). Concluyó que ello le ocasionaba una incapacidad del 70% (fs. 719). A nivel psicológico, el licenciado en la especialidad indicó, a fs. 673/677, indicó que la peritada evidenciaba un marcado montante de angustia y tristeza, que se desencadenó a partir de la amputación de su brazo derecho. Este cuadro ejercía una tensión constante a modo de intento de superar dicha pérdida, situación que generaba un importante agotamiento emocional, malestar constante y un displacer emocional excesivo que la invadía haciendo de esa situación un duelo constante con marcadas imposibilidades para su elaboración (fs. 675). Añadió que la limitación por la amputación se acrecentaba dados los sentimientos de impotencia, incapacidad y frustración; que evidenciaba un cuadro depresivo caracterizado por una marcada inhibición del estado de ánimo con carácter displacentero que la sumergía en un estado de letargo emocional (fs. 675 vta.). Dictaminó, por fin, que la examinada evidenciaba un cuadro de depresión reactiva o depresión neurótica, caracterizado por una tristeza vital profunda que afectaba la totalidad de la vida psíquica somática y de relación, disminución de la autoestima, frustraciones y hostilidad (fs. 169 vta.), al que le correspondía una incapacidad del 42,25% (fs. 646/vta.). A pesar de que en nuestro sistema el peritaje no reviste el carácter de prueba legal, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que haya llegado, en tanto no adolezca de errores manifiestos, o no resulte contrariado por otra probanza de igual o parejo tenor (Fallos: 331:2109). Aun cuando las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ellas se requiere, cuanto menos, que se les opongan otros elementos no menos convincentes (Fallos: 321:2118). Si no se observan razones que desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio (Fallos: 329:5157), que es lo que ocurre en el caso ya las impugnaciones formuladas al médico y al psicólogo fueron suficientemente respondidas por los expertos a fs. 747/748, 767 y 769, y a fs. 697/699, respectivamente, sin que los recurrentes se hicieran debido cargo de tales respuestas en esta instancia. El instituto demandado recién en esta instancia cuestiona el baremo utilizado por el perito médico, pero omitió observarlo en su oportunidad como para que el experto pudiese responder al respecto (fs. 733). Por otra parte, es doctrina del máximo tribunal federal que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente, toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio (Fallos: 340:1038; 331:570; 326:847; 310:1826). De igual modo hago notar que en la determinación de la partida he de tomar en consideración que la reclamante reconoció que al tiempo de ocurrir los hechos que originan este juicio debido a la artrosis que padecía, caminaba con andador (fs. 565vta.), sin perjuicio de que en tales condiciones trabajaba (fs. 611/612 y 616/617 y fs. 16vta. del incidente de beneficio de litigar sin gastos). Tengo presente al efectuar la estimación del tópico por incapacidad que, como éste tiene por fin compensar la genérica disminución de aptitudes patrimoniales tanto en el aspecto laboral o profesional como en las áreas social, familiar y educacional, debe acordársele un capital que, invertido razonablemente, produzca una renta destinada a agotarse junto con el principal al término del plazo en que razonablemente pudo haber continuado desarrollando actividades de tal índole (C.N.Civ., esta sala, L.169.841, del 20/7/95; L. 492.653, del 12/12/07; L. 462.383, del 6/3/07 y L. 491.804, del 14/12/07; CIV/1339/2009/CA1, del 28/9/15; cf. Fallos: 318:1598 y art. 1083 del Código Civil aplicable en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho generador de la deuda y arts. 1740 y 1746 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por ello, como regla, ha de tomarse en consideración la disminución de la aptitud de la demandante para realizar actividades productivas hasta la edad jubilatoria y, especialmente en el

caso, las económicamente valorables hasta la de expectativa de vida (ver Fallos: 321:570), con la consecuente necesidad de requerir la ayuda de terceros. En razón de todo lo dicho, habida cuenta las condiciones personales de la damnificada a la fecha del hecho: 69 años, viuda, pensionada, costurera, con estudios primarios completos, domiciliada junto a su hija y nieto en la localidad de José C. Paz, provincia de Buenos Aires (cf. fs. 1, 16/vta., 27, 49/55 y 90/94 del beneficio de litigar sin gastos; fs. 2/3, 4/9, 31/32 y 34/35 del incidente de medidas precautorias; y a fs. 110/111, 673, 716 y 994 de las presentes), y el modo de resarcir a valores actuales que surge del apartado VII de la presente, aun teniendo en cuenta el fallecimiento de la actora más de ocho años después de la amputación (fs. 971), propicio confirmar la suma asignada, en concepto de incapacidad física, estética y psíquica.

b. Tratamiento psicológico Por el contrario, no es posible obviar la muerte de la víctima ocurrida con anterioridad al dictado de la sentencia, si se trata del resarcimiento de gastos terapéuticos futuros, ya que admitirlos importaría un enriquecimiento sin causa (cf. C.N.Civ., sala E, L. 195.490, ?Limeres c/ Bernardo Ade S.A.?, del 22/2/94; sala F, L. 227.828, Umpierrez c/ Empresa Tandilense?, del 10/7/98 y L. 333.072, del 14/6/06; sala A, ?Ríos Romero c/ Bagley S.A.?, del 6/4/2000; sala M, expte. 52.314/13 ?Medeyro c/ Zeballos?, del 3/7/18; sala G, L. 474.356, ?Mundo c/ Palacios?, del 31/8/07 y sus citas).

c. Daño moral En lo atinente a la reparación del daño moral -prevista en los aplicables arts. 522 y 1078 del Código Civil y en el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación- sabido es que está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, cobrando especial importancia la índole de las lesiones y el grado de menoscabo que dejen, para mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración. El detrimento de índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume -por la índole de los daños padecidos- la inevitable lesión de los sentimientos de la demandante y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir -dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (cf. Fallos: 334:1821; 332:2159; 330:563, entre otros).

En consecuencia, valorando las mencionadas condiciones personales y sociales de la damnificada, la existencia de un padecimiento espiritual provocado por la deficitaria atención médica y por las graves secuelas descriptas, y el modo de resarcir que surge del apartado VII de la presente, considero que cabe incrementar lo establecido a un total de \$ 300.000.

d. Lucro cesante Esta sala reiteradamente ha sostenido que debe distinguirse adecuadamente este rubro de la indemnización por incapacidad permanente. Esta debe ser resarcida aunque la víctima no haya dejado de ?ganar?, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y supone limitaciones o la definitiva imposibilidad de reanudar labores. El lucro cesante, en cambio, conjuga las pérdidas experimentadas durante un período de inactividad y es esencialmente transitorio. Por lo tanto si la incapacidad es permanente, como en el caso, debe fijarse una suma única que comprenda todos los daños y que absorbe el lucro cesante (Belluscio, Código Civil, Ed. Astrea, t. 5, pág. 218 y sus citas; C.N.Civ., esta sala, L. 206.012, sentencia del 27/12/96; íd., L. 273.513 del 8/11/99; íd., L. 303.156 del 30/10/2000, íd. L. 487.981, 487.985, del 5/11/07, L. 501.900, del 5/5/08 y CIV/31.974/2008/CA1, del 16/3/15, entre muchos otros concordantes).

Por ello, propongo confirmar el pronunciamiento el rechazo de este tópico.

VI.- Límite de cobertura En relación con el planteo formulado por la demandante respecto del límite de la cobertura introducido por la aseguradora a fs. 517/518 y admitido en el pronunciamiento, no puede soslayarse que la Corte Suprema ha señalado que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483).

Y ha añadido que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca (?Buffoni, Osvaldo Omar vs. Castro, Ramiro Martín s/ Daños y perjuicios?, del 8/4/14, Fallos: 337:329; ver ?Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y otro s/daños y perjuicios? del 6/06/17, Fallos: 340:765).

Tales consideraciones me inducen a postular el rechazo de los agravios de la parte actora, en especial si se repara en que el acordado no era un seguro legalmente obligatorio, no estaba vigente la resolución n° 35.467/2010 de la Superintendencia de Seguros de la Nación y el contrato no se encuentra cuestionado por el asegurado (cf. C.N.Civ. esta sala, L. 621.677, del 23/6/14; ver asimismo Wierzba, ?Seguro de Responsabilidad Civil. Tensiones en torno a la oponibilidad de sus límites?, RCyS 2018-V, 25).

VII.- Intereses Expresamente el pronunciamiento señala que a los importes de condena deberán adicionarse intereses calculados a una tasa del 6% anual desde la mora y hasta su dictado, toda vez que recaen sobre importes fijados a valores actuales (fs. 918 vta.), y a partir de allí y hasta el momento del efectivo pago conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Habida cuenta lo expresado por esta sala en L. 170.074, del 21/6/95, con voto preopinante del Dr. Bellucci, y lo sostenido por la Dra. Areán y quien habla en nuestro voto en el fallo plenario ?Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y

perjuicios?, en cuanto a que la salvedad prevista en la respuesta al cuarto interrogante del mentado acuerdo resulta aplicable si el monto de la sentencia se determina valores al tiempo de su dictado de manera tal que, en el período transcurrido desde la mora hasta ese momento, se produjese una superposición con el componente de la tasa que contempla la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, no cabe sino desestimar los agravios de la demandante relativos a la aplicación de la tasa activa. Sin perjuicio de ello, conforme el criterio sentado por esta sala (cf. C.N.Civ., L. 586.329, del 24/2/12; L. 590.084, del 19/3/12 y L. 615.372, del 27/5/13, entre muchos otros), propongo elevar la tasa de interés fijada para regir desde la mora hasta la fecha de la sentencia de grado al 8% y confirmar la activa establecida a partir de entonces. La decisión que postulo no se contrapone con la que surge de aplicar la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 768), que si bien no contempla en su letra la facultad judicial de fijar intereses, ha de ser integrada con los arts. 767, 771, 1740 y 1748 (cf. art. 2 del mismo cuerpo legal) y con el deber de los jueces de resolver -con razonable fundamento- los asuntos que les sean sometidos a su jurisdicción (art. 3 del nuevo código de fondo y art. 163, inc. 6, del Código Procesal), conforme con la idea de contar con mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso? (cf. Fundamentos del Anteproyecto) (cf. C.N.Civ., esta sala CIV/11380/2010/CA1 del 18/8/2015, CIV/64233/2008/CA1 del 21/9/15, Civ.88.413/2010 del 2/11/15 y Civ 28.522/2009/CA1 del 30/12/15).

VIII.- Conclusión En mérito de lo expuesto, después de haber examinado las argumentaciones y pruebas conducentes, propongo revocar el pronunciamiento apelado en cuanto establece una partida por tratamiento futuro, modificarlo para incrementar lo asignado a daño no patrimonial a un total de \$ 300.000, y para fijar los intereses conforme lo expresado en el apartado VII del presente; y confirmarlo en lo demás que decide y fue materia de agravios no atendidos, con costas de alzada a los demandados sustancialmente vencidos (art. 68 del Código Procesal). Los Señores Jueces de Cámara Doctores María Isabel Benavente y Carlos A. Bellucci votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Doctor Carlos A. Carranza Casares. Con lo que terminó el acto. Buenos Aires, 27 de febrero de 2019.-

Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, SE RESUELVE: I.- Revocar el pronunciamiento apelado para dejar sin efecto lo establecido por tratamiento futuro, modificarlo para incrementar lo asignado a daño no patrimonial a un total de \$ 300.000, y para fijar los intereses conforme lo expresado en el apartado VII del presente; y confirmarlo en lo demás que decide y fue materia de agravios no atendidos, con costas de alzada a los demandados. II.- Devueltas que sean las actuaciones se proveerá lo pertinente a fin de lograr el ingreso de la tasa judicial (arts. 13 y conc. de la ley 23.898). III.- Conforme lo establece el art. 279 del Código Procesal, corresponde adecuar los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia al nuevo monto del proceso. En consecuencia, en atención a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, resultado obtenido, etapas cumplidas y lo que disponen los arts. 6, 7, 9, 14, 19, 33, 37, 38 y conc. de la ley 21.839 y la ley 24.432 -aplicable al caso conforme lo decidido por esta sala en expte. CIV/111.462/2011 el 18/5/2018- se fijan los honorarios de la letrados, patrocinantes en la primer etapa y luego apoderados, de la parte actora, Dres. H. D. R. y P. H. G., en conjunto y por tres etapas, en la suma de pesos doscientos treinta mil (\$230.000); los letrados apoderados los de los letrados apoderados de Malvinas Argentinas, Dres. H. M. M., S. A. y N. L. G., en conjunto y por dos etapas, en la suma de pesos ciento diez mil (\$110.000); los de los letrados apoderados de I.N.S.S.J.P., Dres. S. V., R. A. N. y A. A. O., en conjunto y por tres etapas, en la suma de pesos ciento sesenta mil (\$160.000); los de los letrados patrocinantes del demandado F., Dres. J. M. B. M., M. E. M. S., en conjunto y por dos etapas, en la suma de pesos ochenta y cinco mil (\$85.000); y los de los letrados apoderados de Federación Patronal Seguros S. A., Dres. J. A. M. y S. A. D., en conjunto y por dos etapas, en la suma de pesos ciento diez mil (\$110.000). Por los trabajos de alzada se regulan los honorarios de la Dra. R. en la suma de pesos sesenta y nueve mil (\$69.000) -que equivalen a ... UMA-; los del Dr. O. en la suma de pesos catorce mil (\$14.000) -que equivalen a ... UMA, los del Dr. N. en la suma de pesos treinta y cuatro mil (\$34.000) -que equivalen a ... UMA y los del Dr. M. en la suma de pesos treinta y tres mil (\$33.000) -que equivalen a ... UMA- todo ello conforme arts. 14, 30, 51 y ctes. de la ley 27.423 en virtud de la fecha en que se realizaron las labores. En atención a la calidad, mérito y eficacia de la labor pericial desarrollada en autos; a lo normado por los arts. 10, 13 y conc. de la ley 24.432 y a la adecuada proporción que deben guardar los honorarios de los expertos con los de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros) se establecen los honorarios de los peritos médico C. E. N., psicóloga S. G. N. y contador J. C. B., en la suma de pesos cincuenta mil (\$50.000), para cada uno de ellos. Se establecen los honorarios del mediador Dr. S. J. de A. en la suma de pesos treinta y cinco mil quinientos noventa y uno (\$35.591) en virtud de lo dispuesto por los decretos 1467/11 y 2536/15. En cuanto a lo señalado a fs. 926 vta., respecto del tope del art. 505 del Código Civil (hoy art. 730 CCCN), es sabido que los autos regulatorios resuelven únicamente sobre el monto de los honorarios devengados por los trabajos realizados, pero nada fijan sobre el derecho a esos honorarios, ni nada anticipan sobre la procedencia y forma de su cobro por lo que el planteo resulta prematuro (C.N.Civ., esta Sala H.619.591, del 23/4/13 y expte. n° 86.283/06, del 23/12/13, entre otros). IV.-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 al domicilio electrónico denunciado, 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 la Nación y devuélvanse. Integra la Vocalía 20 la Sra. Juez de Cámara Dra. María Isabel Benavente (Resol. 707/17 del Tribunal de Superintendencia). CARLOS A. CARRANZA CASARES
MARIA ISABEL BENAVENTE CARLOS A. BELLUCCI 038675E