

Responsabilidad Objetiva Del Medico Responsabilidad Del Establecimiento Asistencial Quemadura Con Electrobisturí

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad objetiva del médico. Responsabilidad del

establecimiento asistencial. Quemadura con electrobisturí

Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda por los daños y perjuicios que sufrió el accionante durante una intervención quirúrgica a la que fue sometido, en cuyo transcurso, en ocasión de provocar una chispa proveniente del electrobisturí, se produjo un incendio en los campos quirúrgicos, lo que le causó al paciente dos quemaduras.

En la ciudad de Azul, a los veintiseis días del mes de Junio del año Dos Mil Dieciocho, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Jorge Mario Galdós, María Inés Longobardi y Víctor Mario Peralta Reyes, para dictar sentencia en los autos caratulados "González Abel Oscar c/ Núñez Isidoro y Ots. s/. Daños y Perjuicios" (causa n°62.701), habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, y 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: Dra. Longobardi, Dr. Peralta Reyes y Dr. Jorge Mario Galdós. Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES- 1ra. - ¿Corresponde decretar la deserción del recurso interpuesto a fs.588 por la parte actora y concedido libremente a fs.590? 2da. - ¿Es justa la sentencia apelada de 572/587 y su aclaratoria de fs.592/593vta.? 3ra. - ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? VOTACION A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Juez

Dra. Longobardi dijo: I). La sentencia de fs. 572/587 fue apelada a fs. 588 por la parte actora, siéndole concedido el recurso libremente a fs. 590. Llegados los autos a esta alzada y ordenado expresar agravios a fs. 616, la misma no lo hizo en el término de ley, según informa la Actuaría a fs. 633. De conformidad a lo dispuesto por el art. 261 del CPCC, corresponde dar por decaído tal derecho y decretar respecto de dicha parte, la deserción del recurso de apelación, lo que así deberá declararse. Así lo voto. A la misma cuestión, los Dres. Peralta Reyes y Galdós adhirieron al voto que antecede, votando en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Juez Dra. Longobardi dijo: I). La sentencia de primera instancia que ha llegado recurrida, hizo lugar a la demanda interpuesta por Abel Oscar González contra el Dr. Isidoro Rubén Núñez e Instituto Médico de Olavarría S.A., condenando a los demandados y a la citada en garantía Provincia Seguros S.A., a pagar la suma de \$ 117.500 con más los intereses a la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires a treinta días vigente en los distintos períodos de aplicación, e impuso las costas a los vencidos, difiriendo las regulaciones de honorarios hasta la aprobación de la liquidación respectiva. Ello, como resarcimiento por el daño patrimonial y extrapatrimonial sufrido por el accionante durante una intervención quirúrgica a la que fue sometido por el citado profesional médico y en dicho establecimiento asistencial, en cuyo transcurso, en ocasión de provocar una chispa proveniente del electrobisturí un incendio en los campos quirúrgicos, se produjeron al paciente dos quemaduras de tipo AB y A respectivamente; requiriendo un injerto de piel en una de las dos lesiones. Para así resolver, la sentencia, luego de encuadrar el caso en el ámbito de la responsabilidad civil contractual con factor de atribución objetivo, por violación del deber de seguridad como obligación de resultado, y definir la alegada eximente de caso fortuito art. 514 C.C.), como el hecho inevitable, sea porque no pudo preverse o porque, aunque previsto, no pudo ser evitado, con sus caracteres de: extraordinario, anormal y ajeno a presunto responsable (doct. SCBA Ac. 89671), se dispone al análisis de la prueba producida a fin de establecer la procedencia -o no- de la acción resarcitoria.

Analiza luego la doctrina en torno al deber de seguridad debido por el médico al paciente de una intervención quirúrgica, aún sin culpa, máxime cuando el daño es ocasionado por el empleo de cosas; que esta obligación de seguridad le cabe tanto a la clínica como al médico y cuya sola infracción a ese deber de seguridad hace presumir la responsabilidad y correlativamente libera al paciente de la carga de la prueba de la culpa o negligencia del médico; aunque el deudor sólo se libera si el caso fortuito es extraño a la actividad propia del contrato (Trigo Represas, cit.). De modo que el requisito de extraneidad no se cumple cuando el perjuicio tiene su génesis en el riesgo o vicio de la cosa, que es un hecho propio de la misma y por el cual se deba responder. Considera en consecuencia, que el demandado no ha podido probar el caso fortuito, pues no pudo probar cuál fue la causa ajena a su accionar que originó las quemaduras en el paciente, como, verbigracia, una falla del bisturí, una sobrecarga de tensión, o un corto circuito que provoca la chispa mencionada. Por ello, amerita la condena del profesional. En cuanto a la clínica, afirma que su defensa se centró en el caso fortuito, no alegando ni el hecho de la víctima ni de un tercero; comprendiéndole también el deber de seguridad como obligación "accesoria" y de resultado, la que tiene su base en la buena fe objetiva (arts. 1198 Cód., Civil y 42 C.N.A.). Por ello admite también la demanda respecto del centro asistencial y procede a determinar los rubros resarcibles y sus montos, de la forma que resulta de la parte dispositiva. Luego de dictada la sentencia, a fs. 594 el co-demandado Núñez solicitó se aclarara y ampliara la misma, haciendo extensiva la condena a la citada en garantía

Provincia Seguros S.A., lo que así fue resuelto a fs. 592/593vta. II). La sentencia fue apelada por la actora (fs. 588), por el co-demandado Isidoro Rubén Núñez (fs.606), por la citada en garantía ?Provincia Seguros S. A.? (fs. 607) y por el Instituto Médico de Olavarría S.A. (fs.591), siendo concedidos los recursos a fs. 590, 593vta. y 608. Llegados los autos a esta instancia, expresaron agravios los demandados a fs. 617/619 (Dr. Núñez), a fs. 620/630(Provincia Seguros S.A.) y fs.631 (Instituto Médico de Olavarría, adhiriendo al anterior); no haciéndolo la actora, como surge del tratamiento de la primera cuestión. Corrido traslado de los memoriales, tampoco fueron respondidos (fs.633).

1. a) El co-demandado Dr. Abel Oscar Núñez expresó agravios por intermedio de su apoderado, sosteniendo en primer término y en lo que hace a la responsabilidad en el hecho dañoso, que su obligación como médico es una obligación de medios y no de resultado como la calificara el sentenciante. Que éste reconoció que no pudo determinarse culpa del médico por imprudencia ni por negligencia, pero se le asignó responsabilidad al médico demandado por una ?obligación anexa de seguridad contractual, de resultado?. Que es generalmente aceptado en doctrina y jurisprudencia, que la obligación del médico es de medios y no de resultado, por lo que el actor debe probar la culpa del médico ya que el médico no puede garantizar el resultado, sino solo se compromete a obrar con idoneidad y prudencia adecuadas a las circunstancias del caso y naturaleza de la enfermedad. Agrega que no puede exigirse al médico que pruebe una falla en el electrobisturí ni una sobrecarga de tensión eléctrica o cortocircuito, porque el bisturí utilizado pertenecía al Instituto Médico de Olavarría S.A., lo que quedó probado ,como también que éste lo mantenía en buen estado y era atendido por un técnico.

b) En segundo lugar, se agravio de los montos y porcentuales fijados en concepto de indemnización, los que consideró excesivos y pidió su reducción. Afirmó - en relación con el tiempo que el paciente estuvo en recuperación -que la incapacidad temporal por el injerto de piel fue menor que la sufrida por el paciente como consecuencia de la intervención abdominal a que debió ser sometido, al descubrirse, en el transcurso de la apendisectomía de urgencia, un tumor intestinal que debió ser extirpado y que, luego de efectuado el estudio del mismo fue identificado como un linfagioma cavernoso intestinal y mesentérico que, de no haberse extraído, hubiera comprometido la vida del paciente. Cuestionó en consecuencia el monto fijado de \$ 47.500; sostuvo que se le realizó un injerto de piel y conforme a la pericia médica, ninguna de las quemaduras tuvo ninguna secuela de tipo funcional. Que el juez a quo erróneamente aplicó el art. 1746 del C.C.C.N. pese a la irretroactividad de la ley. Además se queja del porcentual del 5% de incapacidad asignado, cuando en una ampliación el perito médico lo establece -por otro baremo que no invalida el primero- en el 3%, lo que no fue tenido en cuenta. Considera asimismo excesivo el monto de daño moral en \$ 50.000, solicitando su reducción, y el monto del daño psicológico, ya que según el perito psiquiatra el costo del tratamiento psicológico durante un año a un costo de \$ 40 por sesión, arroja una suma de \$ 2.080 y se ha fijado este rubro en \$ 20.000.

c) Finalmente se agravia de que se haya determinado que las sumas indemnizatorias sean abonadas por partes iguales por el médico y por el Instituto Médico de Olavarría, pues el bisturí era de propiedad de éste último; solicitando, para el caso de condena, que el porcentaje que se le adjudique al establecimiento sea más elevado que el que se le fije a él.

Mantuvo reserva del caso federal por eventual lesión a principios y derechos constitucionales.

2. a) La citada en garantía ?Provincia Seguros S.A., a su turno y como cuestión preliminar, ratificó lo ya expuesto al presentarse a contestar la citación en garantía acerca de que una eventual condena debía ser por la suma máxima asegurada conforme a la póliza de responsabilidad civil N° 1214 invocada en autos, que asciende a la suma de \$ 200.000 y que -afirma- está incontrovertida y fue receptado por la sentencia aclaratoria del 13/9/2017, punto 1), último párrafo. Luego formuló los siguientes agravios:

1- Ausencia de nexo causal adecuado. Afirmo que el evento dañoso ocurrido durante la intervención quirúrgica de apendisectomía se produjo por una ?falla? en el electrobisturí, que por una chispa provocó el incendio de los campos quirúrgicos (telas esterilizadas que se colocan sobre la zona de la intervención). Que el juez de primera instancia descartó que se produjo por caso fortuito y reconoció que no se pudo probar la culpa del médico por imprudencia o negligencia pero sin embargo estableció ?que sobre éste pesaba una obligación anexa de seguridad contractual, de resultado?. Afirmo que no se necesita prueba pericial para determinar la ajenidad del obrar del médico y del Instituto Médico, en torno a la falla producida por el electrobisturí y que es público y notorio que se produjo en éste una falla inevitable e imprevisible, que se trató de un hecho fortuito (por el que los demandados no deben responder).

2- En cuanto al resarcimiento de condena, cuestiona el grado de incapacidad asignado del 5% según la pericia médica (fs. 543 ítem cirugía plástica) conforme al ?Baremo general del fuero civil? de Altube-Rinaldi, pero dice que se omitió valorar el dictamen ampliatorio del perito médico que a fs. 551/554 al evacuar las observaciones formuladas por esta parte, estableció un porcentaje del 3%, en base a otro baremo que aclara no invalida el anterior, dejando a criterio del juez la determinación final. Afirmo que este tema no fue considerado por el sentenciante, omitiendo una cuestión esencial a la litis como el porcentaje de incapacidad laborativa.

También cuestiona los montos de condena fijados, tanto por incapacidad patrimonial como por daño moral y daño psicológico, los cuales considera elevados. Afirmo que las sentencias no pueden apartarse de la realidad económica circundante, que debe establecerse cuál es el sistema de valuación del crédito que se reconoce; que la indemnización cumple una función de equilibrio patrimonial, de modo de no provocar un enriquecimiento sin causa para el damnificado, quien debe ser restablecido en las mismas condiciones que antes del

evento dañoso. Respecto a los intereses que han sido establecidos conforme la tasa BIP que paga el Banco de la provincia de Buenos Aires en colocaciones a treinta días vigente en los distintos períodos, entiende que producen un resarcimiento confiscatorio porque se aplican sobre el monto de condena fijado con criterio de actualidad. Hace referencias al fallo ?Cabrera ? de nuestro superior Tribunal, sosteniendo que éste estableció la facultad de los jueces de aplicar la tasa de intereses pero que no determinó sobre cuál capital, porque allí este tema no estuvo planteado; cita fragmentos de los votos de los Sres. Ministros en el posterior fallo ?Sabalete?, (C. 102.963), en materia de expropiación, en el cual se resolvió aplicar los intereses sobre el capital fijado al momento de la desposesión; afirmando que aplicar la tasa pasiva más alta, desde la fecha del hecho pero a valores actuales, implica una doble imposición inadmisibles. Afirma también que en materia de cuantificación de daños al aplicarse el art. 1746 del C.C.C.N., es ineludible identificar la fórmula y las variables empleadas. Cuestiona asimismo el daño moral, por elevado, y la admisión del daño psicológico como un tercer género que no corresponde indemnizar. Que se asignó la suma de \$ 20.000 con la sola invocación de una neurosis postraumática, confundiendo este rubro con el daño moral y que no corresponde indemnizar el daño psicológico si las secuelas no son irreversibles, no pudiendo superar el monto del resarcimiento el necesario para el tratamiento psicológico. Finalmente efectúa una petición en el sentido de que, de hacerse lugar a la demanda, el monto a abonarse de tasa de justicia sea el monto de la sentencia o transacción y se imponga al actor la diferencia entre éste y el mayor monto de la ?demasía? peticionada en la demanda; asimismo, pide se apliquen las leyes 24.283, conforme a la cual la liquidación que se practique no podrá exceder del valor real y actual de la prestación reclamada, al momento del pago; y la ley 24.432, art. 1º, que establece un tope del 25% del que no podrán exceder todos los honorarios que se regulen, a cargo de la parte vencida en costas. También formula reserva del ?caso federal?.

c) El apelante ?Instituto Médico de Olavarría S.A.?, a través del mismo apoderado, adhirió a los términos de la expresión de agravios precedente. Encontrándose firme el llamado de autos para sentencia (fs. 634) y cumplidos los restantes pasos procesales de rigor, se encuentran los presentes en condiciones de su estudio para el dictado de la correspondiente sentencia.

III). Como cuestión previa de derecho transitorio y atento el planteo efectuado por el co-demandado Núñez, según el cual la aplicación retroactiva (e improcedente) del art. 1746 C.C.C.N. a la cuantificación del daño, habría conducido a un monto más elevado, cabe recordar, como reiteradamente ha sostenido este tribunal desde el 1º de agosto de 2015, que de conformidad al art. 7º del nuevo cuerpo normativo, corresponde su aplicación a las consecuencias no agotadas de situaciones jurídicas existentes, aunque se trate de relaciones jurídicas constituidas con anterioridad (esta Sala, Causa N° 56571, del 8/9/15 ?D. B., A. c/ A., L. C. y Otros s/ Daños y Perjuicios?; causa n° 59625, ?Braszk, Carlos Jorge y otros....?, del 20/10/15; Moisset de Espanés, Luis, ?El daño moral (arts. 522 y 1078)' y ?La irretroactividad de la ley (art. 3)', cit., J.A., T. 13, Serie Contemporánea, 1972-355). Esta opinión es compartida por Kemelmajer de Carlucci quién afirma que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico (...) lo que no impide que queden alcanzados por la nueva ley las consecuencias o efectos no concluidos, no operados o no consumidos, aunque se trate de relaciones jurídicas constituidas con anterioridad (Kemelmajer de Carlucci, Aída, ?La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes' cit., pág. 100). En consecuencia, si bien los presupuestos de la responsabilidad (antijuridicidad, causalidad, daño y factor de atribución) son hechos constitutivos que se rigen por la ley vigente al momento del hecho, la cuantificación del daño deberá regirse por la ley vigente al momento de su determinación (art. 7 CCCN); (esta Sala Causa N° 56441, del 8/9/15 ?D. B., A c/ A., L. C. y Otros s/ Derechos personalísimos-Sumario'; en igual sentido, causa n° 60094, "Brut, Damián Mario...?", del 15/12/15; n° 61309, ?González, Carlos Adrián...?, del 14/02/17, ?Curutchet., Dora..?, causa n°56.557 sent. del 8/5/2018, entre otras; Galdós, Jorge Mario, La responsabilidad civil y el derecho transitorio, La Ley 16/11/2015, 3).

IV). Anticipo que -en tanto resulten coincidentes las cuestiones planteadas- abordaré los agravios de ambos apelantes en forma conjunta (apartados 1, 2, 3, 5, 6 y 7) y luego los restantes para su tratamiento individual (apartados 4, 8 y 9).

1). La responsabilidad en el hecho. Eximente de caso fortuito. Sostienen los recurrentes su ausencia de responsabilidad en el hecho, que atribuyen no a un incumplimiento contractual de la obligación de seguridad, de resultado, que pesaba sobre ambos (médico e institución), sino a un hecho fortuito o caso fortuito, por el que no deben responder. Afirma el Dr. Núñez que su obligación como médico es una obligación de medios y no de resultado, por lo que no puede endilgársele tal incumplimiento como obligación de resultado, como lo hizo el sentenciante. La obligación del médico en cuanto a su actuación profesional propiamente dicha, estaba regulada en el Código Civil por los arts. 902, 909, 1198 y concs. La responsabilidad civil de los profesionales médicos, era, como regla general -y lo sigue siendo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1768- de índole subjetiva, es decir, que el médico -cuya prestación médica es una obligación de medios, salvo excepciones-, responde de los daños causados por su accionar culposo, más no cuando, aún respetando todas las reglas del arte de curar y procedimientos conocidos para el tratamiento de la enfermedad en el caso concreto, no obtenga los resultados esperables. Esto es lo típico de la obligación de medios: el deudor de la prestación compromete poner todos los medios a su alcance para el cumplimiento, pero no responde si ello no resulta suficiente por factores ajenos a su accionar profesional (vgr., la labilidad del

enfermo, su condición física preexistente, la diversidad de patologías concurrentes, la falta de respuesta al tratamiento o a la medicación, etc.); ya que la biología, y por ende el arte de curar, no es una ciencia exacta y es esto por lo cual la obligación del profesional médico, de procurar por todos los medios a su alcance la mejoría o curación del paciente, es considerada una obligación de medios, salvo casos precisos y puntuales. Las únicas excepciones son: el supuesto en que el médico comprometa un resultado (ejemplo: en las cirugías estéticas o reparadoras), y el caso en que en su accionar utilice cosas de las que pueda resultar un ?riesgo o vicio ? conforme la antigua terminología del art. 1113 Cód. Civil; (esta Sala, ?S.,M.J. c/ F.J.,L.F. y otros s/ Daños y perjuicios?, C.60.896, sent. 14/6/16). En el caso de cosas riesgosas, se discutía si la responsabilidad era de índole subjetiva u objetiva; pero en el supuesto de daños causados por vicio de las cosas utilizadas (como en el sub caso, un bisturí electrónico), la responsabilidad médica era siempre objetiva. El nuevo C.C.C.N., que puede utilizarse como pauta interpretativa, en su art. 1768 viene a clarificar estas cuestiones al ocuparse de las ?profesiones liberales?, estableciendo expresamente que: a) la obligación es de hacer; b) la atribución es subjetiva; c) que es objetiva cuando se promete un resultado; d) que el uso o empleo de cosas no la vuelve objetiva; e) la excepción es la ?cosa viciosa? (Mosset Iturraspe - Piedecabras, Responsabilidad por Daños, CCCN ley 26.994, T. VIII, Responsabilidad de los profesionales, pg. 389). En cuanto a la responsabilidad objetiva, está regulada en los artículos 1723, según el cual en estos casos la culpa es irrelevante y el responsable se libera probando la causa ajena, y el 1724, que se refiere al caso en que el deudor ha comprometido un resultado. A modo de síntesis, y en materia de responsabilidad de los profesionales médicos, se ha dicho que ?está claro que la regla es el fundamento subjetivo de la responsabilidad del médico, salvo que hubiere comprometido un resultado concreto, en cuyo caso será objetiva (arts. 774 incs. b y c, 1252 (se refiere al 1722), 1723 CCCN); si la prestación médica se presta con cosas, la responsabilidad igualmente será subjetiva y no serán de aplicación las normas relativas a la responsabilidad objetiva por riesgo o vicio de las cosas o por actividades riesgosas o peligrosas, salvo que el daño provenga del vicio de la cosa (por ejemplo, el defecto del bisturí)? (Lorenzetti Ricardo Luis, Responsabilidad Civil de los Médicos, Código Civil y Comercial de la Nación,? Rubinzal Culzoni, 2da. Ed. ampliada y actualizada con la colaboración de Jorge M. Galdós, T.II, pg. 175) (el destacado me pertenece). Recordemos también que cuando la responsabilidad se deriva de la intervención de cosas riesgosas y peligrosas y actividades riesgosas, se dice que el daño es causado ?por? su intervención activa. Estamos ante un daño causado por una cosa que, en un momento determinado, sea por su propia naturaleza, dinamismo o por la acción de fuerzas externas, escapa al control material del guardián y ?deja de comportarse como un instrumento pasivo y obediente en sus manos? (Trigo Represas, en Cazeaux- Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, 4ª. ed., T. V, n.2717, pag. 219, citado en Pizarro, Tratado de la responsabilidad objetiva, T.I, pg. 429 yss.; Pizarro-Vallespinos, Trat. de Responsabilidad Civil, T.II, pg. 9). En relación a las cosas calificadas como riesgosas en la actividad médica, continúa diciendo Lorenzetti, no hay una regla general de imputación objetiva derivada de su uso, para que exista ?hecho de la cosa? éste debe exorbitar el obrar médico, actuar por sí misma, independientemente de la conducta. Y ejemplifica con un caso idéntico al que nos ocupa: ?si un cirujano usa un bisturí y con ello lesiona un campo operatorio anexo, hay un hecho humano con la cosa; si, en cambio, el cirujano utiliza bien el bisturí pero éste produce una descarga y quemaduras, hay un hecho de la cosa?. En virtud de ser necesaria una calificación caso por caso, agrega, la jurisprudencia ha ido definiendo distintos supuestos en los que hay hecho de la cosa. Bustamante Alsina ha dicho, recuerda, que la tesis del riesgo se aplica sólo cuando el daño es causado por el hecho de la cosa pero no cuando hay un hecho propio del médico, consistente en la intervención quirúrgica, puesto que es muy importante que se considere que las cosas que utiliza el profesional siempre están bajo su dominio (Lorenzetti, Responsabilidad de los profesionales médicos, ob. cit., T.II pg. 170). Al referirse a actividades riesgosas en la medicina, debe precisarse, como ya se dijo, que si lo que se juzga es la actividad del médico, la imputación es genéricamente subjetiva y puede ser objetiva en determinados casos. Si se juzga la responsabilidad de la empresa médica, la tendencia hacia la objetivación es creciente. Sin perjuicio de ello, hay supuestos especiales en los que el artículo 1113 del Cod. Civil de Vélez Sársfield se ha aplicado al contrato médico y con la idea de aprehender la actividad riesgosa (que es una situación distinta a la del hecho de la cosa o hecho causado por vicio de la cosa, como es el que analizamos). En cuanto al fundamento en el ámbito contractual y extracontractual (ahora unificado en el código actual), con anterioridad la doctrina era coincidente en afirmar que en el ámbito contractual no se aplicaba el artículo 1113 del Código Civil de Vélez Sársfield y que ?le cabe al médico una obligación de seguridad-resultado, por las cosas que emplea en el desempeño de su profesión, cual es de asegurar el efecto preciso de que esas cosas de las que se sirve , no se derivarán en perjuicios al paciente? (Trigo Represas, Félix A., Reparación de daños por mala praxis médica, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 75, citado en Lorenzetti, Responsabilidad..., ob. cit., 2da. Ed., TII, pgs. 173, nota 41). 2) En cuanto a la obligación de seguridad y en su aplicación a la responsabilidad médica, dice Lorenzetti, que hay obligación de seguridad con imputación objetiva cuando hay cosas que causan el daño. En cambio, el débito así configurado queda absorbido por el deber de cuidado nuclear (propio de la prestación principal comprometida) cuando, a pesar de la utilización de cosas, la actividad humana es prevalente. Establecido claramente el fundamento de la adopción del débito contractual de seguridad y el ámbito de su aplicación cuando el deudor se vale

de cosas y éstas exorbitan su obrar, queda más claro cuándo hay imputación objetiva o subjetiva derivada del obrar del deudor. En la doctrina y jurisprudencia, continúa diciendo Lorenzetti, motivó discrepancias acerca de si es una obligación de medios o de resultado y más concretamente, si la imputación es objetiva o subjetiva. Para él, acorde lo dicho anteriormente, se invierte el análisis. De modo que no se trata de investigar cuándo hay obligación de seguridad y si ésta da origen a una imputación objetiva o subjetiva. Lo que hay que determinar, de manera más simple, es si hay acción de cosas riesgosas o bien si hay una conducta del deudor. Cuando el evento dañoso es producido por acción de cosas riesgosas hay imputación objetiva; en el ámbito contractual fundada en el deber de seguridad y en el campo aquiliano con base en el art. 1113 del Cód. Civil (arts. 1757 y 1758 del CCCN). Si el daño es causado por una conducta del deudor, en el que la cosa juega un papel instrumental, hay imputación subjetiva. En este último supuesto, agrega, en el derecho argentino sigue subsistiendo una cuestión relevante, puesto que cuando hay responsabilidad por el daño causado con cosas en el ámbito aquiliano, la culpa se presume debiendo aportar el deudor la prueba liberatoria (art. 1113, Cód. Civ.; arts. 1757, 1758, CCCN), mientras que en el contractual la cuestión (aún) se discute (Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad civil de los médicos, 2da. ed.cit., T.II, pgs. 155/157). En un supuesto que guarda gran similitud con el de autos, la Suprema Corte provincial explicó claramente esta distinción entre la obligación propia del obrar médico, como de medios, y la obligación de seguridad anexa de resultado. Se trataba de un caso en que la actora promovió acción de daños y perjuicios también por lesiones producidas con un bisturí eléctrico durante la intervención. Se denunció en el caso, la violación de la doctrina legal de la Corte según la cual? si no media culpa en el médico interviniente no cabe responsabilizar al establecimiento asistencial con base en su obligación de seguridad, porque la existencia de aquélla (la culpa del médico) es la demostración de la violación de ese deber de seguridad. Pero, aclaró la Corte, ¿ello siempre y cuando el reproche fuera fundado en alegados incumplimientos de actos médicos? porque la existencia de aquélla (la culpa del médico) sería la demostración de la violación del deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencial y cuya omisión generaba la responsabilidad directa de la entidad contratante?. Agregó que la obligación tácita de seguridad de naturaleza objetiva del sanatorio, ¿puede referirse a obligaciones de medios o de resultado, según se trate de la responsabilidad de la clínica por los actos puramente médicos realizados por su personal profesional, en el primer caso, o si el perjuicio emana de actos extraños al quehacer puramente médico o bien han sido ocasionados por las cosas utilizadas rebasando el acto puramente médico (conf. doct. C. 77.588, sent. del 19_II_2002; C. 100.800, sent. del 15-IV-2009?; C. 101.294, sent. del 15_IV-2009); en el caso, agrega, se plantea el daño por la utilización de un electrobisturí, llegando firme a esa instancia extraordinaria el irreprochable accionar del médico tratante. Va de suyo .entonces, que nos hallamos ante el segundo supuesto determinado, esto es, la responsabilidad sanatorial por el despliegue de toda una actividad extraña al quehacer puramente médico. Donde la responsabilidad imputada a la clínica se funda en la irregular prestación del servicio comprometido, a través de sus cosas; y no en los actos puramente medicales....? (SCJBA, 27/6/2012, Mollecker de Balsamello, Rosa Elvira c/Asociación Hospital Italiano Regional del Sur y otro. Daños y perjuicios. El Dial.com-W1BCB9, Microjuris: MJJ81348; Lorenzetti Ricardo Luis, ob. cit., T.II, pg.64/65). En dicho supuesto el obrar médico no había sido cuestionado- lo que marca la diferencia con el presente caso- por lo que ?se trata de la responsabilidad sanatorial por el despliegue de toda una actividad extraña al quehacer puramente médico, por la irregular prestación del servicio comprometido, a través de sus cosas? (C. Molleker...?, cit.). 3) Dado que en el caso de autos, no se ha cuestionado el accionar puramente médico (responsabilidad subjetiva) en el cumplimiento de su obligación principal en la intervención quirúrgica a que fue sometido González, estamos en el ámbito de la imputación objetiva por el vicio de la cosa (bisturí) utilizada en el acto médico. En este sentido, en la evolución de la doctrina en materia de responsabilidad, aún vigente el Código Civil, y en parte debido a la división que éste mantenía entre la responsabilidad contractual y la extracontractual (reglada desde la reforma de la ley 17.711 por el art. 1113), se saltó la valla del art. 1107, aplicándose también aquella norma a contratos diversos, entre otros, al de servicios médicos. En el ámbito contractual se hizo necesario encontrar un fundamento para explicar la responsabilidad de quien actúa con cosas, ya que no era posible aplicar el art. 1113 C.C. El deber de seguridad, consistente en la obligación de evitar que ocurran daños al paciente, explica y da fundamento a la responsabilidad contractual por el hecho de las cosas o los dependientes. Así, podrá existir imputación objetiva si intervienen cosas, o subjetiva si es omisión de las diligencias exigibles (Lorenzetti, ob. cit., pgs.155/157). En la demanda no se reclamó al médico por su obligación principal comprometida, pero se dijo que el médico ¿debió observar toda regla de cuidado?; en cuanto al Instituto Médico, se reclamó por responsabilidad objetiva, con fundamento en el deber de seguridad, ya que el actor afirmó que era ¿concurrentemente solidario en su responsabilidad, pues debió proveer de la seguridad necesaria en el quirófano? (fs. 18). O sea que se cuestiona la falta de adopción por parte del médico, del deber de cuidado y vigilancia; en cuanto al reproche al Instituto asistencial, concretamente se aduce falta de las medidas apropiadas en la seguridad del quirófano. El codemandado Núñez a su turno y para eximirse de toda responsabilidad, direcciona la responsabilidad del Instituto Medico a una imputación objetiva, en tanto manifiesta -y lo admite el Instituto- que éste resulta ser el propietario del bisturí eléctrico al que se

adjudica una falla que provocó las quemaduras al paciente. Para eximirse totalmente, el médico debería haber probado su ausencia de culpa (se presume la misma, dado el resultado dañoso); verbigracia, que antes de comenzar la operación controló adecuadamente y en forma personal (no relegándolo a la enfermera del quirófano, como se dice en los testimonios) el funcionamiento correcto del bisturí, la colocación de los electrodos y los cables que unen a estos con el aparato; también, haberse cerciorado que el aparato tenía sus revisiones técnicas al día y/o que efectivamente se le realizaban las revisiones periódicas necesarias (no una sola vez al año). La clínica demandada debería haber probado que el incidente con el bisturí fue un verdadero ?caso fortuito?, es decir, una falla imprevisible e inevitable y ajena a su accionar. Se advierte sin embargo, un importante déficit probatorio de los demandados, pues el establecimiento no ha logrado probar adecuadamente, a mi criterio, que el incendio de los campos quirúrgicos -atribuido por ellos a una chispa que por una falla habría partido del electrobisturí- fue una situación absolutamente imprevisible e inevitable y ajena, que son los rasgos característicos del caso fortuito (arts.375 y 384 CPCC; 509, 512, 514, 902, 906, 1109 Cód. Civil). El caso fortuito excluye la relación de causalidad. La denominó Mosset Iturraspe ?la gran eximente?. Para Orgaz, no obstante, el caso fortuito (o la fuerza mayor), no es una causal de inculpabilidad, sino de falta de relación causal entre el acto del agente y el daño. El caso fortuito es, por definición, el suceso extraño al presunto responsable, que no pudo preverlo ni evitarlo. Tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son acontecimientos que interrumpen y desvían la cadena causal, de tal manera que el resultado dañoso no puede ser imputado al deudor. En el sistema del código de Vélez Sársfield, la doctrina los diferenciaba con base en algunos de estos criterios: el caso fortuito se refería a hechos de la naturaleza y la fuerza mayor a hechos del hombre; para otros el caso fortuito se refiere a los hechos imprevisibles y la fuerza mayor a los hechos inevitables (que no es posible resistir); también se ha considerado al caso fortuito como lo que siempre proviene del azar, la suerte o la casualidad; en tanto la fuerza mayor presupone una potencialidad extraña que impide una actuación voluntaria. En el nuevo Código Civil y Comercial, el art. 1730 los asimila en sus efectos, aclara que emplea ambos términos como sinónimos y los define -a ambos- como el hecho que no ha podido ser previsto, o que, previsto, no ha podido evitarse. El caso fortuito aquí alegado debería revestir los siguientes requisitos: a) inevitable (acontecimiento que el hombre no puede resistir); pero la imposibilidad debe darse con criterio generalizador; debe ser una imposibilidad absoluta y no una mera imposibilidad o mayor onerosidad; b) imprevisible (es el hecho que no ha podido preverse ; lo previsible es lo que se puede ver con antelación; debe tratarse de un hecho que un hombre de mediana prudencia no tenga por qué suponer que ocurrirá); c) actual; d) inimputable (que no se pueda atribuir el hecho al deudor) y e) extraordinario (el hecho excede el orden natural); (Negri, Nicolás Jorge, Responsabilidad Civil Contractual, parte General, T.I, pgs.467/469). Lógicamente al hablar de hombre de mediana prudencia debemos medir esta con el criterio del art. 902 del Cód. Civil, dado la índole profesional del prestador y de la empresa médica. Como los demandados se han limitado a invocar, en el caso del médico la responsabilidad exclusiva y excluyente del Instituto Médico por ser propietario del bisturí y éste el caso fortuito, pero no se ha probado concretamente cuál fue la causa de las quemaduras del paciente, ni cómo se produjeron, se ha incumplido la carga probatoria del art. 375 CPCC; siendo los demandados los únicos que estaban en condiciones de probar lo realmente sucedido, pues el paciente en el quirófano estaba anestesiado y ellos tenían bajo su custodia el bisturí electrónico empleado. Ninguna prueba concreta se ha ofrecido ni producido en autos que permita adjudicar el resultado dañoso a un caso fortuito, fundamentalmente una pericia técnica del aparato tal como estaba luego del hecho; el resultado atribuido al mismo no encuadra en los requisitos -principalmente de imprevisible, inevitable, inevitable y ajeno al orden natural (extraordinario)- que definen al caso fortuito. El vicio o ?falla? aducido en el bisturí, es algo previsible, no sólo por la índole riesgosa de cualquier instrumental eléctrico que se utilice en el cuerpo humano, sino porque existen diversos precedentes jurisprudenciales -algunos aquí citados- de casos análogos; pero también previsible mediante revisiones técnicas suficientemente periódicas y exhaustivas para garantizar el correcto estado de todas sus partes, el correcto funcionamiento y, en definitiva, la indemnidad de los pacientes. Tampoco lo ocurrido con el bisturí fue un suceso ?ajeno? a las partes, que interfiriera con la cadena causal. Descartado entonces que se trate de un hecho fortuito, no cabe sino concluir que el incendio se produjo por el vicio (una ?falla?, en la terminología utilizada por los demandados) del bisturí o de su funcionamiento, entendiéndose por tal a cualquier comportamiento del elemento que no lo haga apto para la finalidad a la cual está destinado. Es poco entendible que si el bisturí estaba ?perfecto? (como dijo el testigo Ing. Bocchio) luego del incidente, éste haya sido consecuencia de una falla ?impredecible e inevitable? y -agrego- también indetectable. Si la falla ocurrió, es porque la cosa contenía un vicio o al ser utilizada se produjo un vicio en la misma (vgr. un cortocircuito en los cables tal vez desgastados), siendo muy poco creíble que este funcionamiento deficiente no haya podido ser detectado ni previo ni posteriormente por el profesional a cargo de su mantenimiento en el establecimiento asistencial. En este sentido, la narración de los hechos de los demandados y la declaración testimonial del Ing. Bocchio son al menos poco creíbles, y seguramente incompletas. De lo ocurrido en el quirófano sólo tenemos lo dicho en la prueba confesional del codemandado Dr. Núñez (fs. 141), los testimonios de la instrumentadora Nora Estela Soto (fs.233 y vta.), la enfermera Alicia Lucrecia Ponce (fs. 234 y vta.), el médico Oscar Alberto Briscioli como ayudante de

cirugía (fs. 235/236vta.), el médico anestesista Dr. José María Larrechea (fs.238/239), y luego el testimonio del Ing. Ángel Edgardo Bocchio, a cargo del mantenimiento del bisturí electrónico. Ninguno de estos testigos ni tampoco el propio cirujano Dr. Núñez puede explicar cómo se inició el incendio, ni dice haber visto una chispa como la que describe el Ing. Bocchio que habría originado el incendio del campo quirúrgico. El propio demandado Núñez, que está operando en el lateral derecho del paciente, con el electrobisturí en su mano y bajo su vista, dice que advierte el incendio por un calor que siente en las manos bajo el campo quirúrgico, pero no menciona haber visto una chispa ni dice cómo empezó el fuego. Nadie lo vio. La declaración del ingeniero Bocchio (fs.237 y vta.), que es el responsable del mantenimiento del bisturí, debe ser analizada con cierta prevención, ya que en alguna medida le corresponden las generales de la ley (aunque haya dicho que no le comprenden), no sólo por su relación profesional con el Instituto Médico (empresa que es cliente suyo y a la que le facturaría sus servicios), sino también por su propia eventual responsabilidad profesional en el mantenimiento de dicho bisturí. Sin embargo, su declaración no arroja mucha claridad sobre los interrogantes planteados. Dice que el bisturí es electrónico, que es "capaz de generar una corriente de radiofrecuencia que significa que produce una onda punzante de una determinada forma y con una frecuencia suficientemente alta como para provocar un arco eléctrico que es capaz de producir cortes y cauterización en los tejidos, con la virtud de cerrar los vasos sanguíneos para impedir un derramamiento mayor de sangre?, y es "tan seguro como lo diseñó su fabricante?, que "no es infalible pero sí seguro, que tiene diversas alarmas para diversas fallas "(que no describe ni le fueron preguntadas), y dice que examinó el aparato después del hecho dañoso y estaba "todo correcto, perfecto?. Agrega como explicación de lo sucedido que ha saltado una chispa hacia las telas, que "estarían secas y en condiciones de encenderse?, agregando al final que "es algo imprevisible?. No dice lo más importante, es decir, cómo pudo ocurrir que si todo estaba perfecto, saltó una chispa. Si nos basamos en la existencia de un arco eléctrico, (no material incandescente, como sería el caso de un encendedor o un "Magiclik?), éste no debería "saltar? hacia un lugar lejano sin razón aparente, pues entonces el bisturí eléctrico pasaría a ser un elemento altamente riesgoso. No se produjo la "chispa? en la punta del bisturí, porque según la descripción del Ing. Bocchio este funciona produciendo un arco eléctrico, no una "chispa? y en el momento del incidente el bisturí (o su punta) está en el campo quirúrgico del costado derecho del paciente (apéndice) y el incendio se produce sobre el lado izquierdo (flanco lumbar izquierdo) que es donde ocurren las lesiones. Resulta casi inexplicable en este punto el relato que efectúa el letrado del demandado, al afirmar que al efectuar la hemostasia del tenido celular subcutáneo se produjo accidentalmente una chispa proveniente del electrobisturí que encendió los campos quirúrgicos de tela, produciéndole una lesión sobre el flanco izquierdo del paciente; si la chispa hubiese saltado de la punta del bisturí el Dr. Núñez la tendría que haber visto, ya que cuando hablamos de "chispa? estamos hablando de algo visible, como la que se produce - como dije a título de ejemplo- con un encendedor. En cambio, el cirujano, contradiciendo la propia descripción de su letrado al contestar la demanda y la explicación del ingeniero Bocchio, dice que "sintió un calor en las manos ?. Es decir que el campo quirúrgico se incendió sin que él lo advirtiera y se producen las quemaduras en el flanco opuesto del cuerpo del paciente al que él operaba (derecho). El ingeniero Bocchio no da ninguna explicación técnica de lo ocurrido, ni tampoco explica cómo ni por qué se pudo producir esa chispa y quemaduras de la intensidad de las sufridas, a punto tal de requerir un injerto. Considero, en resumen, que la declaración del testigo ingeniero Bocchio resulta poco satisfactoria e insuficiente para explicar no sólo la mecánica real del hecho, sino el acaecimiento de un hecho imprevisible. No sabemos realmente qué ocurrió ni ha sido probado el "cómo? ocurrió, y por ende, no ha sido probada la ruptura del nexo causal por un hecho imprevisible e inevitable (arts. 384 y 456 CPCC).

4) En cuanto al agravio particular del médico Dr. Núñez sobre la menor participación en la responsabilidad en el hecho que le correspondería, por no ser el dueño del bisturí electrónico, considero que le asiste razón. Si bien no puede dejarse de lado -como ya se explicó- la responsabilidad objetiva del médico por el vicio de la cosa y por omisión (culpa) de medidas de cuidado para su utilización, no caben dudas de la responsabilidad principal del establecimiento asistencial propietario del elemento, a quien correspondía la revisión periódica y el mantenimiento del mismo con la frecuencia necesaria para dotar de absoluta seguridad a los pacientes. El Instituto al contestar la demanda manifestó que se le hacían revisiones cada vez que era necesario, y revisiones periódicas cada tres meses; esto sin embargo fue desmentido por el propio testigo Ing. Bocchio, quien declaró hacer la revisión dos veces al año. En la sentencia de primera instancia no se asignó porcentaje de responsabilidad a cada uno de los demandados. Cabe recordar que en razón del principio de causalidad paritaria (CSJN causas B. 464. XXI, Buenos Aires, Provincia de...?, del 21/12/1989, T. 312, P. 2481; P. 150. XXII.; "Paloika, David Daniel...?", del 17/11/1994, T. 317, P. 1615; F 115 XXIX, "Fabro, Víctor y otra...?", del 09/11/2000, T. 323, P. 3564), la ausencia de fijación de un porcentaje diferenciado de responsabilidad, importa la atribución de uno idéntico a cada uno de los obligados (arts. 689 inc. 3, 716 y 717 Cód. Civ.; ver Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, 1ª Ed., 1ª reimpr., Bs. As. Hammurabi, 2004, T. 1, págs. 598 y ss. y págs. 613 y ss.). En virtud de la mayor responsabilidad que he atribuido al establecimiento, quien no sólo debe responder en su carácter de dueño de la cosa viciosa, que se sirve y lucra con ella, sino por faltar al deber de seguridad propio del servicio de cirugía comprometido (buen funcionamiento

del bisturí), considero procedente hacer lugar a este agravio del médico Dr. Isidoro Roberto Núñez, asignando- al solo efecto de la acción de reintegro entre las partes (arts. 1109 y 1110 Cód. Civil) a éste un 30% de responsabilidad en el hecho dañoso y un 70 % de responsabilidad al Instituto Médico Olavarría S.A., en carácter de responsabilidad directa y concurrente (ver fallos Cám. Nac. Civ. sala E, 19-3-2013, ?Ottone Alicia Rosa c/ Federación de Círculos Católicos de Obreros y otros s/ Daños y Perjuicios?, D.J., N° 23-XXXI, del 5-6-2013, p.89, AR/JUR/6169/2013; Cám. Nac. Civ., sala K, 17-4-2006, ?G.H.C. c/ P., S. G. y otros?, R. C. y S.. 2006-1364; Cám. Nac. Civ., sala K, 5-2-2013, ?C. G. A. c/ Cs. Salud S.A. y otros s/ Daños y perjuicios. Resp. Prof. Médicos y Aux?, el Dial.com - AA7D61; en Lorenzetti Ricardo Luis, ?Responsabilidad Civil de los Médicos?, Tomo II, págs.196/197). 5) En cuanto a los agravios de ambos demandados y de la aseguradora acerca del porcentaje de incapacidad asignado por daño físico patrimonial, se cuestiona que el juez a quo haya estimado dicha incapacidad en un 5%, conforme la primer pericia médica, sin atender que en las explicaciones dadas el mismo perito (fs. 551/554), la fijó en un 3% conforme otra tabla, aunque aclarando que una no invalidaba la otra. Es decir que, como el mismo perito lo informa, queda a cargo del juez la decisión final de acuerdo a lo informado por aquél y así lo ha hecho la sentencia (art.474 C.P.C.). No advierto en los agravios ninguna crítica concreta y razonada, en los términos que exige el art. 260 CPCC, para descalificar la decisión del juez a quo. Tampoco representa ello una omisión de cuestión esencial, como pretende la aseguradora, puesto que los porcentuales están expresados en el 5 % cuestionado. Teniendo en cuenta los parámetros establecidos en la pericia médica de fs.540/545, el porcentual asignado del 5% conforme al Baremo General para el Fuero Civil de Altube-Rinaldi aparece como razonable y ajustado al caso concreto; debiendo tenerse presente que los baremos que miden la incapacidad laboral no son necesariamente trasladables al caso de autos puesto que sólo miden la incapacidad en el sistema de riesgos del trabajo (que resulta así el ?piso mínimo? de la indemnización, como lo ha señalado la Corte Suprema en reciente fallo CSJ85/2014 ?Ontiveros Stella Maris, del 10/8/17) mas no el daño patrimonial íntegro que puede sufrir la persona en las restantes esferas de su personalidad (integridad personal, salud psicofísica, daño al proyecto de vida, a la vida de relación, etc). En cuanto a los agravios sobre los montos indemnizatorios tanto de los demandados como de la aseguradora Provincia Seguros S.A., teniendo en cuenta el porcentual de incapacidad indicado, deberá atenderse al mínimo indemnizatorio proveniente de la aplicación de la ley de riesgos del trabajo , pues como dijo la Corte de la Nación en el fallo Ontiveros? citado, deberá tenerse presente como parámetro orientativo general el proveniente de los montos mínimos previstos en el sistema de riesgos del trabajo, puesto que ?resulta inconcebible que una indemnización civil, que debe ser integral, ni siquiera alcance a las prestaciones mínimas que el sistema especial de reparación de los accidentes laborales asegura a todo trabajador con independencia de su nivel de ingreso salarial (CSJ 85/2014 (50-0)/CS1, 10/8/17, ?Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Ontiveros Stella Maris c/Prevención ART SA y otros s/accidente - inc. y cas.?, voto de la mayoría), es decir, los montos provenientes de la Res. 387/16 de la Sec. De Seg., Social). A los cuales, como señaló este Tribunal (en causa n° 61149 ?Duhalde, Juan Marcelo?, voto Dr. Galdós), deberá adicionarse la actualización acorde el último índice RIPTe informado por esa Secretaría, como lo autoriza la Suprema Corte provincial en la causa L118.532 ?Godon Pablo David, del 05/04/17). En consecuencia, considerando el último índice RIPTe del mes de marzo de 2018 (3.208,74) y el mínimo para incapacidad total (no inferior a \$ 2.780.862,22) informados por la Secretaría de Seguridad Social, corresponde confirmar- dado la forma de apelación- el monto asignado de \$ 47.500 en concepto de daño patrimonial por incapacidad física sobreviniente, por resultar este monto inclusive inferior al que resultaría de aplicar el 3% de incapacidad. En cuanto a las críticas sobre la falta de identificación de la fórmula empleada, lo anterior me exime de analizar la cuestión, pues resulta abstracto. 6) Finalmente, en cuanto al daño moral, corresponde efectuar algunas consideraciones. Respecto al monto, el art. 1741 CCCN opta por la reparación denominada en la doctrina prevaleciente durante la vigencia del Cód. Civil, como ?el precio del consuelo?, es decir, las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que el dinero puede procurar, para restablecer o al menos, compensar, el menoscabo espiritual sufrido por la víctima del daño. Se ha dicho que ? ..puede definirse al daño moral como: "una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial" (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punción. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31). En lo que atañe a su prueba, cabe señalar que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Cód. Procesal, se encuentra en cabeza del actor la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LA LEY, 1990-A, 655). En el caso, al haber existido lesiones físicas, que dejaron secuelas permanentes, la existencia de un daño moral es fácilmente presumible (art. 163 inc. 5, Cód. Procesal). En cuanto a su valuación, cabe recordar lo recientemente señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: "Aun cuando el dinero sea un factor muy

inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós). En otras palabras, el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259). La misma idea resulta del art. 1741 in fine del Cód. Civil y Comercial de la Nación, a cuyo tenor: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A ~ 2015-10-28 ~ A. A. R. c. G. A. M. s/ daños y perjuicios Publicado: SJA 2016/08/03-40; JA 2016-III.). Cuando han quedado secuelas psicológicas o psiquiátricas no permanentes, que requieren tratamiento psicológico para su remisión, o aún por el dolor espiritual mismo sufrido, incluso en el ámbito de la responsabilidad contractual, corresponde indemnizar el daño moral, sin perjuicio del daño patrimonial por el costo en sí del tratamiento a que nos hemos referido en el apartado anterior. Cada caso deberá apreciarse individualmente, y sin sujeción matemática a las indemnizaciones por daño patrimonial, pues no necesariamente un daño guarda relación con el otro. En el caso de autos existió daño psicológico susceptible de remisión mediante tratamiento psicológico; por ende, las perturbaciones anímicas se indemnizan a través del rubro ?daño moral?. En este sentido, y aunque la baja del servicio en las fuerzas de seguridad no provino de este accidente sino de otra dolencia -enfermedad de Crohn-, las repercusiones anímicas, la depresión sufrida, la juventud de la víctima al momento del incidente, la afectación a su vida íntima y a su relación de pareja, todo ello entraña un daño moral considerable, por lo que no aparece como excesiva, a la luz de los parámetros de esta Sala en casos similares (C. 58.124, ?De Arzave....?, sent. del 21/4/14; c. 61309, ?González?, del 14/02/17, entre otras), el monto de \$ 50.000 asignado en la anterior instancia; por lo que propicio su confirmación (arts. 384 CPCC, 1741 CCCN). 7) A ello deberá sumarse el daño patrimonial por tratamiento terapéutico (psicológico), el cual, pese a la equívoca denominación empleada en la sentencia, no ha pretendido fijar en concepto de ?daño psicológico? un ?tertius genus?, como sostiene el agravio, sino que se refiere a la determinación actual del costo del tratamiento psicológico. Este tribunal ha adherido siempre a la división bipartita de los daños cuantificables, que, o bien son de índole patrimonial, o bien de índole extrapatrimonial. Aunque se definan un sinnúmero de daños -vgr. estético, a las afecciones íntimas, daño psicológico con secuelas y sin secuelas- ellos en definitiva encuadrarán en uno u otro tipo, ?para evitar doubles indemnizaciones. Es un principio inherente a la indemnización integral del daño, que el monto sea fijado a valores actuales a la fecha de su determinación, por lo que teniendo en cuenta las sesiones informadas por la pericia psicológica (una sesión semanal, durante un año) y un mínimo de \$ 400 por sesión - a valores actuales- el costo del tratamiento representaría levemente superior inclusive al fijado en la sentencia recurrida, por lo que -dado la forma de apelación-corresponde confirmar el monto de \$ 20.000 establecido en la sentencia (arts. 1737, 1738, 1739, 1740,1746 CCCN). 8) El último agravio es el expuesto por la citada en garantía Provincia Seguros S.A., en torno a la tasa de interés. Sostiene que no procede aplicar al caso la tasa BIP o tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires sobre indemnizaciones fijadas a valores actuales, porque ello configura un exceso teniendo en cuenta que dicha tasa posee un componente para compensar la tasa de inflación. Sostiene una interpretación diversa a la adoptada por esta Sala respecto a la doctrina legal de nuestra Suprema Corte, a través de los fallos ?Ponce? y ?Cabrera? (C. 119.176) y lo resuelto en una causa más reciente, N° 102.963 ?Sabaleté?. Sin perjuicio de no compartir la interpretación de los dos primeros casos mencionados, y descartar la aplicación a la materia de daños de la doctrina del fallo ?Sabaleté? por tratarse éste de un supuesto de expropiación que tiene regulación especial en una ley propia , recientemente nuestro Superior Tribunal ha establecido una nueva doctrina legal para el caso de indemnizaciones con montos fijados a valores actuales (causas n° 120.536 ?Vera Juan Carlos contra provincia de Buenos Aires?, del 18/4/2018 y n° 121.134 ?Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires? del 03/05/2018). En ellas estableció que deberá aplicarse la tasa de interés puro del 6% anual desde la fecha de inicio del curso de los intereses y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748 del CCCN); y desde este momento y hasta el pago efectivo, será de aplicación la tasa establecida en las causas C. 101.774, ?Ponce?; L.94.446 ?Ginossi? y C. 119.176, ?Cabrera?; que como se dijo, establecieron la tasa pasiva más alta para operaciones de depósitos a treinta días. Por lo que, en seguimiento de la reciente doctrina legal de nuestra Suprema Corte, de acatamiento obligatorio para los tribunales inferiores (art. 279 CPCC),

corresponde modificar -en el sentido indicado- la tasa de interés a aplicarse a las indemnizaciones fijadas. 9) Finalmente y en lo atinente al límite de cobertura del seguro argumentado por la citada en garantía ?Provincia Seguros S.A., ello no constituye agravio en el sentido que determina el art. 260 del C.P.C.C., debiendo tomarse como una mera manifestación de la parte. En efecto, en primer término deben recordarse las particularidades de la presentación de la citada en garantía en su presentación en estos autos, que fueran destacadas por el juez a quo en su aclaratoria de sentencia de fs. 592/593vta. y a las que ?breviatis causa? me remito. En segundo lugar, la extensión de la condena respecto de Provincia Seguros S.A. ha quedado firme para el accionante, en virtud de la deserción de su recurso (conforme se resolviera en la primera cuestión de este voto), y también respecto de los co-demandados, que expresamente adhirieron (cfr. fs. 591 en el caso del Instituto Médico de Olavarría y 594 el codemandado Núñez) a lo peticionado por la citada en garantía de hacer extensiva la condena a la misma sólo en la medida del contrato de seguro (\$200.000). A ello cabe agregar que el contrato de seguro original había sido incorporado a estas actuaciones por el propio Instituto Médico asegurado al contestar la demanda (fs. 34/38); de modo que, aunque de la presentación de la aseguradora a fs. 454 y vta. nunca se corrió traslado a las partes, sí se le había corrido traslado al actor de la póliza (fs. 60); obrando al pie de esta misma constancia del retiro de las copias respectivas; con lo cual el contrato de seguro quedó tácitamente reconocido en todas sus cláusulas y condiciones generales y particulares, quedando así garantizado el derecho de defensa del accionante. En este sentido, nuestra Suprema corte tiene dicho que ?La cláusula que limita el monto de la cobertura, ... (de) la que se corriera el debido traslado a los accionantes y a la co demandada, ...les resulta oponible? (SCBA C 104285 del 04/06/2014, ?Torres...?, pub. en JUBA sumario B 3904994). Esta ha sido por otra parte la doctrina mantenida desde antaño por nuestra Corte Suprema, criterio ratificado -aunque por mayoría- en reciente fallo , en el que ratificó la oponibilidad de la cláusula de limitación de cobertura, en la medida de los arts. 109 y 118 de la ley de Seguros 17.418 y del propio contrato de seguros, únicas fuentes de la obligación de las aseguradoras respecto del damnificado (CSJN, 06/06/2017, ?Flores Lorena R. c. Giménez Martín y otro s. daños y perjuicios?, LA Ley 19/6/2017, RC y S2017-XI-217, cita Online AR/JUR/28172/2017). Asimismo y obiter dicta cabe decir que la falta de agravio palmaria y manifiesta en el caso de autos, nos exime de examinar el punto -aunque no puedo dejar de mencionarlo- a la luz del novedoso criterio establecido por nuestro Superior Tribunal provincial - que podría ´cobrar relevancia en procesos como el presente que se ha extendido durante el no desdeñable lapso de diecisiete años a contar desde la fecha del hecho dañoso-. En la reciente causa C. 119.088, sent. del 21/01/2018, la Suprema Corte ha dicho que ?La cláusula de delimitación cuantitativa del riesgo contenida en la póliza de seguro, convenida en concordancia con la normativa vigente al momento del hecho, no puede ser oponible al asegurado y a la víctima cuando la magnitud de los daños padecidos por esta última fue estimada en un tiempo actual, en el que también debe ser ejecutada la garantía, pues ante los desímiles contextos habidos en tales fechas, su pretendida aplicación literal se muestra ostensiblemente irrazonable, al resultar abusiva, desnaturalizar el vínculo asegurativo por el sobreveniente carácter irrisorio de la cuantía de la cobertura finalmente resultante, afectar significativamente la ecuación económica del contrato y la equivalencia de sus prestaciones, destruir el interés asegurado, provocar en los hechos un infraseguro, contrariar el principio de buena fe y patentizar un enriquecimiento indebido en beneficio de la aseguradora ...implica una mayor desprotección del asegurado, situación que repercute en la violación del principio de reparación integral del damnificado, colocándolo en un sitio de mayor vulnerabilidad (SCBA, C 119088 del 21/02/2018, ?Martínez...?, pub. en JUBA sumario 4203646). 10) En lo que concierne a la aplicación de las leyes 24.283 y 24.442, las mismas deberán diferirse para la instancia de origen, una vez practicadas las liquidaciones pertinentes. Así lo voto. A la misma cuestión, los señores jueces Dres. Peralta Reyes y Galdós votaron, por los mismos fundamentos, en igual sentido. A LA TERCERA CUESTIÓN, la Sra. Juez Dra. Longobardi dijo: Atento lo que resulta del tratamiento de las cuestiones anteriores, se resuelve: 1) decretar la deserción del recurso de apelación interpuesto a fs.588 por la parte actora. 2) confirmar la sentencia recurrida, en cuanto estableció la responsabilidad de ambos demandados en el hecho dañoso y modificar parcialmente la misma, estableciendo un porcentual de concurrencia de responsabilidad - al solo efecto de la acción de reintegro entre las partes - del 30% para el Dr. Isidoro Roberto Núñez y un 70% para el Instituto Médico de Olavarría S.A. 3) confirmar los porcentuales de incapacidad y -dado la forma de apelación- los montos indemnizatorios fijados en la sentencia recurrida. 4) establecer que la tasa de interés aplicable será la establecida en el apartado 6) del Considerando IV de la presente, conforme la reciente doctrina legal de la SCBA (Causas ?Vera ? del 18/4/2018 y ?Nidera S.A? del 3/5/2018). 5) modificar la imposición de costas, las cuales serán soportadas en ambas instancias - a los fines de la acción de reintegro- en un 30% por el co-demandado Isidoro Roberto Núñez y su citada en garantía y en un 70% por el co-demandado Instituto Médico de Olavarría S.A. y su citada en garantía. 6) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec- ley 8904/77, art. 31 ley 14.967). Así lo voto. A la misma cuestión, los Dres. Peralta Reyes y Galdós adhirieron al voto que antecede, votando en igual sentido y por los mismos fundamentos. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA Azul, 26 de Junio de 2018. AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO: Por lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas

legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y conchs. del C.P.C.C., se resuelve: 1) decretar la deserción del recurso de apelación interpuesto a fs.588 por la parte actora. 2) confirmar la sentencia recurrida, en cuanto estableció la responsabilidad en el hecho dañoso por parte de los demandados y modificar parcialmente la misma, estableciendo un porcentual de concurrencia de responsabilidad en el mismo del 30% para el Dr. Isidoro Roberto Núñez y un 70% para el Instituto Médico de Olavarría S.A. 3) confirmar los porcentuales de incapacidad y -dado la forma de apelación- los montos indemnizatorios fijados en la sentencia recurrida. 4) establecer que la tasa de interés aplicable será la establecida en el apartado 6) del Considerando IV de la presente, conforme la reciente doctrina legal de la SCBA (Causas ?Vera ? del 18/4/2018 y ?Nidera S.A? del 3/5/2018). 5) modificar la imposición de costas, las cuales serán soportadas en ambas instancias en un 30% por el co-demandado Isidoro Roberto Núñez y su citada en garantía y en un 70% por el co-demandado Instituto Médico de Olavarría S.A. y su citada en garantía. 6) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec- ley 8904/77, art. 31 ley 14.967). Regístrese. Notifíquese por Secretaría y devuélvase.

037241E