

Datos del Expediente

Carátula: POTES MIRTA HAYDEE C/ CLINICA OESTE S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

Fecha inicio: 10/09/2020 **N° de Receptoría:** JU - 4800 - 2018 **N° de Expediente:** JU - 4800 - 2018

Estado: Fuera del Organismo

Pasos procesales:

Fecha: 09/05/2024 - Trámite: SENTENCIA DEFINITIVA - (FIRMADO)

[Anterior](#) 09/05/2024 11:39:02 - SENTENCIA DEFINITIVA [Siguiete](#)

REFERENCIAS

Domicilio Electrónico 20053973516@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico 20114034542@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico 20262258247@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico 23174660409@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico 27258213241@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Funcionario Firmante 09/05/2024 11:35:53 - VOLTA Gaston Mario - JUEZ

Funcionario Firmante 09/05/2024 11:36:25 - CASTRO DURAN Ricardo Manuel - JUEZ

Funcionario Firmante 09/05/2024 11:38:58 - DEMARIA Pablo Martin - SECRETARIO DE CÁMARA

Observación MODIFICA

Sentido de la Sentencia MODIFICA

-- NOTIFICACION ELECTRONICA

Cargo del Firmante SECRETARIO DE CÁMARA

Fecha de Libramiento: 09/05/2024 11:39:55

Fecha de Notificación 10/05/2024 00:00:00

Notificado por Demaría Pablo Martín

-- REGISTRACION ELECTRONICA

Año Registro Electrónico 2024

Código de Acceso Registro Electrónico 1D18D44B

Fecha y Hora Registro 09/05/2024 11:39:41

Número Registro Electrónico 66

Prefijo Registro Electrónico RS

Registración Pública SI

Registrado por Demaría Pablo Martín

Registro Electrónico REGISTRO DE SENTENCIAS

Texto del Proveído

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

%0084è1è&,s\$+Š

242000170006988304

Expte. n°: JU-4800-2018 POTES MIRTA HAYDEE C/ CLINICA OESTE S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

En la ciudad de Junín, a la fecha que resulta de la suscripción de la presente (ac. 3975 S.C.B.A.), se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Doctores RICARDO MANUEL CASTRO DURAN y GASTON MARIO VOLTA, en causa n° JU-4800-2018 caratulada: "POTES MIRTA HAYDEE C/ CLINICA OESTE S.A. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Volta y Castro Durán.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Dr. Volta, dijo:

I.- Que en la sentencia dictada en fecha 13/11/2023 la Sra. Jueza de grado rechazó la demanda de daños y perjuicios interpuesta por Mirta Haydee Potes contra Alvaro Andrés; Ciro Simón; Clínica Oeste S.A. y las citadas en garantía Federación Patronal Seguros S.A. y TPC Compañía de Seguros S.A., con costas a cargo de la accionante vencida.-

Dicho pronunciamiento se encuentra referido al reclamo actoral tendiente a la reparación de los perjuicios que la accionante afirma haber padecido como consecuencia de la mala praxis médica de los demandados, producida en oportunidad de realizarle una cirugía tendiente a la curación del síndrome del túnel carpiano, que culminara con la amputación del miembro superior derecho por sobre el codo.-

Para arribar a dicha solución comenzó por señalar que la cuestión debe dilucidarse de acuerdo al régimen subjetivo de responsabilidad reglado por el art. 1.768 para las profesiones liberales.-

A continuación desestimó la omisión de requerirle a la accionante el correspondiente consentimiento informado, al considerar que si bien es cierto que el mismo no obraba agregado en la historia clínica oportunamente secuestrada, la misma fue acompañada al contestar la demanda. A ello agregó que si bien dicha historia clínica presentaba deficiencias, a partir de los reconocimientos efectuados por la propia accionante al absolver posiciones y de lo informado por el perito médico respecto a que la amputación no resulta un riesgo propio de la intervención, los defectos en la confección del consentimiento informado resultaron irrelevantes.-

En la misma dirección tampoco asignó importancia a las irregularidades en la historia clínica señaladas por la accionante.-

Por su parte, luego de valorar los informes periciales y el resto de la prueba producida, consideró que la parte accionante fracasó en su intento de acreditar la existencia de un obrar negligente por parte de los profesionales demandados, ni que su conducta haya tenido incidencia causal alguna con la amputación del brazo de la accionante.-

En consecuencia no encontró argumento alguno que justifique la condena de la Clínica demandada, ni de las citadas en garantía.-

Dicha resolución motivó el recurso de apelación interpuesto por la accionante en fecha

17/11/2023, el cual es debidamente fundado mediante la presentación realizada en fecha 25/02/2024.-

La crítica allí desarrollada luego de efectuar un resumen de los antecedentes de la causa se focaliza en primer término en la técnica anestésica empleada (bloqueo de Bier), mediante la cual se emplea un manguito neumático que realiza un torniquete que posibilita el vaciamiento de sangre en las extremidades, maniobra que proporciona un campo quirúrgico exangüe, con mínima pérdida de sangre, y condiciones quirúrgicas óptimas.-

Que dicha técnica anestesiológica, conforme lo informado por la Universidad de Buenos Aires, no es la recomendada, no habiendo la sentenciante de grado valorado debidamente dicha circunstancia.-

A ello agrega que la sentenciante de grado valoró incorrectamente distintos hechos relevantes que estima acreditados a saber:

-El 07/09/2015 la Sra. Potes fue intervenida quirúrgicamente en la Clínica del Oeste SA por el Dr. Andrés (cirujano) y Simón (anestésista). La técnica empleada de anestesia fue mediante "bloqueo de Bier" colocándose un manguito neumático sobre el codo.

-No existió consentimiento informado.

-En la prueba confesional el Dr. Álvaro Andrés manifiesta que se trataba de una práctica ambulatoria de riesgo nulo.

-Historia Clínica se encuentra deficientemente confeccionada. No obran detalles de horarios (puntualmente hora de inicio y finalización de la operación), no obra detalle de control y seguimiento de la presión operada al manguito neumático, no constan los nombres de las personas que participaron del acto quirúrgico, entre otras falencias.

- El mismo día de la operación la Sra. Potes comenzó con fuertes dolores, inflamación y ampollas en su brazo. Lo que generó que el Dr. Andrés le aconsejara vía telefónica que fuera a la sala de primeros auxilios de Pasteur a aplicarse una inyección con medicación.

- A la mañana siguiente a la operación de STC la Sra. Potes viajó a Lincoln y el Dr. A. Andrés ante el cuadro clínico presentado decidió la internación de la misma.

-El estudio anatomopatológico del brazo amputado informó que la pieza presentaba focos de necrosis isquémica.

-La pericia del Dr. Gómez informa que la necrosis isquémica es muerte celular por falta de sangre.

-La pericia médica del Dr. Gómez y Dr. Puchetta informan en relación a la técnica de anestesia empleada que existen tiempos de permanencia, lugar de colocación y presión del manguito pre establecidos científicamente, y que si no se cumplieran podrían producirse complicaciones entre ellas la isquemia.

- El lugar de amputación coincide con el lugar donde se colocó el manguito neumático.

Puntualmente respecto de la ausencia de consentimiento informado insiste en que a la accionante no se le informó que podía sufrir fuerte inflamación, ampollas, edemas, pérdida de movilidad, isquemia, necrosis isquémica y la amputación del brazo.-

Que dicho incumplimiento torna aplicable al caso de autos el régimen de responsabilidad objetivo por el que todos los riesgos de la intervención quedan a cargo del profesional que incumpliera el deber de informar a su paciente.-

Respecto de los defectos de confección de la historia clínica sostiene que los mismos resultan de importancia en lo atinente a la hora de colocación y extracción del manguito neumático, y de la presión con que el mismo fuera colocado, por los riegos que su duración o errónea presión pueden ocasionar.-

En esta dirección señala que si bien la historia clínica detalla que el manguito fue colocado durante 60 minutos, dicha duración no solo carece de todo respaldo, sino que se contradice con los dichos del testigo Bechara quien explicara que la mujer fue llevada a la sala de operación a las 8:30hs., para recién volver a las 12:30 hs.-

A ello agrega que del relato de los testigos Lorena y Ratti, es dable suponer que el médico anestesista Simón no se encontraba en el quirófano al momento en que se le colocara el manguito ni cuando el mismo se le retiró.-

Tampoco existe constancia en la historia clínica de que el mango haya sido colocado con la presión correcta ni que la misma haya permanecido estable a lo largo de toda la intervención.-

A ello agrega otras deficiencias como ser el detalle del torniquete empleado, las personas intervinientes en la operación, como así también el horario de ingreso y egreso de la accionante en la Clínica.-

En cuanto a la ausencia de relación causal sostenida por la sentenciante de grado, considera que dicha conclusión es equivocada, al encontrarse acreditado que el las deficiencias en el accionar médico, en la omisión de brindar la información necesaria previa a la intervención para que la paciente prestara su consentimiento en forma informada, la defectuosa confección de la historia clínica, omisión de controlar la presión y duración del manguito neumático entre otros, han ocasionado la amputación del miembro, no debiendo perderse de vista que la accionante ingresó a la clínica con nulo riesgo de amputación y al salir de la misma la misma tenía un fuerte dolor con un proceso que culminara en la amputación.-

Insiste en que en los supuestos de mala praxis debe aplicarse la carga dinámica probatoria, y que en el caso en que no se haya podido diagnosticar o identificar la causa de la amputación, debe pesar sobre los demandados, no pudiendo convalidarse una actitud pasiva de los mismos en este punto.-

Prosigue su crítica señalando que el perito anesthesiologo omitió responder los puntos de pericia atinentes al síndrome compartimental el que podría haber sido la causa de la amputación, el que se relaciona con los defectos en la colocación del manguito neumático.-

A lo antes expuesto agrega que de los informes periciales presentados por los Dres. Gomez y Pucheta surge que la necrosis isquémica detallada en el informe patológico realizado en el brazo amputado, se condice con los riesgos del método anestésico empleado, coincidiendo asimismo la zona de amputación con el de colocación del manguito neumático.-

Por las razones expuestas solicita la revocación del decisorio con la consiguiente recepción de la demanda entablada.-

Que habiéndose corrido traslado de la expresión de agravios, la misma es resistida por los

demandados y citadas en garantías mediante las presentaciones realizadas en fecha 7/03/2024 y 12/03/2024, con lo que una vez firme el llamado de autos y sorteado el orden de votación, la cuestión ha quedado en estado de ser resuelta.-

II.- En tal labor, comenzaré por recordar que la C.S.J.N. ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.) y que tampoco tiene el deber de ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (Fallos 274:113; 280:3201; 144:611), paso a ocuparme de las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto, inclinándome por los medios probatorios que produzcan mayor convicción. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes.-

III.- Ya en tarea decisoria y en procura de un mejor orden metodológico habré de iniciar por tratar el agravio dirigido a la omisión por parte de los demandados de brindarle a la accionante la información requerida respecto de la intervención quirúrgica realizada, en miras de que la misma pudiera otorgar el correspondiente consentimiento informado.-

Para ello resulta oportuno comenzar por recordar que conforme lo normado por el art. 5 de la ley de Salud Pública, cuya obligatoriedad y alcances han sido reiterados por el art. 59 del C.C.C. se entiende por *"consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) **Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles**; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento."* (sic. el resaltado en negrita me pertenece).-

En esta dirección, es dable iniciar por precisar que el deber de información se encuentra comprendido dentro del denominado "consentimiento informado", el que debe ser entendido como: *"...el proceso gradual que tiene lugar en el seno de la relación sanitario-usuario, en virtud del cual el sujeto competente o capaz recibe del sanitario bastante información, en términos comprensibles, que lo capacita para participar voluntaria, consciente y activamente en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad... Es decir, el concepto abarca tanto el deber del médico de brindar una información completa y adecuada respecto del tratamiento que se prescribe previamente al paciente, y también el deber de obtener el consentimiento de éste antes de iniciar el tratamiento o la intervención quirúrgica..."* (Tallone, "Ausencia de consentimiento Informado. Implicancias dentro de la responsabilidad Civil Médica" RDD 2007-2 La o misión en el Derecho de Daños, cita: RC D1642/2012).-

Concordantemente se ha sostenido que: "...En la determinación de la responsabilidad médica, el consentimiento informado constituye la declaración de voluntad del paciente luego de habersele brindado suficiente información sobre el procedimiento o intervención quirúrgica propuesta como médicamente aconsejable. En efecto, como el paciente es quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos del tratamiento médico, debe conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, las alternativas posibles y cuantas y cuales son las probabilidades del éxito. Tal consentimiento comprende dos deberes por parte del médico: la obtención de dicho consentimiento y la información al paciente, a fin de que pueda participar inteligentemente en la aceptación o no del tratamiento..." (Mosset Iturraspe- Piedecabras, "Derechos del Paciente" pág. 285).-

Por su parte, no debe perderse de vista que en aquellos casos como el de autos en donde el paciente se somete a una intervención quirúrgica el mismo debe ser prestado por escrito (conf. art. 7 inc. b de la ley 26.529), formalidad que si bien como expusiera la sentenciante de grado no debe ser interpretada de modo sacramental, impone analizar con mayor estrictez, la valoración de la prueba tendiente a la acreditación de la efectiva existencia del consentimiento informado por otro medio por parte del paciente (conf. arts. 375, 384 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

Precisado ello, adelanto que habré de discrepar con la sentenciante de grado en cuanto tuvo por acreditada la prestación del consentimiento informado por parte de la aquí accionante.-

Arribo a dicha conclusión partiendo de que al momento de secuestrarse la historia clínica de la Sra. Potes obrante en los archivos de la clínica demandada, la misma no constaba de consentimiento informado alguno, el que recién fuera acompañado por la Clínica Oeste S.A. en su conteste de demanda del 9/10/2020.-

Respecto de dicho instrumento es dable señalar que el mismo se trata de un formulario pre impreso, en el que solo se insertara la fecha (7/09/2015) el nombre de la paciente y el del médico tratante (Andrés), en el que ni siquiera se especificara a que clase de intervención quirúrgica se sometería la accionante. Por su parte, resulta decisivo que la firma atribuída a la actora fue expresamente desconocida por la misma al evacuar el traslado de la documentación en el conteste de fecha 3/03/2021.-

Conforme a ello, y no habiéndose producido la prueba pericial ofrecida en subsidio para el caso de desconocimiento de dicha prueba instrumental, es que corresponde no tener por firmado dicho instrumento por la aquí accionante (conf. arts. 375, 384 y ccdtes. del C.P.C.C. y arts 288, 314 y ccdtes. del C.C.C.).-

A lo antes expuesto es dable agregar que si bien la accionante en absolución de posiciones realizada en la audiencia de vista de causa realizada en 19/05/2022 reconoció que: le fueron explicadas pormenorizadamente las características de la lesión padecida y los métodos alternativos del tratamiento (1° posición); que prestó consentimiento para la realización del acto quirúrgico para tratar el síndrome del túnel carpiano (2° posición), que dió su conformidad para que dicho acto se realizara en la Clínica Oeste S.A. los Dres. Simón y Alvarado (3° posición), y que previamente se le explicó las características del método anestésico a aplicarse (4° posición); de ninguno de tales reconocimientos puede inferirse que se le hubiera informado debidamente de "*Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles*" (art. 5 inc. d de la ley 26.529), siendo dicha omisión suficiente para tener por incumplida la carga de informar debidamente a la paciente para que la misma diera su consentimiento informado en los términos requeridos por la ley de Salud Pública.-

En cuanto a la falta de relación causal señalada por la sentenciante de grado al quitarle toda relevancia a la eventual omisión de prestar consentimiento informado, es dable adelantar que además de las razones que habré de desarrollar en el apartado siguiente, del propio consentimiento para intervenciones quirúrgicas adjuntado por los demandados en su responde (no reconocido por la accionante), surge como uno de los riesgos propios de toda intervención quirúrgica, **la necrosis**, la que como habré de precisar más adelante, fue constatada en el miembro superior amputado a la aquí accionante, lo que por sí solo deja en evidencia la relación causal existente entre la ausencia de consentimiento informado por parte de la accionante y el daño por ella padecido (conf. art. 1.726 del C.C.C.).-

Asimismo es dable señalar que la necrosis también fue señalada como uno de los riesgos o complicaciones de la operación del Síndrome del Túnel Carpiano por el Dr. Gómez al responder el punto de pericia n° 6 en su presentación del 1/05/2022.-

Llegado a este punto es dable recordar que: *"...Ninguna duda cabe, a esta altura de nuestra exposición, que la omisión o defecto en la obtención del previo consentimiento informado del paciente acarrea la lógica consecuencia del incumplimiento contractual por parte del médico o del ente asistencial, y ello bastará para generar en favor del enfermo una indemnización por los daños sufridos por ello, aún cuando el acto médico se haya llevado a cabo de conformidad con la lex artis. Gamarra sostiene que la omisión del consentimiento informado configura el incumplimiento de una obligación de resultado que incumbe al prestador del servicio asistencial, y por sí solo genera responsabilidad..."*

...ante la falta de acreditación del consentimiento informado por parte del médico, no queda más que determinar que ha sido el facultativo quien asumió por sí solo los riesgos inherentes a la intervención o práctica recomendada, en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar la conformidad con él, aunque para determinar la extensión del resarcimiento deberá analizarse minuciosamente la relación de causalidad.... Ninguna duda cabe, pues, de que estamos en presencia de una omisión culposa por la cual el médico debe responder, la que se deriva del deber de brindar al paciente información objetiva, veraz, completa y asequible antes de someterlo a cualquier actividad terapéutica..."

"...Claro está que, para determinar la extensión del resarcimiento ante la falta de obtención del consentimiento informado del paciente, debemos referirnos nuevamente al problema de la relación de causalidad. ello así, puesto que una cosa es que los riesgos de la intervención no consentida se trasladen al médico y otra muy diferente es afirmar que el facultativo es responsable de la totalidad del daño que sufre el paciente, ya que no estaríamos aplicando a la especie la teoría de la causalidad adecuada (cof. art. 1.726, Cód. Civ. y Com.) sino la de equivalencia de las condiciones, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, se sostiene que una cuestión será determinar en qué supuestos la falta de información constituye o no la causa del daño, y otra, a que indemnización da lugar.

Consideramos que la única forma de poder determinar la extensión del resarcimiento por la omisión médica de obtener el consentimiento del paciente es hacer un análisis previo que permita determinar la adecuación de la consecuencia (el daño) a la causa (omisión de información), y si la ocurrencia de dicho perjuicio era de esperar según el curso normal y ordinario de los acontecimientos. De no ser así, no se podrá cargar sobre las espaldas del médico la obligación de reparar la totalidad del perjuicio final que presente el enfermo.

Puede ocurrir, que la omisión de la información por parte del médico se convierta en la causa directa o indirecta del daño. En el primer caso -causa directa del daño-, la falta de información es la que

produce el perjuicio al paciente (v.gr., si no se le informó que debía dejar de ingerir determinada medicación dos días antes de una intervención quirúrgica) y la responsabilidad del médico es palmaria, ya que constituye un supuesto de culpabilidad en la conducta. Sin embargo, sin embargo esta hipótesis se debe distinguir de aquellas situaciones en las cuales el tratamiento se ejecutó correctamente, pero sin la conformidad del paciente (causa indirecta): aquí también existe responsabilidad en el facultativo que incumplió con tal deber, pero la extensión de resarcimiento será totalmente diferente, puesto que los daños finales que presente el enfermo pueden no encontrarse en relación adecuada de causalidad con dicha omisión informativa..." (Calvo Costa, "Responsabilidad Civil Médica", T I, págs. 502/5).-

IV.- Preciado ello, adelanto que habré de tener por acreditada la existencia de una relación de causalidad adecuada entre los daños que la amputación del miembro superior derecho le ocasionara a la accionante, no solo con la ausencia de consentimiento informado, sino también con el obrar imperito de los médicos demandados (conf. artss 1.726 ,1.768 y ccdtes. del C.C.C.)-

Que en forma previa a las razones por las cuales habré de tener por acreditada la relación causal entre los daños y el obrar de los médicos demandados, resulta oportuno iniciar por resaltar que de los términos en que quedara trabada la litis y de la prueba pericial médica realizada en puntos que no fueran materia de impugnación tengo por acreditado (conf. arts. 354, 375, 384, 474 y ccdtes. del C.P.C.C.) los siguientes hechos básicos para la solución del caso:

-Que en fecha 7/09/2015 la Sra Potes se internó en la Clínica Oeste S.A., en miras de la realización de la cirugía programada en miras de dar solución quirúrgica al Síndrome de Túnel Carpiano que presentaba la accionante en su mano derecha.-

-Que dicha intervención fue realizada por el Dr. Andrés y por el Dr. Simón aquí demandados, junto con otros auxiliares de la clínica que no fueran individualizados en la Historia Clínica.-

-Que en dicha intervención se le realizó un bloqueo de Bier con mango hemostático.-

-Que en el mismo día en horas de la tarde se le dió el alta a la accionante.-

-Al día siguiente, 8/09/20015 la accionante se presentó en el Hospital Municipal de Lincoln con edema, y tumefacción con flictenas en todo el miembro superior derecho, siendo atendida nuevamente por el Dr. Andrés quien indicara su internación para la realización de diversos estudios.-

-Que ante el empeoramiento del cuadro de la accionante se realizó el traslado de a un centro de mayor complejidad -Clínica de la Comunidad de Médicos de la ciudad de Ensenada- en fecha 10/09/2015, en donde permaneciera internada con evolución negativa, hasta que el día 7/10/2015 en el que se realizara la amputación del brazo derecho por sobre el codo.-

Preciado ello, es dable resaltar que tanto el Dr. Andrés como el Dr. Simón en forma coincidente explicaron en su conteste que en la cirugía el primero procedió a colocar el manguito hemostático, señalando que conforme surge de la historia clínica el mismo fue colocado por el término de 60 minutos y a una presión de 230 mm Hg., siendo éste el principal aspecto debatido en autos, por cuanto la accionante sostiene que ha sido la indebida aplicación de dicho sistema la que ha ocasionado el daño por ella padecido.-

En miras de resolver la cuestión habré de iniciar por señalar que si bien el informe presentado por

el Dr. Pueyredón jefe de división de Ortopedia y Traumatología del Hospital de Clínicas, quien respondiera el informe requerido a la Universidad de Benos Aires (ver 20/10/2022), en la respuesta n° 6 señaló como técnica recomendada la anestesia la local, sin aludir la necesidad de realizar bloqueos como el aquí realizado, también lo es que tampoco indicó que dicha técnica no sea conveniente, habiendo dejado a salvo expresamente su utilización cuando se acompaña de otras cirugías, resultando dicha afirmación insuficiente para tener por acreditado que se trataba de una técnica incorrecta.-

Ahora bien, en cuanto a la técnica en cuestión, el perito médico Gómez especialista en ortopedia y traumatología, explicó que:

"...El uso del mango hemostático es habitual en este tipo de cirugías.

Lugar de colocación: brazo por encima del codo.

Tiempo máximo de isquemia para MS: 1,5 hs. (hasta 2 hs, para algunos)

Presión máxima de insuflado: 250 mmHg.

Según constancias aportadas en autos: el manguito neumático (torniquete arterial neumático) fue colocado en el brazo derecho por encima del codo, a una presión de 230 mmHg. y durante 60 min..." (sic. R 10 de los puntos ofrecidos por la parte demandada del informe presentado en fecha 1/05/2022).-

Por su parte al contestar el pedido de explicaciones de la accionante en fecha 12/06/2022 respecto de la importancia de dejar constancia en la hoja quirúrgica del lugar de colocación del torniquete neumático explicó: *"...-Si, es relevante consignar en la foja quirúrgica el lugar donde se coloca el torniquete, hay lugares pre establecidos científicamente para su colocación y tiempo de permanencia.*

- La colocación del manguito neumático por encima del codo consta en el protocolo quirúrgico.

- El manguito No se coloca sobre el codo debido a la alta incidencia de complicaciones vasculares y nerviosas.

*- Existen tiempos de permanencia, lugar de colocación y presión del manguito, pre establecidos científicamente, si no se cumplieran estas premisas podrían producirse complicaciones, **entre ellas la isquemia...**"* (Sic. R 13, el resaltado en negrita me pertenece).-

Por su parte el perito médico anesthesiólogo Puchetta en forma coincidente dictaminó que: *"...El manguito neumático fue colocado en el brazo a intervenir quirúrgicamente por el Dr. Alvaro Andrés. En H.C.L. (historia clínica y anesthesiológica), consta tiempo de duración del manguito neumático y presión de tal.*

Los riesgos de dicha anestesia regional son: Toxicidad sistémica por anestésicos locales (A.L.), si se suelta el manguito neumático antes de los 60 minutos de colocado.

*Si el manguito neumático persiste más de 2 horas comienzan los riesgos **por falta de irrigación de dicho miembro y termina en isquemia sistémica...**"* (sic. informe del 16/05/2022, el resaltado en negrita me corresponde).-

Por su parte, en la contestación de la impugnación actoral el perito anesthesiólogo agregó que: *"...8. Científicamente hay tiempo de permanencia, colocación, y presión del manguito neumático. el*

incumplimiento de éstas premisas podrían llevar a complicaciones, **por ejemplo isquemia**.

9. Se debe controlar durante toda la intervención quirúrgica la presión del manguito neumático..." (sic. presentación del 24/06/2022 el resaltado en negrita me corresponde).-

Ahora bien, de la lectura de sendos informes resulta indubitable que la técnica del bloqueo por medio de un manguito neumático, debe ser realizada en el lugar correcto, con la presión correcta y por el tiempo de duración correcto, bajo el riesgo de generar una isquemia sistémica en el brazo sometido a dicho procedimiento por falta de irrigación, lo cual resulta de toda lógica puesto que la misma tiende al desangrado del miembro por medio de la compresión.-

En efecto, de la simple búsqueda en la web se advierte que: "...La técnica de anestesia regional intravenosa (IVRA), o "bloqueo de Bier", fue introducida por primera vez en 1908 por el cirujano alemán August Bier. Un bloqueo de Bier consiste esencialmente en inyectar soluciones anestésicas locales en el sistema venoso de una extremidad superior o inferior que ha sido desangrado por compresión o gravedad y que ha sido aislado mediante un torniquete de la circulación central..." (<https://www.nysora.com/es/t%C3%A9cnicas/anestesia-regional-intravenosa/Cirug%C3%ADa-de-extremidad-superior-inferior-por-bloqueo-regional-intravenoso/>).-

Llegado a este punto, encuentro determinante para la solución del litigio el informe anatómico patológico realizado sobre el miembro amputado cuya copia fuera electrónicamente adjuntada en fecha (16/03/2022), y que fuera reconocido por el emisor (Dr. Pianzola médico especialista en Anamoiá Patológica), en fecha 7/06/2022.-

En dicho informe se efectuó el siguiente diagnóstico: "...Pieza de amputación de miembro superior derecho con **múltiples focos de necrosis isquémica** con proceso inflamatorio agudo inespecífico que compromete piel, tejidos blandos, tejido músculo aponeurótico vasos y nervios de 0,5 a 1 cm. de diámetro desde la mano hasta 1 cm por debajo de la amputación..." (sic. el resaltado en negrita me pertenece).-

En relación a este punto, es dable recordar que conforme lo informado por el perito Gómez, en el responde al punto J impugnación actoral de pericia, "...Necrosis isquémica es muerte celular por falta de sangre....".-

Llegado a este punto, adelanto que me habré de apartar de las conclusiones de los peritos médicos informantes, en cuanto de manera concordante entre sí y contradictoria con sus propios dichos y con toda lógica, dictaminaron la inexistencia de toda relación causal entre el obrar de los médicos aquí demandados y la amputación del miembro de la accionante (conf. arts. 163 inc. 5, 384, 474 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

Y es que: "...Más allá de la relevancia de la prueba pericial en los juicios de mala praxis, no es pertinente descartar de plano la importancia que pueden alcanzar en ciertos supuestos, los elementos indiciarios serios, precisos y concordantes , es que aun cuando la prueba pericial es relevante sujeta a valoración según las reglas de la sana crítica, la prueba indiciaria tiene un amplio campo de aplicación siempre, claro está, que las presunciones se infieran de hechos seriamente probados, sean graves precisas y concordantes, de suerte que lleven al ánimo del juez la razonable convicción de la existencia del hecho o circunstancia que se pretende demostrar ..." (Rabino, "Juicio de Mala Práxis Médica", pág. 152).-

En la misma dirección explica Camps que: "...Lógica y máximas de experiencia a partir del

análisis global de todas las pruebas reunidas será la fórmula a aplicar siempre, aun cuando dentro de este cúmulo existan dictámenes especializados que -en abstracto- puedan ser entendidos como verdad irrefutable.

El magistrado es el que ejerce la jurisdicción con imperio sobre la base de la convicción que en su espíritu se conforma a partir de toda la actividad procesal desarrollada en un juicio determinado y no simplemente recurriendo de manera mecánica a un dictamen pericial. Si bien lo normal es que el juez no se aparte de la conclusión de los expertos, ello es así por el convencimiento que nace de aquel estudio global del plexo probatorio donde la pericia está enclavada. No son pocos los casos donde existen apartamientos de esos dictámenes, debiendo en tales supuestos el juez exhibir las razones que lo llevan a discrepar con el perito..." (Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires" págs. 186/7).-

En efecto, encuentro contradictorio, infundado y propio de una visión cuanto menos corporativa de parte de los peritos informantes, a punto tal que habré de propiciar la regulación de sus honorarios en el mínimo de la escala arancelaria; que pese a haber indicado que la técnica de bloqueo empleada debe ser correctamente ejecutada, en cuanto al lugar de colocación, tiempo máximo de duración y presión máxima, bajo riesgo de ocasionar una isquemia sistémica; y ante el diagnóstico de necrosis isquémica efectuado por el medico anatómo patólogo del miembro amputado, en forma categórica y sin fundamentación científica alguna, desecharan toda relación causal con el acto médico materia de litis, a pesar de que como ellos mismos sostienen, la causa de la amputación no pudo ser determinada.-

Así, al contestar el punto de pericia 20 de la accionante relativo la existencia de relación causal entre la intervención quirúrgica y la amputación sufrida por la accionante, el perito Gómez respondió en su presentación de 1/05/2022 bajo todo concepto que: *"No existe una relación causal directa e indubitable"* (sic), sin explicar cuales son las razones científicas que lo llevan a dicha afirmación, pese a que en el miembro amputado se constató una necrosis isquémica, y que como el mismo perito dictaminara la técnica de bloqueo empleada podía ocasionar precisamente una isquemia.-

Tampoco encuentro fundamentación suficiente a la conclusión arribada en el punto 2 del mismo informe en donde expusiera que: *"Si bien se llevaron a cabo todos los procedimientos diagnósticos necesarios y fue evaluada por los más variados especialistas (médicos clínicos, traumatólogos, infectólogos, cirujanos vasculares, neurólogos), para arribar al diagnóstico definitivo y de certeza del padecimiento de la actora Potes, esto no se ha logrado, es decir que la etiología de la interrupción de la circulación sanguínea en su MSD no fue diagnosticada, no se ha determinado fehacientemente la causalidad.*

Por consiguiente, no puede determinarse la existencia de un nexo causal indubitable entre la cirugía del túnel carpiano y la amputación del MSD." (sic.)

Los mismos argumentos resultan extensibles al informe pericial del Dr. Puchetta quien también de forma categórica infundada escueta y contradictoria con sus propios dichos afirmara en el punto 6 del conteste del pedido de explicaciones presentado en fecha 24/06/2022 que: *"No hay relación causal entre la anestesia y la amputación" (sic.)-*

Insisto resulta inexplicable y contradictorio el razonamiento de los médicos informantes en cuanto por un lado dictaminan que una incorrecta ejecución del bloqueo neumático, puede ocasionar una isquemia sistémica por falta de irrigación, y al mismo tiempo, sin identificar ninguna otra causa descartan que la necrosis isquémica -muerte celular por falta de sangre- diagnosticada en el miembro amputado, tenga toda

relación con el acto quirúrgico llevado adelante por los profesionales aquí demandados.-

Por el contrario, considero que el hecho de que no se haya podido identificar otro motivo que diera origen a la necrosis isquémica constatada, (descartada la existencia de infección, u obstrucción por trombosis -puntos de pericia 15 y 16 de la demandada del informe pericial del Dr. Gómez-) lejos de descartar la relación causal con la colocación del torniquete neumático la robustecen, por resultar precisamente la isquemia el riesgo inherente a dicha técnica, punto en que ambos profesionales coincidieran.-

Nótese que ninguno de los especialistas en momento alguno explicó a partir de que estudio o análisis descartan la relación causal entre la necrosis isquémica constatada en el brazo amputado, y la técnica de bloqueo neumático empleada, cuya utilización tiene como riesgo inherente por ellos mismos dictaminada a la isquemia sistémica. Por el contrario, se limitan a señalar que no existe una certeza científica absoluta en éste punto, circunstancia que a mi entender no impide de modo alguno tener por acreditada la relación causal requerida desde un punto de vista jurídico, actividad que resulta propia de la judicatura (conf. art. 1.726 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

En esta misma dirección, es dable señalar que ambos peritos al dictaminar y fundar sus dictámenes, tomaron como ciertas las constancias obrantes en la historia clínica respecto al tiempo de colocación del manguito neumático (60 minutos), como así también de la presión 230 mm, aspectos que considero no pueden tenerse por acreditados, al haber sido redactada la historia clínica por los aquí demandados, sin que los testimonios rendidos -ver la audiencia de vista de causa celebrada el 19/05/2022- por sus auxiliares Pavia (instrumentadora quirúrgica) y Ratti (técnico de anestesia), resulten atendibles en este punto, dada su evidente relación profesional y laboral con los médicos y clínica demandados. (conf. arts. 375, 384, 456 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

En efecto, en cuanto al valor probatoria de las constancias insertas en la historia clínica no debe perderse de vista que: *"...las registraciones insertas en este documento prueban a favor del profesional sólo bajo ciertas condiciones por razones que son fáciles de comprender, puesto que habitualmente es el encargado de su confección. De allí que la eficacia probatoria de la historia clínica quedará sujeta, en tales casos, a la existencia de respaldo corroborante de otros elementos de convicción.*

Es que como lo ha advertido la doctrina judicial en un pronunciamiento: Aún cuando es indiscutible el valor probatorio de la historia clínica, su apreciación debe ser especialmente cuidadosa cuando ésta ha sido labrada por el propio profesional implicado en el juicio de responsabilidad o por sus auxiliares o quienes integran el plantel de la clínica privada también compelida" ..." (Urrutia, "Responsabilidad Civil por mala praxis quirúrgica", págs. 304/5).-

Por su parte, asigno indudable importancia indiciaria, a la inmediatez existente entre la intervención quirúrgica y la aparición de los primeros síntomas, que motivaran la internación de la accionante al día siguiente al de la intervención quirúrgica, como así también a la coincidencia entre la zona de amputación y de la colocación del manguito neumático -por sobre el codo de la accionante- (conf. art. 163 inc. 5 del C.P.C.C.).-

Por su parte, es dable señalar que si bien en la historia clínica y en los respectivos respondes de demanda los accionados sostuvieron que el manguito neumático habría sido colocado por el Dr. Andrés, lo cierto es que el demandado Simón al absolver las posiciones 7 y 8 (ver audiencia de vista de causa del 19/05/2022) negó haber desatendido la colocación del manguito neumático, o su presión a lo largo de la

intervención, lo que permite inferir que la supervisión de dicho instrumento se encontraba dentro de su incumbencia profesional.-

En la misma dirección es dable resaltar que el técnico anestesiólogo Ratti, señaló en el minuto 28 de la grabación de la mentada vista de causa, que la presión del manguito neumático la controlaban entre todos.-

A lo antes expuesto es dable agregar que *"...esta Corte tiene dicho que en la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad profesional del médico se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, por lo que cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (conf. doctr. causas C. 116.663, "Camus", sent. de 4-IX-2013; C. 120.106, "L., Z. L.", sent. de 1-VI-2016; e.o.)..."* (SCBA, C. 122.865, "Á., A. A. y otra contra Clínica General Paz y otros. Daños y perjuicios (exc. uso aut. y Estado)", del 4/12/2019).-

Traigo esto a colación ante la actitud asumida por los profesionales demandados quienes a lo largo del proceso se limitaron a desconocer los hechos en que la accionante fundara su pretensión, sin siquiera conjeturar ni mucho menos probar, cual habría sido la causa determinante de la amputación del miembro sufrida por la aquí accionante.-

Como consecuencia de ello, corresponde descartar toda interrupción del nexo causal por la atención que haya recibido la accionante en el Hospital de Lincoln o en la Clínica de la Comunidad de Médicos de Ensenada a la que fuera derivada, al no haberse identificado, ni mucho menos acreditado la existencia de un obrar que de cualquier modo hubiera interrumpido total o parcialmente el nexo causal entre el obrar imperito de los profesionales demandados y la amputación sufrida por la accionante (conf. art. 375, 384 y ccetes. del C.P.C.C. y art. 1.736 del C.C.C.).-

Que a partir de lo hasta aquí expuesto es que habré de tener por acreditado que el obrar imperito de los doctores Andrés y Simón en la ejecución y/o supervisión de la técnica de bloqueo neumático empleada, sea por colocación en un lugar indebido, o por un tiempo excesivo o con una presión superior a la recomendada, han ocasionado una isquemia sistémica en el brazo de la paciente accionante, que diera lugar a la muerte celular -necrosis isquémica- por falta de sangre constatada en el miembro amputado por el medico anatómo patólogo, daño por el que resultan civilmente responsables (conf. arts. 163 inc. 5, 375, 384, 474 y ccetes. del C.P.C.C. y arts. 1.726 ,1.768 y ccetes. del C.C.C.).-

En cuanto a la responsabilidad de la Clínica Oeste S.A., resulta oportuno recordar que: *"...Este Tribunal tiene dicho que para atribuir responsabilidad a la entidad asistencial, la prueba de la culpa del médico es indispensable, no porque la responsabilidad de éste se refleje en la entidad de la cual depende, en una responsabilidad indirecta, sino porque la prueba de aquella culpa es la demostración de la violación del deber de seguridad, que como obligación tácita se halla comprendida en el contrato asistencial y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la concerniente directa y personalmente al profesional (conf. doctr. causas C. 98.767, "Manzano", sent. de 21-V-2008; C. 101.294, "R., A. V. y o.", sent. de 15-IV-2009; e.o.)..."* (SCBA, C. 122.865, "Á., A. A. y otra contra Clínica General Paz y otros. Daños y perjuicios (exc. uso aut. y Estado)", del 4/12/2019).-

Por tal razón es que corresponde hacer extensiva la condena a la Clínica Oeste S.A. y a las citadas en garantías Federación Patronal Seguros S.A. y TPC Compañía de Seguros S.A., en los términos

de las pólizas vigentes, las que deberán ser actualizadas a los valores vigentes al dictado de la presente (conf. art. 109, 116 y ccdtes. de la ley de Seguros, y arts. 1.716 y ccdtes del C.C.C.).-

V.- Precisado ello, habré de analizar la procedencia de los distintos rubros resarcitorios reclamados, comenzando por los gastos médicos farmacéuticos y de traslados ocasionados por la mala praxis de los aquí demandados, en los que no habré de valorar los costos correspondientes a la adquisición, mantenimiento y sustitución de prótesis con sus correspondientes traslados, los que fueron correctamente reclamados por separados, al tratarse de un daño futuro.-

Llegado a este punto, resulta oportuno iniciar por recordar que receptando los criterios predominantes en doctrina y jurisprudencia, el nuevo C.C.C. en su artículo 1.746 expresamente consagró el principio por el cual "*Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de la lesiones o la incapacidad*".-

Así se sostenía incluso con anterioridad a la sanción del nuevo C.C.C. que estos gastos se encuentran orientados al restablecimiento de la integridad psicofísica de la víctima del hecho. Resultan ser una consecuencia forzosa del accidente y por lo tanto no requieren una prueba efectiva y acabada sobre la efectividad de los desembolsos y de su cuantía. Claro está que los mismos deben guardar una razonable vinculación con la clase de lesión producida por el hecho, es decir que exista la debida relación causal. (conf. Zavala de Gonzalez, "Resarcimiento de Daños", T 2A, págs. 91 y sgtes.).-

En cuanto a la incidencia de que la accionante posea la obra social es dable recordar que: "*...Si la víctima se encuentra amparada por una obra social que satisface la totalidad o parte de los gastos terapéuticos, es evidente que aquélla carece de acción para reclamarlos en la medida de la cobertura...*" (conf. Zavala de Gonzalez "Resarcimiento de Daños", T 2A, pág. 108); y que: "*...En los supuestos en que la víctima es atendida a través de una obra social, debe analizarse el pedido con prudencia, pues aún cuando puedan llegar a existir gastos o diferencias no cubiertas que deben ser solventados por el paciente, su pago se acredita fácilmente con los correspondientes recibos, tickets o facturas extendidos por el sanatorio antes del egreso del paciente...*" (JUBA, B2900445, CC0001 QL 12810 RSD-5-11 S 17/02/2011).-

Concordantemente se ha sostenido que: "*...La presunción de que la víctima que sufrió lesiones debe afrontar gastos médicos, farmacéuticos, etcétera, subsiste aun si es atendida en establecimientos públicos...*"; y que "*...La carencia de elementos probatorios (documentales, informativos, contables, etc.) que acrediten de que se hicieron desembolsos superiores a los importes mínimamente aceptados redundan en contra de la víctima...*" (Galdós, "Daños a las personas en la Provincia de Buenos Aires", pub en R.D.D. 2.004-3, determinación Judicial del Daño-I, págs. 96/7).-

Que en el caso de autos se encuentra fuera de discusión que con posterioridad al alta otorgada en el día la de intervención quirúrgica (7/09/2015), la accionante se vió forzada a trasladarse desde su domicilio en la ciudad de Pasteur a la ciudad de Lincoln, donde permaneciera internada en el Hospital de dicha ciudad entre el día 8/09/2015, hasta el día 10/09/2015, en que fuera derivada a la Clínica de la Comunidad de Médicos de Ensenada en donde permaneciera internada con evolución negativa, hasta que el día 7/10/2015 en el que se realizara la amputación del brazo derecho por sobre el codo, recibiendo el alta definitiva en fecha 17/10/2015.-

Traigo esto a colación puesto que si bien la accionante no produjo prueba específica tendiente a la acreditación de los gastos médicos farmacéuticos y de traslado, ninguna duda cabe respecto de su

existencia y de su importancia, máxime tomando en consideración que durante el prolongado período de internación (39 días) es lógico presumir que la misma debió ser asistida por algún familiar o allegado con los consecuentes gastos de traslado y alojamiento de los mismos, gastos que no se encuentran alcanzados por las coberturas sociales (conf. art. 384 del C.P.C.C.).-

En efecto, *"...La experiencia señala que aun en los mejores establecimientos de salud el servicio de enfermeras no suele brindar una completa o continua asistencia a los pacientes internados, por lo que en ocasiones resulta necesaria la presencia de otra persona que colabore en esa atención, sobre todo tratándose de lesiones de cierta gravedad..."* (Zavala de González, "Resarcimiento de daños. 2a Daños a las personas (integridad sicológica)", pág.125).-

Conforme a ello, estimo oportuno resarcir los gastos médicos, farmacéuticos y de traslado, en la suma de \$2.000.000 (conf. arts. 1746 del C.C.C. y art. 165 del C.P.C.C.).-

VI.- Pasando a la incapacidad sobreviniente reclamada por la accionante resulta preciso iniciar por aclarar que en el presente acápite habré de limitarme a analizar los alcances patrimoniales del rubro en revisión, debiendo diferirse el tratamiento de sus secuelas extrapatrimoniales para el momento de tratar los agravios existentes en torno al daño moral (conf. Zavala de Gonzalez, "Resarcimiento de Daños" T 2A, pág. 300 y sgtes).-

Aclarado ello, resulta oportuno recordar que la indemnización por incapacidad sobreviniente no se determina en base a una suma fija por cada punto de incapacidad sino, tomando en consideración la incidencia que las lesiones constatadas tienen en la capacidad de obrar y de realizar actividades susceptibles de tener un valor económico, tomando en consideración las condiciones personales del afectado (edad, actividad laboral, nivel de instrucción, etc.).-

Así se ha sostenido que: *"...Las indemnizaciones en sede civil no se las establece a la manera de una aplicación automática de una tabla de valores (baremos), donde cada punto de incapacidad otorgada tiene, conforme el Tribunal o juez sorteado, un valor diferente. En palabras de esta Sala, "la indemnización resulta ser un traje a medida", cuyos valores se establecen para cada caso, de acuerdo con las constancias objetivas de autos..."* (JUBA, Sumario: B5019878 CC0002 LM Im [3767 2007 12](#) S 10/03/2016); y que: *"...en materia de responsabilidad civil la cuantía indemnizatoria no se mide en base a porcentuales tabulados de incapacidad, ni mucho menos adjudicando una suma dineraria a cada punto que arrojen esas tablas, rigiendo en esta materia el principio de responsabilidad integral que busca restituir las cosas al estado en que estaban antes de ocurrir el hecho dañoso, para lo cual cuando la restitución en especie resulta imposible y debe ser reemplazada por su sucedánea dineraria, lo que se tiene en cuenta para fijar el monto indemnizatorio es la índole de las lesiones y de sus secuelas y el modo particular en que ellas inciden negativamente en la capacidad de obrar de la víctima teniendo en cuenta sus circunstancias personales..."* (JUBA, Sumario: B2005276, CC0002 SM 69349 9 D-141/15 S 30/06/2015).-

En esta dirección, es dable recordar que la determinación de los importes resarcitorios correspondientes al rubro en estudio, ha sido expresamente regulada en el nuevo C.C.C., cuyo art. 1.746 establece que la evaluación de la incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial debe ser realizada a través de un sistema matemático/actuarial que permita determinar un capital cuyas rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.-

Sentado ello, es dable aclarar que si bien la aplicación de dicho mecanismo no resultaba exigible en la reparación de los perjuicios regulados por Código civil, lo cierto es que doctrina y jurisprudencia anterior a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, ya postulaban su recepción a través de distintas fórmulas matemáticas/actuariales "Vuoto 1 y 2", "Marshall", "Las Heras Requena", "Mendez", "Acciarri", etc., (conf. Acciarri-Testa, "Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina para cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes", Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2.009, https://works.bepress.com/hugo_alejandro_acciarri/36/; Rossi, Jorge, "El art. 1746 del código Civil y Comercial y las fórmulas para calcular la incapacidad sobreviniente: A propósito de un fallo que aplica la fórmula "Acciarri" pub. en MJ-DOC-10358-AR/ MJD10358), las que precisamente tienen por finalidad resarcir íntegramente a quien sufre una incapacidad permanente, a través de un sistema actuarial que cumple las premisas receptadas por el art. 1.746 del nuevo C.C.C., criterio que fuera adoptado por éste Tribunal en distintos precedentes (ver "Buffoni, Enzo Fernando c/ Peralta Leonardo s/ Daños y Perjuicios", Expte. n°: JU-422-2014, L.S. n° 58, Nro de orden 210, del 21/09/17; "Gutierrez, Gregorio José c/ Lanzotti, Carlos y otro s/ daños y perjuicios", Expte: JU-312-2014, L.S. n° 59, Nro de orden 6, del 6/02/18, entre otros).-

Que en miras a determinar el monto indemnizatorio correspondiente conforme a los procedimientos actuariales referenciados, resulta necesario efectuar las precisar los siguientes datos de la ecuación a realizar:

1.- El término en que el accionante razonablemente habría continuando realizando actividades productivas o económicamente valorables. Para ello debe partirse de que al momento del hecho (07/09/2015) la accionante tenía 48 años de edad (conf. surge del DNI adjuntado a la demanda que consigna como fecha de nacimiento el 15/03/1.967), por lo que tomando en consideración que la actividad laboral en relación de dependencia se extiende hasta los 65 años (edad jubilatoria), a los que cabe agregar 10 años más en que el mismo habría realizado una actividad económica útil, aún no remunerada (valor sombra), límite temporal en que el capital indemnizatorio con más sus intereses debe agotarse.-

Conforme a ello, el monto indemnizatorio deberá ser estimado en base a los 27 años en que la accionante habría realizado actividades económicamente mensurables.-

2.- Estimación integral de las actividades productivas o económicamente valorables que la víctima habría previsible y razonablemente producido en un período anual, de no haber sufrido las lesiones incapacitantes.-

En miras de dilucidar la cuestión no debe perderse de vista que conforme al criterio del superior Provincial, que estimo extensible al nuevo código al no haber variado el perjuicio a resarcir que: "*...La indemnización de la incapacidad física sobreviniente debe ser fijada teniendo en cuenta la faz laborativa del damnificado así como sus otras actividades, considerando el sentido y alcance en que tal incapacidad ha venido a proyectar sobre toda su personalidad, debiendo atenderse a la edad, sexo y demás características personales del accidentado y a la incidencia que, en su caso, ha de portar aquella minoración para sus futuras posibilidades (conf. doct. art. 1068 y concs., Código Civil)...*" (SCBA LP C 109574 S 12/03/2014).-

A ello, cabe agregar que: "*...las incapacidades no inciden siempre ni sólo en el trabajo, sino en la genérica actividad humana. Se debe captar todo lo que una persona puede dar a la vida y recibir de ella, en asuntos importantes y triviales: actividades culturales o comunitarias no remuneradas...*

...el perjuicio patrimonial por incapacidad desborda ámbitos reputados como laborales por la tradición y comprende perturbaciones materiales que lesionan la productividad genérica. Dentro de ellas sobresalen los impedimentos para desplegar actos cotidianos que cubren necesidades, proporcionan servicios o brindan bienestar a sí mismo o a los allegados...

...en efecto, tiene significación económica no sólo la aptitud para trabajar a cambio de retribución, sino también la requerida para desenvolverse materialmente en múltiples ámbitos provechosos: la autoproduktividad, incluso para el propio consumo, y no sólo el logro de bienes exteriores delineados y tangibles... En otros términos, casi siempre hay un valor "de uso" de la productividad: lo que la persona hace para sí y sus allegados, y no sólo "de cambio" (despliegue de trabajo como contrapartida de ingresos)..." (Zavala de Gonzalez, "Desde la incapacidad laborativa a la incapacidad existencial", R.D.D. "Daños a la persona", 2009-3, págs. 100/2).-

Ahora bien, y tal como habré de precisar más adelante, encontrándose acreditado en autos que la accionante como consecuencia de la mala praxis sufrió secuelas que la incapacitan en forma parcial y permanente, ninguna duda cabe respecto a que la accionante ha acreditado con el grado de certeza requerida, la existencia de una pérdida en su aptitud de realizar actividad económicamente mensurable.-

Precisado ello, es dable señalar que si bien la actora en su escrito inicial invocó la realización de actividades como empleada doméstica, lo cierto es que la misma no produjo prueba específica a partir de la cual pueda tenerse por acreditada dicha actividad ni mucho menos los ingresos que percibía en la misma, razón por la cual conforme al criterio adoptado por éste Tribunal en innumerables precedentes, corresponde adoptar como pauta objetiva supletoria el Salario Mínimo Vital y Móvil que a la fecha asciende a la suma de \$234.315,12 (conf art. 1 inc. b Resolución 9/2024 Sec. de Trab. Empl. Seg. C.N.D.E.L.PY.S.M.V.Y.M.).-

A partir de ello habré de estimar las actividades productivas o económicamente valorables que la víctima habría previsible y razonablemente producido en un período anual en la suma de \$3.000.000 (conf. art. 165 del C.P.C.C.).-

3.- Porcentaje de incapacidad sufrido por el accionante a partir de la mala praxis que derivara en la amputación del brazo de la accionante:

En relación a este punto resulta de vital importancia el informe pericial médico producido por el Dr. Gomez, presentado en fecha 1/05/2022, en donde dictaminara: "...31. *Mano hábil, derecha...*

...Estas lesiones le han dejado secuelas que generan incapacidad.

Incapacidad:

-Amputación de brazo (supracondílea) por encima del codo sin afección del hombro: 55 %.

Ocasionándole una Incapacidad Parcial, Permanente y Definitiva del 55 % (cincuenta y cinco por ciento) de la Total Obrera según el Baremo General para el Fuero Civil de ALTUBE – RINALDI..." (sic.).-

Que dicho informe fue consentido por todas las partes intervinientes, no encontrando mérito alguno para apartarme de las conclusiones del especialista en este punto (conf. art. 474 del C.P.C.C.).-

En cuanto preexistencia de una dolencia incapacitante por parte de la accionante que motivara la intervención quirúrgica, planteada por la parte demandada adelanto que habré de desestimar toda incidencia

causal, no solo por no encontrarse dicho planteo pericialmente respaldado, sino también en virtud de la esperable mejora que dicha intervención quirúrgica habría de tener en la mano de la actora, de no haber mediado su amputación.-

Por el contrario, considero que la utilización de la prótesis que habré de tratar en el apartado siguiente justifica una reducción prudencial del porcentaje de incapacidad en un 10%, aplicable solo para la incapacidad sobreviniente no devengada, período en el cual es lógico suponer que el empleo de la prótesis habrá de disminuir el grado de incapacidad pericialmente determinado, posición que ya ha sido adoptada por éste Tribunal en casos análogos al de autos (Expte. n°: [3824-2013](#) "Hermann Mariana Sofía c/ Acosta Daniel y Otro s/ Daños y perjuicios", L.S. n° 58, Nro de Orden 95 del 27/04/2017), en miras de evitar un enriquecimiento incausado de parte de la accionante (conf. arts. 1.740, 1.794 y ccdtes. del C.C.C.).-

En efecto, resulta preciso recordar que *"...el principio de reparación plena o integral implica colocar al damnificado en una situación igual o similar a aquella en que se encontraba antes del hecho lesivo. En su aplicación práctica, dicho principio significa que la extensión del resarcimiento se define por la relación de causalidad adecuada: se resarce completamente el daño causado por el hecho... Dicha plenitud constituye una expresión del valor igualdad: se otorga a la víctima un resarcimiento equivalente al perjuicio, no más ni tampoco menos. Si la indemnización pecara por exceso, la víctima se enriquecería sin motivo.."* (Zavala de Gonzalez, "Resarcimiento de Daños" T 4, pág. 451).-

4.- Tasa de interés: por último, el sistema de renta capitalizada exige establecer una tasa de interés de descuento, consecuente con el hecho de que la víctima incrementa el propio patrimonio en una medida equivalente a ese valor, por haber percibido el capital íntegro en forma anticipada. Aunque como interés puro su porcentaje varía según país (riesgo y rentabilidad según su economía) y el distinto criterio de los autores y tribunales (con oscilación entre el 3% y el 8%) considero apropiado establecerlo en un 6% anual que era el predominante jurisprudencialmente en los años de baja inflación por el sistema de convertibilidad monetaria.-

Por tal razón y conforme al criterio ya adoptado por éste Tribunal (ver Expte. n°: JU-10399-2019 sentencia del 28/02/2023, RS-21-2023), no existe razón alguna que justifique reducir -mediante la mentada tasa de descuento- la indemnización correspondiente a un daño ya perfeccionado, en donde no existe el riesgo del enriquecimiento incausado que dicha tasa pretende evitar.-

En esta dirección explica Aciarri que: *"...Desde el momento del hecho y hasta la sentencia o momento posterior en que se calcule, el equivalente a la capacidad perdida para ese período puede calcularse directamente como se calculan deudas vencidas..."* (Aplicación de fórmulas de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad según el Código Civil y Comercial, pub "En prensa en Jurisprudencia Argentina, 2016").-

En la misma dirección se ha sostenido respecto a la incapacidad sobreviniente producida entre el hecho dañoso y el dictado de la sentencia: *"...Aquí no se aplicará la fórmula Aciarri, sino que se lo cuantificará como una deuda ordinaria en mora..."* (Rossi, "Determinación y Cuantificación del Daño", pág. 127; concuerda también Sagarna, "Las fórmulas matemáticas del art. 1.746 del Código Civil y Comercial", pub. en revista de Responsabilidad Civil y Seguros año XIX. Número 11-Noviembre 2017, pág. 5/6).-

En la misma dirección se ha resuelto que: *"...1. Ahora bien, en la medida en que la fórmula resulta de utilidad para la justipreciación de las ganancias futuras frustradas, corresponde realizar un cálculo*

diferente y separado correspondiente a los ingresos pasados caídos desde la fecha en que pudo reintegrarse a las tareas laborales (sesenta días posteriores al hecho) y hasta la actualidad....

...La indemnización por incapacidad sobreviniente correspondiente al momento de la finalización de las terapias curativas y hasta la fecha de la presente sentencia deben estimarse por separado puesto que, tal como apunta con acierto Acciarri, no hay allí un ingreso futuro frustrado sobre el cual corresponda aplicar la mentada fórmula sino un ingreso pasado ya perdido, por lo que cabe analizarlo como una deuda ordinaria en mora..." (Cámara Civil y Comercial Sala 2° de Mar del Plata, Expediente n° 161.169, RUIZ DIAZ, José Aurelio c. KREYMEYER, Iván y otra s/ Daños y perjuicios", L.S n° 196, del 18/08/2016).-

Conforme a lo hasta aquí expuesto es que habré de desglosar la estimación de la incapacidad sobreviniente reclamada, diferenciando los períodos anteriores al dictado de la sentencia -sin fórmula matemática actuarial- y los posteriores al dictado de la sentencia.-

-Incapacidad sobreviniente devengada desde la fecha del hecho 7/09/2015, hasta el sorteo de las presentes (15/04/2024): tomando en consideración el tiempo transcurrido 115 meses, el ingreso anual estimado (\$3.000.000); el porcentaje de incapacidad pericialmente determinado (55%), es que corresponde fijar su reparación en la suma de \$15.812.500.-

-Incapacidad sobreviniente futura: aquí corresponde estimar su reparación en base a los parámetros señalados, con excepción de los años de incapacidad a resarcir, los que deben ser reducidos tomando en consideración la edad actual de la accionante (57 años), es decir restan 18 años a computar, y deduciendo la incidencia favorable que la prótesis habrá de tener en la incapacidad constatada, la que estimaré reducida al 45% ; lo que conforme a la fórmula que transcribo a continuación da un total de \$14.617.264,70.-

Por las razones expuestas es que estimo procedente fijar la reparación de la incapacidad sobreviniente en la suma total de \$30.429.764,70 conf. art. 1.746 del C.C.C.-

VII.- Pasando al análisis de la procedencia de los reparación reclamada en concepto de gastos ciertos futuros tendientes a la adquisición mantenimiento y renovación de una prótesis para el brazo que sufriera la amputación.-

En relación a este punto no debe perderse de vista que: "...El resarcimiento de daños importa reponer las cosas al estado anterior en que se encontraba el damnificado frente al suceso lesivo. De modo tal que, en los supuestos en que se prueba la disminución o afectación de la integridad corporal de la víctima, y para el caso de resultar necesaria la utilización de una prótesis que sustituya, por ejemplo, un miembro dañado, es procedente el reclamo para que se cubra la adquisición de tales elementos. Es también parte de los gastos necesarios para la curación y convalecencia de la víctima (art. 1.086, CCiv.). Deberá valorarse si es para toda la vida o por un lapso determinado y, también la posibilidad de que necesite su recambio, por una vez y en forma periódica..." (Abrevaya, "El daño y su Cuantificación Judicial", pág. 284).-

Y que: "...El daño emergente futuro no es el que eventual o hipotéticamente pudiera ocurrir (condiciones que no deslucen al lucro cesante), sino el que ha de acontecer necesariamente..." (SCBA LP C 104616 S 27/06/2012).-

Si bien, la doctrina y jurisprudencia transcrita fueron elaboradas a la luz del régimen del Cód. Civ., estimo que las mismas resultan aplicables al nuevo C.C.C., cuyo artículo 1.740 expresamente abraza el principio de reparación integral.-

Asimismo es dable destacar que la necesidad de adquirir una prótesis se presenta como una consecuencia que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas en aquellos casos como el de autos, en que se produce la amputación de un brazo por necrosis isquémica derivada de la mala praxis de los profesionales intervinientes (conf. art. 1727 del C.C.C.), razón por la que habré de desestimar los planteos defensivos dirigidos a desconocer dicha circunstancia, afirmando su naturaleza remota.-

Precisado ello habré de comenzar por señalar que la necesidad y conveniencia de la utilización de la prótesis reclamada por la accionante se encuentra en autos pericialmente respaldada, sin que las impugnaciones formuladas por las partes hayan logrado afectar su valor de convicción (conf. art. 474 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

Así, la perito oficial Mingorance en su presentación del 28/04/20121 dictaminó que: "...Se informa que es necesario la colocación de una prótesis para mejorar la calidad de vida de la evaluada, si bien ella se ha ido adaptando a su condición actual (amputación-1/3 distal humeral derecho por encima de codo), en forma notable, la misma no es urgente (hechos en 2015)..." (sic).-

Por su parte en la ampliación efectuada en fecha 10/05/2023 amplió explicando que: "... El tratamiento se basa en diversas evaluaciones, sobre todo mioeléctricas y de calidad muscular, consta de tres partes: la rehabilitación preprotésica (donde el aspecto psicológico, la rehabilitación ortopédica y el trabajo con vistas a la adaptación de la prótesis son los tres objetivos esenciales), la rehabilitación con la prótesis (que se realiza en tres fases y se basa en la adquisición de una base técnica sólida, sin omitir el desarrollo de la «sensibilidad» y de la «velocidad» con la prótesis) y la readaptación (donde el paciente debe poner en práctica sus logros en su vida diaria y laboral, la conducción de vehículos y la práctica deportiva

La rehabilitación temprana facilita la recuperación y el éxito futuro en el uso de una prótesis. Cuando sea posible, la rehabilitación comienza antes de la amputación y en casos no selectivos, tan pronto como el primer día posoperatorio.

Preparación física: Tiene por objetivo estabilizar el muñón tanto en el aspecto cutáneo como del trofismo. El mantenimiento del potencial articular y muscular es, por supuesto, primordial. (El hecho fue 2015)

El manejo posoperatorio inmediato incluye medidas para

Mantener la amplitud de movimiento para prevenir las contracturas articulares (ver medicación habitual en mi pericia)

Mantener o aumentar la fuerza y el estado de acondicionamiento general

Manejar el edema (p. ej., por compresión)

Siempre que la recuperación lo permita, los pacientes deben comenzar a desensibilizar el muñón residual terminal mediante masaje, pequeños golpes, vibración y carga progresiva. Deben fomentarse hábitos alimentarios saludables

La demora en la colocación de una prótesis de miembro superior puede tener consecuencias como dolor persistente en el muñón residual, hipersensibilidad grave (tanto superficial como en tejidos más profundos), insuficiencia circulatoria, degradación de la piel y edema del miembro residual

Cuando el miembro residual ha cicatrizado y el volumen de líquido es bastante estable, generalmente de 6 a 10 semanas después de la cirugía pero durante más tiempo si hay complicaciones, a la persona afectada se le coloca una prótesis preparatoria. Una prótesis preparatoria es una prótesis temporal que permite soportar peso progresivamente y cambiar componentes, lo cual es necesario a medida que la persona se acostumbra a realizar distintas actividades.

Cuando el volumen y la forma se han estabilizado en un grado razonable, se coloca una prótesis definitiva, mientras la persona amputada continúa usando la prótesis preparatoria.

Con la prótesis de miembro superior, una vez lograda la comodidad y la estabilidad, el protésico ajusta las articulaciones y los apéndices para maximizar la funcionalidad. La rehabilitación con un terapeuta ocupacional o un fisioterapeuta consiste en ejercicios específicos diseñados para fortalecer los músculos del muñón y mantener su flexibilidad, así como en enseñar a la persona a utilizar la prótesis para las actividades diarias.

Además de mejorar la movilidad y la independencia, las ventajas del ajuste temprano de la prótesis consisten en lograr una mejor aceptación de la amputación, restaurar la imagen corporal y reducir el dolor del miembro fantasma (si lo presenta)

Ya contestado en mi pericia “Los costos son resorte de la auditoría médica, especialidad ajena a la medicina legal

Además, en este caso particular se deberá determinar costo de la prótesis a colocar con presupuestos actualizados en Ortopedias”

La duración de adaptación de una persona a una prótesis, varía

Las probabilidades de éxito de una prótesis aumentan cuando el equipo clínico involucrado está formado por muchos tipos diferentes de profesionales, dependiendo de las necesidades de la persona. Como mínimo, los miembros del equipo central comprenden al cirujano, al protésico y al fisioterapeuta. Los protésicos son expertos que evalúan las capacidades funcionales generales de la persona amputada y desarrollan un plan de tratamiento protésico, que incluye el diseño, ajuste, fabricación y calzado de la

prótesis, además de proporcionar atención de seguimiento de por vida para mantener la prótesis y brindar asesoramiento e instrucciones sobre su cuidado. Para casos más complejos, el equipo también podría incluir un fisiatra, un terapeuta ocupacional, un trabajador social, un psicólogo y miembros de la familia.

Los componentes de la prótesis están personalizados para ayudar a los usuarios a alcanzar sus diferentes objetivos. Los avances en los materiales de amortiguación, el diseño protésico del receptáculo y la tecnología de componentes para manos, muñecas y codos han mejorado significativamente la comodidad y la funcionalidad de las prótesis.

El ajuste de la prótesis es una habilidad especializada. Los ajustes físicos y mentales necesarios para funcionar con la prótesis también pueden ser difíciles para las personas amputadas. Por lo tanto, todo el proceso de selección y ajuste de los componentes y evaluación de la funcionalidad general de la prótesis es un reto y lleva mucho tiempo. No todos los pacientes son candidatos para todo tipo de prótesis..." (sic.)

Por su parte, el perito médico en ortopedia y traumatología Dr. Gómez, en su presentación del 1/05/2022 al contestar los puntos de pericia de la accionante dictaminó que:

"...23- La Sra. Potes puede ser equipada con una prótesis de amputación para miembro superior (MS).

El uso de una prótesis no solo la beneficia en las cuestiones de las actividades diarias sino en la adaptación y aceptación al medio social.

Previamente a ser equipado, todo paciente requiere de un entrenamiento, que comienza con la preparación del muñón y con la adaptación a una pre prótesis.

24- A menor tiempo para ser equipada, mejor y más rápida adaptación.

25- Ya se encuentra en condiciones óptimas para equipamiento.

26- Tiene indicada una prótesis biónica para amputación de miembro superior sobre codo con múltiples articulaciones de accionamiento mioléctrico y por respuesta gestual.

Sistema quantum con selección de agarre por proximidad a objetos.

Codo de accionamiento mioléctrico. Guante cosmético de alta definición.

27, 32, 33, 34- Los precios de la prótesis de amputación de MS por encima del codo con las características solicitadas oscilan entre los 15.000 y los 18.000 usd (dólares) y el precio de los servicios necesarios para el mantenimiento del equipamiento en unos 150 usd, una vez al año, con controles semestrales, y cambio de baterías cada 20 a 24 meses.

La vida útil de las prótesis es impredecible ya que dependen del uso que se les dé, pero se estima en unos 6 años para una persona joven y activa, que con el avance del tiempo (edad) y dependiendo siempre de las actividades que realice se puede extender a 8 años.

28, 29, 30- La prótesis indicada se condice con las afecciones de la actora, y es la mejor del mercado, nacional e internacional..." (sic.)-

A partir de lo hasta aquí expuesto habré de tener por acreditada la conveniencia de que la

accionante sea equipada con una prótesis biónica para amputación de miembro superior sobre codo con múltiples articulaciones de accionamiento mioléctrico y por respuesta gestual, con sistema quantum con selección de agarre por proximidad a objetos y con codo de accionamiento mioléctrico y guante cosmético de alta definición.-

Por su parte, tomando en consideración la edad actual de la accionante (57 años) su expectativa de vida (75), tengo por acreditado que la misma necesitará al menos 3 prótesis nuevas, deberá realizar 18 mantenimientos anuales por un costo estimado de U\$S150 cada uno, y un total de 36 controles semestrales, y 9 cambios de pilas (cada 2 años), para todo lo cual deberá viajar a la ciudad autónoma de Buenos Aires, con los gastos que ello habrá de irrogar para la accionante.-

Asimismo es dable destacar que en fecha 9/06/2022 se adjuntó un presupuesto emitido en fecha 4/06/2022 por "Ortopedia Alemana" correspondiente a un prótesis acorde a la recomendada por la suma total de \$12.905.855.-

Conforme a lo hasta aquí expuesto es que habré de receptor el daño futuro reclamado en concepto de adquisición, mantenimiento y sustitución de prótesis en la suma de \$40.000.000 estimado al 4/06/2022 en que se emitiera el último presupuesto estimado, tomando en consideración que la cotización del dolar mep a esa fecha rondaba la suma de \$230 (conf. arts. 1.740 y ccdtes. del C.C.C. y art. 165 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

VIII.- En cuanto a las reparaciones reclamadas en concepto de asistencia psicológica, psiquiátrica y de terapeuta ocupacional, considero que no habiendo acreditado la accionante con el grado de certeza requerido su necesidad, es que habré de propiciar su rechazo con costas a cargo de la accionante (conf. arts. 68, 375 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

No debe perderse de vista que conforme a la doctrina y jurisprudencia son contestes en sostener que: *"...Cuando se acciona en virtud de la responsabilidad contractual o extracontractual, el perjuicio para que sea resarcible debe ser cierto, corriendo su prueba por cuenta del que lo reclama, quien debe demostrarlo de manera fehaciente, siendo ineficaz la mera posibilidad de producción de ese perjuicio. Para el derecho la prueba del daño es capital. Un daño no acreditado carece de existencia..."* (SCBA LP C 111739 S 19/12/2012, Zavala de Gonzalez, "Actuaciones por daños" págs76 y sgtes.).-

IX.- En cuanto al daño moral resulta oportuno iniciar por recordar siguiendo a Pizarro que el mismo importa: *"...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..."* ("Daño Moral", pág. 47).-

A lo antes expuesto cabe agregar que en aquellos casos como el de autos en donde se ha verificado un perjuicio en la integridad física del accionante se ha sostenido que: *"...La incapacidad determina siempre una obligación resarcitoria del daño moral por el responsable. Es que toda lesión a la incolumidad del sujeto repercute negativamente en sus afecciones y con mayor razón si ello implica secuelas aminorantes no corregibles por tratamiento terapéutico..."* (Zavala de Gonzalez, "Resarcimiento de daños", T 2A, pág. 302).-

Que en el caso de autos tomando en consideración la importancia de las lesiones constatadas

que derivaran en la amputación quirúrgica del brazo derecho de la actora, quien asimismo debiera soportar una extensa internación (39 días), con los lógicos sufrimientos que dicha circunstancia necesariamente le ha ocasionado en su vida en relación, me llevan a estimar la reparación reclamada en este concepto en la suma de \$12.000.000 (conf. art. 1.741 del C.C.C.)-

X.- Llegado a este punto y en forma previa a la determinación de los intereses aplicables al capital resarcitorio receptado, y a la actualización de los límites de cobertura invocados por las citadas en garantías aquí condenadas, resulta ineludible analizar el cambio de doctrina legal recientemente sentado por el Superior Provincial en la causa causa C. 124.096, "Barrios, Héctor Francisco y otra contra Lascano, Sandra Beatriz y otra. Daños y perjuicios", en fecha 17/04/2024, pronunciamiento cuyo seguimiento no solo resulta obligatorio para éste Tribunal, sino que también encuentro ajustado a la situación económica existente en nuestro país, la que impone la adopción de sistemas de actualización de las obligaciones dinerarias a fin de evitar que el proceso inflacionario, afecte irremediablemente la equidad y equilibrio que todo pronunciamiento judicial debe procurar restablecer.-

Paso a reseñar sucintamente los apartados que estimo más relevantes del voto del Dr. Soria en el precedente en cuestión:

"...El núcleo del problema está centrado en la interdicción legal de la actualización, reajuste o indexación de las obligaciones dinerarias expresadas en moneda de curso legal (arts. 7 y 10, ley 23.928, texto según ley 25.561). La interpretación judicial vigente preconiza agregar al capital histórico un interés moratorio a la tasa pasiva digital más alta del Banco Provincia. Este mecanismo se completa con la inadmisión de toda alternativa de repotenciación, incluyendo el tramo dinerario de las deudas de valor.

En tales condiciones, el ceñido esquema que impone la ley antes citada, en más de un supuesto facilita la licuación del capital adeudado y provee soluciones alejadas de los intereses económicos en presencia. Ello explica que haya proliferado un conjunto de regulaciones de distinta índole y jerarquía que, eludiendo o exceptuada la prohibición legal, han consagrado mecanismos de ajuste o indexación, de modo puntual o sectorial....

... La Corte federal ha resuelto que "[l]as leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, y está destinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción (Fallos: 241:291 y 328:566)" (Fallos: 337:530, "Pedraza", sent. de 6-V-2014, considerando 6).

En esa ocasión puso de resalto que "ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas".

De allí que se comprenda que, en estos casos, el alto tribunal se haya planteado si una determinada norma legal "pudo haber devenido -con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas contraria a la función que la Constitución le encomienda..." (Fallos 338:721, "Anadon", sent. de 20-VIII2015)...

...El corolario de todo lo expuesto es inequívoco: el art. 7 de la ley 23.928, texto según ley 25.561, en su aplicación al caso, debe ser descalificado porque desconoce el principio de razonabilidad, el derecho de propiedad del reclamante y no permite proveer una tutela judicial eficaz (arts. 1, 17, 18, 28 y concs., Const. nac.)..." (sic. el resaltado en negrita me pertenece).-

Conforme a lo hasta aquí y siguiendo la doctrina legal del Superior Provincial es que habré de declarar la inconstitucionalidad del art. 7 de la ley 23.928 (T.O ley 25.561), en cuanto prohíbe la actualización o indexación de obligaciones dinerarias (arts. 1, 17, 18, 28 y concs., Const. nac.).-

En relación a este punto, cabe señalar que, si bien es cierto que la parte accionante no introdujo estrictamente un planteo de inconstitucionalidad del artículo 7 de la ley 23.928, también lo es que en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, recaída en fecha 14/9/2011 en la causa C. 100.285 "R., A. H. c/ Kelly, Santiago y otros s/ Daños y Perjuicios", el Dr. Hitters sostuvo que el control de constitucionalidad y convencionalidad puede hacerse de oficio, en tanto que el Dr. Pettigiani expuso que los tribunales de justicia tienen la potestad de abordar, aún de oficio, la cuestión atinente a la constitucionalidad o razonabilidad de una norma.-

XI.- En cuanto a la forma en que habrá de liquidarse la reparación fijada en la presente, es dable señalar siguiendo al Superior Provincial que: *"...En este estado de cosas, la doctrina legal del Tribunal ha devenido inadecuada en cuanto mantiene como única respuesta el reconocimiento de los intereses calculados a la tasa pasiva sobre el capital de origen. Debe ser revisada, juntamente con la revisión de la aplicabilidad a ultranza de la regla del nominalismo. El bloqueo que surge del art. 7 de la ley 23.928, reformado por la ley 25.561, hace mella en el equilibrio de las prestaciones y conduce a la merma de su virtualidad regulatoria, así como a su ineficacia para orientar las expectativas de los agentes económicos. En tales circunstancias, el criterio vigente entra en crisis..."*

...Por cuanto se refiere a las obligaciones de valor, cabe precisar que, al margen de lo que pudiere surgir de algún régimen especial, para aquel tipo de deudas es aplicable la doctrina legal establecida en los precedentes "Vera" y "Nidera" (C. 120.536 y C. 121.134), ya mencionados. A los fines de hacer viable la conservación del valor del capital, corresponde en principio mantener el criterio o parámetro de referencia para la determinación del valor actual de lo debido, establecido o adoptado por el órgano jurisdiccional de la instancia pertinente. La suma resultante podrá, a partir de allí, ajustarse por índices conforme a los términos de la presente sentencia en función de las circunstancias del caso..."

...Una vez determinado de la manera antes señalada el justiprecio actual del daño o de la prestación, al expresarlos en la condena dineraria podrá, a partir de allí, ser de aplicación el mecanismo de actualización que surge de la presente sentencia, cuidando de evitar que el reconocimiento patrimonial final del capital exceda el valor real de la prestación debida...." (S.C.B.A. causa C. 124.096, "Barrios, Héctor Francisco y otra contra Lascano, Sandra Beatriz y otra. Daños y perjuicios", del 17/04/2024).-

Conforme a lo hasta aquí expuesto, a los importes resarcitorios corresponde:

1.- aplicarle la tasa de interés moratorio del 6% anual desde la fecha en que se originaran los perjuicios receptados (7/09/2015), hasta el momento del dictado de la presente sentencia por resultar el momento en que fueran estimados los daños, con excepción de los gastos de adquisición, mantenimiento y sustitución de prótesis que fueran estimados al 4/06/2022 (conf. arts. 772,1.748 y ccdtes. del C.C.C.).-

2.- Que a partir de tales momentos y conforme a la doctrina legal sentada en el caso "Barrios", corresponde aplicar un sistema de actualización del capital -sin capitalizar los intereses devengados- hasta el efectivo pago, que preserve el valor real de la prestación debida.-

A tal fin habré de propiciar la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) "Nivel General" (Var Interanual IPC Nacional) publicado por el INDEC en su página web

(<https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-3-5-31>), el que estimo como el mecanismo mas acorde en miras de resguardar el valor real de la prestación debida.-

Sin perjuicio de ello, y tal como lo informa el propio organismo "*Los índices de precios se elaboran con frecuencia mensual*" (sic https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/economia/como_usar_indice_precios_2022.pdf), a lo que es dable agregar que su publicación no se realiza en forma inmediata una vez culminado cada mes.-

Por tal razón, y a fin de evitar los problemas que dicha metodología necesariamente habrá de producir a la hora de su aplicación por días, y en miras de facilitar tanto su liquidación, imputación de pagos parciales, como el cumplimiento de la sentencia al condenado, es que considero preciso efectuar la siguiente salvedad: al importe de capital receptado en la sentencia deberá aplicársele el coeficiente de estabilización de referencia (CER) publicado por el B.C.R.A., desde el día en que fuera estimado el perjuicio hasta el fin de dicho mes.-

Entre dicho mes y hasta el último I.P.C. publicado deberá aplicarse dicho índice (I.P.C.), y desde allí hasta el efectivo pago o fecha en que se practique liquidación, nuevamente el C.E.R..-

3.- Al capital actualizado por dicho mecanismo se le deberá aplicar nuevamente la tasa de interés pura del 6% anual desde la fecha de estimación del perjuicio y hasta su efectivo pago (conf. S.C.B.A. causa C. 124.096, "Barrios, Héctor Francisco y otra contra Lascano, Sandra Beatriz y otra. Daños y perjuicios", del 17/04/2024 apartado VI. 2).-

XII.-Pasando al límite de cobertura invocado por las citadas en garantía es dable recordar que conforme al criterio sentado por el Superior Provincial en la causa C.119.088 "Martínez, Emir c/ Boito, Alfredo Alberto s/ Daños y perjuicios", el mismo deberá ser actualizado a los valores vigentes al momento en que los daños fueran mensurados.-

Que dicha cuestión, también fue reseñada por el Superior Provincial en los antecedentes de la causa "Barrios" (SCBA C. 124.096, del 17/04/2024) en donde se recordara: "*...Poco antes se había resuelto el caso "Martínez" (causa C. 119.088, de 21-II-2018). Para mantener la justa homogeneidad de los valores implicados y, al mismo tiempo, ajustarse a la realidad económica, este Tribunal condenó a la compañía aseguradora a calcular, al momento de la evaluación judicial del daño, la cuantía de la cobertura básica debida; esto es, no ya según la cifra nominal de la póliza, sino a tono con los montos definidos en la sentencia definitiva. El respeto al valor de la prestación llevó a establecer ese cálculo de la cobertura asegurada, en lugar de considerarla a su monto histórico, lo cual supuso a la vez decidir la inoponibilidad al asegurado y a la víctima de la delimitación cuantitativa del riesgo originariamente estipulada, al menos de una inteligencia literal de su cuantía....*" (sic. el reslatado en negrita me pertenece).-

Precisado ello, considero que la doctrina legal sentada por la S.C.B.A. en el precedente Martínez, debe ser reinterpretada a la luz de la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 de la ley 23.928 (T.O ley 25.561), en cuanto prohíbe la actualización o indexación de obligaciones dinerarias resuelta en el precedente Barrios al que se hiciera alusión en los apartados precedentes.-

A partir de ello, y tratándose en definitiva de una obligación dineraria, cuya real dimensión frente al daño a resarcir para el cual fuera específicamente contratado, se ha visto totalmente desdibujada por el proceso inflacionario desencadenado en nuestro país, y en miras de resguardar la proporción en que el perjuicio ocasionado se encontraba comprendido dentro de la cobertura contratada, es que considero que el

límite de cobertura asegurado debe ser actualizado con el mismo mecanismo que el establecido para la indemnización, lógicamente que sin intereses, desde a la fecha del hecho hasta el dictado de la sentencia en que se valuaran los perjuicios (conf. art. 109, 116 y ccdtes de la Ley de Seguro y arts. 965, 966, 281, 1.012, 1.093 y ccdtes. del C.C.C.).-

XIII.- Es por las razones hasta aquí expuestas que habré de proponer a éste Tribunal, hacer lugar al recurso de apelación en tratamiento y consecuentemente, receptar la demanda entablada por la Sra. Mirta Haydee Potes contra Alvaro Andrés; Ciro Simón; Clínica Oeste S.A. y las citadas en garantía Federación Patronal Seguros S.A. y TPC Compañía de Seguros S.A, en la medida de la cobertura asegurada debidamente actualizada, condenando a éstos últimos a abonar a la accionante las siguientes reparaciones: en concepto de gastos médicos, farmacéuticos y de traslado, la suma de \$2.000.000; en concepto de incapacidad sobreviniente la suma de \$30.429.764,70, en concepto de daño futuro reclamado en concepto de adquisición, mantenimiento y sustitución de prótesis la suma de \$40.000.000 -estimado al 4/06/2022-, en concepto de daño moral la suma de \$12.000.000, todas ellas con mas sus intereses y actualizaciones conforme lo ordenado en el apartado XI.-

Las costas de ambas instancias se imponen a cargo de las condenadas vencidas, con excepción de las correspondientes a los gastos psicológicos, psiquiátrica y de terapeuta ocupacional, que fueran íntegramente rechazados, las que quedan a cargo de la accionante (conf. arts. 68, 274 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

TAL ES MI VOTO.-

El Señor Juez Dr. Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Volta, dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso: -artículo 168 de la Constitución Provincial-, estimo que **CORRESPONDE:**

I.- HACER LUGAR al recurso de apelación en tratamiento y consecuentemente, RECEPTAR la demanda entablada por la Sra. Mirta Haydee Potes contra Alvaro Andrés; Ciro Simón; Clínica Oeste S.A. y las citadas en garantía Federación Patronal Seguros S.A. y TPC Compañía de Seguros S.A, en la medida de la cobertura asegurada debidamente actualizada, condenando a éstos últimos a abonar a la accionante las siguientes reparaciones: en concepto de gastos médicos, farmacéuticos y de traslado, la suma de \$2.000.000; en concepto de incapacidad sobreviniente la suma de \$30.429.764,70, en concepto de daño futuro reclamado en concepto de adquisición, mantenimiento y sustitución de prótesis la suma de \$40.000.000 -estimado al 4/06/2022-, en concepto de daño moral la suma de \$12.000.000, todas ellas con mas sus intereses y actualizaciones conforme lo ordenado en el apartado XI.-

II.- Las costas de ambas instancias se imponen a cargo de las condenadas vencidas, con excepción de las correspondientes a los gastos psicológicos, psiquiátrica y de terapeuta ocupacional, que fueran íntegramente rechazados, las que quedan a cargo de la accionante (conf. arts. 68, 274 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

III.- DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad (conf. art. 31 de la L.H.).-

ASI LO VOTO.-

El Señor Juez Dr. Castro Durán, aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, dictándose la siguiente **SENTENCIA**:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y arts. 266, 267 del CPCC, **se resuelve**:

I.- HACER LUGAR al recurso de apelación en tratamiento y consecuentemente, RECEPTAR la demanda entablada por la Sra. Mirta Haydee Potes contra Alvaro Andrés; Ciro Simón; Clínica Oeste S.A. y las citadas en garantía Federación Patronal Seguros S.A. y TPC Compañía de Seguros S.A, en la medida de la cobertura asegurada debidamente actualizada, condenando a éstos últimos a abonar a la accionante las siguientes reparaciones: en concepto de gastos médicos, farmacéuticos y de traslado, la suma de \$2.000.000; en concepto de incapacidad sobreviniente la suma de \$30.429.764,70, en concepto de daño futuro reclamado en concepto de adquisición, mantenimiento y sustitución de prótesis la suma de \$40.000.000 -estimado al 4/06/2022-, en concepto de daño moral la suma de \$12.000.000, todas ellas con mas sus intereses y actualizaciones conforme lo ordenado en el apartado XI.-

II.- Las costas de ambas instancias se imponen a cargo de las condenadas vencidas, con excepción de las correspondientes a los gastos psicológicos, psiquiátrica y de terapeuta ocupacional, que fueran íntegramente rechazados, las que quedan a cargo de la accionante (conf. arts. 68, 274 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

III.- DIFERIR la regulación de honorarios para su oportunidad (conf. art. 31 de la L.H.).-

Regístrese, notifíquese automáticamente, conforme lo dispuesto por el art. 10 del Ac. 4013 SCBA. y oportunamente remítanse al juzgado de origen.-

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----



VOLTA Gaston Mario
JUEZ

CASTRO DURAN Ricardo Manuel
JUEZ

DEMARIA Pablo Martín
SECRETARIO DE CÁMARA

[Volver al expediente](#) [Volver a la búsqueda](#) [Imprimir](#) ^