Datos del Expediente

Carátula: TORMOS RAUL ALFREDO C/ MONTAGNA JOSE LUIS Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.RESP.PROFESIONAL (EXCLUIDO ESTADO)

Fecha inicio: 25/10/2024 **Nº de Receptoría:** JU - 7404 - 2021 **Nº de Expediente:** JU - 7404 - 2021

Estado: Fuera del Organismo

Pasos procesales:

Fecha: 04/09/2025 - Trámite: SENTENCIA DEFINITIVA - (FIRMADO)

Anterior**04/09/2025 11:19:40 - SENTENCIA DEFINITIVA**Siguiente

REFERENCIAS

Domic. Electrónico de Parte Involucrada 20241532802@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domic. Electrónico de Parte Involucrada 27258213241@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domic. Electrónico de Parte Involucrada 27305734611@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Funcionario Firmante 04/09/2025 11:19:39 - CASTRO DURAN Ricardo Manuel - JUEZ

Funcionario Firmante 04/09/2025 11:19:49 - VOLTA Gaston Mario - JUEZ

Funcionario Firmante 04/09/2025 11:19:57 - DI PIETRO Natalia Paola - SECRETARIO DE CÁMARA

Sentido de la Sentencia MODIFICA

-- **NOTIFICACION ELECTRONICA**

Fecha de Libramiento: 04/09/2025 11:20:33

Fecha de Notificación 05/09/2025 00:00:00

Notificado por Di Pietro Natalia Paola

-- **REGISTRACION ELECTRONICA**

Año Registro Electrónico 2025

Código de Acceso Registro Electrónico 433676FB

Fecha y Hora Registro 04/09/2025 11:20:12

Número Registro Electrónico 154

Prefijo Registro Electrónico RS

Registración Pública SI

Registrado por Di Pietro Natalia Paola

Registro Electrónico REGISTRO DE SENTENCIAS

Texto del Proveído

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

‰7Hè1è'd+9mŠ

234000170007681125

Expte. n°: JU-7404-2021 TORMOS RAUL ALFREDO C/ MONTAGNA JOSE LUIS Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.RESP.PROFESIONAL (EXCLUIDO 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 Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Doctores RICARDO MANUEL CASTRO DURAN y GASTON MARIO VOLTA, en causa nº JU-7404-2021 caratulada: "TORMOS RAUL ALFREDO C/ MONTAGNA JOSE LUIS Y OTRO/A S/ DAÑOS Y PERJ.RESP.PROFESIONAL (EXCLUIDO ESTADO)", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Castro Durán y Volta.-

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. Castro Durán, dijo:

I- En fecha 12/8/2024, el Juez titular del juzgado de primera instancia n° 1, Dr. Fernando Horacio Castro Mitarotonda, dictó sentencia, por la que receptó la pretensión deducida por Raúl Alfredo Tormos contra José Luis Montagna y "La Pequeña Familia S.A.", condenando a estos últimos a pagar a aquel, la suma de $ 6.240.000, comprensiva de las siguientes indemnizaciones: de $ 800.000 por gastos médicos, de $ 3.400.000 por incapacidad sobreviniente, de $ 240.000 por daño psicológico y de $ 1.800.000 por daño moral. Dispuso que todas esta sumas actualizadas en base al CER y al IPC, se le apliquen intereses al 6% anual. Hizo extensiva la condena a "TPC Compañía de Seguros S.A.", en la medida de la cobertura. Impuso las costas a la demandada, excepto las correspondientes a los desestimados reclamos indemnizatorios por los rubros lucro cesante y daño punitivo, que se las cargó al actor, y finalmente, difirió la regulación de honorarios profesionales.

De tal modo, el sentenciante de origen se expidió acerca de la pretensión encaminada a la indemnización de los daños que alegó haber padecido el accionante, a causa de la deficiente actuación profesional que le atribuyó al demandado, desplegada en la clínica de la persona jurídica codemandada.

II- Contra este pronunciamiento, interpusieron sendas apelaciones: en fecha 15/8/2024, José Luis Montagna y la Dra. María Clarisa Barri como apoderada de "La Pequeña Familia S.A."; en fecha 15/8/2024, el Dr. Santiago Andrés Ves Losada, en carácter de apoderado del actor; y en fecha 20/8/2024, la Dra. Natalia Rodríguez, en representación de la citada en garantía.

III- Concedidos libremente dichos recursos, el expediente fue remitido a esta Cámara, donde, previa radicación, la parte actora y la parte demandada adjuntaron las correspondientes expresiones de agravios, en fechas 7/11/2024 y 12/11/2024.

IV- En la primera de dichas presentaciones, los Dres. Santiago Andrés Ves Losada y Gustavo Armando Farina, en representación del actor, impugnaron: las indemnizaciones concedidas por incapacidad sobreviniente y daño moral, el rechazo del reclamo por daño punitivo, y la delimitación de la extensión de la condena a la citada en garantía.

V- En presentación de fecha 12/11/2024, el médico demandado y la persona jurídica codemandada, impugnaron: la condena que les fue impuesta, las indemnizaciones concedidas por incapacidad sobreviniente, daño moral y gastos terapéuticos y de traslado; y el límite de cobertura establecido.

VI- En fecha 21/11/2024 se declaró desierta, por falta de fundamentación, la apelación de la citada en garantía, y simultáneamente se corrió traslado de las expresiones de agravios presentadas por las partes actora y demandada, quienes lo contestaron en fecha 28/11/2024, solicitando cada una la desestimación de la apelación de la otra; luego de lo cual, previa desestimación de la prueba documental ofrecida por la demandada, se dictó el llamamiento de autos para sentencia, cuya firmeza deja a la presente causa en condiciones de resolver.

VII- En tal labor, paso al tratamiento de los distintos agravios.

A) <u>Comienzo por el tratamiento de los agravios dirigidos por el médico y la persona jurídica codemandados, contra la responsabilidad que les fue atribuida</u>.

a] A tal efecto, estimo conveniente recordar:

i. Que el sentenciante de origen, luego de encuadrar el presente caso en el régimen establecido en el artículo 1768 del Código Civil y Comercial, y previa valoración de las pruebas pericial médica y testimonial, tuvo por configurada la responsabilidad del médico demandado, haciendo hincapié en que quedó probado el daño sufrido por el actor, a causa de la existencia en su cuerpo, de un fragmento del tubo siliconado de drenaje

quirúrgico, que, al romperse durante su extracción realizada 48 horas después de la cirugía de próstata, le quedó alojado en el espacio retro púbico.

Expuso que la existencia de ese cuerpo extraño en el organismo del actor, comporta un supuesto de culpa médica, ya que demuestra que ha existido descuido o negligencia en la práctica.

Sostuvo que la responsabilidad del demandado proviene de su actuación como jefe de cirugía, por no haber realizado correctamente su tarea de ejecución o supervisión, al no haber aplicado los conocimientos científicos propios de su especialidad, de acuerdo con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, dado que quedó un objeto extraño en el cuerpo del paciente, como consecuencia de la práctica a la que fue sometido.

Asimismo, tuvo por configurada la responsabilidad de la persona jurídica codemandada, derivada de la violación del deber de seguridad a su cargo.

ii. Que el médico demandado impugnó la condena que le fue impuesta.

Dijo que el actor le imputó mala praxis culposa por acto propio, por haberle dejado, en la cirugía de próstata, un cuerpo extraño en su abdomen.

Continuó diciendo que, en ese marco litigioso planteado por el actor, la única materia respecto de la cual el órgano judicial estaba funcionalmente habilitado para dictar sentencia, es el acto propio culpable, consistente en el olvido del catéter en el cuerpo del actor, producido durante el acto quirúrgico.

Agregó que quedó demostrado que el catéter no fue extraído en el acto quirúrgico, sino dos días después, por un tercero ajeno; con lo cual, quedó demostrada la inexistencia del hecho material al que el actor le atribuyó la causación del daño; razón por la cual, la demanda debió se rechazada.

Siguió argumentando que, sin embargo, el sentenciante, en una palmaria violación del principio de congruencia procesal, lo condenó por una razón absolutamente diferente a la planteada por el actor, considerando que el ejecutor material del olvido del catéter, estaba en relación de dependencia a su respecto.

Añadió que el sentenciante, en una decisión manifestamente extrapetita, aplicó un sistema de responsabilidad diferente, que no fue objeto de debate en este proceso.

Afirmó que no hubo autoría material de su parte, respecto al acto propio al que se le atribuye la causación del perjuicio reclamado, por lo que la pretensión debe rechazarse.

Expuso que, tal como surge claramente de la pericia médica, la rotura del catéter no se produjo durante el acto médico quirúrgico por él practicado, sino con posterioridad, en el postoperatorio, cuando se le retiraron al actor, los drenajes que le fueron puestos para drenar colecciones líquidas.

Sostuvo que quien extrajo el drenaje no bajo su dependencia, por lo que no puede condenárselo como jefe del equipo médico de urología de la clínica.

Manifestó que no quedó probado que él fuera el jefe de dicho servicio médico, pero aunque hipotéticamente lo hubiera sido, tampoco sería principal respecto del Dr. Navarro, que era un médico residente y, como tal, con vínculo exclusivo con la clínica; por lo que, se trata de un tercero por el que no debe responder.

iii. Que la Dra. Barri impugnó la responsabilidad atribuida a su mandante "La Pequeña Familia S.A."

Dijo que, según los términos de la demanda, el hecho ejecutado por el Dr. Montagna generaría la responsabilidad refleja de la clínica, por incumplimiento de su obligación de garantía asumida respecto de la prestación diligente de dicho profesional.

Sostuvo que, por ello, para que surja la responsabilidad de la clínica, debe necesariamente haberse demandado y condenado al autor material del hecho generador del daño, es decir, debió haber existido incumplimiento del Dr. Montagna, lo que no ocurrió.

b]1. Abordando el primero de dichos agravios, cabe señalar que del dictamen del perito médico Alberto Raúl Mac Donnell, surge que en fecha 12/12/2019, el actor fue operado de la próstata, por el médico demandado; intervención en la que se le colocó un tubo de drenaje quirúrgico, para evitar acumulación de sangre o líquido. Dicho tubo se extrajo 48 horas después de la cirugía, extracción en la que se produjo su rotura, quedando inadvertidamente un segmento del mismo, en el tejido celular retro púbico del actor. La rotura del tubo fue un incidente sobreviniente a su extracción, no advertido por el personal médico auxiliar o de enfermería que la realizaron (ver dictamen de fecha 8/3/2023).

De acuerdo a lo dictaminado por el perito médico, de cuyas conclusiones no encuentro motivo válido alguno para apartarme, por estar fundadas en los conocimientos propios de su incumbencia profesional, y además, no fueron impugnadas por ninguna de las partes (arts. 384 y 474 CPCC); tengo por probado que el demandado no dejó en el cuerpo del actor, un segmento del tubo de drenaje que debió haber sido retirado al finalizar la cirugía de próstata; sino que dicho tubo se rompió, al momento de su extracción practicada dos días después de dicha cirugía; rotura que no fue advertida por el profesional que se encargó de la extracción

La parte actora no atribuyó al médico demandado, la ejecución del acto de extracción del tubo de drenaje, ni tampoco quedó probado que el mismo hubiera realizado tal práctica.

Por el contrario, el asiento colocado en la historia clínica del actor en fecha 14/12/2019, del que surge, entre otras anotaciones, el retiro de los tubos de drenaje por bajo débito serohemático, fue firmado por el médico Carlos Navarro; rúbrica que hace presumir fundadamente que el mismo realizó tal extracción.

Tal presunción quedó corroborada con la declaración testimonial de dicho médico, quien dijo que él *"...realizó el control postoperatorio, la curación de la herida y la extracción de los drenajes, a las 48 horas..."* (ver audiencia videograbada de fecha 15/3/2023, el entrecomillado encierra dichos textuales").

Valorando, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, las mencionadas pruebas documental y testimonial, tengo por acreditado que la defectuosa extracción de los tubos de drenaje no fue realizada por el médico codemandado (arts. 384, 385 y 456 CPCC).

Como lógico corolario de lo expuesto precedentemente, emerge que se erige como un obstáculo insalvable para la configuración de la responsabilidad subjetiva del médico demandado, su falta de autoría (arts. 1721, 1724 y 1768 CCyC).

Es que, si el demandado no fue autor del acto lesivo, no puede asignársele la responsabilidad emergente del mismo.

Tampoco puede asignársele responsabilidad como jefe del equipo médico que trató al paciente.

En primer lugar, cabe señalar que el actor no le asignó ese rol al demandado, ni tampoco quedó probado que el mismo lo hubiera ejercido.

Es más, aún dando hipotéticamente por cierto que el demandado era el jefe del equipo médico que intervino en la cirugía de próstata, no podría tenerse automáticamente por demostrado que la dirección y control que tal rol le confiere, se hubiera extendido respecto de la extracción del tubo de drenaje, práctica realizada por el médico Navarro dos días después.

En consecuencia, por todo lo expuesto precedentemente, concluyo en que, receptando el agravio en tratamiento, corresponde modificar la sentencia apelada, y consiguientemente, desestimar la pretensión

interpuesta por Raúl Alfredo Tormos contra José Luis Montagna (arts. 1721, 1724 y 1768 CCyC; 163 inc. 6º, 384 y 474 CPCC).

b]2. Pasando al tratamiento del agravio de la persona jurídica demandada, comienzo por señalar que el incumplimiento de la obligación tácita de seguridad que le endilga el actor, tiene su fundamento en la deficiente actuación del médico codemandado.

En este caso, si bien quedó descartada la mala praxis de dicho médico, en cambio, quedó probado el defectuoso funcionamiento del servicio postoperatorio del servicio de urología, ya que, como quedó dicho, el profesional que se encargó de la extracción del tubo de drenaje quirúrgico, no advirtió la rotura de ese elemento y la indebida permanencia de un segmento del mismo, en el cuerpo del actor.

Esta deficiencia del servicio postoperatorio, compromete la responsabilidad de la persona jurídica codemandada, por el incumplimiento de su obligación tácita de seguridad respecto de la correcta prestación del mismo (arts. 961 y 1710 CCyC).

Es que, más allá de la correcta actuación del médico demandado, existe certeza de que la causa del daño está dentro de la organización empresarial de la persona jurídica codemandada.

Cabe aclarar que la atribución de responsabilidad basada en la deficiente prestación del servicio postoperatorio, no implica la violación del principio de congruencia, más allá de que dicha causa no fue identificada con precisión en la demanda.

Es que el actor, al momento de interponer la demanda, carecía de elementos que le permitieran identificar la mecánica del daño con total minuciosidad.

Sólo tenía la certeza de que había sido operado nuevamente para la extracción del segmento del tubo de drenaje que le había sido colocado durante la realización de la cirugía de próstata.

Por ello, no pudo determinar con precisión el acto médico en el que se incurrió en dicha omisión, ya que, por entonces, ignoraba lo sucedido durante su permanencia en el quirófano.

De haber acudido a la historia clínica, la dificultosa lectura del registro asentado en desprolija anotación manuscrita en fecha 14/12/20219 (en el que consta la extracción del tubo de drenaje), hubiera conspirado contra la adquisición del conocimiento del verdadero curso de los hechos. Dicho registro sólo se tornó asequible con el auxilio del dictamen pericial médico.

En consecuencia, la parte actora cumplió con la carga de afirmación de los hechos, del modo en que estaba en condiciones de hacerlo al momento de interponer la demanda; cumplimiento que, como anticipé, descarta la violación del principio de congruencia (art. 163 inc. 6° CPCC; conf. SCBA, sent. del 26/8/2009 recaída en la causa C. 101.224, "D, B. A. c/ A, J. C. y otros s/ Daños y perjuicios").

Y en base a esa exposición de los hechos, la persona jurídica accionada tuvo la posibilidad de defenderse, invocando el eximente de responsabilidad sustentado en el caso fortuito, por la inevitabilidad de la rotura del tubo de drenaje al momento de su extracción; eximente cuyo rechazo no fue objeto de agravios.

De lo expuesto precedentemente, emerge que la desestimación del agravio en tratamiento, se impone, y consiguientemente, se confirma la responsabilidad atribuida a la persona jurídica codemandada (arts. 961 y 1710 CCyC).

B) <u>Continúo por el tratamiento de los agravios dirigidos contra las indemnizaciones concedidas al actor</u>.

1- <u>Empiezo por los agravios vertidos por ambas partes contra la indemnización fijada por el daño patrimonial derivado de la incapacidad sobreviniente</u>.

a] A tal efecto, estimo conveniente recordar:

i. Que el sentenciante de origen, apoyándose en el dictamen del perito psicólogo, tuvo por acreditada la incapacidad psíquica del actor, y consiguientemente, fijó la indemnización correspondiente en la suma de $ 3.400.400; importe que abarca tanto el daño patrimonial padecido desde el día del hecho hasta el de la emisión de la sentencia apelada, como el daño patrimonial posterior, que fue determinado por medio de la aplicación de una fórmula matemático actuarial.

ii. Que los Dres. Ves Losada y Farina cuestionaron por insuficiente dicha indemnización, manifestando que el sentenciante, para determinarla, sólo tuvo en consideración el 15% de incapacidad estimado por el perito psicólogo, sin contemplar la lesión a la integridad física que sufrió el accionante.

Dijeron que la circunstancia de que el actor no presente secuelas físicas incapacitantes, no significa la inexistencia del daño a su integridad física, que tiene raigambre constitucional y debe ser indemnizado.

Continuaron argumentando que, a todo evento, la indemnización en revisión, es insuficiente, ya que no reviste ningún tipo de razonabilidad, teniendo en cuenta la situación económica actual.

iii. Que la Dra. Barri solicitó la revocación de la indemnización en revisión, manifestando que el actor no sufrió incapacidad laborativa alguna.

Sostuvo que el sentenciante, basándose en el dictamen pericial psicológico, concedió esta indemnización, considerando anómalamente al denominado daño psíquico como un rubro autónomo.

Agregó que la concesión de la indemnización bajo análisis, importa una indebida duplicación del rubro, al haberse también indemnizado el daño moral.

Finalmente, a todo evento, solicitó que se atenúe la importe indemnizatorio fijado por este rubro.

b]1. Adelanto que el agravio de la parte actora no puede prosperar, puesto que quedó pericialmente descartada la existencia de secuelas de índole física que, originando una minusvalía de las potencialidades personales del accionante, sea susceptible de acarrear una frustración de sus utilidades económicas.

Es decir, no habiendo las lesiones físicas acarreado secuelas incapacitantes en el actor, bien ha sido desestimada la incidencia de las mismas en la indemnización de la incapacidad sobreviniente, que sólo es de orden psíquica (art. 1746 CCyC).

Por otra parte, la indemnización bajo análisis, es el resultado de la correcta valoración de las circunstancias particulares del damnificado, quien tenía 59 años de edad al momento del accidente, por entonces ya estaba jubilado, y no acreditó la realización de ninguna actividad productiva.

b]2. La misma suerte negativa ha de correr el agravio expuesto por la demandada.

El perito psicólogo dictaminó que el actor quedó afectado por un trastorno adaptativo crónico de tipo ansioso, generador de un daño psíquico del orden del 15% (ver dictamen de fecha 5/3/2023).

Con dicho dictamen pericial, del que no tengo motivos válidos para apartarme, por estar fundado en los conocimientos propios de la incumbencia profesional del experto (arts. 384 y 474 CPCC), quedó probada la incapacidad sobreviniente alegada, ya que del mismo se extrae que el actor, como consecuencia del hecho de autos, padece una disminución de sus aptitudes psíquicas, susceptible de producir una merma en su productividad, la que indudablemente constituye un daño patrimonial.

Es que cabe presumir fundadamente que el trastorno de ansiedad va a interferir negativamente en las actividades económicas valorables no remuneradas a desarrollar por el actor, en interés personal o familiar, las cuales, si bien no reportan ingresos económicos de manera directa, sí lo hacen indirectamente (precio sombra).

Por otra parte, queda descartada cualquier duplicidad entre las indemnizaciones de la incapacidad psíquica y del daño moral, ya que la lesión causante de aquella, sólo se configura ante una alteración patológica de la personalidad y no ante las meras perturbaciones emocionales que configuran este último.

2- Continúo por el tratamiento de los agravios vertidos por ambas partes contra la indemnización fijada por el daño moral.

a] A tal efecto, estimo conveniente recordar:

i. Que el sentenciante de origen, haciendo hincapié, en las secuelas incapacitantes detectadas pericialmente, fijó la indemnización en revisión, en la suma de $ 1.800.000.

ii. Que los Dres. Ves Losada y Farina cuestionaron por insuficiente dicha indemnización, manifestando que la misma no abastece el principio de reparación integral.

Sostuvieron que el sentenciante no efectuó una adecuada valoración del plexo probatorio, del cual es posible inferir con absoluta certeza, las profundas secuelas incapacitantes que debe sobrellevar el actor.

Continuaron argumentando que de la prueba pericial psicológica, surge el estado de perturbación y ansiedad que al actor le provocó la situación de tener que someterse, al poco tiempo de la primera, a una segunda intervención quirúrgica, con la sola finalidad de extraerle un cuerpo extraño de su abdomen.

iii. Que la Dra. Barri cuestionó por excesiva la indemnización en revisión.

Manifestó que un problema que no causó molestias al actor y que fue solucionado mediante un simple acto de cirugía, demorando tan sólo dos semanas la aplicación de radioterapia, no puede tipificar un perjuicio extrapatrimonial de la magnitud resultante de la indemnización en revisión.

Agregó que dicha indemnización implica un enriquecimiento ilícito del actor, desbordante del principio de integralidad reparatoria.

b]1. Adelanto que el agravio de la parte demandada no puede prosperar, porque ninguna duda cabe de que la circunstancia de tener que someterse a una intervención quirúrgica para la extracción un objeto extraño que había quedado alojado en el cuerpo del actor, por inadvertencia del profesional que retiró el tubo de drenaje colocado en la primera operación, genera la lógica presunción de padecimiento de una alteración anímica disvaliosa susceptible de ocasionar un daño moral, que indudablemente merece ser indemnizado (art. 1741 CCyC).

b]2. En cambio, el agravio de la parte actora ha de prosperar, ya que, teniendo en cuenta, por un lado, la necesidad del actor someterse a una nueva operación, estando en una delicada situación de salud; y por otro lado, las consecuencias psíquicas que le trajo aparejada tal experiencia; creo justo fijar la indemnización del daño moral padecido por el mismo, en la suma de $ 4.000.000, a fin de que pueda obtener las satisfacciones sustitutivas o compensatorias aptas para mitigarlo (art. 1741 CCyC).

3- Paso ahora al tratamiento del agravio vertido por la demandada contra la indemnización fijada por los gastos terapéuticos y de transporte.

a] A tal efecto, estimo conveniente recordar:

i. Que el sentenciante de origen, haciendo hincapié en la presunción de gastos médicos, farmacéuticos y de transporte establecida en el artículo 1746 del Código Civil y Comercial, fijó la indemnización en revisión, en la suma de $ 800.000.

ii. Que la Dra. Barri solicitó la revocación de dicha indemnización, sosteniendo que como el actor contaba con la cobertura de una obra social, todos los gastos vinculados con el tratamiento de su

enfermedad, estuvieron cubiertos.

Argumentó que, al contar el actor con obra social, se presume que los gastos médicos, de farmacia y de transporte están alcanzados por la cobertura respectiva; por lo que los gastos no cubiertos deben ser acreditados por el reclamante.

b] A fin de resolver este agravio, estimo conveniente mencionar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y Comercial, cabe presumir la realización de los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte que resulten razonables en función de la índole de la situación atravesada por el damnificado.

Por ello, una vez probado el daño a la integridad física, deben resarcirse los gastos de esa naturaleza que resulten una consecuencia necesaria del mismo.

De allí que proceda el reclamo en tal concepto, aún en defecto de prueba directa, cuando la realización de los gastos resulte verosímil en función de la complejidad de los tratamientos brindados al damnificado.

Vale aclarar que la presunción de la realización de erogaciones terapéuticas y de transporte, no resulta desvirtuada porque el damnificado contara con una obra social, dado que es notorio que existen numerosos desembolsos que quedan al margen de la cobertura brindada por la misma y que, por ende, deben ser solventados por los pacientes.

A la luz de estas pautas, considero ajustada la suma indemnizatoria en revisión, ya que, es lógico presumir la existencia de numerosos gastos no cubiertos por la obra social a la que el actor estaba afiliado, dado que el mismo tiene su lugar de residencia en la ciudad de 25 de mayo, desde la que tuvo que trasladarse hasta Junín para la realización de la intervención quirúrgica para la extracción del tubo de drenaje, luego de la cual, estuvo dos días internado, hasta que le dieron el alta (ver dictamen de fecha 8/3/2023, resp. al punto 2 de la parte actora).

Por lo expuesto, se impone la desestimación del agravio en tratamiento (art. 1746 CCyC).

C) <u>Sigo por el tratamiento del agravio dirigido por la parte actora contra la desestimación de su reclamo por aplicación de daño punitivo</u>.

a] A tal efecto, estimo conveniente recordar:

i. Que el sentenciante de origen dispuso no aplicar el daño punitivo, sosteniendo que la finalidad preventiva, disuasoria y sancionatoria del mismo, no lo torna aplicable a la responsabilidad atribuida a la demandada.

ii. Que los Dres. Ves Losada y Farina impugnaron esta decisión y solicitaron que se le aplique el daño punitivo a la demandada, cuya actividad de prestación de servicios médicos queda comprendida en el régimen de la ley 24.240.

Sostuvieron que el sólo incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del prestador, torna procedente el daño punitivo; por lo que, ante la violación del deber de seguridad por parte de la demandada, debió de hacerse lugar al reclamo.

Agregaron que la multa tiene por finalidad desalentar la actitud omnipotente y desaprensiva de la empresa prestadora del servicio, frente al contratante que sufre una situación de desprotección; situación que quedó configurada en este caso, ya que la accionada demostró en todo momento un desinterés total por el daño que le había causado al actor.

b] A fin de resolver este agravio, comienzo por señalar que la persona jurídica demandada presta profesionalmente servicios médicos destinados al consumo final.

Por ello, su actividad queda enmarcada en el régimen de la ley 24.240, del que quedan excluidos los profesionales liberales, pero no las empresas médicas (conf. Ricardo Luis Lorenzetti, "La Empresa Médica", pág. 445/447).

Sentado ello, cabe mencionar que en el ámbito del Derecho del Consumidor, con la expresión daño punitivo se designa a la pena privada, por medio de la cual, el juez condena al proveedor, al pago de una suma de dinero en favor del consumidor damnificado, con independencia de la indemnización de los daños padecidos por éste.

Esta pena tiene una función disuasiva que contribuye a la prevención de daños a los usuarios y consumidores.

Del texto del artículo 52 bis de la ley 24.240 (según ley 26.361) se desprende un único requisito para la procedencia del daño punitivo, que es el incumplimiento del proveedor de las obligaciones legales o contractuales con el consumidor. En dicha norma no se hace referencia alguna a la conducta de los proveedores, ni se exigen valoraciones subjetivas, tales como la gravedad de esa conducta, ni la intención de dañar o el ánimo de lucro subyacente al incumplimiento; valoraciones que quedan reservadas para la cuantificación de la pena.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia tiene dicho que *"...La norma es clara en cuanto a que exige para su aplicación, un solo requisito: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador, ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva, ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Solo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales..."* (sent. del 17/10/2018 recaída en la causa C119562 "Castelli, María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico).

Partiendo de esta plataforma, emerge como forzoso corolario, que corresponde imponerle a la demandada una pena por daño punitivo, por haberse configurado el incumplimiento de su obligación de seguridad, al habérsele causado daño al actor, en ocasión de la prestación del servicio postoperatorio.

En lo atinente a la cuantificación del daño punitivo, teniendo en cuenta que, una vez detectado el objeto extraño en el cuerpo del actor, fue prontamente retirado por medio de una exitosa operación, considero adecuado imponerle a la demandada, una pena de 5 canastas básicas total para el hogar 3, que publica el INDEC (arts. 52 bis y 47 inc. b] ley 24.240), quedando la demandada obligada al pago de la misma, a partir de la firmeza del presente pronunciamiento judicial (art. 886 CCyC).

c] La decisión precedente de aplicar el daño punitivo a la demandada, hace renacer, por virtualidad del principio de adhesión implícita a la apelación, la defensa opuesta por la citada en garantía, basada en la falta de cobertura de la pena aplicada en tal concepto.

Ello es así, ya que, al no haber aplicado el daño punitivo, el sentenciante declaró abstracta tal defensa; sin que la citada en garantía haya podido agraviarse de tal decisión, dado que no le causaba gravamen.

Pasando al tratamiento de esta defensa, comienzo por mencionar que en la póliza adjuntada por la citada en garantía, consta que *"...El Asegurador se obliga a mantener indemne el patrimonio del Asegurado, hasta el límite de la suma asegurada contratada, por cuanto deba a un tercero a consecuencia de la Responsabilidad Civil Profesional derivada de actos de mala praxis médica cometidos en las ubicaciones declaradas..."* (textual)

Entonces, la persona jurídica asegurada, a causa de la responsabilidad que le fue atribuida, debe al accionante, además de los indemnizaciones otorgadas, la pena que le fue impuesta en concepto de daño

punitivo. Por ello, esta pena queda incluida dentro de la cobertura contratada, para que mantener indemne el patrimonio de aquella.

No se erige en obstáculo para esta cobertura, lo dispuesto en el artículo 112 de la ley 17.418, norma por la que se excluye de la indemnización debida por el asegurador, las penas aplicadas al asegurado, por autoridad judicial o administrativa.

Llego a esa conclusión, valorando que la finalidad de esta exclusión legislativa de la cobertura, radica en desalentar al asegurado de la realización de conductas que merezcan sanción a través de multas. Por ello, para que el pago de las multas no quede cubierto por la aseguradora, se requiere que las mismas sancionen actos u omisiones propias del asegurado, pero no de terceros por los que el mismo tuviera que responder (conf. Domingo M. López Saavedra, "Ley de Seguros 17.418 Comentada", Tomo II, pág. 636).

A la luz de estas aputas, cabe concluir en que, como el incumplimiento de la obligación tácita de seguridad a cargo de la demandada, quedó configurado por la defectuosa actuación de un médico que se desempeñaba en la clínica, la sanción por daño puntivo se encuentra comprendida en la cobertura brindada por la aseguradora citada en garantía (arts. 109 y 112 ley 17.418).

D) <u>Paso al tratamiento del agravio de ambos apelantes, referido al límite de la cobertura asegurativa</u>.

a] A tal efecto, estimo conveniente recordar:

i. Que el sentenciante de origen hizo extensiva la condena a la citada en garantía, en la medida de la cobertura.

Luego, declaró inadmisible la aclaratoria referida a la actualización del límite de cobertura se tiene presente para el momento procesal oportuno.

ii. Que los Dres. Ves Losada y Farina cuestionaron la extensión de la condena a la citada en garantía, de acuerdo a los parámetros emergentes de la póliza.

Expusieron que resulta ilegítima la aplicación de los límites de cobertura a su mandante, debiéndose declarar la inoponibilidad de los mismos o, en su defecto, establecerse que los mismos deben ser los de la cobertura básica existente al efectuar la valuación del daño.

iii. Que la Dra. Barri solicitó que el monto de la cobertura sea actualizado mediante la aplicación de un reajuste equitativo, porque el transcurso del tiempo desde la emisión de la póliza y los efectos de la desvalorización monetaria, alteraron notoriamente la finalidad del seguro, afectando la obligación de indemnidad asumida por la aseguradora.

b] A fin de resolver estos agravios, cabe recordar que, conforme al criterio sentado por la Suprema Corte de Justicia en la causa C.119.088 "Martínez, Emir c/ Boito, Alfredo Alberto s/ Daños y perjuicios", el límite de cobertura debe ser actualizado a valores vigentes al momento en que los daños fueran mensurados.

En la ya mencionada causa C. 124.096 "Barrios, Héctor Francisco y otra c/ Lascano, Sandra Beatriz y otra s/ Daños y perjuicios", esta cuestión fue reseñada, al aludir el Dr. Soria que *"....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...." (el entrecomillado encierra copia textual, salvo el resaltado que me pertenece).

Este criterio de actualización del límite de la cobertura asegurativa, debe ser reinterpretado a la luz de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 de la ley 23.928, en cuanto prohíbe la actualización o indexación de obligaciones dinerarias.

A partir de ello, y teniendo en cuenta que la real dimensión de la obligación dineraria de la aseguradora, a causa del proceso inflacionario desencadenado, ha quedado notoriamente mermada frente al daño a resarcir, en previsión del cual, fue contratado el seguro; con la finalidad de resguardar la proporción en la que el perjuicio a resarcir se encontraba comprendido en la cobertura contratada, es que el límite de cobertura debe ser actualizado mediante el mismo mecanismo que el establecido para las indemnizaciones determinadas, lógicamente sin intereses, desde la fecha del hecho, hasta el momento del pago (arts. 109, 110 y 118 ley 17.418).

Por ello, los agravios en tratamiento han de ser receptados.

VIII- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo:

I)- Receptar el recurso de apelación interpuesto por José Luis Montagna, y consiguientemente, modificar la sentencia apelada, desestimando la pretensión interpuesta en contra del mismo, por Raúl Alfredo Tormos (arts. 1721, 1724 y 1768 CCyC; 163 inc. 6º, 384 y 474 CPCC). Las costas de ambas instancias correspondientes a esta pretensión, se imponen en el orden causado, porque el actor pudo considerarse razonablemente con derecho a promoverla (art. 68 CPCC).

II)- Receptando la apelación de la parte actora, se modifica la sentencia apelada en los siguientes puntos: 1] Fijar la indemnización del daño moral en la suma de $ 4.000.000 (art. 1741 CCyC); 2] Condenar a "La Pequeña Familia S.A." al pago de una suma equivalente a 5 canastas básicas total para el hogar 3, que publica el INDEC, en concepto de daño punitivo; condena que, además del pago de las indemnizaciones, se extiende a la citada en garantía, quedando asegurada y aseguradora obligadas al pago de la misma, a partir de la firmeza del presente pronunciamiento judicial (arts. 52 bis y 47 inc. b] ley 24.240; 886 CCyC; 109 y 112 ley 17.418); 3] Disponer la actualización del límite de cobertura, mediante el mismo mecanismo que el establecido para la actualización de las indemnizaciones fijadas, lógicamente sin intereses, desde la fecha del hecho, hasta el momento del pago (arts. 109, 110 y 118 ley 17.418).

III)- Las costas de Alzada por la controversia ente la parte actora y la "Pequeña Familia S.A.", se imponen a esta última y a la citada en garantía (art. 68 CPCC).

IV)- Se difiere la regulación de honorarios correspondiente, para la oportunidad en que estén determinados los de primera instancia (art. 31 ley 14.967).

ASI LO VOTO.

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

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Castro Durán, 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)- Receptar el recurso de apelación interpuesto por José Luis Montagna, y consiguientemente, modificar la sentencia apelada, desestimando la pretensión interpuesta en contra del mismo, por Raúl Alfredo Tormos (arts. 1721, 1724 y 1768 CCyC; 163 inc. 6º, 384 y 474 CPCC). Las costas de ambas instancias correspondientes a esta pretensión, se imponen en el orden causado, porque el actor pudo considerarse razonablemente con derecho a promoverla (art. 68 CPCC).

II)- Receptando la apelación de la parte actora, se modifica la sentencia apelada en los siguientes puntos: 1] Fijar la indemnización del daño moral en la suma de $ 4.000.000 (art. 1741 CCyC); 2] Condenar a "La Pequeña Familia S.A." al pago de una suma equivalente a 5 canastas básicas total para el hogar 3, que publica el INDEC, en concepto de daño punitivo; condena que, además del pago de las indemnizaciones, se extiende a la citada en garantía, quedando asegurada y aseguradora obligadas al pago de la misma, a partir de la firmeza del presente pronunciamiento judicial (arts. 52 bis y 47 inc. b] ley 24.240; 886 CCyC; 109 y 112 ley 17.418); 3] Disponer la actualización del límite de cobertura, mediante el mismo mecanismo que el establecido para la actualización de las indemnizaciones fijadas, lógicamente sin intereses, desde la fecha del hecho, hasta el momento del pago (arts. 109, 110 y 118 ley 17.418).

III)- Las costas de Alzada por la controversia ente la parte actora y la "Pequeña Familia S.A.", se imponen a esta última y a la citada en garantía (art. 68 CPCC).

IV)- Se difiere la regulación de honorarios correspondiente, para la oportunidad en que estén determinados los de primera instancia (art. 31 ley 14.967).

ASI LO VOTO.-

El Señor Juez Dr. Volta, 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)- Receptar el recurso de apelación interpuesto por José Luis Montagna, y consiguientemente, modificar la sentencia apelada, desestimando la pretensión interpuesta en contra del mismo, por Raúl Alfredo Tormos (arts. 1721, 1724 y 1768 CCyC; 163 inc. 6º, 384 y 474 CPCC). Las costas de ambas instancias correspondientes a esta pretensión, se imponen en el orden causado, porque el actor pudo considerarse razonablemente con derecho a promoverla (art. 68 CPCC).

II)- Receptando la apelación de la parte actora, se modifica la sentencia apelada en los siguientes puntos: 1] Fijar la indemnización del daño moral en la suma de $ 4.000.000 (art. 1741 CCyC); 2] Condenar a "La Pequeña Familia S.A." al pago de una suma equivalente a 5 canastas básicas total para el hogar 3, que publica el INDEC, en concepto de daño punitivo; condena que, además del pago de las indemnizaciones, se extiende a la citada en garantía, quedando asegurada y aseguradora obligadas al pago de la misma, a partir de la firmeza del presente pronunciamiento judicial (arts. 52 bis y 47 inc. b] ley 24.240; 886 CCyC; 109 y 112 ley 17.418); 3] Disponer la actualización del límite de cobertura, mediante el mismo mecanismo que el establecido para la actualización de las indemnizaciones fijadas, lógicamente sin intereses, desde la fecha del hecho, hasta el momento del pago (arts. 109, 110 y 118 ley 17.418).

III)- Las costas de Alzada por la controversia ente la parte actora y la "Pequeña Familia S.A.", se imponen a esta última y a la citada en garantía (art. 68 CPCC).

IV)- Se difiere la regulación de honorarios correspondiente, para la oportunidad en que estén determinados los de primera instancia (art. 31 ley 14.967).

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) -------

CASTRO DURAN Ricardo Manuel
JUEZ

VOLTA Gaston Mario
JUEZ

DI PIETRO Natalia Paola
SECRETARIO DE CÁMARA

Volver al expediente Volver a la búsqueda Imprimir ^